

Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2018.11.003

欢迎按以下格式引用:蒲俊丞.农地第三种权利续探[J].重庆大学学报(社会科学版),2019(3):158-169.

Citation Format: PU Juncheng. Further exploration on the third right to the Rural land[J]. Journal of Chongqing University (Social Science Edition),2019(3):158-169.

农地第三种权利续探

蒲俊丞

(西南大学 法学院,重庆 400715)

摘要:自确立家庭联产承包责任制以来,农地制度变革始终遵循着土地承包经营权自我完善的制度变迁路径。当前,日益深刻的农民分化现象使土地承包经营权的自我调适作用捉襟见肘。“三权分置”顺应农地权利分化趋势,超越农地制度变迁的路径依赖,开辟了探索农地第三种权利的路径。然而,“三权分置”创设的农地第三种权利——土地经营权存在理论缺陷,且未充分体现农地利用市场多方主体的多元农地利益。继续探索农地第三种权利应以农地市场化利用的基本方式——出租为规范的事实基础,以多方多元正当利益为规范目的;将农地租赁权作为一项独立权利构造,以农地租赁权取代土地经营权作为第三种权利;维持农地租赁权的债权性质,在农地租赁当事人协商一致的基础上,经依法登记后赋予农地租赁权享有某些特定的物权效力。

关键词:农民分化;三权分置;土地经营权;农地租赁权

中图分类号:D922.3

文献标志码:A

文章编号:1008-5831(2019)03-0158-12

2013年以来,被誉为“中国农村改革的又一次重大创新”^[1]的“三权分置”改革主导了农地制度变迁研究的话语权。“三权分置”改革的核心在于创设土地经营权,政策设计者期待借以实现农地制度通过土地承包经营权自我完善所不能完成的制度变迁目标。学界研究“三权分置”——无论是持肯定态度者还是持否定态度者,大都聚焦于土地经营权。这些讨论深化了“三权分置”理论。然而有三个基本前提被讨论遗漏:农地市场化利用最主要的方式;创设新的农地权利的规范目标;农民分化引起农地权利分化之趋势。如果进一步的讨论是从这些基本前提出发而不是从理论争论出发,那么讨论则是对农地第三种权利的续探。

一、迈向农地第三种权利

主体不仅是权利的出发点,也是权利的归属。观察农地权利制度的发展趋势,一个重要的出发

修回日期:2018-10-17

基金项目:教育部社会科学规划项目“农民分化与农地资源利用调适制度研究”(13YJC820065)

作者简介:蒲俊丞(1973—),男,四川达川人,法学博士,西南大学法学院副教授,硕士研究生导师,主要从事民法学、环境法学研究,
Email:441241562@qq.com。

点就是考查农地上最重要的主体——农民的变化情况。1949年后一个较长时期,中国都是一个典型的农业国家。农民与村庄、农村户籍、农村土地、农业生产紧密相连,具有高度的同质性。1978年以后中国实行家庭联产承包责任制以来,农民获得了劳动自由,农地上释放出大量农业剩余劳动力,并逐渐形成具有不同特征的群体,中国农民的阶层分化由此拉开了序幕^[2]。改革开放后逐渐发展起来的乡镇企业和城市经济需要大量劳动力,户籍制度逐步放松了农民进城限制,进入乡镇、城市从事非农业生产的农民逐渐增加,形成了一个庞大的农民工群体。农民不再是同质化的农村居民,他们在居住地、农地利益、收入来源、就业等方面表现出明显的差异。同时,不少耕地退出生产,一些土地从事无效经营,大量土地低效经营,国家的政策找不到着力点等问题随之暴露出来^[3]。2013年中央一号文件也指出了“农户兼业化、村庄空心化、人口老龄化趋势明显,农民利益诉求多元”等农民流动和分化给农业发展带来的新挑战。

为回应社会发展需求,2002年颁布的《农村土地承包法》赋予承包方依法、自愿、有偿进行土地承包经营权流转的权利;2007年颁布的《物权法》肯定了土地承包经营权的用益物权性质,进一步促进了土地承包经营权流转。土地承包经营权流转增强了家庭联产承包责任制度的社会适应性。然而,土地承包经营权流转制度的作用有限,土地承包经营权自我调适已不能完全适应农民分化对农地制度供给的需求。

首先,土地承包经营权的归属和利用主体总是归于一体的制度假设与其归属和实际利用可能分离的现实不适应。家庭联产承包责任制在全国施行之初,中国农民呈现出以农为业、以地为生的同质化特征,土地承包经营权的归属与利用主体总是归于一体。随着农民分化,农民中出现了大量的离农、离乡农民。农地对农民的意义不再局限于生产和生存,一些离农、离乡农民只希望拥有农地权利而不是实际使用农地,“土地对农户的保障功能弱化,承包经营权的持有功能远远大于产出收益功能,大多数农户对土地的态度是,只要保障不丧失承包经营权就可以”^[4]。保留土地承包经营权也许只是一种乡土情怀。“随着中国农村人口的不断城市化,越来越多农村人口流入城市,农村越来越多土地被留在那里体现这些新城市人的‘乡愁’”^[5]。“土地是农民的命根子”之政策判断不再适用于所有农民,构造其上的土地承包经营权已不能准确体现离乡离农农民的农地全部利益。当土地承包经营权的归属与利用的分离成为现实,农地制度发展就不应仅仅局限于土地承包经营权的流转,还应更多地关注土地承包经营权流转形成的新的农地权利。

其次,土地承包经营权的身份性与农地实际利用主体的多元性现实不适应。土地承包经营权原始取得乃基于农民的土地所有权成员身份,“农民享有土地承包经营权,恰恰就是依据自己在集体中作为所有权人一份子享有的地权”^[6]。而取得土地所有权成员身份首先必须是农民。实行家庭联产承包责任制后的一个较长时期内,农民、集体土地所有权成员、土地承包经营权人三位一体。如今,非本集体经济组织成员的其他主体也可以获得农地利用权利。这些主体显然不符合土地承包经营权的主体条件,其获得的农地权利不应是土地承包经营权。究竟是什么权利?法律并无规定。深入探讨则会超出土地承包经营权的范畴。

最后,土地承包经营权的内部性与其财产性不适应。“设置土地承包经营权的最初目的是,将土地生产资料配置给农民”^[7]。1982年中央一号文件对当时农村实行的“责任制”作了性质界定,“目前实行的各种责任制都是社会主义集体经济的生产责任制”。土地承包经营权人与土地所有权人之间是内部责任承包关系,有权承包农村集体经济组织发包土地的是本集体经济组织的成员^[8],

因此土地承包经营权具有内部性。彼时土地承包经营权的财产性并不明显。随着社会发展特别是物权法的实施,土地承包经营权的财产利益逐步受到农民关注。而土地承包经营权财产利益的实现则可能会突破土地承包经营权的内部性(如受让方可能不是本集体经济组织成员),并影响到农地上其他利益和政策目标。“当前正在或是已经进行土地承包经营权物权化、土地承包经营权登记确权、土地承包经营权抵押试点等,都是将土地作为财产对象而进行的改革。这些制度改革越来越背离土地作为生产资料用于农业经营的目标”^[9]。冲突的多元政策目标已成为土地承包经营权难以承受之重,当务之急应在土地承包经营权之外发展新的农地权利。

土地承包经营权存在的时代局限性表明,通过深挖土地承包经营权以回应社会变化对农地权利制度发展的需求,其作用已经越来越小了。农地权利发展应在坚持集体所有权、稳定土地承包经营权的基础上,创设第三种农地权利,分担土地承包经营权上不断增加的政策目标。

二、创设第三种农地权利的最新成果:“三权分置”

2013年12月23日,习近平总书记在中央农村工作会议上的讲话中提出了农民土地承包权和土地经营权分离这一重大理论命题,“三权分置”改革由此拉开序幕。“所谓三权,就是农村耕地之上的所有权、土地承包经营权、经营权这三种权利。所谓分置,其实就是这三种权利由不同的民事主体享有”^[10]。2016年10月30日,中共中央办公厅 国务院办公厅印发了《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《意见》),围绕“坚持农村土地集体所有权的根本地位,严格保护农户承包权,加快放活土地经营权”作了系统性阐述。“三权分置”改革的着力点在于创设土地经营权。根据政策设计,创设土地经营权是为了破解土地承包经营权面临的现实问题,承载着保护农地实际利用人权益、促进农地资源优化配置和农地适度规模经营之希望。

“三权分置”回答了农民分化背景下农地资源如何充分利用的重大理论问题,摆脱了继续深挖土地承包经营权的农地制度创新的路径依赖,开辟了探索农地所有权、土地承包经营权之外第三种农地权利的新路径,使农地权利制度发展再次走在了充满希望的道路。美中不足的是,“三权分置”创设的土地经营权的法理根基薄弱,因此在广泛的赞誉声中也不乏一些批判的声音。

首先,土地承包经营权不能分出土地经营权。根据“三权分置”的构想,土地经营权系由土地承包经营权分出而来。从逻辑上讲, A 能分出为 B 和 C ,意味着 $A \geq B+C$,同时 A 包含 B 和 C 的全部内容。即 $B \subseteq A, C \subseteq A$,且 $B \neq C$ 。此时倘若 C 中有一个元素 x 不属于 A ,则 C 不是 A 的子集。然而,“三权分置”创设的土地经营权的内容远远超出了其母体权利土地承包经营权的内容。因此,不宜认为土地经营权系从土地承包经营权分出而来。“既认为‘土地经营权’派生于土地承包经营权(母权),但又赋予子权(‘土地经营权’)以母权尚不具有的权能,这本身就是一个悖论”^[11]。坚实的权利来源理论基础是权利构造的前提。土地经营权的来源问题应得到妥当地论证,否则土地经营权构造便无从谈起。

其次,土地经营权能否成为一项用益物权分歧较大。持肯定态度的学者通常将土地经营权作为一项独立的用益物权对待。持否定态度的学者一般认为,作为用益物权的土地承包经营权不能再派生出与其性质相似的用益物权,同一物上不能并存两个以上内容相近的用益物权^[12]。有学者甚至认为土地经营权根本就不是一项独立的权利,“经营权只是权能,而不是独立的民事权利”^[13]。为解决土地经营权的性质争议,有学者重新界定了承包权的性质,“实际上,‘三权分置’中的土地承

包权在现行法中已有明确的含义,不应界定为‘分离出经营权之土地承包经营权的代称’,其性质应为成员权”^[14]。“成员权”说为“一物一权”原则之下赋予土地经营权用益物权性质腾出了空间,但还需要进一步论证以“成员权”性质取代用益物权性质之后,如何保障用益物权说上的土地权益不减损的问题。因此,时至今日,土地经营权用益物权设计的理论障碍尚未得到圆满解决。

最后,“三权分置”将土地承包经营权改称为承包权也不妥当。承包经营权属于单一权利,而非复合权利。承包和经营是土地承包经营权的两个方面,虽可分离拥有,但不可拆分重建为两个权利。“土地承包经营权是一个完整的民事权利,无法分解为承包权和经营权;土地经营权内容也无法界定”^[15],它还“是单一的独立的用益物权形态,不是承包权和经营权两者相加,并不存在所谓保留承包权、流转经营权之分离现象”^[16]。将土地承包经营权拆分为承包权和经营权,意味着承包权和经营权是并列的权利,拆分之后剩下的承包权不包括经营权。如若此,拥有承包权的农户便不再拥有经营权,农户只享有农地承包之名而无经营利用农地之实。“三权分置”将土地承包经营权改称为承包权,“不但和宪法、物权法规定的农民权利不一致,和数十年来的政策文件不一致,而且还会给农民造成一种迷惑,让他们觉得自己原来享有的权利被压缩了”^[17]。显然,这并非政策之本意。《意见》通篇内容都彰显了国家致力于稳定现有土地承包关系,保护农民农地权利之目的。之所以可能会“给农民造成迷惑”,说明至少在词语选用上,承包权一词还存在明显的缺陷,其用语还应继续讨论。

总的来看,“三权分置”顺应了一部分农民“保留土地承包权、流转土地经营权的意愿”,具有重大的理论和现实意义。尽管一些学者对“三权分置”理论提出了不同意见,但并未否定农地权利分置改革的路向,且批判主要集中于土地经营权。完善“三权分置”,除了继续讨论土地经营权,也可以在土地经营权之外探寻新的农地第三种权利,以最终解决土地经营权存在的理论问题。

三、继续探索农地第三种权利的事实基础

中国农地权利制度是中国革命、建设和改革实践的产物。坚持“三权分置”之路向,探索农地第三种权利,应立足中国农地利用实践。

(一) 实行家庭联产承包责任制以来中国农地市场化利用实践

家庭承包经营是中国农地基本利用方式,而家庭承包经营本质上是集体经济的内部责任承包,家庭承包经营权的取得具有封闭性和稳定性。国家政策最初不允许农户将承包土地易手。同时期的《宪法》也做了类似禁止性规定。此后,为解决人口、劳动力的变化与承包土地稳定之间的矛盾,国家允许承包地“行政性”调整。1984年中央一号文件规定,“在延长承包期以前,群众有调整土地要求的,可以本着‘大稳定,小调整’的原则,经过充分商量,由集体统一调整”。这种方式具有“行政性质”,不同于具有市场性质的土地流转。“土地调整先于土地流转出现,成为早期劳动力转移后农地资源配置的主要途径”^[18]。频繁的土地调整削弱了土地承包经营权的稳定性,影响了农民的农业生产预期。

1988年《宪法》修正案第2条将1982年《宪法》第10条第4款“任何组织或者个人不得侵占、买卖、出租或者以其他形式非法转让土地”修改为“任何组织或个人不得侵占、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让”,废除了土地使用权不得转让的禁令,为土地承包经营权由“行政性”调整向市场化流转奠定了法律依据。但完全放开农地使用权流转则是进入

21世纪后由中央政策首先确立的。2001年中共中央公布的《关于做好农户承包地使用权流转工作的通知》指出：“在承包期内，农户对承包的土地有自主的使用权、收益权和流转权，有权依法自主决定承包地是否流转和流转的形式。”2002年颁布的《农村土地承包法》从立法上终结了发包方对承包地随意调整权利，有利于土地流转机制的形成^[19]。土地承包经营权流转走上了市场化的道路。

(二) 出租是土地承包经营权流转最主要的方式

目前，土地承包经营权流转的方式包括转包、出租、互换、转让、代耕、信托、入股和抵押等，各种流转方式适用的范围差异较大。据学者披露，从2010年到2015年，转包出租合计3.63亿亩，占土地经营权流转面积的81.3%^[20]。农业部农村经济体制与经营管理司近期发布的统计数据表明，截至2018年6月底，转包和出租占家庭承包经营耕地流转的面积仍然高达82.5%^[21]。从这些统计数据看，转包和出租是土地承包经营权流转最主要的方式。

转包本质上就是出租。根据《农村土地承包经营权流转管理办法》第35条规定，“转包是指承包方将部分或全部土地承包经营权以一定期限转给同一集体经济组织的其他农户从事农业生产经营。转包后原土地承包关系不变，原承包方继续履行原土地承包合同规定的权利和义务。接包方按转包时约定的条件对转包方负责”。“出租是指承包方将部分或全部土地承包经营权以一定期限租赁给他人从事农业生产经营。出租后原土地承包关系不变，原承包方继续履行原土地承包合同规定的权利和义务。承租方按出租时约定的条件对承包方负责”。由此可见，转包和出租的受让方在范围上存在差异，前者被限定在“同一集体经济组织的其他农户”，后者并无此限制。有学者认为，“出租无法替代转包，因此，转包是一种独立的土地承包经营权流转方式”^[22]，“转包和出租本是实践中适用最为广泛的农地流转方式，只要具有类型化上的意义，即可并存”^[23]。然而，有学者在研究转包一词的使用历史背景后指出，“‘转包’实为当时法律禁止土地（土地使用权）‘出租’情形所迫而创设的用语，并无规范或者概念渊源可寻”^[24]。越来越多的学者认为，转包本质上就是租赁^[25]，没有必要区分转包和出租。一个值得注意的动向是，《意见》采用了“出租（转包）”的表达方式，不再将转包与出租并列，转包不再是独立的农地流转方式。由此看来，农地使用权市场化利用的各种方式中，流转面积占比超过80%都是出租。有人认为，农地真正的流转方式就是“出租”。“因为‘转包’随着农业税的取消已经不存在了；‘互换’是地块换地块，实际上与流转并无直接关系；而‘转让’，是原承包者放弃了承包权，并不只是承包耕地经营权的流转”^[26]。出租在农地市场化利用中如此重要，应得到农地权利分置改革重视，应成为探索农地第三种权利的事实基础。《意见》虽然只字未提“出租”“租赁”，但是在土地经营权的制度设计中明确提出土地经营权人“有权在流转合同到期后按照同等条件优先续租承包土地”。《意见》使用“续租”一词应是对“土地经营权”生于租赁的肯定。

然而，“三权分置”理论未对这些事实引起足够的重视，并未立足农地租赁创设农地第三种权利，而是直接从现行土地承包经营权中分离出土地经营权作为农地第三种权利。这种做法不仅破坏了土地承包经营权的安定性，也造成新生的土地经营权脱离了农地利用实践，甚至与农地市场化利用中占绝对地位的农地租赁产生混乱和冲突。中国正在大力发展市场经济，既然政策目标旨在确立市场化的农地使用权，在农地租赁的基础上探索农地第三种权利无疑更为适切。

四、继续探索农地第三种权利之规范目的

权利是目的的产物。权利概念不是根据法律逻辑，而应根据其内在意义——法律伦理和法律

目的^[27]。探索农地第三种权利坚持“三权分置”创设土地经营权的目标,正视农地租赁各方的正当利益,补正土地经营权规范目的之疏漏。

(一) 土地经营权的规范目的回望

如前所述,随着农民市民化和农民分化的深度发展,农地利用中出现了政策设计者不愿看到的矛盾现象:一方面身份意义上的农民未能有效利用基于身份获得的农地资源而造成农地资源浪费;另一方面能够有效利用农地者的正当权益却得不到有效保护。“‘两权分离’的政策、法律框架下,这些主体经营转入土地的权益无法得到全面保护,积极性不能得到充分发挥,严重影响着中国农业现代化的进程”^[28]。作为回应,“三权分置”改革创设土地经营权以“顺应农民保留土地承包权、流转土地经营权的意愿”。《意见》指出,“赋予经营主体更有保障的土地经营权,是完善农村基本经营制度的关键。在依法保护集体所有权和农户承包权的前提下,平等保护经营主体依流转合同取得的土地经营权,保障其有稳定的经营预期”。这是国家政策在强调“赋予农民稳定的土地承包经营权”后对农民之外的主体提出类似的政策目标,突出了“三权分置”创设土地经营权的根本目的。围绕放活土地经营权,《意见》开出了完善土地经营权的内容清单。其中,允许土地经营权依法设定抵押是“三权分置”创设的土地经营权最具改革价值的内容,意在不动摇农民土地承包权的基础上解决长期困扰农业生产经营的资金短缺问题。“中央文件把经营权分离出来,允许抵押担保,但承包权不许抵押。这样既能缓解农民的贷款难题,又能做到风险可控”^[29]。由此可见,“三权分置”创设土地经营权的目的在于赋予土地经营者平等、稳定的农地权利,促进农地资源优化配置,培育新型经营主体,发展适度规模经营,推动现代农业发展。新的农地第三种权利应充分把握、准确体现“三权分置”赋予土地经营权的目。

(二) 农地承包人的正当利益

既然农地第三种权利是土地承包经营权行使的结果,那么其规范目的就不能不考虑农地承包人的正当利益。“因为目前土地经营人进入农村,主要是和农民集体订立合同。所以推行‘三权分置’必须首先考虑集体之中的农民成员是否同意的问题”^[30]。《意见》对此已有关关注,强调“三权分置”改革应“严格保护农户承包权”,并重申了农地承包人的各项土地权利。然而,对农地承包人利益的保护不应止步于承包权宣示,还应将其规范目的注入农地第三种权利,至少农地第三种权利不应造成农地承包人的正当利益减损。

如前所述,农民分化使农地承包人的农地利益出现了分化,农地承包人对农地第三种权利的期待可能存在差异。如城市郊区的农地承包人一般不愿意出租农地,即使出租农地,通常更希望短期出租,以掌握租金调整的主动权。户籍在偏远地区人户分离的农地承包人,特别是在城市有稳定的居住和收入来源的农民,可能更愿意出租承包土地,且更倾向于采用较长的租期。有学者基于中国家庭金融调查与研究中心提供的数据分析得出,“72.5%的农户转出土地的原因是不再从事农业生产或居住地转移到城镇地区。在转出土地的农户家庭中,居住在城镇地区的比例 2013 年为 10.86%,2015 年上升至 14.21%;不再从事农业生产的家庭比例 2013 年为 70.5%,2015 年上升至 71.8%”^[31]。在如何理解农地承包人是否愿意将承包地流转出去,以及希望流转农地的受让者享有何种土地权利的问题上,农户之间存在差异。因此,农地第三种权利的性质和内容不应是整齐划一,应实事求是地体现这些差异。“如果农村土地经营权的期限比较短,就没有必要进行物权化。如果农村土地经营权人的融资需求不强烈,也没有必要进行物权化”^[32]。“三权分置”赋予土地经

营权用益物权的单一构想并不能满足农地承包人对农地第三种权利的多元化期待和现实约束。因此,农地第三种权利的性质和内容应为农地承包人与农地第三种权利人的自由协商留有余地。

(三)承租人的多元利益

土地承包经营权流转的实践还表明,农地承租人利益也具有多样性,其显著的外在原因在于租赁期限。对于短期租赁,如A村村民甲因病治疗暂时无法耕种自家承包的农地,遂将其租与本村村民乙耕种,乙耕种该承租农地的期限较短,一般在1年左右。对此种短期租赁(如代耕代种),乙对租赁农地并无长远利益,不会奢望利用租赁农地抵押、入股。此种情形下,乙对承租农地享有占有、使用和收益权能足以满足其对承租农地的权利诉求。对于长期租赁而言,如B村村民丙因长期在外务工,遂将自己承包的农地租赁给本村村民丁耕种,租赁时间一般长达数年甚至更长。丁因长期占有、使用该租赁农地,可能更倾向于“以自己的财产”之权利心态对待租赁农地,不仅希望获得承租农地的占有、使用、收益之权能,还可能希望尽其所能地发挥承租农地的各种价值和使用价值,甚至希望能够用其抵押、入股,以“地尽其用”。

因此,农地第三种权利设计不宜采取“一刀切”的办法,不加区分地赋予所有农地第三种权利人某些权利,如抵押权、改良农地权等。法国通过司法判例赋予永租权以某些物权效力的经验表明,法国对租赁区分了长期租赁和短期租赁,且仅针对“长期租约”赋予某些物权效力,权利人可以用承租的不动产设立抵押权^[33]。类似做法也可见于设立永佃权制度的其他国家立法,如《意大利民法典》第958条规定:“永佃权得是永久,亦得是附期限的。有期的永佃权,其所定的存续期间不满二十年者,不得设定。”^[34]支持“三权分置”理论的主流学者主张将土地经营权塑造成用益物权,但未注意到农地租赁关系中多方主体的多元利益,脱离了农地流转实际情况,实施中可能会产生抵触或者误会。

五、将农地租赁权作为农地第三种权利的基本设想

(一)将农地租赁权作为一项独立的权利

租赁是对物的使用分享,是古老的物之利用方式,广泛存在于各种物之利用场合。农地租赁在中外农地利用史上甚为悠久。有农地租赁,必有农地租赁权。但理论上对租赁权是否是一项独立的权利尚存争议。“‘租赁权’与其说是一项独立的权利,不如说是租赁之债的效力,它既非以租赁物为客体,自身亦无独立存在的价值”^[35]。尽管中国合同法将租赁合同作为有名合同规范,但迄今为止,中国立法尚未将租赁权作为一项独立的权利对待,农地租赁亦是如此。“尽管租赁契约的结果形成了对特定物的事实支配关系,但法律并没有将此对特定物的事实支配关系从产生其租赁契约中独立出来,予以特别的重视和强力保护”^[36]。因此,租赁权(包括农地租赁权)还不是中国立法确认的独立的权利类型,而只是承租人依据法律和租赁合同享有的使用租赁物的各种权利的统称。

然而,租赁权作为一项独立的权利已是事实。“如依1974年之《普鲁士普通邦法》,由租赁关系所设立者,乃为一项物权”^[37]。“与‘买卖不破租赁’类似,‘租赁权’这种说法本身并非一个严格的专业用语,却常被论者当作一项独立的权利”^[38]。将租赁权理解为租赁之债的效力,更多的是从租赁关系而非承租人视角所作之解释,无法准确地体现承租人对租赁物享有的权利,既不利于保护承租人的正当利益,也不利于妥当地处理承租人与第三人之间的权利义务关系。

农地租赁是农地市场化利用最基础的方式。农地租赁不受主体身份、地域限制,可以在开放的

市场主体之间实现农地资源优化配置,有助于促进农地适度规模经营。同时,农地租赁还可以有效解决城乡融合发展和农民分化进程中离乡离农的农民拥有农地而不能充分利用农地的矛盾,使农地权利人长期拥有农地的权利(土地承包经营权)与农地实际利用的权利(农地租赁权)通过市场机制有限期地分离,并在分离后两权并行不悖。农地租赁权虽然通常产生于土地承包经营权(“四荒”土地也可以直接从所有权人处获得租赁权),但依据租赁合同在租赁有效存续期间具有独立性,农地所有权人、土地承包经营权人亦不得干预。同一农地之上,农地所有权、土地承包经营权、农地租赁权和谐共存,不会造成学者担心的土地经营权与承包权那样的权利冲突。因而农地租赁权应成为一项独立的权利。

(二) 以农地租赁权取代土地经营权

农地第三种权利,既可以是全新的权利也可以是现存某项权利的借用或改造,但不论何种选择都应立足于农地使用权市场化使用实践。如前所述,出租是中国土地承包经营权流转最主要的方式,而土地承包经营权流转受让人享有的农地权利本质上就是农地租赁权。土地经营权只不过是农地租赁权的另一种说法而已,之所以采用土地经营权作为农地第三种权利,或许与农地第三种权利的用益物权塑造目的有关,避免直接采用农地租赁权而受其债权性质约束。

据学者考证,“‘土地经营权’一语,最早出现在用以指导农地流转实践的地方规范性文件之中”,使用这一表述的原因有三^[39]:第一,经济学界和管理学界提供了一定的理论依据;第二,解释了“土地承包人”与“土地经营人”的分离现象;第三,规避了现行法中的某些禁止性规定。如果使用“土地经营权”之概念仅仅因为前述原因,用土地经营权充当农地第三种权利已无必要。首先,土地经营权并非唯一的权利选项,完全可以用其他权利取代。其次,将土地承包经营权流转后的受让人界定为“土地经营人”并非事实描述,而是“合目的性”解释,不具有实证层面上的说服力。最后,为了规避土地承包经营权抵押的法律障碍而使用土地经营权概念,只会将土地承包经营权抵押的争议引向土地经营权,并不能真正解决农地融资担保问题。

有学者主张将农地第三种权利命名为“耕作权”或者“耕作经营权”^[17]。从权利的内容和避免权利来源的理论争议而言,采用“耕作权”比土地经营权更加合适。然而,考虑到农地第三种权利本质上就是对他人农地权利的利用,且在实践中最主要的利用形式就是租赁,抛弃农地租赁权概念而采用陌生的“耕作权”概念容易增加思维负担。“当人们形构和界定法律概念之时,他们通常考虑的是那些能够说明某个特定概念的最为典型的情形,而不会严肃考虑那些难以确定的两可性情形”^[40]。因此,笔者主张直接采用农地租赁权概念。

(三) 坚持农地租赁权的债权性质

“三权分置”的主流观点均认为土地经营权应为用益物权。作为替代土地经营权的农地租赁权是否也应遵循用益物权之构造路径呢?

租赁权是债权,此为学界之主流观点。然而,租赁权的性质并非没有争议。“罗马自古以来,尤其是共和末期以后,国家、都市或宗教团体常将土地短期或长期出租于他人耕作,以土地供农业之使用,成立农地租赁契约,此种契约渐渐地由法务官赋予物权之保护”^[41]。最终形成今日之租赁权物权化理论共识。租赁权(主要是不动产租赁权)物权化有着悠久的历史,在实证法上已经取得丰硕实绩。这种现象也获得国内一些学者的肯定,“租赁合同及其履行同时包含移转租赁物占有的‘准物权行为’和其他诸如租金支付义务、维修义务、通知义务等债务关系,租赁法律关系兼具物权

内容和债权内容”^[42]。“租赁权符合物权的特质,而不同于请求他人为或不为一定行为的债权”^[43]。有学者干脆认为,“现代民法中的土地租赁权已经具备了用益物权的基本属性,在逻辑上应当被纳入用益物权体系”^[44]。因此,租赁权物权化为农地租赁权的物权化构造提供了理论依据,农地租赁权完全可以朝着物权化的方向迈出具有时代特征的脚步。

农地租赁权是否像土地经营权一样应塑造成用益物权呢?这得根据农地第三种权利规范目的而定。《意见》将土地经营权界定为“对流转土地依法享有在一定期限内占有、耕作并取得相应收益的权利”。并明示,“在依法保护集体所有权和农户承包权的前提下,平等保护经营主体依流转合同取得的土地经营权,保障其有稳定的经营预期”。结合《意见》规定的土地经营权的具体内容,不难发现,创设土地经营权的制度目标在于使其能够获得平等保护,稳定农地经营预期,明确农地经营者从事农业生产所需的各项权利,包括占有、收益、处分的权利,特别是:(1)改良农地的权利;(2)在农地上建设农业生产附属设施的权利;(3)再流转农地的权利;(4)设定抵押的权利;(5)获得征收补偿的权利;(6)承包人不应当妨碍经营主体经营活动的权利等六项权利。其中,第(4)项权利是《意见》赋予土地经营权的核心权利,对土地经营权是否应塑造成用益物权具有决定性影响,而其他几项权利完全可以通过土地承包经营权流转合同的约定实现。《意见》创设第(4)项权利意在盘活“沉睡”的农地价值,解决农业生产资金短缺的现实问题。“中央文件把经营权分离出来,允许抵押担保,但承包权不许抵押。这样既能缓解农民的贷款难题,又能做到风险可控”^[45]。然而,取代土地经营权的农地租赁权不应也不必为实现农地抵押目的而被塑造成用益物权。

首先,农地租赁权欲成为用益物权应具备较长租期。如前所述,农地租赁者对租赁农地的利益存在差异,实践中,农地租赁的租期通常都不长。根据学者调研,农地租赁期限平均只有6.82年。有学者已经注意到不同土地流转形式对期限的要求相同,不赞成将所有的农地流转形式均赋予物权效力,只赋予“流转期限3年以上的土地经营权才具有物权性质”^[25]。如前所述,国外立法例在赋予永佃物权效力时对其存续期限作了要求。考虑到土地承包经营权流转实践中通常以短租为主,且流转合同签订率低的现实,不应赋予农地租赁权用益物权性质。

其次,即使为了抵押之目的,农地租赁权也不必为用益物权,完全可以在债权性质下实现担保融资诉求。农地抵押并非目的,目的是融资。农地融资担保有多种方式,并非仅抵押一种,质押也可以融资。农地租赁权是债权,债权也可以质押方式担保。关于债权质押,“中国没有采纳比较法上普遍承认的‘债权质押’概念,而是采用了外延上相对狭窄的‘应收账款’概念”^[46]。最高人民法院2000年发布的《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》肯定了公路桥梁、公路隧道或者公路渡口等不动产收益权出质方式。2007年颁布的《物权法》第223条第(六)项规定,债务人或者第三人有权处分的应收账款可以出质。继司法解释规定公路桥梁、公路隧道或者公路渡口等不动产收益权可以出质之后,立法也作出了类似规定。“应收账款实质上属于一般债权,包括尚未产生的将来的债权”^[47]。早在讨论土地承包经营权融资功能时,有学者就已经注意到了“土地承包经营权之债权性流转收益权质押”^[48]。“在现行法上禁止以家庭承包方式土地承包经营权抵押的情况之下,土地承包收益权是作为‘应收账款’之一种,可以设定质押”^[49]。因此,可以采取法律解释的方式,将农地承租人对租赁农地的收益权作为可以质押的“不动产收益权”,经出租人同意并经登记后成立质押。这样就不会为了满足农地第三种权利融资担保的刚性目标而必须赋予其用益物权性质。至于《意见》规定的其他五项重要权利内容,可以通过赋予农地租赁权的某些物权效力来

实现。

(四)在意思自治的基础上赋予农地租赁权享有某些特定的物权效力

历史上,为了特别保护处于弱势地位的房屋承租人利益,法律确立了“买卖不破租赁”规则,使租赁权具有了物权效力。尽管物权法定原则显著地区分了物权和债权,但随着社会的发展,这种僵化的区分正在走向缓和。“债权物权化”便是通往缓和的现成桥梁。“就特定物债权而言,开放债权登记,债权经登记后,取得对抗第三人的绝对效力。此时,权利的债权性质不变,但通过采‘债权物权化’观念,使债权通过登记而取得绝对效力”^[50]。在各种租赁权中,作为不动产租赁权的农地租赁权最有条件通过“债权物权化”再次实现符合时代需要的发展。

目前,出租已成为中国农地市场化利用的基本方式,农地承租人已成为农业生产的重要力量。为平等保护农地承租人的农地权利,提高其从事农业生产的积极性,保障其从事农业生产的条件,有必要在坚持农地租赁权债权性质的基础上,经租赁当事人协商一致后赋予农地租赁权具有某些特定的物权效力。“赋予租赁权的对抗效力除了为了继续贯彻保护作为弱者的承租人的立法政策之外,还有利于保护交易安全和维护社会关系的稳定”^[51]。将《意见》规定的前述其他五项重要权利内容注入农地租赁权。“不动产租赁权虽具有占有之事实且享有优先购买权,但本质上仍应归属于债权为宜,但其权利行使与保护可比照物权优先效力予以考量及实施”^[52]。有意思的是,主张土地经营权为债权的学者也同意赋予其某些物权效力。“‘土地经营权’虽非物权,但其在与土地承包权人分离情形下可被赋予一定的支配和排他效力,其核心内容是赋予权利人一定的处分权能”^[53]。具体而言,在“买卖不破租赁”的租赁权物权化成果的基础上,结合中国土地承包经营权的特殊法律地位,赋予农地租赁权人“转让不影响租赁”的权利,将《意见》规定的土地经营权前述的第(6)项权利内容赋予农地租赁权,即土地承包经营权人转让出租农地(包括将承包地退回发包人)的,农地承租人有权依照其与出租人签订的农地租赁合同排除农地受让人的干扰,继续享有占有、使用、收益承租农地的权利。在此基础上,适应保护农地承租人的现实需要,拓展农地租赁权的物权效力,赋予农地租赁权人“有利于农业生产”之目的对承租农地一定限度的处分权和支配权,将《意见》前述第(1)、(2)、(3)、(5)项权利内容赋予农地租赁权人,体现法律对农地承租人的特别保护。

农地租赁权本为债权,是否享有某些特定物权性质的效力,既取决于法律的赋予,也决定于租赁当事人的协商一致;任何一个条件不成就,农地租赁权则回归到普通的债权范畴。农地租赁当事人同意赋予农地租赁权上述物权性质效力的,还应按照法律规定履行登记手续,由登记机关在农地租赁权证书中注明物权性质效力的具体内容,农地租赁权才能最终取得特定的物权性质效力。

参考文献:

- [1] 韩长赋.土地“三权分置”是中国农村改革的又一次重大创新[J].中国合作经济,2016(10):4-10.
- [2] 万能,原新.1978年以来中国农民的阶层分化:回顾与反思[J].中国农村观察,2009(4):65-73.
- [3] 邓大才.中国农村产权变迁与经验——来自国家治理视角下的启示[J].中国社会科学,2017(1):4-24,204.
- [4] 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(2):102-112,153.
- [5] 贺雪峰.“农民”的分化与土地利益分配问题[J].法学论坛,2010(6):104-110.
- [6] 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.
- [7] 贺苏园,桂华.去财产化:农地资源配置的困境与突破——基于国有农场“两田制”的考察[J].华中农业大学学报(社

- 会科学版),2017(6):127-132.
- [8]胡康生.中华人民共和国农村土地承包法通俗读本[M].北京:法律出版社,2002:22.
- [9]桂华.从经营制度向财产制度异化——集体农地制度改革的回顾、反思与展望[J].政治经济学评论,2016(5):126-142.
- [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]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.
- [12]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(3):4-25.
- [13]申惠文.农地三权分离改革的法学反思与批判[J].河北法学,2015(4):2-11.
- [14]丁文.论“三权分置”中的土地承包权[J].法商研究,2017(3):15-26.
- [15]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.
- [16]温世扬.农地流转:困境与出路[J].法商研究,2014(2):11-16.
- [17]孙宪忠,张静.推进农地“三权分置”的核心是经营权物权化[N].光明日报,2017-2-14(11).
- [18]黄枫,孙世龙.让市场配置农地资源:劳动力转移与农地使用权市场发育[J].管理世界,2015(7):71-81.
- [19]高伟,李学迎.公平观念、控制权收益与土地调整[J].中央财经大学学报,2009(7):61-64.
- [20]王蕾,张伟民,金文成.“十二五”时期农村土地承包和流转情况分析[J].农村经营管理,2016(6):10-11.
- [21]农业农村部农村经济体制与经营管理司.当前农村经营管理基本情况[EB/OL].[2018-08-11].http://www.jgs.moa.gov.cn/txsxxh/201801/t20180105_6134218.htm.
- [22]丁关良.土地承包经营权转包有关法律问题的探讨[J].南京农业大学学报(社会科学版),2010(4):88-94.
- [23]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.
- [24]魏振华.土地承包经营权“转包”与“出租”流变考[J].财经法学,2017(2):119-135.
- [25]崔建远.土地承包经营权的修改意见[J].浙江社会科学,2005(6):65-68.
- [26]陈锡文.深化农村土地制度改革与“三权分置”[J].公民与法(综合版),2017(7):3-7.
- [27]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,2002.
- [28]孔祥智.“三权分置”的重点是强化经营权[J].中国特色社会主义研究,2017(3):22-28.
- [29]陈锡文.应准确把握农村土地制度改革新部署[J].党政干部参考,2014(1):19-20.
- [30]何欣,蒋涛,郭良燕等.中国农地流转市场的发展与农户流转农地行为研究——基于2013—2015年29省的农户调查数据[J].管理世界,2016(6):79-89.
- [31]申惠文.债权物权二元财产权体系视角下的农村土地经营权[J].云南大学学报(法学版),2015(3):14-19.
- [32]弗朗索瓦·泰雷,菲利普·森勒尔.法国财产法[M].罗结珍,译.北京:中国法制出版社,2008:1077.
- [33]意大利民法典[M],陈国柱,译.北京:中国人民大学出版社,2010:183.
- [34]金可可.债权物权区分说的构成要素[J].法学研究,2005(1):20-31.
- [35]董学立.物权法研究:以静态与动态的视角[M].北京:中国人民大学出版社,2007:66.
- [36]张双根.谈“买卖不破租赁”规则的客体适用范围问题[C]//王洪亮.中德私法研究(第1卷),北京:北京大学出版社,2006:3-11.
- [37]温世扬,武亦文.论租赁权的非物权化进路[J].当代法学,2010(3):95-102.
- [38]丁文.论“三权分置”中的土地经营权[J].清华法学,2018(1):114-128.
- [39]博登海默.法理学:法律哲学与法律方法[M].邓正来,译.北京:中国政法大学出版社,2004:505.
- [40]谢在全.民法物权论(中册)(修订版五版)[M].北京:中国政法大学出版社,2011:486.
- [41]黄凤龙.“买卖不破租赁”与承租人保护——以对《合同法》第229条的理解为中心[J].中外法学,2013(3):618-643.

- [42] 崔建远. 合同法学[M]. 北京: 法律出版社, 2015: 364.
- [43] 赵军. 土地租赁权的物权化及我国的立法对策[J]. 行政与法, 2006(6): 98-99.
- [44] 刘保玉. 完善我国质权制度的建议[J]. 现代法学, 2017(6): 48-60.
- [45] 胡康生. 中华人民共和国物权法释义[M]. 北京: 法律出版社, 2007: 481.
- [46] 高海. 土地承包经营权之收益权融资担保[J]. 安徽大学学报(哲学社会科学版), 2012(4): 109-119.
- [47] 高圣平. 论土地承包收益权担保的法律构造——兼评吉林省农地金融化的地方实践[J]. 法律科学(西北政法学院学报), 2015(6): 189-199.
- [48] 张鹏. 物债二分体系下的物权法定[J]. 中国法学, 2013(6): 67-78.
- [49] 黄文煌. 论租赁权的对抗效力——兼论《合同法》第229条的缺陷与修改[J]. 清华法学, 2010(2): 65-75.
- [50] 刘云生, 吴昭军. 政策文本中的农地三权分置: 路径审视与法权建构[J]. 农业经济问题, 2017(6): 12-22.
- [51] 温世扬, 吴昊. 集体土地“三权分置”的法律意蕴与制度供给[J]. 华东政法大学学报, 2017(3): 74-82.

Further exploration on the third right to the Rural land

PU Juncheng

(Law School, Southwest University, Chongqing, 400715, P.R. China)

Abstract: Since the household contract responsibility system has been established, the reform of rural land system always follows the path of institutional change of self-improvement of land contract management right. Currently, the deepening differentiation of farmers makes the function of self-adjustment of the land contract management right difficult. “separating rural land ownership rights, contract rights, and management rights” comply with the trend of land rights division, and beyond the path dependence of farmland system change, opened up a new way to explore the third right of rural land. However, the third right made by “separating rural land ownership rights, contract rights, and management rights”—land management right has theoretical defects, it’s not fully reflect the diversified interests for various main of rural land use market. Continue exploring the third right of rural land, the basic way for market utilization of rural land-lease should be the normative cornerstone, at the same time multiple legitimate interests become the normative purposes. Leasehold of rural land could be shaped as independent right, it will replace land management right as the third kind of right. Maintain the property right of leasehold of rural land, on the basis of the consensus of the parties concerned in the lease of rural land, the right to lease rural land shall be given validity of real right after being registered according to law.

Key words: differentiation of peasants; separate rural ownership rights; contract rights; and management rights; the management right of land; leasehold of countryside land

(责任编辑 胡志平)