

新型农业经营体系下 农地产权结构的法律逻辑

高圣平^{*}

内容提要：新型农业经营体系的构建以厘清农地产权的结构为前提。在我国实行土地公有制不变的前提下，农地产权的结构以集体土地所有权为基础。在新型农业经营体系中对农地的利用关系在法律上应当表达为物权关系，以达到“稳定农村土地承包关系并保持长久不变”的目标，主流学说所谓土地承包经营权的二元化构造即应破除。经济学界提出的以土地所有权、土地承包权、土地经营权“三权分离”学说为基础构建农地产权的观点，曲解了稳定土地承包关系与土地承包经营权流转之间的关系，不符合他物权设立的基本法理，无法在法律上得以表达，也与下一步农地制度改革的方向相悖。如果农地的流转仅仅具有债法上的效果，或产生移转物权的效果，则方式自由；如果农地的流转具有创设物权的效果，则方式强制。实定法上就农地转让的条件限制缺乏正当性，应予修正。

关键词：新型农业经营体系 土地承包经营权 农地产权 农地流转 农地转让

引言

中国共产党十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》（以下简称十八届三中全会《决定》），昭示了新一轮土地制度改革，是我国农业生产关系发展到现阶段的必然选择。在依法治国方针的指导下，新一轮土地制度改革涉及现有法律的修改，^{〔1〕}而法律的修改则须有相应的理论支撑。不容忽视的是，在我国土地法制的演进中，法学并没有提供多少智识贡献，往往都是先有实践中自发的探索，政府主管部门再试点铺开，形成党的文件后，再在经济学界和管理学界的主导下启动法律的制定和修改。由

* 中国人民大学民商事法律科学研究中心专职研究人员。

本文是教育部哲学社会科学研究重大攻关项目“农村土地股份制改革的理论探索与制度设计”（13JZD007）的阶段性研究成果。

〔1〕 参见姜大明：《建立城乡统一的建设用地市场》，载《〈中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定〉辅导读本》，人民出版社2013年版，第123页。

此而形成的土地法制，缺失之处着实不少。如何借此次修法的契机，厘清相关法理，并在此基础上，沟通土地制度改革的政治逻辑、经济逻辑和法律逻辑，纠正实践中的一些误解和偏差，无疑是法学界所面临的共同任务。

党的十八大报告指出，“坚持和完善农村基本经营制度，依法维护农民土地承包经营权、宅基地使用权、集体收益分配权，壮大集体经济实力，发展农民专业合作和股份合作，培育新型经营主体，发展多种形式规模经营，构建集约化、专业化、组织化、社会化相结合的新型农业经营体系。”加快构建新型农业经营体系，也是十八届三中全会《决定》针对当前农业农村发展新形势，根据同步推动新型工业化、信息化、城镇化、农业现代化的要求，提出的进一步深化农村改革的重大任务。^{〔2〕}

新型农业经营体系的构建离不开农地资源的高效配置。为保障土地等农业生产要素的流动，充分发挥市场在资源配置中的决定性作用，农地产权结构必须优化。在经济学上，产权本质上是一系列财产权利，主要包括所有权、占有权、使用权、收益权、处分权。^{〔3〕}产权及其内部各项权利在不同主体之间的安排，即形成一定的产权结构。反映在法律上，土地产权的结构就成了土地财产权的体系和内容。在现行法上，我国农地产权的结构是在农村土地所有权之上构建的土地承包经营权、宅基地使用权以及其他农地利用权，每类权利各有其不同的权利内容（权能）。在新型农业经营体系下讨论农地产权，涉及的主要是土地承包经营权。在实定法之下，土地承包经营权虽有占有、使用、收益等权能，但土地承包经营权的处分颇受限制，如农地的转让需要达到一定的条件，农地的抵押也举步难行。农地产权的残缺已经成为下一步农地制度发展的掣肘。本文拟结合十八届三中全会《决定》的精神，就农地产权结构的相关问题展开分析，以求教于同仁。

一、新型农业经营体系下土地利用关系的法律表达

“创新农业经营主体意味着土地等农业生产要素必须实现流动和重新组合。要使农民无后顾之忧地流转承包土地的经营权，前提条件是，必须切实保障农户对承包土地的合法权利。”^{〔4〕}由此可见，新型农业经营体系之下，土地利用关系的法权结构为土地承包经营权。在解释上，土地承包经营权是在集体土地所有权之上所设定的权利负担。^{〔5〕}也就是说，新型农业经营体系是在坚持集体土地所有权之下构建的。这也是新一轮土地制度改革的政治逻辑和经济逻辑：新中国成立以来，社会主义制度成为我们一以贯之的理性选择，

〔2〕 参见陈锡文：《加快构建新型农业经营体系》，载前引〔1〕，《〈中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定〉辅导读本》，第189页。

〔3〕 参见吴易风、关雪凌等：《产权理论与实践》，中国人民大学出版社2010年版，第185页。值得注意的是，“产权”一词是英文“property rights”的对译，该词还被译为“财产权”或“财产权利”，其意义在法学界和经济学界均存争议（相关争议参见刘伟、李凤圣：《产权通论》，北京出版社1998年版，第3页以下；本注所引吴易风、关雪凌等书，第3页以下）。本文将“产权”理解为与法学上“财产权”相当的概念。

〔4〕 前引〔2〕，陈锡文文，第192页。

〔5〕 在法律上，“农村土地”并不仅限于农民集体所有的土地，还包括“国家所有依法由农民集体使用的耕地、林地、草地，以及其他依法用于农业的土地”（农村土地承包法第2条）。土地管理法第15条第1款中明定：“国有土地可以由单位或者个人经营，从事种植业、林业、畜牧业、渔业生产”。物权法第134条（位于第十一章“土地承包经营权”的章尾）规定：“国家所有的农用地实行承包经营的，参照本法的有关规定。”由此可见，土地承包经营权亦可在国有农用地上设立。本文讨论仅及于集体土地，特此叙明。

反映在经济制度上,生产资料的社会主义公有制是我国经济制度的基础。土地属于最重要的生产资料,自然也就采取了公有制,即全民所有制和集体所有制,反映在法权关系上,即为土地的国家所有权和集体所有权。而集体土地所有权的本质,就是农村一定社区的成员集体在对本集体土地不可分割的共同所有的基础上,实现成员个人的利益。〔6〕

土地公有、无偿使用制度运行数十年,弊端丛生,改革的呼声一直不断。绝对地理解和贯彻以土地所有权为核心的地权制度,其结果是土地的低效利用。土地利用关系的改革就成为农地产权结构变迁的主流。土地资源的稀缺性客观上便造成了土地所有权和使用权“两权分离”的可能。新中国成立以来最重大的土地制度改革就是在这一“两权分离”的基础上展开的。这一分离反映在民法上,表现为土地所有权之上为他人设立以用益为目的的利用权。但是,这样一种明白易懂的方法在我国仍然遇到了各种阻力,最后通过“从所有到利用”方面的多次论述,这一观念才在最终得到一般性的认可。〔7〕但接下来的制度重构并非那么顺畅。

就土地承包经营权的性质而言,物权说、债权说、复合权利说一直争论不休。〔8〕尽管物权法已在“用益物权”编中设专章规定了土地承包经营权,似乎结束了土地承包经营权性质上的争议,但时至今日,土地承包经营权的二元化构造似乎仍是主流观点。该观点认为,以家庭承包方式取得的土地承包经营权在性质上属于物权;以招标、拍卖、公开协商等方式取得的土地承包经营权(以其他方式取得的土地承包经营权),经登记取得土地承包经营权证等证书的,在性质上属于物权;未登记、未取得有关证书的,在性质上属于债权。〔9〕这一观点的主要依据在于农村土地承包法第49条。该条规定:“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。”论者据此认为:“通过其他方式取得的土地承包经营权,只有进行依法登记,承包方才能取得土地承包经营权的物权属性。”〔10〕“如果土地承包经营权人将其权利依法登记,则该权利具有了法定的公示方式。农村土地承包法第49条已经赋予依法登记取得土地承包经营权证等证书的其他方式承包土地承包经营权,以相应的物权效力。”〔11〕“当其他方式承包经营权经依法登记取得

〔6〕 参见韩松:《坚持农村土地集体所有权》,《法学家》2014年第2期。

〔7〕 参见吕来明:《从归属到利用》,《法学研究》1991年第6期;陈醇:《权利结构理论:以商法为例》,法律出版社2013年版,第62页。

〔8〕 详细论述参见屈茂辉:《用益物权制度研究》,中国方正出版社2008年版,第359页以下;丁关良、童日晖:《农村土地承包经营权流转制度立法研究》,中国农业出版社2009年版,第15页以下;张平华、李云波、张洪波:《土地承包经营权》,中国法制出版社2007年版,第31页以下;宋红松:《农地承包制的变迁与创新》,载王利明主编:《物权法专题研究》,吉林人民出版社2001年版,第1061页以下,第1076页以下;王金堂:《土地承包经营权制度的困局与破解——兼论土地承包经营权的二次物权化》,法律出版社2013年版,第38页以下。

〔9〕 参见王利明:《农村土地承包经营权的若干问题探讨》,《中国人民大学学报》2001年第6期;上引丁关良等书,第24页;王崇敏、李建华:《物权法立法专题研究》,法律出版社2012年版,第215页;侯水平、黄果天等:《物权法争点评析》,法律出版社2007年版,第279页以下;韩志才:《土地承包经营权研究》,安徽人民出版社2007年版,第145页。

〔10〕 何宝玉:《其他方式的承包及其管理》,载刘坚主编:《〈农村土地承包法〉培训讲义》,中国农业出版社2002年版,第108页。

〔11〕 最高人民法院民事审判第一庭编:《最高人民法院农村土地承包纠纷案件司法解释理解与适用》,人民法院出版社2005年版,第25页。

土地承包经营权证或者林权证等证书时，性质就发生了转变，由债权转变为用益物权，承包方有权依法流转其承包经营权。”^{〔12〕}由此，以其他承包方式取得的土地承包经营权，包括了债权性质的土地承包经营权和物权性质的土地承包经营权两种类型。笔者对此不敢苟同。

我国物权法第十一章将土地承包经营权物权化，体现了党的十五届三中全会“要抓紧制定确保农村土地承包关系长期稳定的法律法规，赋予农民长期而有保障的土地使用权”的要求。^{〔13〕}该章一体规定了以家庭承包方式取得的土地承包经营权和以其他承包方式取得的土地承包经营权，并未对两者作出性质上的区分。

依体系解释方法，农村土地承包法第49条的规定应结合物权法关于物权公示的基本规则进行解释。在我国物权法之下，通说认为，就依法律行为所引起的不动产物权变动，我国系采“合意+公示登记”的模式，^{〔14〕}但在例外情况下也认可其他物权变动模式。就以家庭承包方式取得的土地承包经营权而言，物权法第127条和农村土地承包法第22条的规定如出一辙，明文规定“土地承包经营权自土地承包经营权合同生效时设立”。这一规定属于不动产物权变动模式的特例，但符合我国农村的实际情况，因为“承包方案经村民会议或村民代表会议讨论同意，集体经济组织成员相对熟悉，承包的地块人所共知，能够起到相应的公示作用”。^{〔15〕}就以其他承包方式取得的土地承包经营权而言，物权法未作明文规定，仅在其第133条援引了农村土地承包法及国务院的有关规定。农村土地承包法第49条由此进入物权法。

在农村土地承包法第49条之下，登记^{〔16〕}成为以其他承包方式取得的土地承包经营权的公示方法，但该条并未规定登记对于此种土地承包经营权设立的意义。学说上就此有不同观点。第一种观点认为，此种土地承包经营权的设立和转让采取意思主义，土地承包经营合同生效，土地承包经营权即设定。^{〔17〕}第二种观点认为，此种土地承包经营权的设立和转让采取登记生效主义，未经登记，此种物权不能设立。^{〔18〕}第三种观点采取折中说，即设立此种土地承包经营权采取意思主义，转让此种土地承包经营权采取登记要件主义。^{〔19〕}依物权法（用益）物权设立的一般规则，“合意加登记”就成了体系解释之下的妥适选择。^{〔20〕}依我国物权法第9条的规定，在法律没有作出另外规定的情况下，“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生法律效力；未经登记，不发生法律效力。”准此，登记是以其他承包方式取得土地承包经营权的生效要件，经过依法登记的，土地承包经营权发生法律效力；

〔12〕 前引〔9〕，王崇敏等书，第215页。

〔13〕 全国人大常委会法制工作委员会民法室编：《中华人民共和国物权法条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社2007年版，第232页。

〔14〕 梁慧星、陈华彬：《物权法》，法律出版社2010年版，第84页；王利明：《物权法研究》，中国人民大学出版社2013年版，第252页；崔建远：《物权：规范与学说——以中国物权的解释论为中心》，清华大学出版社2011年版，第76页。

〔15〕 前引〔13〕，全国人大常委会法制工作委员会民法室编书，第127页。

〔16〕 该条中所谓“取得土地承包经营权证或者林权证等证书”，对于物权的设立和判断几无意义。因为在物权法之下，仅有不动产登记簿才是物权归属和内容的根据，不动产权属证书仅仅只是权利人享有该不动产物权的证明（参见物权法第16条、第17条）。

〔17〕 参见房绍坤：《物权法用益物权编》，中国人民大学出版社2007年版，第80页。

〔18〕 前引〔8〕，屈茂辉书，第375页。

〔19〕 参见尹飞：《物权法·用益物权》，中国法制出版社2005年版，第319页。

〔20〕 参见前引〔14〕，王利明书，第828页。

未经登记的，土地承包经营权不发生效力。

这样，农村土地承包法第49条的规范意义也就明朗了，它并不是规定了两类（物权性的和债权性的）土地承包经营权，而只是特别规定了以其他承包方式取得的土地承包经营权有别于以家庭承包方式取得的土地承包经营权的公示方法——登记，且在物权法之下，登记是此种土地承包经营权的生效要件。未登记者，虽然不能设立此种土地承包经营权，但在物权法第15条所确立的合同与物权变动相区分的原则之下，是否登记并不影响土地承包经营合同的效力，承包人自可依土地承包经营合同寻求救济，这种救济在性质上即属债权上的救济。准此，以其他承包方式取得的土地承包经营权在性质上属于物权，未经依法登记者，此种物权不生效力。在物权法定主义之下，只要是土地承包经营权，均属物权，不存在所谓债权性质的土地承包经营权。主流观点中所谓债权性质的土地承包经营权，实则土地承包经营权尚未设定，尚未生效，实不能称之为“土地承包经营权”。

当然，土地承包经营权二元化构造论的主要依据还在于立法目的解释。农村土地承包法的立法说明中指出：“对家庭承包的土地实行物权保护，土地承包经营权至少30年不变，承包期内除依法律规定外不得调整承包地，承包方不得收回承包地，土地承包经营权可以依法转让、转包、入股、互换等，可以依法继承。对其他形式承包的土地实行债权保护，当事人的权利义务、承包期和承包费等，均由合同议定，承包期内当事人也可以通过协商予以变更。”^[21]对此需要说明的是：其一，在农村土地承包法立法之时，我国实定法上尚无物权概念。虽然学说上物权与债权的区分几无争议，且其时土地承包经营权的物权化也已成共识，^[22]但该法并未明确土地承包经营权的物权属性，此前各种关于土地承包经营权性质的争论仍在持续。^[23]其二，在法律解释方法的运用上，目的解释在一定程度上已经脱离了法律文本，因此，目的解释是在文本含义不清晰时的解释，当文本的意思明确时，通常不需要借助立法目的来明确其含义。^[24]就农村土地承包法第49条而言，依文义解释、体系解释等方法已明确其含义，自无须再借助于立法目的解释。其三，即使是主张二元化构造论的学者，也认为已经依法登记的以其他承包方式取得的土地承包经营权亦具有物权性质，此观点也明显有悖立法说明中“对其他形式承包的土地实行债权保护”的论断，由此进一步证明了立法目的解释的局限性。

综上，从解释论出发，可以认为我国实定法上已经将农业经营体系下的土地利用关系表达为物权关系，不存在所谓债权性质的土地承包经营权。在创新农业经营体系的背景下，在立法上更应明确土地承包经营权的物权性质，以避免前述解释论上的争议。

学说上，利用他人土地的权利有物权性利用权和债权性利用权之分，^[25]谓之土地利用

[21] 全国人民代表大会农业与农村委员会副主任委员柳随年：《关于〈中华人民共和国农村土地承包法（草案）〉的说明——2001年6月26日在第九届全国人民代表大会常务委员会第二十二次会议上》，《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2002年第5期。

[22] 参见何宝玉主编：《〈中华人民共和国农村土地承包法〉释义及实用指南》，中国民主法制出版社2002年版，第47页。

[23] 参见前引[8]，张平华等书，第32页。

[24] 参见王利明：《法学方法论》，中国人民大学出版社2012年版，第418页。

[25] 参见谢在全：《民法物权论》，中国政法大学出版社2011年版，第426页；王泽鉴：《民法物权》，北京大学出版社2010年版，第277页。

的二元体系。其中，前者即用益物权，后者即借用权或租赁权（依借用合同或租赁合同取得）。物权形态的土地利用权和债权形态的土地利用权自有其本质上的差异。首先，物权形态的土地利用权依循物权法定原则，其形态自应由法律明确作出规定，当事人不得任意创设。但债权形态的土地利用权，本于契约自由原则，当事人只要不违反强制性规定，即可自由约定，如我国法上的临时用地、土地租赁等均属之。其次，物权形态的土地利用权系独立及纯粹的财产权，可以转让和继承，而债权形态的土地利用权以人的信用为基础，不具有可让与性及继承性。最后，物权形态的土地利用权，系对物之物权，仅为对所有权的限制，土地所有权人只负容忍利用权人用益其物的消极义务，而土地所有人出借或出租其土地时，除应交付其土地供利用人使用之外，出租人在租赁期间更负有保持土地合于约定用益状态的积极义务。^[26] 因此，使土地利用关系物权化，有利于巩固当事人之间的法律关系，并对抗第三人。^[27]

就新型农业经营体系下的土地利用关系，十八届三中全会《决定》的表述是“稳定农村土地承包关系并保持长久不变”。这一表述与十七届三中全会《中共中央关于推进农村改革发展若干重大问题的决定》（以下简称十七届三中全会《决定》）中“现有土地承包关系要保持稳定并长久不变”基本相同，改变了此前“确保农村土地承包关系长期稳定”的提法。“将‘长期’改为‘长久’，一字之差，意义深远。两者的根本区别在于，前者是有期限的，承包期再长也是有年限的，后者是无期限的，意味着我们在政策上以后就不要再琢磨延长多少年合适了，农民也不用担心承包期到期的问题了。这是革命性的一步，更有利于稳定农民对土地的预期。”^[28] 这一改变意味着土地承包经营权将没有存续期间的限制，土地承包经营权将被永佃化。

由此可见，新型农业经营体系下，农村土地承包关系既然稳定并长久不变，这种土地利用关系自应表达为物权。只有表达为物权，才能有利于提高土地的生产力和可持续利用，才能使土地承包经营权得以流转，以促进适度规模经营，才能有利于解决目前广受诟病的集体土地所有权主体“虚位”及由此而产生的一系列问题。这种土地利用关系的法律表达并不因承包方式的不同而有分别。

二、新型农业经营体系下农地产权的建构

以家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制，是改革开放以来形成的、适应社会主义市场经济体制、符合农业生产特点的农村基本经营制度。^[29] “家庭承包制是由包产到户演变而来的地权体制”，^[30] 反映在农地产权结构上，即为集体土地所有权与土地承包经营权的分离，这一经济逻辑经由宪法、农村土地承包法和物权法等，得以转译为法律逻辑，为农业基本经营制度的稳定提供了有力的保障。^[31] 土地承包经营权是“长期稳定的”

[26] 参见上引谢在全书，第426页。

[27] 参见前引[25]，王泽鉴书，第272页。

[28] 刘守英：《十七届三中全会完善了土地承包流转市场的形成机制》，《21世纪经济报道》2008年10月22日。

[29] 参见陈锡文、赵阳、陈剑波、罗丹：《中国农村制度变迁60年》，人民出版社2009年版，第7页。

[30] 杜润生：《中国农村制度变迁》，四川人民出版社2003年版，第140页。

[31] 参见前引[29]，陈锡文等书，第37页。

土地利用关系的法律表达,是在集体土地所有权之上设立的用益物权,一经设立,即成为权利人独立的财产权利。权利人不仅可以向第三人主张其不可侵犯的物上权利(虽然是在他人之物上设立的),甚至可以排斥土地所有人的侵扰和干涉。土地所有权之上一旦设立土地承包经营权这一权利负担,土地所有权人自己行使其权利即受到极大限制,土地承包经营权尽管派生于土地所有权,但为实现其目的和功能,土地承包经营权的效力必须在一定范围内抑制着土地所有权的效力。^[32]

基于“两权分离”的农地产权制度安排,较好地处理了国家、集体和农民的利害关系,呈现出良好的制度绩效。^[33]随着农村经济的发展,传统农业逐渐向现代农业转型,农村劳动力也不断向第二、第三产业以及城镇转移,农地流转日益普遍。为了从理论上说明和证成农地流转的合理性和正当性,经济学界普遍认为,在所述农村基本经营制度之下,农地产权应解构为三种权利:土地所有权、土地承包权和土地经营权(或称使用权),^[34]农地流转也就成了拥有土地承包经营权的农户在自己保留土地承包权的基础上将土地经营权(使用权)转让给他人。这一“三权分离”观点的主要理由是:其一,实施“三权分离”是在稳定现行农地制度和利益格局的基础上,进一步界定和明晰所有、占有、使用、收益等各项权能在不同主体之间的分布,是对现有农地制度的发扬和优化;其二,实施“三权分离”的产权结构,明确界定“承包权”和“经营权”,一方面承认土地承包权因农户的集体组织成员身份而生,有利于强化对农户承包权的保护,另一方面,对经营权的强调和保护可使经营者有稳定的预期,有利于提高土地资源的产出效率。保护承包权以求公平,用活经营权以求效率,实现公平与效率的有效统一。^[35]

也许正是“三权分离”的农地产权理论对于农地的流转具有较好的说明价值,已然被经济学界普遍接受,^[36]并得到许多地方文件的支持。但这一经济学逻辑符合法律逻辑吗?

第一,以所有权权能分离论证“三权分离”的正当性,不合他物权设立的基本法理。由所有权的整体性(单一性)所决定,所有权不是占有、使用、收益、处分等各种权能在量上的总合,而是一个整体(浑然一体)的权利,不能在内容或时间上加以分割。^[37]所有权的权能与所有权本身是不可分离的,^[38]所有权的各项权能均是所有权人支配其所有物的行为的可能性的概括,它们相互联系,概括地、总体地、有机地解释着所有人支配所有物的各种可能性,浑然一体地构成所有权的内容。因此,每个权能在构成所有权的总体内容中都是与其他权能密切相关的,失去了其他权能的支持,一个孤立的权能将失去意义,而且所有权离开了各个权能的有机支撑,也将失去意义。^[39]“基于所有权而设定之他物权如不动产役权、典权,自非由所有权支分之一种权能,而系将所有权单一内容的一部分予

[32] 参见前引[14],崔建远书,第491页。

[33] 参见张红宇:《农业规模经营与农村土地制度创新》,《中国乡村发现》2013年第2期。

[34] 参见冯海发:《对十八届三中全会〈决定〉有关农村改革几个重大问题的理解》,《农民日报》2013年11月18日;刘守英:《中共十八届三中全会后的土地制度改革及其实施》,《法商研究》2014年第2期;丁关良、阮韦波:《农村集体土地产权“三权分离”论驳析》,《山东农业大学学报(社会科学版)》2009年第4期。

[35] 参见前引[33],张红宇文。

[36] 前引[2],陈锡文文,第194页。

[37] 前引[25],王泽鉴书,第110页。

[38] 房绍坤:《用益物权基本问题研究》,北京大学出版社2006年版,第44页。

[39] 参见韩松、赵俊芳、张翔、郭升选:《物权法》,法律出版社2008年版,第119页。

以具体化，让他物权人享有而已。”〔40〕由此可见，土地承包经营权等用益物权并不是所有权能分离的结果，〔41〕而是土地所有权人行使其所有权的表现，是所有人以其意志支配所有物以实现物上利益、满足其民事生活需要的方式。〔42〕所有权和土地承包经营权各自独立，且各有其独立的权能。在我国物权法之下，所有权有占有、使用、收益、处分的权能，土地承包经营权有占有、使用、收益的权能，但土地承包经营权的权能并不是从土地所有权中分离出来的，而是其自身的权能。〔43〕设定土地承包经营权是土地所有人处分了对土地的占有、使用和部分收益，从而限制了其本身占有权能、使用权能的实现。〔44〕土地所有权和土地承包经营权虽均有收益权能，但两者内容截然不同。土地所有权的收益权能体现为土地所有人收取土地承包经营权人的用益费用（就家庭承包方式而言，农业税费改革后，此项费用已经减免），土地承包经营权的收益权能体现为通过利用承包地获取土地的天然孳息（农作物等）和法定孳息（出租、转包承包地的收益等）。〔45〕土地所有权人原本具有的收取其土地产生的孳息的权能（收益权能）因与土地承包经营权的收益权能相冲突，而在事实上不能实现，此为土地所有权设定土地承包经营权之后所受限制。土地承包经营权是在土地所有权之上派生的物权，是所有权人实现其利益的法律手段。所谓“三权分离”的经济逻辑无法在法律上找到其适法的定位。

第二，将土地承包经营权分离为土地承包权和土地经营权，缺乏法理支撑。土地承包经营权是在农村土地之上设定的以从事农业生产为目的的用益物权，〔46〕传达着“农地农用”的基本观念，是我国农村基本经营体制——“以家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制”的产物，〔47〕其权利名称也直接来源于此。实际上，在我国物权法起草过程中，就此权利的名称一直存在争议，“农地使用权”、“农用工”、“永佃权”、“耕作权”等名称均有提及，〔48〕但立法机关最终没有采纳上述观点，仍然沿用了约定俗成的“土地承包经营权”这一术语。可见，就物权法而言，“土地承包经营权”所传达的是在农村土地之上设立的以从事农业生产为目的的权利，并没有细分为“土地承包权”、“土地经营权”。此外，从农村经济体制改革的演进来看，虽然不同的政策文件有时称“承包制”、“承包责任制”，有时又称“承包经营责任制”，但其含义均是明确的，即均指农民分户承包集体土地，家庭自主经营，农户自负盈亏的经营制度，〔49〕“实行土地集体所有、家庭承包经营，使用权同所有权分离，建立统分结合的双层经营体制”，“家庭承包经营是集体经济组织内部的一个经营层次，是双层经营体制的基础”。〔50〕家庭承包经营是作为一种经营制度和经营层

〔40〕 前引〔25〕，谢在全书，第109页。

〔41〕 前引〔38〕，房绍坤书，第44页。

〔42〕 参见前引〔39〕，韩松等书，第125页。

〔43〕 前引〔38〕，房绍坤书，第47页。

〔44〕 前引〔39〕，韩松等书，第125页。

〔45〕 参见前引〔14〕，王利明书，第781页，第830页。

〔46〕 物权法第125条规定：“土地承包经营权人依法对其承包经营的耕地、林地、草地等享有占有、使用和收益的权利，有权从事种植业、林业、畜牧业等农业生产。”

〔47〕 前引〔14〕，王利明书，第806页。

〔48〕 同上书，第807页；前引〔8〕，张平华等书，第37页以下。

〔49〕 参见前引〔29〕，陈锡文等书，第33页。

〔50〕 1998年10月14日《中共中央关于农业和农村工作若干重大问题的决定》。

次来使用的,各政策文件并没有将“承包”和“经营”相互区别而分别赋予不同的含义。

第三,“三权分离”论曲解了稳定土地承包关系与土地承包经营权流转之间的关系。稳定土地承包关系是上个世纪80年代末期以来,党和国家农村土地政策的一贯主张,虽然在表述上先后经历了“稳定”^[51]、“长期稳定”^[52]到“稳定并长久不变”^[53]的变化,但稳定土地承包关系的根本宗旨没有变,那就是,避免农民的土地承包关系不稳定乃至土地承包经营权被非法剥夺的现象。^[54]稳定土地承包关系并不排斥土地承包经营权的流转,“按照依法自愿有偿原则,允许农民以转包、出租、互换、转让、股份合作等形式流转土地承包经营权,发展多种形式的适度规模经营”。^[55]“稳定土地承包关系,不仅不排斥土地流转,而且有利于土地流转。”^[56]稳定土地承包关系在法律上的要求是赋予土地承包经营权以用益物权属性。至于土地承包经营权的流转,其实质是土地承包经营权人处分其权利,在不违反法律规定的情形下,自应允许。由此可见,流转的是土地承包经营权,而不是土地经营权,所谓“明确所有权、稳定承包权、放活经营权”的“三权分离”论也就失去了正当性。尤其应当注意的是,无论是在我国实定法之下,还是在党和国家的政策文件中,土地承包经营权的流转均有可能导致农户失去土地承包经营权。例如,“转让”是农村土地承包法和物权法明定的土地承包经营权流转方式之一,但转让的法律后果是原权利人丧失土地承包经营权,而受让人取得土地承包经营权。那种认为流转的仅是土地经营权,土地承包权仍由原农户享有的观念,也就难以自圆其说。

第四,“三权分离”后无法说明和体现土地承包权的内容。“三权分离”论将土地承包权理解为农民(户)的成员权性质或身份性质的权利,在一定程度上反映了我国农地产权制度演进过程中的路径依赖。土地承包经营权因植根于家庭承包经营责任制,成为集体经济组织内部每户农户均公平享有的财产权利,带有成员权性质或身份性质。这也成为“三权分离”论的逻辑起点:将土地承包经营权分离成土地承包权和土地经营权,前者是带有身份性质或成员权性质的权利,非本集体经济组织成员不得享有,带有公平性,无论怎么流转,农户均保有土地承包权;后者是农业经营体系创新中所应着力盘活的,以此追求土地利用效率。但这一逻辑路径有其致命的弱点。在物权法之下,真正带有身份性或成员权性质的,其实是集体土地所有权。物权法第59条第1款明文规定:“农民集体所有的不动产和动产,属于本集体成员集体所有。”每个集体成员作为集体的一员平等地享有集体土地所有权。而土地承包经营权作为农村土地之上所设定的权利负担,并不必然由本集体经济

[51] 1988年11月25日《中共中央、国务院关于夺取明年农业丰收的决定》。

[52] 1990年12月1日《中共中央、国务院关于1991年农业和农村工作的通知》、1991年11月29日《中共中央关于进一步加强农业和农村工作的规定》、2002年11月4日《中共中央关于做好农户承包地使用权流转工作的通知》等。

[53] 2008年10月12日《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12月31日《中共中央、国务院关于2009年促进农业稳定发展农民持续增收的若干意见》、2009年12月31日《中共中央、国务院关于加大统筹城乡发展力度进一步夯实农业农村发展基础的若干意见》、2012年2月1日《中共中央、国务院关于加快推进农业科技创新持续增强农产品供给保障能力的若干意见》、2013年11月12日《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》、2014年1月19日《中共中央、国务院关于全面深化改革加快推进农业现代化的若干意见》等。

[54] 参见前引〔29〕,陈锡文等书,第41页。

[55] 十七届三中全会《决定》第三部分之(二)。

[56] 韩长赋:《积极推进新型农业经营体系建设》,《人民日报》2013年8月7日。

组织成员取得。物权法就土地承包经营权的权利主体的表述不同于民法通则中的“农村承包经营户”，也不同于农村土地承包法中的“本集体经济组织成员”，而是采用“土地承包经营权人”的概念。这一概念，“不仅更具包容性，而且为未来的变化预留了空间”。^[57]也就是说，土地承包经营权的主体只要是农业生产者就足矣，^[58]而无须是本集体经济组织成员。在新型农业经营体系之下，完全无须固守本集体经济组织成员平等取得土地承包经营权的传统模式，发包方完全可以根据以民主决策程序形成的土地承包方案，将本集体的土地发包给非集体经济组织成员的农业生产者。此时，本集体经济组织成员完全可以分享由这些农业生产者作为土地承包经营权人所支付的承包金（租金）所形成的集体财产。同时，本集体经济组织成员转让其土地承包经营权后，虽然丧失了土地承包经营权，但其作为本集体经济组织成员的身份没有变，其仍可以作为本集体的一员对集体所有的财产享有成员权，享有“对集体资产股份占有、收益、有偿退出及抵押、担保、继承权”（十八届三中全会《决定》）。

综上，以“三权分离”论建构农地产权的结构，无法在法律上得以表达。实际上，农村土地承包法和物权法就农地产权的规定已足以说明和证成“三权分离”论所欲解决的问题，完全没有必要借助于理论创新。在土地公有制之下，无论是国有土地还是集体土地，均不能进入交易领域，但其上所设定的用益物权却可以进行交易，这是农村土地承包法和物权法为农业经营体系创新所提供的法律路径。也就是说，以从事农业生产为目的而设立的土地承包经营权可以进入市场进行流转，充分发挥市场在农地资源配置中的决定性作用。在这里，农户作为集体成员的身份并不因集体土地之上是否设立土地承包经营权或为谁设立土地承包经营权而受到影响，维系着基本的公平观念。而土地承包经营权作为物权法上明定的一种财产权利（物权），自可依权利人的意志而处分，只不过还应受到强制性规定的限制。在新型农业经营体系下，我们所应着力考量的是：我国实定法上对土地承包经营权处分的限制是否正当，应否修改。

三、新型农业经营体系下的农地流转

农业经营体系的创新并不是对农业双层经营体制的否定，而是在此基础上的完善。^[59]在坚持双层经营体制的前提下，适度的规模经营就成为集约化、专业化、组织化、社会化相结合的新型农业经营体系的当然内容，农地的流转也就成为新一轮土地制度改革无法回避的话题。按照产权结构优化的基本原则和路径，在我国实行土地公有制（法权表达即为国家土地所有权和集体土地所有权）的前提下，农地产权结构的优化应当从农地使用权的优化开始，而农地使用权优化的首选方式即为土地承包经营权的流转（农地的流转）。^[60]

我国实定法上就农地流转主要规定于农村土地承包法、物权法以及农业部《农村土地承包经营权流转管理办法》，其中就农地流转的限制主要体现为两点：一是将农地的流转方式局限于“转包、出租、互换、转让以及其他符合有关法律和国家政策的方式”（《农村土

[57] 前引〔14〕，王利明书，第813页。

[58] 前引〔38〕，房绍坤书，第41页。

[59] 参见韩松：《构建新型农业经营体系需把握的要点》，《四川日报》2013年12月19日。

[60] 参见赵德起：《中国农村土地产权制度效率的经济学分析》，经济科学出版社2010年版，第131页。

地承包经营权流转管理办法》第15条),采取了“方式法定”的规制路径;二是将农村土地转让的条件限制为“承包方有稳定的非农职业或者有稳定的收入来源的,经发包方同意,可以将全部或者部分土地承包经营权转让给其他从事农业生产经营的农户”(农村土地承包法第41条)。在构建新的农业经营体系的大背景下,上述限制需要重新考量。

(一) 农地流转的方式强制及其检讨

农地的“流转”最早是作为一个政策术语,出现在《国务院批转农业部〈关于稳定和完善土地承包关系的意见〉的通知》(国发[1995]7号)这一文件之中,但这一术语所传达的意义——已经取得土地承包经营权的人基于其意志所引起的农地利用关系的变动,并无对应的法律术语。其后虽经农村土地承包法、物权法转化为法律语言,但“流转”的含义一直存在争议。有学者认为,“流转”一词不太符合法学的表述,因为权利的变动在法学上一般使用“移转”一语。^[61]将转让、转包、互换、出租等概念并列使用,并将“流转”作为它们的上位概念,与民法通常使用的范畴不一致。^[62]笔者以为,虽然“流转”本不属于法律术语,但赋予其确定的法律意义即可转化为法律术语。由现行规定可见,农地“流转”的方式既包括了“转让”、“互换”、“入股”等物权移转方式(物权性流转),又包括了“出租”、“转包”等债权设定方式(债权性流转),可将农地的“流转”界定为,在不改变土地用途的前提下,土地承包经营权人处分其土地承包经营权的行为的总称。

在此意义之下,农地流转方式即为权利人处分其土地承包经营权的方式。接下来的问题是,农业生产经营是不是仅能以法律和国家政策明确规定的方式处分其土地承包经营权?物法定所强调的是物权的种类和内容法定。就土地承包经营权这种物权而言,其内容是“依法对其承包经营的耕地、林地、草地等享有占有、使用和收益的权利,有权从事种植业、林业、畜牧业等农业生产”(物权法第125条)。土地承包经营权人处分其权利的方式已不属于物法定定的内容。实践中,农地的流转行走于法的边缘,乃至践行于法外,具体方式可谓五花八门,不一而足。^[63]在当代私法自治的原则之下,权利人处分其权利以方式自由为原则,仅在一定的目的考量下,立法者才要求方式强制。就农地的流转方式而言,是方式自由还是方式强制,取决于农地流转的法律效果。

如果农地的流转仅仅产生债法上的效果,自是私法自治的规整范畴,不宜采用方式强制。农地流转实践中的“代耕”大抵属于此类。代耕是指承包人在不改变与集体的承包关系的前提下,以支付一定对价为条件,委托他人或经济组织在其承包土地上进行耕种的行为。^[64]代耕也是已取得土地承包经营权的人基于其意志所产生的农地利用关系的变动,自应属于农地流转的一种方式。虽然法律和国家政策上并未明确规定这种流转方式,但由于这种流转方式并不导致土地承包经营权人的变化,也不在土地承包经营权之上创设新的物权形式,仅仅产生债法上的效果,自应允许。就农地的债权性流转,当事人之间是否约定流转方式的名称,则非所问。实证研究表明,实践中的绝大多数农地流转并没有按照法律的规定明

[61] 参见胡吕银:《土地承包经营权的物权法分析》,复旦大学出版社2004年版,第146页。

[62] 参见崔建远主编:《我国物权立法难点问题研究》,清华大学出版社2005年版,第189页;陈小君:《农村土地制度的物权法规范解析——学习〈关于推进农村改革发展若干重大问题的决定〉后的思考》,《法商研究》2009年第1期。

[63] 参见上引陈小君文。

[64] 孟勤国、黄莹、段晓红等:《中国农村土地流转问题研究》,法律出版社2009年版,第81页。

确约定流转的具体方式，法院也未以方式约定不明确而否定农地流转合同的效力。^[65]如法律规定的流转方式为“出租”，实践中却大量使用“租赁”、“租用”、“转租”、“出借”等语，自应依农地出租的相关规则加以权衡判断。由此可见，虽然法律和国家政策中明确规定了“转包”、“出租”等农地债权性流转方式的名称，但并未穷尽所有债权性流转方式，当事人自得自由安排相互之间农地利用关系。这也如有名合同一样，法律上只是将已被交易实践普遍认同的某类合同加以典型化，明确为一类有名合同，但这并未排斥无名合同的发展，当事人完全可以基于私法自治自由设计彼此之间的合同关系，并不受法律明确的各类有名合同的限制和约束。

如果农地的流转产生物权变动的法律后果，立法政策上应依其不同情形分别考量。其一，农地流转如果产生物权移转的法律后果（转让、互换、出资入股等即是），受流转人就他人的土地承包经营权依原状而继受取得，此时，置重者在于：土地承包经营权这一物权的享有是否应有资格限制。在农地市场化的政策引导下，土地承包经营权早已不再是具有身份性质或成员权性质的权利，只要是农业生产经营者，均可取得土地承包经营权。此际，农业生产经营者处分其土地承包经营权应受到物权变动的程序要件的约束。其二，农地流转如果产生创设物权的法律后果（抵押等即是），为受流转人在土地承包经营权之上设定用益物权或抵押权，^[66]应当受到物权法定主义的约束。土地承包经营权系在他人土地上设定的以从事农业生产为目的的用益物权，这一用益物权是否能在他人的土地承包经营权上设定，应由法律作出规定，在法律作出明确规定之前，农业生产经营者不能在其土地承包经营权之上为他人设定（次级）土地承包经营权。担保物权是在他人的财产之上所设定的以担保债务清偿为目的的他物权，土地承包经营权是否可以作为担保财产，应由法律作出规定。

由此可见，就农地流转而言，如果仅仅产生债法上的效果，则方式自由；如果产生移转物权的效果，权利人亦可自由处分，但应受物权变动的公示要求的约束；如果产生创设物权的效果，则应受物权法定主义的约束，方式强制。基于此，我们可以对目前的农地流转方式展开分析，并就实体法上的相关规则的妥适性进行检讨。^[67]

学说上，农地的转包和出租是农地债权性流转的两类典型方式。^[68]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”（《农村土地承包经营权流转管理办法》第35条第2款）。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”（《农村土地承包经营权流转管理办法》

[65] 参见汪青松：《土地承包经营权流转方式的制度效果分析——基于流转纠纷司法裁判文书数据挖掘的实证视角》，《农业经济问题》2013年第7期。

[66] 目前学界有主张在土地承包经营权之上再设定次级土地承包经营权的观点。参见袁震：《农村土地承包经营权流转形式之法理分析》，《河北法学》2011年第8期。

[67] 本处仅涉及农地债权性流转方式的分析。有关农地物权性流转条件的分析，详见下文。

[68] 亦有学者认为转包的本质属性是物权性次级土地承包经营权的创设，是一种不同于出租和转让的特殊流转方式。参见廉高波、袁震：《论农村土地承包经营权的转包》，《西北大学学报（哲学社会科学版）》2010年第5期。但正如本文所述，如农地的流转产生创设物权的法律效果，应受物权法定主义的制约，在我国目前尚未就此作出明确规定的情况下，自无采行空间。

第35条第5款)。两者均未改变承包方与发包方的土地承包关系,均系由他人从事农业生产经营。两者的区别在于受流转方不同,转包中的受流转方(接包方)是“同一集体经济组织的其他农户”,而出租中的受流转方(承租方)是“他人”。在解释上,这里的“他人”自应是除“同一集体经济组织的其他农户”之外的人。

关于转包和出租这两种流转方式能否并存,一直存在较大争议。第一种观点认为,两者可以并存,无论是法律上还是实践中均将转包和出租确定为两种不同的农地流转方式。^[69]第二种观点认为,应保留出租,删除转包。将转包与出租并列规定,“不仅不能丰富流转方式,而且因未作严格区分将会导致重复规定”;^[70]转包实际上就是出租,将两者相并而称,人为割裂了一项法律制度,至少在客观上要求法律人分别适用转包和出租的法律规范,而实际上我国实定法又欠缺较为详细的转包规范,造成了“准用”或类推适用的现象。^[71]第三种观点认为,应保留转包,删除出租。如允许农地的出租流转方式,容易架空土地所有权,使土地承包经营权“所有权化”或承包方变为事实上的“二地主”,也容易出现以出租名义规避法律的行为。^[72]笔者以为,转包和出租本是实践中适用最为广泛的农地流转方式,^[73]只要具有类型化上的意义,即可并存。虽然转包和出租的主要区别在于受流转方的范围不同,但并不排斥农地制度改革中对两者作出不同的制度安排。例如,在重构农地流转收益分配机制时,在国家、集体、农户之间的分配格局和比例就可能依流转方式的不同作出相应的设计。如此,转包和出租就有了类型化区分的意义。

在农地流转实践中,还出现过一种“反租倒包”的流转方式。所谓“反租倒包”,是指乡镇政府或村集体经济组织根据群众意愿,将已发包给农户的土地反租(反包)回集体,经过投资开发、改善生产条件后重新发包给本集体经济组织的农户或租赁给本集体经济组织以外的人。^[74]这一流转方式涉及两次流转:农户将其土地承包经营权出租(转包)给乡镇政府或集体经济组织;乡镇政府或集体经济组织再将土地承包经营权出租(转包)给农户或其他农业生产经营者。这种流转方式不涉及承包方与发包方土地承包关系的改变,只是债权性地变更了农地利用关系,在一定程度上解决了农地的细碎化带来的生产效率低下等问题,为农业规范经营和产业结构调整提供了可能。但在具体实践过程中,有的地方出现了村集体违背农户意愿,利用“反租倒包”的形式进行炒地和权力寻租,^[75]导致2001年、2008年中央两次发文禁止“反租倒包”。^[76]笔者认为,“反租倒包”这一流转方式与家庭承包制之间并不矛盾。在新型农业经营体制之下,“以家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制”仍属题中之义,家庭承包经营并不排除农地的流转。“反租倒包”是一种符合当事人意愿的农地流转方式,通过土地要素契约和商品契约的共同作用,对劳动要素

[69] 参见丁关良:《土地承包经营权基本问题研究》,浙江大学出版社2007年版,第199页。

[70] 前引[61],胡吕银书,第157页。

[71] 崔建远:《土地承包经营权的修改意见》,《浙江社会科学》2005年第6期。

[72] 参见前引[64],孟勤国等书,第73页。

[73] 包宗顺、徐志明、高珊等:《农村土地流转的区域差异与影响因素》,《中国农村经济》2009年第4期。

[74] 前引[64],孟勤国等书,第81页。

[75] 李俊青:《“反租倒包”流转模式可行性研究》,《农村经济》2012年第8期。

[76] 《中共中央关于做好农户承包地流转工作的通知》(中发[2001]18号)、《中共中央、国务院关于切实加强农业基础设施建设进一步促进农业发展农民增收的若干意见》(中发[2008]1号)。

形成了约束，有效地减少了交易成本，形成了稳定的契约安排。^[77]至于“反租倒包”过程中出现的侵害农户利益、改变土地用途等问题，并不是“反租倒包”这种方式所造成的，不能仅依此而否定实践中的创造。

（二）农地流转的条件限制及其检讨

不同的农地流转方式，法律规定的限制性条件亦不同。农村土地承包法第37条第1款规定：“土地承包经营权采取转包、出租、互换、转让或者其他方式流转，当事人双方应当签订书面合同。采取转让方式流转的，应当经发包方同意；采取转包、出租、互换或者其他方式流转的，应当报发包方备案。”这里，除了书面要式性之外，农地的转让须经发包方同意，农地的其他方式流转应报发包方备案。最高人民法院并明确了这一限制性条件在合同效力判断上的意义。《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》第13条规定：“承包方未经发包方同意，采取转让方式流转其土地承包经营权的，转让合同无效。但发包方无法定理由不同意或者拖延表态的除外。”第14条规定：“承包方依法采取转包、出租、互换或者其他方式流转土地承包经营权，发包方仅以该土地承包经营权流转合同未报其备案为由，请求确认合同无效的，不予支持。”司法实践中，较为一致的观点认为，即使没有签订书面合同，农地流转合同亦不因此当然无效，仅在极个别的案例中，法院才以“未签订书面合同”作为流转合同无效的理由（但也不是唯一理由）。^[78]虽然法律上明确农地的转让须经发包方同意，但实证调研表明，这一限制性规定在实践中并未得到有效实施，^[79]进入审判程序的农地转让案例仅有1/3取得了发包方的同意。司法实践中普遍认为“经发包方同意”是效力性强制性规范，农地转让未经发包方同意则合同无效，但对发包方同意的时间和方式均采取了宽松的态度，嗣后同意、发包方的粮食补贴发放记录乃至发包方负责人在审判过程中的有关知道转让但未予反对的证人证言，都可视为满足了“经发包方同意”这一要件。由样本案例所见，其他几种流转方式中的“报发包方备案”并未得到当事人遵守，但法院并未以未报发包方备案为由否定农地流转的效力。^[80]

在农村土地承包法第41条之下，农地的转让除了受到上述限制之外，转让人与受让人的资格均受限制，转让人须有稳定的非农职业或有稳定的收入来源，受让人限于从事农业生产经营的农户。

对于上述农地流转的条件限制，本文认为有如下不妥之处：

1. 农地的转让须经发包方同意，违背了物权移转的基本规则。

物权和债权的转让存在较大差异。就物权的转让而言，在我国现行物权变动模式之下，先有转让人和受让人之间的物权转让合同，再践行一定的公示手续（交付或登记）（物权法第6条、第15条）。在转让用益物权时，只需用益物权人与受让人签订用益物权转让合同，再践行一定的公示手续即可，并不需要所有权人同意。虽然用益物权人取得用益物权时体现了所有权人的意志，但已取得用益物权的人转让其权利却无须所有权人同意。建设用地

[77] 乔瑞庆、任大廷：《“反租倒包”中的交易类型及其契约治理》，《经济与管理》2012年第1期。

[78] 参见前引[65]，汪青松文。

[79] 参见郭继：《土地承包经营权转让制度的实践困境与对策研究》，《华中科技大学学报（社会科学版）》2010年第6期。

[80] 参见前引[65]，汪青松文。

使用权的转让即为如此。^[81]就债权的转让而言,在涉及合同权利义务概括转移时,应经债权人同意。物权和债权转让规则的不同,其法理基础在于物权不同于债权的排他支配性。物权就特定物有直接支配权,但债权仅能向特定的债务人主张请求权。

农地的转让须经发包方同意,与土地承包经营权的物权性明显不符。《农村土地承包经营权流转管理办法》第35条规定:“本办法所称转让是指承包方有稳定的非农职业或者有稳定的收入来源,经承包方申请和发包方同意,将部分或全部土地承包经营权让渡给其他从事农业生产经营的农户,由其履行相应土地承包合同的权利和义务。转让后原土地承包关系自行终止,原承包方承包期内的土地承包经营权部分或全部灭失。”该条明显采行债法规则来架构农地转让的条件,值得商榷。同时,合同权利义务概括转让时要得到对方同意,旨在防止因转让给对方带来不利影响,但农村土地承包合同通常具有无偿性,转让本身对集体不存在不利影响。^[82]农地的转让须经发包方同意,实际上限制了农地的流转,为以行政手段配置农地资源留下了太多空间,这也不符合市场经济体制对农业资源配置方式的要求,在一定程度上剥夺了农民生产经营自主权。农民被强行束缚在土地上,不可能通过彻底处分其土地承包经营权而另谋出路,客观上阻碍了农村剩余劳动力的大量转移,延缓了农村的城镇化进程。

2. 要求转让人有稳定的非农职业或稳定的收入来源,值得商榷。

其一,此资格限制关注于失地农民的生存保障。^[83]但土地承包经营权是物权法上明确的财产权类型,在法定的义务中并无社会保障负担,只是由于国家和社会没有尽到对农民的社会保障义务,才使得土地承包经营权附加上一种社会保障替代功能。土地承包经营权的初始分配,可以考虑成员权的公平性,这是生存问题;而流转则更多地具有经济功能,这是发展问题,公权力在此领域应当退出。^[84]即使认为土地承包经营权具有社会保障替代功能,也应同时承认土地承包经营权的生产要素功能和财产属性。十八届三中全会《决定》指出,要“赋予农民对承包地占有、使用、收益、流转及承包经营权抵押、担保权能”,土地承包经营权的生产要素功能和财产属性被进一步强调。在此背景下,应当强化市场在农地资源配置中的决定性作用,通过市场来实现农地的价值,以此更好地实现土地承包经营权的社会保障(替代)功能。

其二,“稳定的非农职业”、“稳定的收入来源”,均难认定。现如今,没有哪一个“非农职业”是稳定的,也没法判断哪个收入来源是稳定的。承包方有可能流转时稳定,而将来生活不稳定,也有可能想流转时不稳定,但将来生活稳定。如此不确定的变量,在实践中难以操作。这种规定只能“成为用来阻碍承包地转让的借口”。^[85]应当看到的是,农地转让往往是承包方进城创业或从事非农职业的资金来源,要求其具有稳定职业,实际上是为其获得稳定的收入来源制造障碍。

3. 将受让人限于“其他从事农业生产经营的农户”,正当性不足。

[81] 参见物权法第143条、第144条、第145条。

[82] 参见朱虎:《土地承包经营权流转中的发包方同意——一种治理的视角》,《中国法学》2010年第2期。

[83] 参见全国人大法律委员会《关于〈中华人民共和国农村土地承包法(草案)〉修改情况的汇报》(2002年6月24日)。

[84] 前引[82],朱虎文。

[85] 前引[19],尹飞书,第329页。

这一限制性条件的主要目的在于“保证土地的农业生产用途，满足其他农户对土地这一生产资料的需求”。^[86]但是，只要受让人受让取得土地承包经营权，即应受土地承包经营权的设立目的的限制，只能从事农业生产经营活动，不能改变土地用途。这本是土地承包经营权的题中之义，所谓受让人应是“从事农业生产经营的农户”即成具文。并且，将受让人限定为农户，其他从事农业生产经营的企业无法受让土地承包经营权，这虽然在一定程度上满足了其他农户对农地资源的需求，但由于受让范围的限制，农地资源的市场化配置即无法达致，农地的市场价值也无法充分实现，最终损害的还是农户的利益。在新型农业经营体系下，“鼓励承包经营权在公开市场上向专业农户、家庭农场、农户合作社、农业企业流转”，对受让人的资格应不作限制。

综上，既然法律上将土地承包经营权作为一种物权（财产权）加以定性和确认，权利人处分其土地承包经营权即应是题中之义，农地的流转也就成为当然之理。现行法上对农地流转的限制并没有足够充分且正当的理由，应予修正。

Abstract: The construction of the new type of agricultural management system takes the clarification of the structure of farmland property right as its precondition. Under the premise that the public ownership of land remains unchanged, the structure of farmland property right is based on the collective ownership of land. Under the new type of agricultural management system, the relationship of farmland use should be expressed in law as property right relationship, so as to achieve the goal of “maintaining the long-term stability of the relationships of the contracting of rural land” and, for this purpose, the mainstream doctrine of the so-called dual structure of land contracted management right should be abandoned. The argument that farmland property rights should be constructed on the basis of separation between land ownership, land contract right, and land management right, put forward by the economic circle, distorts the relationship between stabilizing land contract relationship and the transaction of the right to the use of farmland, and is not in conformity with the principle of the establishment of jus in re aliena. As such, it cannot be expressed in law, and is inconsistent with the direction of the reform of farmland system. If the transaction of the right to the use of farmland only has the effect of the law of obligations, or produces the effect of the transfer of property rights, then a free method can be adopted. If the transaction of the right to the use of farmland has the effect of creating real rights, then a compulsory method should be adopted. The constraints imposed by the current law on the transfer of the right to the use of farmland lack legitimacy and therefore should be rectified.

Key Words: the new-type agricultural management system, land contracted management right, farmland property right, transaction of the right to the use of farmland, transfer of the right to the use of farmland

[86] 胡康生主编：《中华人民共和国农村土地承包法释义》，法律出版社2002年版，第103页。