

# “三权分置”中的承包权边界与立法表达<sup>\*</sup>

The Boundary and Legislative Expression of Rural Land's Contract Right in "Three-Right Separation"

管洪彦 孔祥智

**内容提要** 农户承包权在政策文本中的确立并未完全廓清对其本质属性和权利边界的疑惑。现实中农户承包权与集体成员权的关系常被误读,但事实上二者实质不同,应该及时纠正将农户承包权定性为集体成员权的立法动向。“三权分置”反映的是承包地由农户流转给其他人经营时所形成的客观形态。从动态视角全面审视土地承包经营权和承包权的关系,有助于清晰地界定土地承包经营权和农户承包权的关系。农户承包权的立法表达需要做好稳定和保护农户承包权的制度规范设计。应该继续沿用土地承包经营权的概念,明晰集体成员权与土地承包经营权的关系,赋予土地承包经营权更充分的权能。

**关键词** 三权分置 “三农”问题 乡村振兴战略

**作者单位** 山东政法学院民商法学院 山东济南 250014,中国人民大学农业与农村发展学院 北京 100872

Guan Hongyan Kong Xiangzhi

**Abstract:** The establishment of The Contract Right of Rural Land in the policy text does not clarify the doubts about its essential attribute and the right boundary. The relationship between The Contract Right of Rural Land and collective members' rights is often misread. But in fact, the two are essentially different. It is necessary to correct the erroneous legislative trend of taking The Contract Right of Rural Land as the collective membership right. "Three-Right Separation" of Rural land reflects the objective form formed by the transfer of the contracted land by the farmers to other people. It is helpful to clearly define the relationship between The Land Contract Management Right and The Contract Right of Rural Land by examining the relationship between the two right from a dynamic perspective. The legislative expression of The Contract Right of Rural Land needs to do a good job of system standard design to stabilize and protect the farmers' contracting right. We should continue to follow the concept of land contractual management right, clarify the relationship between The Contract Right of Rural Land, Collective Membership Right and The Land Contract Management Right, and give The Land Contract Management Right more sufficient power.

**Key words:** rural land's division of the collective ownership, contract rights, management rights, issues concerning agriculture, countryside and farmers, the strategy of Rural Revitalization

目前,农地“三权分置”已经进入落实阶段。但是,“三权分置”中的农户承包权在现行法律规范体系中并无对应概念,其权利性质、权利边界仍较为模糊。党的十九大报告再次提出要完善承包地“三权分置”制度,可见,“三权分置”改革任重而道远。贯彻实施和完善“三权分置”需要结合改革目的和政策文本展开科学立法表达。但是,农户承包权的本质内

\* 该标题为《改革》编辑部改定标题,作者原标题为《三权分置中的农户承包权:权利边界与立法表达》。基金项目:国家社会科学基金项目“农村集体经济组织法人的基本构造与制度表达研究”(批准号:17BFX109)。通讯作者:孔祥智。

涵是什么,其与集体成员权和土地承包经营权是何关系,如何对农户承包权进行立法表达,在理论和实践中都还存在争议。《中华人民共和国农村土地承包法修正案(草案)》对“三权分置”进行了立法表达,但仍有诸多疑义。因此,这里对上述问题展开试探性研究,以期对相关制度的完善有所裨益。

### 一、农户承包权概念的确立过程

近年来,政策文件和立法草案已经比较统一地使用农户承包权的概念。农户承包权的概念经历了从“交错使用”到“基本确定”的演变过程。但是,农户承包权概念的基本确定并没有从根本上廓清农户承包权本质属性及其与相关权利的边界。

(一)交错使用阶段:土地承包经营权与农户承包权交错使用

目前农户承包权还不是一个法律概念,无明确的法律规范表达,只是政策文本中的表述。2013年7月,习近平总书记在视察武汉农村综合产权交易所时强调,“深化农村改革,完善农村基本经营制度,要好好研究农村土地所有权、承包权、经营权三者之间的关系”。2013年12月,中央农村工作会议首次正式提出承包权和经营权分置。会议指出,要不断探索农村土地集体所有制的有效实现形式,落实集体所有权、稳定农户承包权、放活土地经营权。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,允许承包土地的经营权向金融机构抵押融资”。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》,提出要“抓紧研究探索集体所有权、农户承包权、土地经营权在土地流转中的相互权利关系和具体实现形式”。值得关注的是,2015年中央“一号文件”中同时使用了土地承包经营权和农户承包权的表述。该文件一方面要求完善相关法律法规,加强对农村集体资产所有权、农户土地承包经营权和农民财产权的保护。另一方面,又提出

要界定农村土地集体所有权、农户承包权、土地经营权之间的权利关系。2015年11月2日,中共中央办公厅、国务院办公厅印发了《深化农村改革综合性实施方案》,对农户承包权作了更进一步的表述,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”,传递着农户承包权和土地承包经营权是两个不同概念的政策信息。《深化农村改革综合性实施方案》进一步确认了进城落户农民的“三权”,只不过表述有了略微变化,即此前中央政策文件中多次使用的进城落户农民的“土地承包经营权、宅基地使用权、集体收益分配权”变成了“土地承包权、宅基地使用权、集体收益分配权”,即将“土地承包经营权”变成了“土地承包权”。这一表达的变化究竟是有意为之,还是仅仅试图与中央后来推进农地“三权分置”改革的政策表述保持一致,目前尚不明确。上述政策演进脉络见表1(下页)。

(二)基本确定阶段:农户承包权概念在政策文本和立法草案中被广泛接受

2016年中央“一号文件”继续保持了农户承包权的表述。2016年10月30日,《关于完善农村土地所有权承包权经营权分置办法的意见》发布,对“三权分置”的意义、基本原则、贯彻实施等作了全面系统的规定。特别是对农户承包权的基本地位、权利主体、权利内涵、权利内容、保障措施等作了比较全面的规定。这也是我国目前颁布的政策文本中对农户承包权的基本内涵和权利构造所作出的最为清晰的表述。2017年中央“一号文件”进一步强调要落实农村土地集体所有权、农户承包权、土地经营权“三权分置”办法。2016年12月26日,中共中央、国务院发布了《关于稳步推进农村集体产权制度改革的意见》,提出要“落实农民的土地承包权、宅基地使用权、集体收益分配权和对集体经济活动的民主管理权利”,并提出要形成有效维护农村集体经济组织成员权利的治理体系。《中华人民共和国农村土地承包法修正案(草案)》将“三权分置”政策进行了立法表达。草案继续使用了农户承包权的概念,并采用了土地

表 1 农户承包权概念交错使用阶段相关政策表述

时间	会议或政策文本	主要相关内容
2013年12月	中央农村工作会议	要不断探索农村土地集体所有制的有效实现形式,落实集体所有权、稳定农户承包权、放活土地经营权。
2014年1月	《关于全面深化农村改革加快推进农业现代化的若干意见》	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11月	《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》	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,以家庭承包经营为基础,推进家庭经营、集体经营、合作经营、企业经营等多种经营方式共同发展。土地承包经营权属于农民家庭。
2015年2月	《关于加大改革创新力度加快农业现代化建设的若干意见》	完善相关法律法规,加强对农村集体资产所有权、农户土地承包经营权和农民财产权的保护。界定农村土地集体所有权、农户承包权、土地经营权之间的权利关系。
2015年12月	《深化农村改革综合性实施方案》	把握好土地集体所有制和家庭承包经营的关系,现有农村土地承包关系保持稳定并长久不变,落实集体所有权,稳定农户承包权,放活土地经营权,实行“三权分置”。深化农村土地制度改革的基本方向是:落实集体所有权,稳定农户承包权,放活土地经营权。

资料来源:根据有关政策文件整理。

承包经营权的概念,且对土地承包经营权和农户承包权进行了区分(见表2,下页)。

可见,从2014年中央“一号文件”正式提出要推进承包地“三权分置”改革以来,虽然在个别场合,政策文本的农户承包权概念与土地承包经营权混合使用,但是近两年来的政策文件已经比较统一、明确地使用农户承包权的概念。因此,可以说我国政策文本中的农户承包权概念的使用经历了从“交错使用”到“基本确定”的过程。但是,农户承包权概念的确定并没有从根本上廓清对农户承包权本质属性和权利边界的疑惑,如农户承包权性质为何,农户承包权与土地承包经营权是何关系,都未得到厘清。《中华人民共和国农村土地承包法修正案(草案)》从形式上照搬了政策文本中的概念,但是实质上又有不同,如对农户承包权的界定与政策文本中的界定具有本质差异。尽快明确相关法律是异常重要的,正如有学者指出的,要将短暂的、灵活的政策转变为长久的、稳定的法律法规,为“三权分置”提供持久有力的保障,奠定信任、信心的基础。<sup>[1]</sup>因此,应该尽快厘清政策文本中农户承包权与现行法律规范体系中相关概念的界限,以便尽快实现“三权分置”改革的制度化与

法律化。

## 二、农户承包权的权利边界

《关于完善农村土地所有权承包权经营权分置办法的意见》指出:“鼓励在理论上深入研究农民集体和承包农户在承包土地上、承包农户和经营主体在土地流转中的权利边界及相互权利关系等问题。”这充分说明,中央在政策制定过程中对“三权分置”中若干权利边界和相互关系的模糊性是有清晰认识的。事实上,学术界对农户承包权、集体成员权和土地承包经营权权利边界和相互关系也存在较多争议。

### (一)农户承包权性质的学说争议

关于农户承包权的性质,目前主要存在如下观点:一是成员权说。认为“三权分置”的农地权利结构实为集体土地所有权、成员权、农地使用权三权并立。<sup>[2]</sup>二是土地收益权说。认为“三权分置”下的土地承包权,是一种土地的收益权。<sup>[3]</sup>三是复合属性说。认为农户承包权是指农户基于农村集体经济组织成员身份、以农户家庭为单位对农业经营土地享有的财产性权利。该项权利既有身份权属性,又有财产权属性。<sup>[4]</sup>四是土地承包经营权说。认为“三权分置”中的“三

表 2 农户承包权概念基本确立阶段相关政策文件及其表述

时间	文件名称	主要相关内容
2016年1月	《关于落实发展新理念加快农业现代化实现全面小康目标的若干意见》	稳定农村土地承包关系,落实集体所有权,稳定农户承包权,放活土地经营权,完善“三权分置”办法,明确农村土地承包关系长久不变的具体规定。
2016年10月	《关于完善农村土地所有权承包权经营权分置办法的意见》	严格保护农户承包权。农户享有土地承包权是农村基本经营制度的基础,要稳定现有土地承包关系并保持长久不变。土地承包权人对承包土地依法享有占有、使用和收益的权利。
2016年12月	《关于深入推进农业供给侧结构性改革加快培育农业农村发展新动能的若干意见》	落实农村土地集体所有权、农户承包权、土地经营权“三权分置”办法。
2016年12月	《关于稳步推进农村集体产权制度改革的意见》	落实农民的土地承包权、宅基地使用权、集体收益分配权和对集体经济活动的民主管理权利,形成有效维护农村集体经济组织成员权利的治理体系。
2017年11月	《农村土地承包法修正案(草案)》	第六条: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。土地承包权是指农村集体经济组织成员依法享有的承包土地的权利。土地经营权是指一定期限内占用承包地,自主组织生产耕作和处置产品,取得相应收益的权利。

资料来源:根据有关政策文件和立法草案整理。

权”指的是我国立法中已经明确的集体所有权、农民家庭或者个人享有的土地承包经营权这两项物权性质的权利以及立法中尚未明确其性质的经营权(孙宪忠,2015)。该观点显然将农户承包权等同于现行立法中的土地承包经营权。其中的农村集体土地所有权在《物权法》等法律法规中已有明确地位,但是农户承包权和土地经营权在现行法中则无明确的对应概念。五是用益物权说。特指基于农户作为一定农村集体经济组织的成员所获得的土地承包权利,应属于用益物权,而非简单的债权。中央政策文件中多次要求抓紧研究探索集体所有权、农户承包权、土地经营权在土地流转中的相互权利关系和具体实现形式,完善“三权分置”法律法规。从上述争议看,学者对农户承包权的认识关键在于对政策文本中农户承包权的本质存在争议,根本原因是农户承包权、集体成员权和土地承包经营权关系的认识存在争议和偏差。故对农户承包权进行准确法律表达,必须首先明晰农户承包权与集体成员权、土地承包经营权的关系。

## (二)农户承包权与集体成员权的权利边界

农户承包权与集体成员权在主体方面具有相似性,在产生上具有关联性,结果导致二者之间的关系经常被误读。厘清农地“三权分置”中各种权利之间的关系,必须对农户承包权与集体成员权之间的关系进行明确。

第一,权利性质不同。根据《关于完善农村土地所有权承包权经营权分置办法的意见》的规定,农户承包权是土地承包权人对承包土地依法享有占有、使用和收益的权利。该文件明确了集体土地承包权属于农民家庭。有学者指出,“农户承包权属于集体土地所有权派生之用益物权,其实是权利人对承包土地的使用和支配,而不是具有身份权性质的、集体成员承包土地的某种资格。”另外,该学者进一步指出:“农户承包权为财产权而非身份权,尽管只有具备集体成员资格才能够向本集体申请承包权,集体成员身份为农户取得承包权主体地位的内在条件,但成员权与后者的本体无关,将承包权认定为以特定身份资格为核心要素的成员存在体系性障碍。”(蔡立东,姜楠,2017)可见,从政策

文本中对农户承包权的概念界定以及权利属性上分析,农户承包权属于用益物权,属于财产权范畴。而集体成员权从权利属性上讲属于社员权范畴,属于兼具人身权和财产权双重属性的权利。集体成员权是农民集体成员基于其成员身份就集体财产和集体事务管理等方面的事项所享有的复合性权利,是农民集体成员在农民集体中所享有的权利。作为集体成员针对农民集体享有的复合性权利,集体成员权反映了集体成员与农民集体之间的法律关系,集体成员权在法律属性上属于社员权。集体成员权是以集体成员资格为基础的权利。集体成员权反映了集体成员与农民集体之间的法律关系,二者本质上属于社员与所属团体之间的法律关系。<sup>[6]</sup>判断某一个集体成员是否享有成员权的基础依据是看其是否具有集体成员资格。总之,从中央政策文件中农户承包权的权利内容和权利性质上分析,农户承包权属于用益物权,属于财产权范畴;而集体成员权属于社员权,兼具人身权和财产权的双重属性,这是两种权利在本质属性方面的差别。但是,《中华人民共和国农村土地承包法修正案(草案)》有将农户承包权界定为集体成员权的趋向,这是应该予以纠正的。

第二,权利主体不同。根据《关于完善农村土地所有权承包权经营权分置办法的意见》等政策文件的要求,农地“三权分置”中的土地承包权专属于农户,这是稳定我国农村基本经营制度的基础的客观必要,也是保护农民生存权益的客观必要。从目前政策与法律规范观察,农户承包权与集体成员权具有身份性,都具有较强的身份专属性。这就导致农户承包权与同样具有较强身份权属性的集体成员权经常发生混淆,这也是不少学者将农户承包权的本质属性解读为集体成员权的主要原因。事实上,农地“三权分置”中的农户承包权专属于农户;集体成员权的主体则非指农户,而是自然人。在我国现行法律制度下,农民集体是以“户”为成员单位进行集体利益分配的,如在设定农村土地承包经营权和申请宅基地使用权过程中分别以“农户”和“户”为单位申请。集体成员是指特定

农村社区范围内以农民集体所有的财产和资源为基本生存保障,并与农民集体发生权利义务关系的自然人。集体成员具有自然形成性、社区共同体性、成员同质性、生存依赖性、身份性等特点。集体成员还有一个不可忽略的特点就是自然人性。有学者指出,建立以自然人为单位的成员主体更为合理,其主要理由在于:自然人作为民事主体,概念确定,身份易于识别,易于操作;将成员权赋予自然人也可以更好地保障每个个体的权益,使集体的公平性、保障性得以体现;通过自然人成员与集体的直接联系状态,也可以减轻家庭的负担,变家庭保障为集体保障,体现社会主义公有制的优越性。<sup>[7]</sup>这种观点符合集体所有权的根本宗旨,有利于保护集体成员的个体权益,也便于实践操作,具有其合理性。

第三,权利内容不同。从农户承包权的内容看,农户承包权绝非单纯的集体成员权,而且其外延等于甚至大于原来的土地承包经营权。《关于完善农村土地所有权承包权经营权分置办法的意见》中指出农户承包权的权能主要有:占有、使用、流转(转让、互换、出租、入股等)、抵押、退出承包地、收益等各项权能。高圣平更是清晰地指出,农地“三权分置”之下的土地承包权,绝不仅仅只是《农业法》和《农村土地承包法》意义上的土地承包权,不仅仅蕴含着本集体成员所拥有的承包土地的资格,而且是具有使用、流转、抵押、退出承包地等各项权能的财产权。<sup>[8]</sup>集体成员权与农户承包权的内容具有明显不同。集体成员权是复合性权利,它是一类民事权利的统称,其中既有财产属性的权利,如请求承包集体所有土地的权利、请求集体财产收益的权利、请求集体福利分配的权利等,这些权利专门为成员个人利益而设置,故称为自益权;也有非财产属性的权利,如参与民主决策的权利、对集体事务管理监督的权利、知情权等,这些权利不仅为成员个人权利而且为成员集体的共同利益而设,故称为共益权。因此,集体成员权兼具财产权和非财产权的双重属性,是一种复合性权利。可见,就权利内容而言,农户承包权与集体成员权明显不同。

第四,产生顺序不同。集体成员权是集体成员在集体中享有的社员权,具有强烈的身份性特点,享有集体成员权是集体成员取得土地承包经营权等用益物权的前提。但是,享有集体成员权并不必然享有用益物权。土地承包经营权等用益物权必须由集体成员以“户”或者“农户”为单位通过承包合同或者申请审批等特定程序后才能取得。故集体成员权与农户承包权的产生有先与后的关系。实践中之所以出现如此多的分歧,根源在于我国集体成员权理论的研究薄弱,进而导致没有厘清集体成员权和集体成员享有的用益物权之间的关系。一方面,我国立法中并没有建构起系统的集体成员权体系,导致认识中对集体成员权本身和集体成员权的行使结果混同。集体成员权在权利属性上是社员权,而土地承包经营权是用益物权,集体成员基于成员身份享有的请求农民集体发包集体土地的权利是集体成员权的一种类型,通过该集体成员权的行使,集体成员以农户为单位取得作为用益物权性质的土地承包经营权。从本质上分析,取得土地承包经营权是集体成员权行使的结果。因此,土地承包经营权具有身份性,主要由集体成员组成的农户通过家庭承包的方式取得,但是它本身并不是集体成员权,它是集体成员权行使的结果。只不过,有关“三权分置”政策表述中的“农户承包权”更为强烈地强调了身份性,其意旨在维护农户享有的土地承包经营权的稳定性,而无意再新创一种新的权利类型。

除上述不同外,农户承包权与集体成员权在产生、变更和消灭的方式,行使和救济机制方面也有明显不同。总之,农地“三权分置”中的农户承包权与集体成员权具有诸多不同,在理论和实践中均应该加以明确区分。但是,目前的法律表述并未对此加以区分。如《中华人民共和国农村土地承包法修正案(草案)》第六条规定:“土地承包权是指农村集体经济组织成员依法享有的承包土地的权利。”该表述似乎仍将土地承包权等同于集体成员权(甚至是一种资格),没有充分认识到农户承包权与集体成员权的本质不同。这一法律文本关于农户承包权的表述

与政策文件中对农户承包权的界定存在较大差别,没有真实反映政策文件的目的和要求。《关于完善农村土地所有权承包权经营权分置办法的意见》指出:“土地承包权人对承包土地依法享有占有、使用和收益的权利。”该表述与《物权法》中对土地承包经营权的界定几近一致。可见,中央政策文件中意在将农户承包权界定为土地承包经营权的,而不是集体成员权。而且,将农户承包权认定为集体成员权具有明显弊端。“将农户承包权认定为成员权,必然遮蔽其财产权属性,影响农地资源的配置效率”,“以成员权为基础设计农户承包权,必然增强后者的身份属性,给向其加载新型财产权制造障碍,这不仅有违权利财产化的农地制度内在诉求,而且不利于新型农地权利的生成,将从根本上妨碍农地‘三权分置’政策目标的实现。”(蔡立东、姜楠,2017)因此,亟需从理论上廓清农户承包权与集体成员权的关系。将集体成员权和农户承包权清晰地区分,有利于弱化农户承包权的身份权属性,有利于农地“三权分置”制度目标的实现。

(三)农户承包权与土地承包经营权的权利边界

目前不少学者将政策文本中“农户承包权”解读为集体成员权或者其他权利,进而认为“农户承包权”是有异于土地承包经营权的新创概念,结果对“三权分置”的立法表达造成了诸多纷扰。农户享有的土地承包经营权具有身份权和财产权的双重属性,对土地承包经营权进行再次权利分离的基本方向之一就是要稳定农户承包权,通过依法公正地将土地承包经营权落实到本集体组织的每个农户,实现集体土地的社会保障功能。农户对取得的承包经营权可以自己进行使用收益,也可以流转给不具有集体经济组织成员身份的其他农业经营主体,以更好地释放土地的财产权能,其本质属性是两权分离基础上的再次权利分置。“农地经营权与农户承包权的分置只不过是在农地承包经营权与所有权已经实现分置的基础上进一步的分置而已。”<sup>[9]</sup>如前文所述,农户承包权不同于集体成员

权,本质上属于受到土地经营权限制的土地承包经营权。那么,“三权分置”政策文本中的农户承包权与现有立法中的土地承包经营权究竟是什么关系呢?如上文所述,关于农户承包权的性质有“成员权说”“土地收益权说”“复合性质说”“土地承包经营权说”,其中,“土地承包经营权说”即主张农户承包权就是现行法中的土地承包经营权,那么“三权分置”中的“三权”就是我国现行立法中已经明确的集体土地所有权、土地承包经营权以及立法中尚未明确的土地经营权。进而主张“三权分置”在法律上的权利结构是“集体土地所有权—土地承包经营权—土地经营权”。笔者赞同农户承包权的“土地承包经营权说”,认为“三权分置”中的农户承包权应该解读为现有法中的土地承包经营权,进而按照该种认识进行立法表达。主要依据及理由如下:

第一,从政策文件表述看,“三权分置”中的农户承包权实际上是指土地承包经营权。《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承包经营权落实到本集体组织的每个农户。从该表述看,“稳定农户承包权”实际就是稳定农户的承包经营权。《关于完善农村土地所有权承包权经营权分置办法的意见》指出:“土地承包权人对承包土地依法享有占有、使用和收益的权利。”该表述与《物权法》中的土地承包经营权的概念并无本质差异。根据《关于完善农村土地所有权承包权经营权分置办法的意见》的规定:“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,在土地流转中,农户承包经营权派生出土地经营权。”对“三权分置”后的法权模式应该结合土地流转前后的不同权利结构进行全面剖析。从该表述分析,“三权分置”是在集体土地所有权不变的前提下,农户享有承包经营权实际上是实现集体所有权的方式。然后在土地经营权流转过程中,对农户享有的土地承包经营权进行权利的再次分置,从土地承包经营权中派生出土地经营权。质言之,如果在“三权分置”后,农户

享有的承包权中无经营权的内容,何以派生出经营权?故从政策文本的表述分析,“三权分置”中的农户承包权实际上就是现行法中已广为接受的土地承包经营权。

第二,从我国农村改革的固有规律分析,“三权分置”中的农户承包权实际上是指土地承包经营权。农地制度是一个国家基本经济制度的重要组成部分,往往具有固有法性、本土性和稳定性,而且往往业已形成比较稳固的法律制度体系。现有的农地制度体系反映了改革开放以来我国在农村实行家庭联产承包责任制,农地的集体所有权和农户的土地承包经营权“两权分离”的农地权利体系构造。经过近40年的发展,现行农地权利体系构造已经具有较强的稳定性。但是,随着经济社会的发展,固有的法律制度体系也呈现与社会发展需求不相一致的情况,在这样的背景下农地“三权分置”改革应客观需要而被提出。根据《关于完善农村土地所有权承包权经营权分置办法的意见》等政策文件的要求,在“落实集体所有权、稳定农户承包权、放活土地经营权”的基本原则指引下实行农地“三权分置”,实际上是在既有农地制度体系的基础上对其进一步完善,而不是对现有制度体系的否定。如政策文件中所指出的,“三权分置”是农村基本经营制度的自我完善,符合生产关系适应生产力发展的客观规律。这就意味着“三权分置”的制度化、法律化,必须遵循我国农村土地制度变迁过程中呈现的渐进性特征。“中国农村土地制度改革的探索事实上是一个从未间断的过程,农地制度创新尽管模式多样、进展各异、成效不一,但所共同具有的渐进性制度变迁的基本特征十分显著。”<sup>[10]</sup>遵循农地制度变迁的渐进性特征要求,在制度创新过程中必须要考虑到与现行农地法律制度体系的协调,考虑到改革中设计的制度与现有制度体系的衔接与传承,而不是一味地否定与盲目创新。“三权分置”改革的目的是要在坚持两权分离的基础上,对农户享有的土地承包经营权进行再次分离,分离出土地经营权。因此,“三权分置”是在集体土地所有权和农户的土地承包经营权两权分离

的基础上进行了又一次变革，它不是对原有改革成果的否定，而是对两权分离改革的继承。“三权分置”只是对农户的土地承包经营权进行再次分离，因此政策制定者无意新创一个异于土地承包经营权的农户承包权，农户承包权是农户将土地承包经营权中的经营权流转后的剩余权利形态，即受到土地经营权限制的权利形态。应该指出的是，“三权分置”并不排斥两权分离，也不可能排斥两权分离，甚至二者在一定时期内还将并行存在。正如有学者指出的：“在制度上承认三权体制和目前两权体制是并行不悖、长期共存的，而非替代关系。”<sup>[11]</sup>因此，从两权分离到“三权分置”同样也应该和必须遵循我国农村改革的渐进性发展的规律，政策文本中的农户承包权实际上就是两权分离状态下的土地承包经营权在权能分离后的权利形态，权能分离后并没有改变土地承包经营权的本质属性，只不过受到一定限制而已。

第三，从动态视角全面审视发现，“三权分置”中的农户承包权实际上是指土地承包经营权。对农户承包权和土地承包经营权关系的分析不应该仅仅关注土地经营权流转后的结果，还应该从动态视角全面审视土地承包经营权和农户承包权的关系。两权分离背景下，土地承包经营权是承包权和经营权的综合体；“三权分置”背景下，土地承包经营权是经营权流转前的圆满权利状态，当土地经营权流转后，土地经营权被派生出去，剩下的就是农户承包权。故农户承包权是土地承包经营权中经营权流转后的剩余权利形态。正如有学者指出的：“三权分置”中的承包权只不过是土地承包经营权分离出经营权后剩余土地承包经营权权利的简称，承包权不仅应当延续土地承包经营权的用益物权属性，而且承包人就是土地承包经营权人。承包人收回债权性流转的承包地后，分离的经营权与承包权又恢复为完整的土地承包经营权。<sup>[12]</sup>“农户承包权是指承包农户将其农村土地流转给有农业经营意愿和经营能力的主体时享有受限制用益物权的土地承包经营权。”<sup>[13]</sup>因此，对土地承包经营权和承包权的关系的认识应该结合

土地经营权流转前后进行全面审视。农户承包权实为现行法中的土地承包经营权将其中的土地经营权流转后的结果。“三权分置”的“所有权—承包权—经营权”的权利结构反映的是土地承包经营权分离为承包权和经营权后的权利结构，即土地经营权流转后的所展现的权利结构。但是，在对“三权分置”进行立法表达时，不应该仅限于单纯反映权利分离的结果，而应该结合现行法中的法律概念体系，对权利结构形成与变动的全貌展开全面展现，即以动态视角全面审视土地承包经营权和农户承包权的关系。以动态视角全面审视土地承包经营权和承包权的关系，就会发现：在经营权分离前，“三权分置”是“所有权—土地承包经营权—经营权”的权利结构；在经营权分离后，“三权分置”则是“所有权—承包权—经营权”的权利结构。因此，农户承包权是土地承包经营权中的土地经营权分离后受到限制的土地承包经营权。虽然分离前后，土地承包经营权的内容有所变化，但是分离出土地经营权的农户承包权实质上并没有改变其土地承包经营权的本质，只是受到土地经营权的限制而已。

总之，“三权分置”中的农户承包权本质上仍指的是两权分离中农户享有的土地承包经营权。在承包地由农户自己经营时，农户享有承包权，也享有经营权，即土地承包经营权。当承包地由其他经营主体经营时，在土地承包经营权中分离出经营权，农户享有承包权，其他经营主体享有土地经营权，进而形成集体土地所有权、土地承包经营权和土地经营权“三权分置”的形态。“三权分置”反映的是承包地由农户流转给其他人经营时所形成的客观形态。总之，结合我国的政策文本和渐进性的改革规律，从动态视角全面审视土地承包经营权和承包权的关系，就能够比较清晰地界定土地承包经营权和农户承包权的关系。

### 三、农户承包权的立法表达要点

全面推进“三权分置”改革，亟需对农户承包权进行立法表达。对农户承包权进行立法表



达,不能机械照搬政策文本的规定,不能仅反映政策文本中蕴含的经济逻辑,还应该在“坚持制度创新与固有体系协调”、“反映政策原义与遵循法理”原则的基础上,对相关法律制度、构造和概念进行协同设计。

#### (一)做好“稳定和保护农户承包权”的制度设计

家庭承包经营是我国集体土地经营的基本经营方式。稳定农户承包权首先必须做到农户的土地承包关系长久不变,只有长久不变才能实现农村社会的稳定,才能给农民一个稳定的财产权利预期,实现“有恒产者有恒心”。正如有学者指出的:在“三权分置”制度框架下,解决流转期限过短带来的短期行为以及处分权能不足等经营权难题,均需以长期稳定的承包权为基础。<sup>[14]</sup>党的十九大报告指出:“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。”“三权分置”改革中必须“稳定和保护农户承包权”。“三权分置”与“长久不变”不相冲突,而且应该实现政策协同。<sup>[15]</sup>在贯彻“三权分置”过程中必须坚持“稳定和保护农户承包权”。第一,“稳定和保护农户承包权”是由农户承包权所肩负的使命决定的。家庭承包权设计的目标包括:一是激活使用权,二是赋予承包权在养老、就业和基本生存保障方面的社会功能。设置承包权可以弥补国家供给公共物品的“能力问题”和“结构问题”(邓大才,2017)。第二,“稳定和保护农户承包权”是农户家庭经营低成本的固有优势决定的。家庭是最小的会计单位,家庭内部的偷懒和“搭便车”行为远远低于一般的经济组织。在没有改变农业生产的高计量、高监督成本特征条件下,任何背离家庭经营的经营方式,终将带来失败。<sup>[16]</sup>第三,即便是推进农地适度规模经营并不排斥家庭承包经营,家庭承包经营的基础地位仍旧不能改变。“稳定和完善农村基本经营制度,必须坚持制度目标与制度底线。单纯地推进土地的流转集中与规模经营存在重大的政策缺陷。只要坚持农村土地的集体所有制和家庭承包的主体地位,家庭经营制度就具有不可替代性。”<sup>[17]</sup>因此,“稳定和保

护农户承包权”具有社会意义和经济合理性,在短时期内具有不可替代性,推进“三权分置”改革必须要“稳定和保护农户承包权”。

“三权分置”改革中进一步“稳定和保护农户承包权”,需要建立系统的政策与制度保障。第一,完善“稳定和保护农户承包权”的相关法律条款。目前有关“三权分置”的政策文本已经明确“稳定和保护农户承包权”的基本内涵和基本要求。《深化农村改革综合性实施方案》明确了“稳定农户承包权”的基本内涵。《关于完善农村土地所有权承包权经营权分置办法的意见》提出要“严格保护农户承包权”,并提出了具体保障措施。《物权法》《农村土地承包法》等在未来修订的过程中应该把“稳定和保护农户承包权”的基本要求写入法律规范中,特别应该充实、完善农户承包权的权能、实现方式以及保障机制,以实现“稳定和保护农户承包权”政策的法律化。第二,稳定农户承包权迫切需要做好土地承包经营权的确权颁证工作。目前,农户承包地仍然存在面积不准、空间位置不明、登记簿不健全等问题。解决这些问题的关键是要搞好承包地确权登记颁证工作,颁发权属证书,强化物权保护,为土地经营权流转奠定坚实的产权基础,真正让农民吃上“定心丸”。<sup>[18]</sup>《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》指出:“土地承包经营权登记制度,是稳定农村土地承包关系、促进土地经营权流转、发展适度规模经营的重要基础性工作。”第三,稳定农户承包权需要加强对农户承包权的保护。土地承包权是农民作为集体组织的成员而天然获得的权利,其保护仍然需要强调并严格执行相关政策。<sup>[19]</sup>《关于完善农村土地所有权承包权经营权分置办法的意见》对农户承包权的保护路径进行了比较全面的规定,对农户承包权在农村基本经营制度中的基础地位,农户承包权的权益内容(权能),农户承包权的身份专属性,农户承包权被征收时的替代补偿,进城落户农民的承包权的保留等,均作了详细的规定,这些政策规定对于稳定农户承包权具有积极意义。这些政策需要在《物权法》《农村土地承包法》等

法律法规中进一步完善。

## (二)在立法中无需新创“农户承包权”的概念

对农户承包权进行科学立法表达,不能单纯照搬政策文件的规定,而应该在尊重政策精神的基础上,根据权能分离的法理对其展开科学立法表达。在对农户承包权进行概念取舍和立法表达时应该做到:第一,充分考虑农户承包权与现行法律概念规范体系的协调,尽量避免增加一些新的不必要的法律概念。应该遵循制度创新与固有体系协调原则,实现制度创新与现有制度体系的融洽,尽量避免至少是能够缓解改革所可能带来的摩擦与阵痛。从我国农地改革的演进过程观察,我国比较重要的农地制度改革一般都是沿循的“政策制定—地区试点—法律确认”的路径。该种做法有利于渐进性地推进改革,避免改革的步伐过于激进,引发社会和民众的过激反应,降低改革的成本。农户承包权的立法表达也应该遵循这一制度变迁传统。第二,既要忠实反映中央政策文件的精神,又要遵循宪法和法理的原则,在符合政策精神并稳步推进的前提下,对其展开遵循宪法和法理原则的立法表达,进而最终实现政策和法律的统一。一方面,农户承包权的立法表达既要忠实反映中央政策的原义,否则就背离了政策制定与推进的初衷;另一方面,也必须遵循法理,特别是要做到与我国的宪法规则不得存在抵触。根据上述思路,农户承包权的立法表达应该继续沿用土地承包经营权的概念,无需新创“农户承包权”的概念。也有学者认为没有必要规定承包权,理由是“成员权—承包资格—承包合同—土地承包经营权”构成了农户土地承包经营权的逻辑主线,承包资格系成员权内容之一,集体成员的身份直接关系到承包资格的取得与丧失,故没有必要规定承包权。“三权分置”下的承包权实际上就是现行立法中的土地承包经营权。<sup>[20]</sup>笔者认为,该种观点区分了集体成员权与土地承包经营权的不同,具有合理性。如上所述,“三权分置”中的农户承包权实质上为现行法律制度体系中的“土地承包经营权”。农户承

包权实际上是农户流转土地经营权后受到经营权限制的土地承包经营权的权利形态。一旦土地经营权到期,那么农户就会继续恢复享有完整的土地承包经营权。“三权分置”所展现的是土地承包经营权中的土地经营权流转后所形成的权利格局,其观察的视角是土地经营权流转后的结果。对农户承包权的立法表达应该看到无论是在土地经营权派生之前抑或之后,农户享有的本质上都是土地承包经营权,只不过在流转前农户享有的是完整的土地承包经营权,流转后农户享有的是受到经营权限制的土地承包经营权。土地经营权流转前后的土地承包经营权的变化并没有改变其权利的本体和性质。总之,在立法上没有必要再次新创一个有别于土地承包经营权的农户承包权概念。原有的土地承包经营权的概念足以实现改革的目标需求,且会节约立法成本。

## (三)明晰集体成员权与土地承包经营权的关系

厘清农地“三权分置”中农户承包权和现行立法中存在的土地承包经营权的关系,必须从“三权分置”改革的目标出发,不能仅从文意上进行表面解释。政策制定者并无意新创一个异于土地承包经营权的农户承包权。<sup>[21]</sup>如上所述,目前造成理论和实践中对“三权分置”中农户承包权以及《物权法》中土地承包经营权经常发生认识混乱的重要原因之一是没有清晰界定集体成员权和集体成员基于成员资格所取得的用益物权的权利关系。造成这一结果的主要原因在于我国现行立法中集体成员权立法的不足,故加强集体成员权的立法构建至关重要。

关于集体成员权立法的模式,有学者已经作出探索,指出:集体成员权因集体所有权的特殊性,使之可与其一并在具有人法因素的《物权法》中体现。通过成员权条款的设置,使成员通过某种规则行使参与集体财产的管理、收益及处分等,亦是集体所有权制度规范完善的重点。<sup>[22]</sup>笔者认为,该方案综合考量了集体成员权的立法的性质和立法现状,兼具科学性和可能性,较为可取。此外,应从立法上建构起农村集体经济

组织成员权利的治理体系。具体而言,应该从集体成员资格的认定规则、集体成员权的体系建构、变动规则、行使规则和救济规则等方面展开建构。通过建构起科学、完善的集体成员权制度,可以更为清晰地凸显集体成员权与土地承包经营权(农户承包权)的关系。

#### (四)赋予土地承包经营权充分的权能

土地承包经营权是承包地流转前农户享有的经营权未分离之前的完整权利形态。土地承包经营权是经营权的母权,没有土地承包经营权不可能分离出土地经营权。《物权法》《农村土地承包法》对土地承包经营权的权能进行了设计,但是仍显保守。有学者指出:“行政权侵犯农民承包地财产权的情形大量发生,承包权的权能仍然存在残缺。”<sup>[23]</sup>结合现行法律的规定和中央政策对未来改革的要求,这里认为,土地承包经营权的权能至少包括如下方面:承包农户对承包地享有占有、使用、流转、抵押、退出承包地等各项权能。一是占有、使用、收益权能。承包农户有权占有、使用承包地,依法依规建设必要的农业生产、附属、配套设施,自主组织生产经营和处置产品并获得收益。这些权能已经为现行法所确认,包含上述权能应没有争议。二是转让、互换、出租(转包)、入股等流转权能。《关于完善农村土地所有权承包权经营权分置办法的意见》规定农户有权通过转让、互换、出租(转包)、入股或其他方式流转承包地并获得收益,任何组织和个人不得强迫或限制其流转土地。其中入股是《物权法》等法律尚未确认的。但是党的十八届三中全会以来的多项中央政策文件均已确认农户可以土地承包经营权入股,以发展农业产业化经营。三是抵押权能。现行法中以家庭承包方式取得的土地承包经营权设定抵押权仍未完全开禁。学术界对土地承包经营权的抵押也多持担忧态度。但是,中央政策和改革试点地区已经突破法律的限制。《关于完善农村土地所有权承包权经营权分置办法的意见》更是清晰地指出:农户有权依法依规就土地承包经营权中的土地经营权设定抵押,故未来立法中赋予土地承包经营权以抵押权能应无政策障

碍。四是退出权能。随着城镇化的推进,部分进城取得稳定社会保障的农民已有退出承包地的意愿,目前我国已经在部分地区开展试点工作。中央政策文件中规定根据农户有权自愿有偿退出承包地。在立法中应该确认土地承包经营权的退出权能,以给农民更多自由的选择。五是补偿权能。土地承包经营权属于农户的财产权利,农户的承包土地被征收的,承包农户有权依法获得相应补偿。

#### 四、结语

实施和完善“三权分置”办法需要科学的立法表达,中央政策已经对“三权分置”的法律化和制度化提出了明确要求。政策文本中的农户承包权不是法律概念,而是对承包地流转出土地经营权后土地承包经营权受到限制的权利状态,所反映的是承包地由农户流转给其他人经营时所形成的客观形态。从动态视角观察,以家庭承包方式取得的土地承包经营权在流转后农户继续享有承包权,派生出土地经营权,进而形成“三权分置”的格局。对农户承包权的立法表达应该认识到,无论是在土地经营权派生之前抑或之后,农户享有的本质上都是土地承包经营权,只不过流转前农户享有的是完整的土地承包经营权,流转后农户享有的是受到经营权限制的土地承包经营权。土地经营权流转前后的土地承包经营权的变化并没有改变其权利的本体和性质。

对农户承包权进行立法表达,不能完全照搬政策文件的规定,应该在“坚持制度创新与固有体系协调”、“反映政策原义与遵循法理”的原则上进行立法表达。“三权分置”在立法上可以表达为“集体土地所有权—土地承包经营权—土地经营权”的权利结构。“三权分置”中的农户承包权与集体成员权具有诸多不同,在理论和实践中均应该加以明确区分。做好农户承包权的立法表达需要做好“稳定和保护农户承包权”的制度设计,“稳定农户承包权”需要建立系统的政策与法律制度保障。应该加强集体成员权立法,明晰集体成员权与土地承包经营权的关系。

系,并赋予土地承包经营权充分的权能。**Reform**

#### 参考文献

- [1]杨璐璐等:《农村土地“三权分置”催生的农民获得感》,《改革》2017年第1期,第48页
- [2]高飞:《农村土地“三权分置”的法理阐释与制度意蕴》,《法学研究》2016年第3期,第3页
- [3]朱继胜:《论“三权分置”下的土地承包权》,《河北法学》2016年第3期,第46页
- [4]刘云生:《农村土地股权制改革:现实表达与法律应对》,中国法制出版社,2016年,第138页
- [5]朱道林:《“三权分置”的理论实质与路径》,《改革》2017年第10期,第118页
- [6]管洪彦:《农民集体成员权:中国特色的民事权利制度创新》,《法学论坛》2016年第2期,第105~106页
- [7]戴威 陈小君:《论农村集体经济组织成员权利的实现——基于法律的角度》,《人民论坛》2012年第1期,第20页
- [8]高圣平:《农地三权分置视野下土地承包权的重构》,《法学家》2017年第5期,第2页
- [9]李宁等:《地权结构细分视角下中国农地产权制度变迁与改革:一个分析框架的构建》,《中国农村观察》2017年第2期,第11页
- [10]郭晓鸣:《中国农村土地制度改革:需求、困境与发展态势》,《中国农村经济》2011年第4期,第7页
- [11]高富平:《三权分置究竟改变了什么》,《大众日报》2016年11月9日
- [12]高海:《论农用地“三权分置”中经营权的法律性质》,《法学家》2016年第4期,第48页
- [13]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》,《中国农村经济》2016年第11期,第21页

- [14]杨璐璐:《“三权分置”与“长久不变”政策协同的保障机制:自稳定承包权观察》,《改革》2017年第10期,第132~139页
- [15]黄祖辉:《“三权分置”与“长久不变”的政策协同逻辑与现实价值》,《改革》2017年第10期,第123页
- [16]谢琳 罗必良:《技术进步、成本结构与农业经营方式变迁》,《中山大学学报》(社会科学版)2017年第1期,第201页
- [17]罗必良 李玉勤:《农业经营制度:制度底线、性质辨识与创新空间》,《农业经济问题》2014年第1期,第9页
- [18]韩长赋:《“三权分置”改革是重大制度创新》,《人民日报》2014年12月22日
- [19]孔祥智:《“三权分置”的重点是强化经营权》,《中国特色社会主义研究》2017年第3期,第26页
- [20]刘云生 吴昭军:《三权分置之法权关系厘定:政策解读与学理考量》,载《土地法制科学》(第1卷),法律出版社,2017年,第135页
- [21]管洪彦 孔祥智:《农村土地“三权分置”的政策内涵与表达思路》,《江汉论坛》2017年第4期,第33页
- [22]陈小君:《我国农民集体成员权的立法抉择》,《清华法学》2017年第2期,第46~55页
- [23]刘守英等:《农地三权分置下的土地权利体系重构》,《北京大学学报》(哲学社会科学版)2017年第5期,第135页

(责任编辑:晓 林)