

论“三权分置”背景下的家庭承包经营制度

杨一介

摘要：实施“三权分置”为完善家庭承包经营制度提供了新途径。落实集体所有权，应通过保障农民集体成员权，重建农户承包土地的集体所有权行使规则；保障农户土地承包权，应立足于实现农民集体成员以家庭为单位初始取得集体所有的承包土地的权利；土地经营权因土地承包经营权的流转而成为一项独立的财产权。土地经营权因其取得方式的不同有租赁权和用益物权之分，而且两者的法律效果不相同。土地承包经营权流转后，农业经营主体法律保护机制以及地权登记与承包土地的经营权融资担保机制有待完善。为坚持和维护家庭承包经营在农村基本经营制度中的基础性地位，需完善以农民集体成员权为基础的农户承包土地的集体所有权制度；土地承包经营权制度的建设应立足于建立以土地经营权租赁为主、兼顾其他形式的土地承包经营权交易机制和承包土地的经营机制，建立以小农生产经营现代化为目标的多元化农业经营主体制度。

关键词：家庭承包经营 集体所有权 土地承包经营权 土地承包权 土地经营权

中图分类号：D922.32 **文献标识码：**A

一、问题的提出

农村基本经营制度的法律表达是：“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。”^①家庭承包经营的实现形式是建立以稳定和完善农村基本经营制度为目的的农户土地承包经营法律制度^②。当前的法律制度保障农户以家庭承包方式取得的土地承包经营权，其目的在于保障农民集体成员以家庭为单位享有对集体所有土地的占有、使用和收益的权利。家庭承包经营是农村基本经营制度的基础。由于制度建设的滞后和制度安排的不衔接，人们对家庭承包经营在农村基本经营制度中地位的认识存在偏差，继而可能引发实践操作的难题。如何从法理上清晰界定集体所有权、土地承包权和土地经营权的基本内涵，是深化“三权分置”改革的基本前提。为稳定和完善农村基本经营制度，有必要探讨农户承包土地权利结构的形成机制及其内在冲突的解决途径，分析实施“三权分置”的难点，解释土地承包经营权、土地承包权和土地经营权之间的关系以及“三权分置”对农业经营体制的影响，以实现农户承包土地法律制度的更新，进一步完善农户承包土地的权利体系。

^①参见《宪法》第8条第1款。

^②参见《农村土地承包法》第1条。

二、家庭承包经营视野下“三权分置”的法律内涵

土地承包经营权制度的建立，为农户成为地权交易主体提供了可能。禁止或限制土地承包经营权流转，曾经是农地政策的重要内容。随着农村社会经济条件的变化，土地承包经营权流转逐步得到了政策和法律的支持，其主要标志是土地承包经营权流转政策体系的形成和以家庭承包方式取得的土地承包经营权流转法律制度的建立。总体上看，土地承包经营权在农户承包土地权利体系中具有独立性，土地承包经营权流转机制也基本能够满足实践的需要，但由于土地承包经营权与集体所有权之间的权利结构缺乏清晰的法律表达，以及对土地承包经营权流转的决定因素是市场需求而不是行政力量之充分认识，土地承包经营权与不能从法律上得到清晰表达的集体所有权之间的冲突不可避免。

立足于稳定和完善农村基本经营制度，克服农户承包土地的集体所有权的内在冲突，建立更为高效的土地承包经营权流转机制，有必要实施农户承包土地的“三权分置”。为有效实施“三权分置”，政策和立法需解决的问题主要体现在三个方面：一是如何可行、有效地落实农户承包土地集体所有权；二是如何清晰界定集体所有权与土地承包经营权之间的权利关系；三是如何实现农户土地承包权和土地经营权的清晰法律表达，准确区分土地承包权和土地经营权。

（一）集体土地所有权的内涵和实现方式

集体土地所有权的主体构成不同于传统所有权，这是认识农户承包土地集体所有权的出发点。大陆法系国家关于所有权的立法一般规定，所有权包含占有、使用、收益和处分的权能。而在遵循所有权基本法理的前提下，农民集体所有权的物权立法的目的在于保障农民集体为其成员提供生存和发展所需要的土地财产权。在农村社会经济条件发生根本性变化的背景下，应重新理解和解释农民集体所有权的含义。

农村改革以来，集体所有权制度演变的主要趋势基本上可以概括为从以农村生产、分配和核算单位基本特征的集体经济组织制度，向可以从法律意义上解释的财产权制度演变。这种财产权制度的法律表达是：“农民集体所有的动产和不动产，属于本集体成员集体所有。”^①集体土地产权归农民集体共有成为主流观点，但实践效果表明，这一笼统的说法不利于集体土地产权的明晰。一方面，集体土地所有权主体虚位已成为通说，但实际上集体所有权主体虚位的说法并不准确。与其说集体所有权主体虚位，还不如说不能通过清晰的法律表达来解释和说明集体所有权主体。另一方面，农民集体所有的财产由本集体成员所有，为实现集体所有权主体的清晰表达提供了可能，但问题是，农民集体成员资格的识别和认定缺乏科学、可行的统一规则。因此，集体成员权制度建设是落实集体所有权的关键。建立农民集体成员权制度的核心内容是确立农民集体成员权取得和丧失的规则。确立农民集体成员权取得和丧失规则的出发点是：农民集体成员资格需不需要固化？如需要固化，应当如何固化？

农民集体成员资格的识别和认定标准不统一容易引发实践中的混乱。农村集体产权制度改革实践中的成员资格固化，其现实意义主要体现为克服集体所有权主体构成的不确定性。另一方面，在推行

^①参见《物权法》第59条第1款。

集体产权制度改革的地方，虽然成员资格的认定或取得标准存在程度不同的差异，但基本上维持了成员资格的封闭性，而成员资格的封闭性可能给将来的地权争端留下隐患，也会使成员资格固化的目标不能实现。其原因在于，成员资格封闭性的实践后果，会使土地的不断调整成为可能，也会导致土地收益分配规则的不断修改。

重建农民集体成员权制度的另一个难点在于，农民集体的成员应归于何种集体。农民集体是一个集合性概念，因其性质和成员构成的不同可形成不同的组织体。农村集体经济组织与村民自治组织是农民集体的基本分类。农民集体成员，与以经济组织章程为基础、体现为不同形态的集体经济组织的成员不是同一概念，与村民自治组织的成员也不是同一概念。当农村集体经济组织与村民自治组织合二为一时，谁能取得农民集体成员资格一般不会成为问题；当需要区分集体经济组织与村民自治组织时，要明晰农民集体的成员是何种集体的成员需适用不同的规则，而这在实践中是尚未解决的。

以户籍为基本标准来识别和认定集体经济组织成员的资格，是长期以来人们在实践中遵循的基本规则。具有某一个集体经济组织的户籍的村民，是该集体经济组织的成员，享有成员权，其法律效果主要体现为取得承包地、参与集体资产及其收益的分配。这种成员权制度在实践中面临的主要问题是与其他规则相冲突而逐渐丧失可操作性。在承包地取得上，“增人不增地，减人不减地”规则的实施，使得承包地的取得与户籍已无必然联系。尽管在实践中小调整时有发生，但新生儿不能取得承包地已得到普遍的认同和遵循。同样，集体产权制度改革中推行的成员固化，也使得以户籍为基本标准的成员权取得规则在成员固化后失去其可操作性。在集体产权制度改革实践中，尽管户籍对成员固化具有重要影响，但成员的识别和认定还考虑了其他因素，如劳动年限、出生时间。而且，成员固化意味着固化后取得该社区户籍的人可能不是该社区集体经济组织的成员。在推行农村集体产权制度改革的过程中，集体经济组织成员的含义已经发生了变化。

农民集体成员资格的识别和认定是问题的一方面，问题的另一方面是集体所有权的行使规则与集体所有权主体结构缺乏科学的法理基础，这在实践中容易引发地权矛盾和冲突。近年来的集体产权制度改革实践，为集体所有权制度的重建提供了许多有益的经验，特别是土地股份合作在一定程度上能促进土地产权明晰，但仍然不能从根本上有效克服集体所有权制度的内在缺陷。就土地集体所有权和土地承包经营权的关系而言，受土地调整、承包期限、农民集体成员资格的识别和认定、征地补偿等问题的影响，两者之间存在程度不同的冲突。集体所有权行使主体与村民自治组织的重合，还可能为集体所有权权能的扩张和农村基层组织干预农户的承包经营提供了制度支持。农民集体经济组织和村民自治组织的功能和性质的区分，不能通过清晰的法律表达来体现，这进一步加剧了集体所有权主体制度的混乱。政策的实施和实践表明，在一些情形下村民自治组织可以成为农村集体土地产权的主体，而无需将集体土地产权主体一概归于集体经济组织。^①农民集体所有权行使主体的制度安排在实践中还造成农民集体成员的权益受侵害时缺乏有效救济途径的后果。尽管农民集体成员享有撤销权^②，

^①参见 2011 年 11 月国土资源部、中农办、财政部、农业部《关于农村集体土地确权登记发证的若干意见》。

^②参见《物权法》第 63 条第 2 款。

但这一制度安排同样缺乏具有可操作性的规则。

农村集体产权制度改革实践为区分集体所有权的不同形态提供了可能。在集体产权制度改革中，清产核资、股份制改造、股份合作组织的设立等，在不同地区取得了不同程度的进展。集体产权制度改革的核心问题之一——农民集体成员资格的认定和界定，以户籍、劳动年限和人口出生时间等为主要标准，成员权制度已经成为参与土地分配和获得集体资产收益所依据的基础性制度。如土地股份合作社和其他股份合作组织的设立，表明其产权形态是按份共有，而不是共同共有，也不是不具有可操作性的农民集体所有。同时，集体经济组织的法人化^①，为重建农民集体所有权主体制度提供了一种新的途径。具有权利能力和行为能力，能够承担相应的主体责任的组织体的设立，可以实现该组织体主体性的清晰法律表达。

进而言之，农民集体所有权在实践中体现为不同的权利形态。通过集体产权制度改革而建立的集体所有权，是集体所有权的一种形态；农民集体成员以户为单位取得的承包土地的集体所有权也是集体所有权的一种形态。对农户承包土地的集体所有权的理解，应立足于其权利来源（孙宪忠，2016）。落实农户承包土地的集体所有权的关键问题之一，是保障其成员对农地的持续公平的享有（刘恒科，2017），即坚持土地承包关系长久不变。农民集体成员以户为单位享有土地承包经营权是落实集体所有权的一种主要形式。农户承包土地的集体所有权，体现在对该集体成员土地承包经营权的保障上。

（二）农户土地承包权的内涵和法律地位

农户土地承包权的实质在于，它是农民基于其集体成员权而初始取得的土地财产权。土地承包权指的是土地承包经营权（李国强，2015；刘颖、唐麦，2015），是就土地承包经营权不发生流转的情形来说的。在此情形下，承包地由农户自己耕作、自己经营。尽管土地承包权体现了身份性（肖鹏，2017），体现了农民集体成员承包土地的资格（高飞，2016），但这种身份性是取得该项土地财产权的基础，而不应将土地承包权理解为成员权。农民集体成员以户为单位取得土地承包权是其行使成员权的结果（管洪彦、孔祥智，2017；朱广新，2015）。简言之，享有农民集体成员权是农户取得土地承包权的基础性原因。在农户的土地承包经营权不发生流转的情形下，农户的土地承包权的法律地位与土地承包经营权的法律地位相同。

作为农户的一项重要土地财产权，土地承包权在实践中遇到的主要问题是其法律地位可能遭受侵害。其表现之一是，目前农民集体成员权制度的基本规则尚未建立，特别是农民集体成员的撤销权缺乏有效的行使机制，一些情形下的土地承包经营权流转违反农户自愿原则，将导致稳定农户土地承包权的政策目标落空。

稳定农户土地承包权的法律地位要坚持土地承包关系长久不变。其法理意义是，农户取得承包地时具有承包资格并参与土地分配的家庭成员即为农民集体成员，享有土地承包权。稳定农户土地承包权指的是维护和保障农民集体成员以户为单位初始取得集体所有的承包土地的权利。维护和保障这一权利的现实意义在于，在将来较长一段时期内，家庭承包经营的基础性地位应予维持，以坚持和完善

^①参见《民法总则》第99条、第101条。

家庭承包经营为基础、统分结合的农村基本经营制度。

（三）土地经营权的内涵和形态

为应对农业兼业化和农村劳动力外流给农户土地经营带来的负面影响，推动和促进农户以家庭承包方式取得的承包地的适度规模经营，创新农地经营制度，建立土地经营权制度成为稳定和完善的农村基本经营制度的现实选择。

土地经营权制度的建立，有利于按照市场交易规律配置土地资源（王亚华，2017）。土地经营权的法理意义是：农户将其基于成员权初始取得的集体所有的承包地的占有、使用和收益的权能的全部或部分渡于他人，受让人取得经营农户承包地的权利。土地承包经营权的受让人取得承包地后，独立地享有与其取得的权利相适应的各项权益，即土地经营权可以体现为不同的权利形态。尽管土地承包经营权的流转方式不同，但土地经营权的独立性不受其取得方式的影响。简言之，土地经营权是基于土地承包经营权流转而产生的一个法律后果。一方面，土地经营权的法律基础是土地承包经营权；另一方面，土地经营权设立后，已成为一项脱离农民集体成员权的土地财产权，而不受其设立前的土地承包经营权的影响。

从稳定和完善的农村基本经营制度考虑，对土地经营权与土地承包经营权之间关系的理解和解释，应将其置于土地承包经营权制度体系中。土地承包权和土地经营权分置不是对土地承包经营权的分解，土地承包经营权也不是土地承包权和土地经营权的相加。土地承包权和土地经营权分置的法理意义在于：农户的土地承包经营权既可以由其自己持有，也可以转于他人之手。在保障农户初始取得集体所有的承包地的基础上，根据自愿、有偿原则，推动土地承包经营权流转，进而建立土地经营权制度。

综上所述，实施“三权分置”的法律意义主要体现为土地集体所有权、农户土地承包权和土地经营权的法律地位是各自独立的，而且集体所有权、农户土地承包权和土地经营权的主体的法律地位是平等的，可各自行使和处分与其权能相适应的权利。

三、实施“三权分置”难点的法理分析

以保障集体所有权的有效实现为前提，土地承包经营权发生流转会因流转方式的不同而产生不同的法律后果。土地承包经营权人以租赁（转包）的方式将承包地转于他人之手时，虽丧失了对承包地的占有和使用，但享有相应的收益权，租赁期满后土地承包经营权恢复到出租（转包）前的状态。土地承包经营权人将土地承包经营权转让于他人，或将土地承包经营权入股、互换，在转让、入股、互换发生法律效力时，受让人受让了原来的土地承包经营权，受让人取得的权利已不同于农民集体成员以户为单位初始取得集体所有的承包地的权利。

上述性质不同的流转情形产生了诸多需要弄清的法律问题。其中争议较大的难点至少体现在以下三个方面：土地经营权的性质，农业经营主体的法律保护，以及土地权利登记与承包土地经营权抵押的局限性。

（一）土地经营权的性质

在推动土地适度规模经营的背景下，土地承包经营权流转导致的地权结构的变化主要体现为：在

保障农民集体成员以户为单位初始取得集体所有的承包地的前提下，以自愿、有偿为基本原则的土地承包经营权流转因流转方式的不同而产生了不同的法律效果，进而产生了不同权利形态的土地经营权。澄清土地经营权属于用益物权还是租赁权，是实施“三权分置”需要解决的一个难点。

实际上，将土地经营权定位为新型用益物权或租赁权（贾林青，2014；谢鸿飞，2016；普金霞，2015；李帆，2016）都有失偏颇。对土地经营权性质的认识，应根据土地承包经营权流转的具体情形来判断，而不能预先设定一个单一标准。不区分土地承包经营权流转的具体形式，而一概将土地经营权界定为用益物权或租赁权，既可能侵害农户的承包经营权，也不利于准确界定土地承包经营权发生流转后土地经营权的权能。对土地经营权性质的认识，应从其取得方式及其法律后果来判断。

农用地的流转交易以农户承包土地经营权为主，而不涉及所有权和承包权^①。农户承包地租赁是农户承包土地经营权交易的通行做法。以租赁方式实现农户承包权和土地经营权分置，其法律意义是：农户在保有其基于成员权初始取得集体所有的承包地的前提下，以出租方式将承包地的占有、使用权能让渡于承租人，取得与承租人约定的收益，在租赁期限届满后由自己持有和经营承包地，也可以续租，或进行其他处分。在农户将其土地承包经营权出租（转包）的情形下，受让人取得的土地经营权是租赁权，而不是用益物权，承租人以此方式取得的土地经营权主要由不动产租赁法律规则来调整。租金的计算可以采取不同方式，既可约定现金计租，也可约定实物计租。从当前农户承包地租赁的实践看，农户一般倾向于采用实物计租的方式，即以当地当年主要农作物的市场指导价为标准计算租金。

土地承包经营权租赁产生债权效力。在此情形下，农户的土地承包权和承租人的土地经营权并存，承租人取得的土地经营权受租赁法律规则的调整。土地承包经营权租赁机制的有效性受多方面因素的影响。一方面，承租人以租赁方式取得土地经营权，往往希望有一个较长的租期，以便于长期投资和经营。另一方面，短期租赁在实践中普遍存在。一般情况下，当农户采取一年一租等短期租赁的方式出租土地时，承租人对租赁经营缺乏稳定的预期，影响了其中长期投资，可能导致对土地的掠夺性经营。不过，实践也表明，即使在租赁期限较长的情形下，当地租和人工成本在经营成本中所占比例较高或经营不善而亏损时，承租人往往会选择解除租赁合同，或放弃经营，其后果是出租土地的农户的期待收益无法实现^②。实践中出现的一个问题不是农户违约收回承包地，而是经营权人擅自毁约（高海，2016）。

有关土地承包经营权租赁期限的法律规则将会因土地承包政策的变化而变化。农户与承租人约定的租赁期限可以是二轮承包的剩余期限，但实践中有些租赁合同约定的期限却超过了二轮承包的剩余期限，如有的租赁合同约定的租赁期限为30年。这意味着，租赁合同约定的租赁期限超过二轮承包剩余期限的部分无效，这将会产生租赁合同部分无效的法律后果。党的十九大报告提出：“保持土地承包

^①参见2014年12月国务院《关于引导农村产权流转交易市场健康发展的意见》（国办发〔2014〕71号）。

^②这一判断乃基于笔者的多次调研。如专业大户承租土地种植西瓜，租期一般是一个种植季节，而且在种植过程中倾向于滥施农药。又如，某承租人与农户签订租种大面积土地的长期租赁合同，但由于成本太高，连续两年未向农户支付租金。承租人与农户解除租赁合同后，选择到地租偏低的地区重新承租土地。

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。”二轮承包到期后延包政策的法律化，为解决租赁期限问题提供了可能。当事人在租赁合同中可以约定租赁期限届满后承租人的优先承租权。租赁期限的长短不会改变租赁权的法律性质。对土地经营权性质的判断，以该项权利设立的法律后果为基础。另外，在当事人因租赁期限发生争端时，应根据具体情况对其交易性质做出判断，而不是拘泥于字面文义，如名为租赁实为转让。

土地承包经营权出租（转包）是土地承包经营权流转的主要方式，但在土地承包经营权制度实践中，转让、入股、互换也是土地承包经营权流转的常见方式。由这些交易方式形成的土地经营权，其性质与土地承包经营权出租（转包）不同。在农户将其土地承包经营权转让的情形下，土地经营权是基于土地承包经营权转让而设定的用益物权（蔡立东、姜楠，2017）。在土地经营权具有物权效力的情形下，它取代了原土地承包经营权的法律地位，农户的土地承包经营权消灭^①。农户土地承包经营权消灭的法律后果之一是，农户不再享有基于其成员权而初始取得集体所有的承包土地的权利。土地承包经营权互换同样产生农户土地承包经营权消灭的法律效果。具有物权效力的土地经营权的取得，不以农民集体成员权为前提，而以物权行为为基础。土地承包经营权入股，其法律后果需从股权的性质来衡量。

综上所述，根据取得方式的不同，土地经营权可以体现为不同的权利形态。在土地经营权性质认识上非此即彼的观点，忽视了土地经营权取得原因的多样性，可能导致其权利形态的单一化。不区分土地承包经营权的交易方式，而将土地经营权一概视为用益物权，既缺乏法理依据，也与实践中的一些做法不相符合。一方面，土地经营权的法律效力越强，期限越长，越利于保障经营权人的收益（温世扬、张永兵，2014）。另一方面，由于用益物权是对世权而具有较强的对抗效力，将土地经营权一概视为用益物权，可能导致土地经营权一权独大，农户土地承包经营权的法律地位受到削弱。在一些情形下，土地经营权人乐于采用期限较短的租赁方式。农户将其承包地出租而形成的土地经营权属于租赁权的范畴，无需通过用益物权的法律规则来调整。

土地承包经营权流转实践中的一种做法是土地信托。推动土地信托方式发展，一是基层政府设立土地信托投资机构，农户将其土地承包经营权委托给土地信托投资机构，再由土地信托投资机构与农业经营者以租赁形式开展土地信托（瞿理铜，2012；殷勇，2012）；二是在基层政府的推动下，农户将其土地承包经营权委托给信托机构管理，信托机构再委托第三方经营土地，农户在信托期限内收取固定收益和增值收益（高晓芹，2015；陈志、梁伟亮，2016）；三是农户成立土地股份合作社，由土地股份合作社将土地信托给信托机构，再由信托机构将土地流转给农业专业合作社经营，农户收取固定收益和增值收益（李婷，2017）。根据信托法的一般理论，设立信托属于处分行为，委托人把农户的土地承包经营权转移给受托人。从法理上讲，土地承包经营权作为信托财产具有合法性和可行性（中国人民大学信托与基金研究所，2017），但在相关法律没有修改的情况下，土地信托的法律基础尚未得到解

^①可将农户土地承包经营权的退出视为土地承包经营权转让的特殊情形，它同样产生土地承包经营权消灭的法律后果，但土地承包经营权的退出不在本文的讨论范围之内。

决。在上述土地信托机制中，委托人除收益外不享有其他权利，经营者取得土地经营权后对其行为也没有特别限制，由此导致财产权利结构的不清晰。另外，由于金融资本和专业农业管理公司的参与，如果信托化安排不能使农地的产出效率满足利益相关方的回报预期，上述土地信托模式在实践中是否具有推广价值需要考虑。

土地承包经营权流转的实质是土地权利的移转。实际上，土地承包经营权流转是推动土地适度规模经营的重要方式，但通过非流转的方式仍然可以形成土地适度规模经营。实践表明，通过提供农业生产性服务同样可以达到规模经营的效果（刘向东等，2014；周娟，2017）。联耕联种、代耕代种、土地托管成为一些农业经营主体乐于选择的经营方式，而且这些经营方式得到了政策的支持^①。这些经营方式可以提高生产效率，促进专业化分工，但不涉及地权的移转。

（二）多元化农业经营主体的法律保护

近年来，土地流转面积呈现逐年增加的趋势^②。目前，占耕地总面积1/3的家庭承包经营耕地已发生流转（韩长赋，2016；张红宇，2017）。这意味着，这部分家庭承包耕地的占有权和使用权已从承包农户之手流入其他农业经营主体之手。这既保障了农户的土地承包经营权，也表明了土地适度规模经营格局的初步形成。

土地适度规模经营格局初步形成的一个后果是农业经营主体的多元化。家庭农场、专业大户、土地股份合作社、农业企业等经营主体的数量已达到一定规模。例如，到2015年6月底，县级以上农业部门认定的家庭农场达24万个（农业部经管总站体系与信息处，2015）。到2016年底，家庭农场已达87.7万个（张红宇，2017）。工商资本进入农业后，大规模或较大规模的农地经营已成为重要的农地经营方式。为促进农业产业化发展，规范农业产业化龙头企业成为一项重要的农业政策^③。

农业经营主体多元化建构面临一些问题需要解决。其中较为突出的问题是：因经营收益无法保障，土地股份合作社建设难以顺利推进；专业合作社的组织结构与其他经济组织特别是有限责任公司之间缺乏必要的区分；专业大户如何界定有待制订基本规则，特别是专业大户是一类独立的经营主体还是包含若干类型，也缺乏明确的划分标准；家庭农场和其他主体混同，如同一主体以家庭农场和有限责任公司的不同面目出现参与市场交易。农业经营主体制度建设面临的问题，其原因在于人们对不同性质的经济组织的结构及其相应的主体责任缺乏必要的认识，其原因也在于些经营主体可能利用扶持政

^①参见2017年8月农业部、国家发展改革委、财政部《关于加快发展农业生产性服务业的指导意见》（农经发[2017]6号），2017年9月《农业部办公厅关于大力推进农业生产托管的指导意见》（农办经[2017]19号）。

^②2010~2014年，土地流转面积分别为1.87亿亩、2.28亿亩、2.78亿亩、3.41亿亩和4.03亿亩，土地流转面积占经营耕地面积的比例分别为14.7%、17.8%、21.7%、25.7%和30.4%（土地流转面积数据来源于农村土地网，网址http://www.nctudi.com/news_show.php?id=49386）。

^③参见2012年3月《国务院关于支持农业产业化龙头企业发展的意见》（国发[2012]10号）。为规范和监测农业产业化龙头企业，农业部多次公布了全国各省份龙头企业名单，并于2010年9月制定了《农业产业化重点龙头企业认定和运行监测管理办法》。

策（如支持合作社、发展家庭农场）“搭便车”。

但总体上看，农户在其承包地上自耕自营仍然是当前农业生产的主流。据统计，到2016年底，全国拥有承包地的2.3亿农户中，有近7000万农户将其承包地的经营权部分或者全部移转（张红宇，2017）。这意味着，仍有超过2/3的农户在其承包地上自耕自营。因此，农户是农业经营主体的主要组成部分。面对这一农业经营格局，需对农业现代化有一个客观的认识。其实，农业生产的现代化不能仅从土地规模经营程度来衡量。以日本为例，其农业生产具有超小规模 and 兼业化等特点，但日本政府通过完善和创新农业生产制度、经营制度、组织制度、农村金融制度、农业灾害保险制度和农村社会保障制度等，实现了农业现代化、农民增收等政策目标（曹斌，2017）。鉴于此，农业经营主体多元化的构建，仍然需立足于保护小农，进而在此基础上完善农业经营主体制度。这是“三权分置”背景下重建家庭承包经营制度的一个基本出发点。

（三）土地权利登记与承包土地经营权抵押的局限性

土地承包经营权登记是推行“三权分置”的一项基础性工作，但从目前土地承包经营权登记的推进情况看，确权颁证遇到了与现行制度相冲突或不好操作等问题（张晓山，2015），需探索切实可行的操作办法。

由于对土地经营权性质的认识存在分歧，对是否应当颁发土地经营权证，人们的认识不统一，因而在实践中也就有了不同的做法，如有的地方给土地经营权人颁发土地经营权证，而有的地方则向土地经营权人出具流转交易鉴证书或备案证明。

法律规定以家庭承包方式取得的土地承包经营权不得抵押^①，但承包土地经营权抵押在一些地方已开始试行^②。承包土地的经营权抵押，指的是承包农户或农业经营主体以承包土地的经营权抵押，向银行业金融机构贷款，并在约定期限内还本付息^③。在一般情况下，由于所抵押的是承包土地经营权的经营收益，银行提供的贷款额度不会太大。以经营收益抵押融资时，基层政府和农村集体组织往往扮演隐形担保人和保险者的角色。如为促进抵押融资，基层政府成立担保公司（邵挺，2015）。问题在于，在基层政府的参与下，以承包地经营权的经营收益抵押融资机制的运行，将会增加交易成本。同时，在经营者的经营期限较短或经营收益不高的情况下，金融机构为规避风险缺乏为经营

^①参见《物权法》第184条，《担保法》第37条。

^②参见2015年12月27日《全国人大常委会关于授权国务院在北京市大兴区等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》。根据该决定，在试点地区，允许以承包土地的经营权抵押贷款。

^③参见2016年3月中国人民银行、银监会、保监会、财政部、农业部《农村承包土地的经营权抵押贷款试点暂行办法》第2条。

者提供融资的动力^①。

在农户自营承包地的情形下，农户可以以承包地的经营收益抵押融资。当农户不能履行到期债务时，可以通过强制管理的方式实现抵押权（高圣平，2014）。但以小规模农户承包地的经营收益抵押，其在实践中的可操作性和有效性有待进一步观察。这是由于农户承包地的规模较小，收益也较少，以强制管理方式实现抵押权会增加抵押融资的交易成本，此情形下金融机构同样缺乏为农户融资的动力。

就上述土地信托而言，受托人（主要是信托公司）能否通过抵押土地权利来融资，以及如果土地产出不足以清偿信托债务，受托人能否处分土地权利给债权人等问题，在制度安排以及实践中尚未得到解决。另外，抵押标的的单一化也不能满足实践的需要。以承包地的经营收益抵押融资，为经营者改善经营条件提供了可能。但抵押标的的单一化可能会影响承包土地经营权抵押融资政策的实施效果。承包地的经营收益是一种收益权，这种收益权在担保体系中属于何种类型，将其作为抵押标的是否恰当，也有待明确。

四、农户承包土地权利制度的更新

为贯彻《宪法》关于家庭承包经营是农村基本经营制度的基础这一基本原则，有效推动“三权分置”，农户承包土地权利制度应当顺应社会经济条件的变化予以更新，以建立既能满足实践需要、又具有科学法理基础的家庭承包经营制度。

（一）重建农户承包土地的集体所有权行使规则

以户籍为主要标准的农民集体成员权取得规则，已不适应当前社会经济条件的急剧变化，在实践中也缺乏可操作性。为落实农户承包土地的集体所有权，应当明确农民集体成员权的取得和丧失规则，更新农民集体所有权和农民集体成员权的行使规则。

为贯彻《物权法》关于农民集体所有权和农民集体成员权的规定，需明确农户承包土地的农民集体成员权取得和消灭的基本规则。其主要内容是：在实施二轮承包时具有取得承包地资格的人，享有承包土地的农民集体成员权以及依法行使承包土地的集体所有权的权利。农民集体成员应当固化，并且此后不再变更。农民集体成员行使（处分）其基于成员权的财产权时，不同的法律行为将产生不同的法律后果，进而适用不同的财产权规则，以实现农户承包土地权利结构的明晰。为保障农民集体成员的撤销权，代行集体所有权的集体组织在行使集体所有权时，应取得农民集体三分之二以上成员的授权，并依据代理规则承担相应的法律后果，以完善主体责任制度。

（二）重建农户土地承包经营权实现机制

为贯彻家庭承包经营是农村基本经营制度的基础这一基本原则，同时为适应家庭承包经营形态的多元化，应重建土地承包经营权制度，更新土地承包经营权实现机制。具体而言，在将来较长一段时

^①笔者在调研中了解到的以土地经营权的经营收益抵押的案例表明，以经营收益抵押融资，在经营收益较低或存在风险的时候，如果地上附着物具有较高的经济价值，金融机构会选择以地上附着物为抵押物。虽然这种做法可以较好地保障抵押权的实现，却偏离了以经营收益抵押的政策。

期内，以家庭为基本单位的农业生产经营仍然是农业生产经营的主流，家庭承包经营的基础性地位应予维持。其法律含义是：农民集体成员以户为单位取得土地承包经营权后，享有耕作和依法处分的权利。农民集体成员取得的土地承包经营权属于用益物权，其行使或处分由用益物权规则来调整。

维护二轮承包的稳定性，以有效实施“增人不增地，减人不减地”规则。二轮承包到期后农民集体内部的人地比例失衡问题，应通过土地承包经营权流转机制和劳动力转移来解决，而不应采取土地再分配的办法，以实现土地承包关系长久不变。为贯彻“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”的政策，修改《农村土地承包法》关于土地承包期限的规定。

由于实践中农地租赁市场已具有开放性，农户承包地转包中对受让人资格的限制在实践中已丧失其可操作性，应当取消出租和转包相区别的做法，建立统一的土地承包经营权租赁机制。同时，由于农用地的流转交易以农户承包地的经营权为主，建立土地经营权制度的出发点是调整土地承包经营权和土地经营权之间的关系，完善因土地承包经营权租赁而形成的土地经营权制度，以维护农村基本经营制度的基础和土地承包经营权法律制度的稳定性。

鉴于实践中农户承包土地经营权因取得原因的不同而具有不同的权利形态，在完善以租赁为主的土地经营权制度时，探索建立用益物权性质的土地经营权制度，并在相关法律修改时予以体现。农户转让其土地承包经营权，其土地承包经营权消灭，受让人取得土地经营权。此情形下土地经营权的取得原因不是农民集体成员权，而是土地承包经营权人的转让行为。农户转让其土地承包经营权后，其基于成员权而初始取得的承包权消灭，不能再次以成员权为由主张取得集体所有的承包地的权利。土地承包经营权转让属于物权处分的法律行为，发包方的权利在土地承包经营权人取得该项权利时已得到体现，因而其转让无需经发包方同意。土地承包经营权互换产生与土地承包经营权转让相同的法律效果。土地承包经营权入股而形成的土地经营权应根据股权的法律规则来规制。而因上述情形而形成的土地经营权，与农户的土地承包经营权具有同等的法律地位。

对承包土地的经营权抵押在担保融资制度中的地位，应从承包土地的经营权的性质来判断。在承包土地由农户自营或承包地出租而形成土地经营权的情形下，土地经营权抵押实质上是债权质押（宋志红，2016），即以经营收益质押。在承包农户将其土地承包经营权转让、入股、互换的情形下，受让人取得的土地经营权为用益物权，其抵押适用抵押的一般规则。由于土地承包经营权抵押的禁止性条款在试点地区已暂停实施，而且这些禁止性条款违背了市场交易的基本要求，因此，应在总结试点经验的基础上，探索建立因土地承包经营权转让、入股、互换而产生的土地经营权抵押机制。

在不动产登记制度较为完备、不动产登记技术不断现代化的情况下，土地经营权登记具有可操作性。土地经营权登记，应根据其权利性质的不同而采取不同的形式。对因土地承包经营权租赁而形成的土地经营权的登记，不宜颁发土地经营权证，而可在农户土地承包经营权证上记载相应内容，土地经营权人可以依此办理经营收益质押。对因土地承包经营权转让、入股、互换而产生的土地经营权，其性质与农户土地承包经营权相同，颁发土地经营权证，但应注明该项权利的来源，以保障土地经营权人的合法权益。同时，土地经营权登记应采取登记生效主义。

另外，土地承包经营权的继承在符合基本法理、适应农村社会经济需要的情况下（陈甦，2016），

应当得到承认。

（三）完善农业经营主体制度

不同类型的农业经营主体参与市场交易，应符合关于市场交易主体的一般法律规则。财产权主体制度和经济组织的基本原则及则适用于土地承包经营权人和土地经营权人。一方面，农户是农业经营主体的重要组成部分，不应将其排斥于农业经营主体之外。以农户为主体的农业经营制度的完善，应立足于制度创新，以达保障农户权益的目的，实现农业经营的现代化。另一方面，土地经营权人可以体现为不同的主体结构或形态。新型农业经营主体、新农人等说法表达的是土地经营方式或土地经营权主体身份的变化，而不能表明需另行创设土地经营权主体制度，使其有别于与其组织结构相同或相似的其他主体。

鉴于实践中农业经营主体类型的划分缺乏科学、统一的标准，应根据财产权主体制度和设立经济组织的基本要求，区分不同类型的农业经营主体，避免不同性质和组织结构的农业经营主体混同，以明确其责任能力，建立与其组织形式相适应的责任能力制度。

（四）农户承包土地管制的实现途径

农地管制与地权行使的法理基础不同，其规则的性质和内涵也不同。因此，不宜将农户承包土地的管制与集体所有权的行使相混同。农户承包土地的管制，既可由土地管理部门实施，也可由其他主体实施。农民集体组织对农户承包土地的监管，应从土地管制机制和当事人约定的视角来开展。

为应对土地经营权交易风险，土地经营的准入资格、土地经营规模的上限等，都需要通过立法来解决。不同的土地经营方式和经营目标对土地经营规模的要求不同，因而需要制定差别化的标准。对于大规模或较大规模的土地承包经营权流转，应建立具有可操作性的风险评估机制和风险防范机制。风险评估机制中应引入第三方评估，以保证评估的中立性和客观性。在风险评估的基础上，进一步完善风险准备金制度，以避免可能发生的地权争端和社会冲突。

五、结语

为稳定和完善农村基本经营制度，家庭承包经营方式应顺应社会经济条件的变化予以更新，重建农户承包土地的权利体系。“三权分置”的实施以及农户土地承包期限的顺延为此提供了政策基础。实施“三权分置”的法律意义主要体现为集体所有权、农户土地承包权和土地经营权的法律地位各自独立，而且各权利主体的法律地位平等，各主体可行使和处分与其权能相适应的权利。通过有效实施“三权分置”，土地承包经营权行使机制得到完善，农户承包土地的权利结构更加合理。

为有效实施“三权分置”，建立与农户土地承包期限顺延相适应的土地承包经营权制度，农户承包土地权利体系的构建应立足于坚持和维护家庭承包经营在农村基本经营制度中的基础性地位，完善以农民集体成员权为基础的农户承包土地的集体所有权的有效实现形式，建立以土地经营权租赁为主、兼顾其他形式的土地承包经营权交易机制，完善立足于小农生产经营现代化的多元化的农业经营主体制度。从尊重实践和市场需求出发，以更为有效的法律制度为基础的家庭承包经营的现代化，对此可乐观其成。

参考文献

- 1.蔡立东、姜楠,2017:《农地三权分置的法实现》,《中国社会科学》第5期。
- 2.曹斌,2017:《小农生产的出路:日本推动现代农业发展的经验与启示》,《农村经济》第12期。
- 3.陈甦,2016:《土地承包经营权继承机制及其阐释辩证》,《清华法学》第3期。
- 4.陈志、梁伟亮,2016:《土地经营权信托流转风险控制规则研究》,《农村经济》第10期。
- 5.高飞,2016:《农村土地“三权分置”的法理阐释与制度意蕴》,《法学研究》第3期。
- 6.高海,2016:《论农用地“三权分置”中经营权的法律性质》,《法学家》第4期。
- 7.高圣平,2014:《农地金融化的法律困境及出路》,《中国社会科学》第8期。
- 8.高晓芹,2015:《农村土地信托流转模式浅议》,《中国土地》第2期。
- 9.管洪彦、孔祥智,2017:《农村土地“三权分置”的政策内涵与表达思路》,《江汉论坛》第4期。
- 10.韩长赋,2016:《土地三权分置是中国农村改革的又一次重大创新》,《农村工作通讯》第3期。
- 11.贾林青,2014:《确认农地经营权还需制度保障》,《中国经济报告》第12期。
- 12.李帆,2016:《评农村土地三权分离学说——从民法理论的角度》,《经济研究导刊》第3期。
- 13.李国强,2015:《论农地流转中“三权分置”的法律关系》,《法律科学(西北政法大学学报)》第6期。
- 14.李停,2017:《我国土地信托模式的选择与实践》,《华南农业大学学报(社会科学版)》第4期。
- 15.刘恒科,2017:《“三权分置”下集体土地所有权的功能转向与权能重构》,《南京农业大学学报(社会科学版)》第2期。
- 16.刘向东、尤新潮、陈锦龙、费兆照,2014:《联耕联种——农业经营方式的变革》,《江苏农村经济》第5期。
- 17.刘颖、唐麦,2015:《中国农村土地产权“三权分置”法律问题研究》,《世界农业》第7期。
- 18.农业部经管总站体系与信息处,2015:《家庭农场调查分析——2015年农经统计半年报分析之四》,《农村经营管理》第10期。
- 19.普金霞,2015:《农村土地三权分离法律思考——基于权能分割和成员权视角》,《人民论坛》第26期。
- 20.瞿理铜,2012:《新探索如何延续——湖南省益阳市土地信托流转调研报告》,《中国土地》第12期。
- 21.邵挺,2015:《土地流转的“名”与“实”——引入金融的视角》,《中国发展观察》第4期。
- 22.宋志红,2016:《“三权分置”关键是土地经营权定性》,《中国合作经济》第10期。
- 23.孙宪忠,2016:《推进农地三权分置经营模式的立法研究》,《中国社会科学》第7期。
- 24.王亚华,2017:《农村土地“三权分置”改革:要点与展望》,《人民论坛》第6期。
- 25.温世扬、张永兵,2014:《土地承包经营权入股之法律性质辨析》,《河南财经政法大学学报》第1期。
- 26.肖鹏,2017:《农村土地“三权分置”下的土地承包权初探》,《中国农业大学学报(社会科学版)》第1期。
- 27.谢鸿飞,2016:《依法推进“三权分置”改革,农村土地可以释放更多红利》,《人民日报》1月28日第7版。
- 28.殷勇,2012:《农村土地信托流转调查与思考——以湖南省沅江市草尾镇为例》,《调研世界》第6期。
- 29.张红宇,2017:《农村土地“三权分置”政策解读》,《领导科学论坛》第4期。
- 30.张晓山,2015:《关于农村土地承包经营权确权登记颁证的几个问题》,《上海国土资源》第4期。
- 31.中国人民大学信托与基金研究所,2017:《中国信托业发展报告(2017年)》,北京:中国财富出版社。

32.周娟, 2017:《土地流转与规模经营的重新解读: 新型农业服务模式的发展与意义》,《华中农业大学学报(社会科学版)》第4期。

33.朱广新, 2015:《土地承包权与经营权分离的政策意蕴与法制完善》,《法学》第11期。

(作者单位: 中国社会科学院农村发展研究所)

(责任编辑: 曙光)

On the System of Operation by Households Under a Contract in the Context of the Division of Rural Collective Land Rights

Yang Yijie

Abstract: The practice of dividing rural collective land rights into collective land ownership right, farmer households' contract right and management right offers a new way for improving and updating the system of operation by households under a contract. To realize collective land ownership right, it is necessary to re-establish the performing regulations concerning the collective ownership of farmer's contracted land by safeguarding the collective membership. Farmer households' contract right means that farmer households acquire the rights endowed on the basis of collective membership. Land operation right becomes independent property rights because of the transfer of contracted land management right. Land management right can be divided into leasehold and usufruct according to the means of acquisition, of which the legal effects differ. In addition, after the transfer of contracted land management right, the legal protection system for agricultural entities as well as land title registration and the financing and security systems for the management right of contracted land have to be improved. To stabilize and safeguard the fundamental position in contracted management by households in the basic rural management system, it is necessary to enhance the collective ownership system of farmers' contracted land based on the collective membership. Institutional reconstruction of the rights to contracted management of land should be based on two aspects, establishment of transferring mechanism concerning the rights to contracted management of land, and operation mechanism concerning the contracted land in which lease of land management right is a major mode, taken into account other transaction modes, and establishment of diversified agricultural operation agencies, of which the goal is the realization of modernization of smallholders' operation.

Key Words: Operation by Households under a Contract; Collective Land Right; Right to Contracted Management of Land; Farmer Households' Contract Right; Land Management Right