

论“三权分置”与集体土地所有权的坚持*

高海

摘要:坚持农村土地集体所有权,是推进承包地“三权分置”的基石。但是,学界从承包权和经营权的视角切入,根据承包权和经营权定性的不同,所构建的“三权分置”之“所有权+不动产用益物权+权利用益物权”、“所有权+‘自物权’+权利用益物权”、“所有权+成员权+不动产用益物权”、“所有权+成员权+债权”的权利结构与实施路径,往往忽视了对集体土地所有权主体中集体成员的流动性和客体的不可分割性等本质特性的影响。因此,应当回归更大程度地坚持并落实集体土地所有权的研究视角,以“所有权+不动产用益物权+债权”与“所有权+股权+不动产用益物权”的双轨制推进“三权分置”。

关键词:“三权分置” 集体土地所有权 承包权 经营权

中图分类号: D912.3 **文献标识码:** A

一、引言

2014~2019年六个中央一号文件均要求,落实农村土地集体所有权,完善承包地“三权分置”办法。2015年中共中央办公厅、国务院办公厅发布的《深化农村改革综合性实施方案》(以下简称《改革方案》)明确提出,农村土地制度改革“必须坚守土地公有性质不改变……农民利益不受损的底线,防止犯颠覆性错误”。2016年中共中央办公厅、国务院办公厅发布的《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》)再次强调,“实行‘三权分置’,始终坚持农村土地集体所有权的根本地位。农村土地农民集体所有,必须得到充分体现和保障,不能虚置”。由是观之,推进家庭承包地“三权分置”,前提是坚持并落实农村土地集体所有权,关键是合理界定农户承包权、土地经营权的权利性质与权利内容。

(一) “三权分置”权利结构与实施路径的学界论争

“三权分置”是否是在家庭承包的土地承包经营权分置出承包权与经营权的基础上形成,学界存在否定与肯定两类不同的观点。否定者主张“三权分置”中的承包权实际上是成员权,并认为成员权性质的承包权只是取得土地承包经营权的前提,而不是土地承包经营权的组成部分,故土地承包经营权根本无法分置出承包权;同时主张应彰显成员权,并对现有家庭承包的土地承包经营权进行较为彻

*本文是中国法学会重点委托课题“城乡融合发展的法治保障研究”(项目编号:CLS[2018]ZDWT22)的阶段性研究成果。

底的物权化改造——允许其转让、抵押（高飞，2016）。由此，否定者的观点使承包地“三权分置”形成“所有权+成员权+不动产用益物权”的权利结构，而且该权利结构在土地承包经营权流转前既已存在。否定者的主张对土地承包经营权无身份性的认识是准确的^①，不过，将面临下列困境或疑问：一是不符合“三权分置”系基于家庭承包之土地承包经营权大规模流转的事实才得以提出的具体语境。

《意见》已载明“在土地流转中，农户承包经营权派生出土地经营权”。如果忽视经营权基于流转而产生的事实，将难以阐释经营权的实践基础和产生规则。二是在土地承包关系“长久不变”的语境中，保留成员权性承包权，无法避免土地承包经营权转让、抵押后在剩余承包期内已分到承包地之集体成员失地，即无法避免失去基于土地的社会保障。三是如果将“三权分置”之承包权界定为成员权，并主张土地承包经营权抵押，那么没有必要创新性提出“三权分置”，一方面因为成员权性承包权本来就是与家庭承包的土地承包经营权相分离的，另一方面因为欲分置出土地经营权抵押的目的，通过土地承包经营权抵押即可实现。由此可见，否定者主张的分置路径与权利结构难以契合“三权分置”的政策意蕴。

肯定者则主张，“三权分置”是在家庭承包的土地承包经营权分置出承包权和经营权的基础上形成，这也正是本文探讨之“三权分置”。由于对承包权和经营权权利性质与权利内容解读上的差异，学界又为所有权、承包权和经营权提出了不同的权利结构组合，并呈现出七条承包地“三权分置”的实施路径：一是“所有权+不动产用益物权+债权”的权利结构与实施路径。这种实施路径将经营权定性为派生于土地承包经营权的租赁债权（陈小君，2014）或可物权化的租赁性债权（温世扬，2017；高圣平，2018），而承包权就是指土地承包经营权本身或者是指土地承包经营权分置出经营权后的简称，其性质自然应为不动产用益物权。二是“所有权+不动产用益物权+权利用益物权”的权利结构与实施路径。这种实施路径将承包权定位为土地承包经营权分置出经营权后的剩余用益物权，并主张将经营权定性为次级用益物权即权利用益物权（蔡立东，2017；崔建远，2017；耿卓，2017）。三是“所有权+‘自物权’+权利用益物权”的权利结构与实施路径。这种实施路径将土地承包经营权定位为相当于所有权的“自物权”、将经营权定性为‘自物权’上派生之权利用益物权（孙宪忠，2016），自然所谓承包权应是派生出经营权后‘自物权’的代称。四是“所有权+成员权+不动产用益物权”的权利结构与实施路径。这种实施路径主张土地承包经营权具有身份性，并将从土地承包经营权中抽出的身份性承包权解读为成员权，将抽出身份性承包权后的土地承包经营权视为土地经营权且定性为不动产用益物权（丁文，2015）。五是“所有权+成员权+债权”的权利结构与实施路径。这种实施路径将土地承包经营权分置之承包权定性为成员权，将经营权定性为租赁债权（李伟伟，2016）。六是“所有权+不动产用益物权+权利用益物权”与“所有权+不动产用益物权+债权”的双轨制权利结构与实施路径。这种实施路径将承包权视为土地承包经营权的代称或简称，定性为不动产用益物权，但是根据经营权期限长短将经营权分别定性为权利用益物权和债权（王利明，2018）。七是“所有权+不动产用益物权+债

^①尽管土地承包经营权是基于集体成员身份取得的，但是成员权仅仅是介于集体土地所有权与土地承包经营权的中介，不会导致土地承包经营权具有身份性。后文亦有论证。

权”与“所有权+股权+不动产用益物权”的双轨制权利结构与实施路径。这种实施路径主张将确权确地之土地承包经营权通过出租、转包方式派生于不动产用益物权的经营权定性为债权；将未分包到户且确权确股不确地^①之土地股份合作和确权确地之土地承包经营权入股（即“交回”）农村集体经济组织中，土地股份合作社等农村集体经济组织再通过招标、拍卖、公开协商等方式为其他规模经营主体创设的经营权定性为不动产用益物权——该类经营权直接派生于集体土地所有权（高海，2016）。

据上，当前学界对“三权分置”实施路径的研究，基本上是从承包权和经营权的视角切入——基于承包权和经营权的定性确定“三权分置”的权利结构和实施路径，往往忽视了承包权和经营权的定性与内容构造对坚持农村土地集体所有权的挑战。“三权分置”不是集体所有权与土地承包经营权分置之承包权、经营权的简单相加，而是承包权和经营权分置后，会产生连锁反应，需要对“三权”的权利性质和权利内容统筹兼顾并系统调适，尤其是要考量对农村土地集体所有权的影响，以及应当如何在坚持和落实集体所有权之本质特性的基础上谋划“三权分置”的权利结构与实施路径。

（二）集体土地所有权的本质特性

法学界主流学说认为中国《物权法》规定的集体土地所有权本质上是一种新型总有（孙宪忠，2011；王利明，2012；韩松，2014a）。根据学者阐释，新型总有三个本质特性：一是集体土地所有权主体中集体成员的流动性。包括新生儿等未成年人和婚嫁女等成年人在内的自然人（崔建远，2014；韩松，2014a），因取得集体成员身份加入集体土地所有权主体，因丧失集体成员身份自动退出集体土地所有权主体；集体土地所有权主体作为一个团体其成员的加入与退出具有开放性，“总有中其他成员没有对新成员的加入行使否决的权利”（孙宪忠，2011）。因此，集体土地所有权主体中集体成员具有明显的流动性。二是集体土地所有权客体的不可分割性。集体土地所有权不同于按份共有和共同共有，按份共有和共同共有在《物权法》第99条规定的特定情形下具有可分割性，但是“集体土地所有权主体不享有分割集体土地为单独所有的处分权”（韩松，2014a），即集体土地所有权不能分割出可以单独处分的份额。三是集体土地所有权对所有集体成员平等提供保障（韩松，2014a；高圣平，2014a）。平等保障不仅体现在对集体成员平均分配承包地使其取得土地承包经营权上，而且还体现在对集体成员平等分配集体土地股权使其享受集体土地收益上。集体土地所有权主体中集体成员的流动性与其客体的不可分割性是一体两面、互相促进的。丧失集体成员资格自动退出集体土地所有权主体，是集体土地不被分割的保障；集体土地不被分割又是新增集体成员能够自动获取集体土地权利的保障。集体土地所有权主体中集体成员的流动性与客体的不可分割性，也是集体土地所有权使所有集体成员平等受益的前提和保障。而由第一个和第三个本质特性又衍生出“（集体土地所有权+成员权）+用益物权（或

^①根据农业部等六部门联合颁布的《关于认真做好农村土地承包经营权确权登记颁证工作的意见》（农经发[2015]2号）的规定，确权确地与确权确股不确地是土地承包经营权确权的两种方式；确权确地是农村土地承包到户，确权到户到地。确权确股不确地，参照《关于在农村土地承包经营权确权登记颁证中使用确权确股不确地方式的规定》（皖农经[2016]9号）的表述，是指“农民不再拥有数量确切、四至清楚的承包土地，而是获得由承包地资源等量化计算出的股份，通过拥有的股份获得相应收益”。如无特别说明，本文中的土地承包经营权均指家庭承包的确权确地之土地承包经营权。

股权)”的权利体系，即成员权是基于集体成员作为集体土地所有权主体一份子的身份产生，成员权与集体土地所有权的关系更为密切，并成为连接所有权与用益物权（或集体土地股权）使集体成员受益的中介。

综上，农村土地集体所有权是“三权分置”的基石，而新型总有说又是农村土地集体所有权本质的通说。学界对“三权分置”的权利结构和实施路径之所以呈现诸多论争，与是否坚持或在多大程度上坚持了农村土地集体所有权（尤其是其本质特性）不无关系。因此，对“三权分置”的研究视角应当回归到以集体土地所有权为本位上来（毕竟，“三权分置”也是集体土地所有权具体实现方式的更新），通过梳理学界提出的“三权分置”的权利结构与实施路径对集体土地所有权的影响特别是挑战，反思“三权分置”应当如何坚持集体土地所有权，进而选择能够最大程度坚持集体土地所有权本质特性和“（集体土地所有权+成员权）+用益物权（或股权）”权利体系、逻辑自洽的“三权分置”的权利结构与实施路径。

二、“三权分置”对坚持集体土地所有权的影响

（一）经营权的用益物权化对坚持集体土地所有权的影响

无论是在“所有权+不动产用益物权+权利用益物权”还是在“所有权+‘自物权’+权利用益物权”的权利结构与实施路径中，主张“三权分置”之经营权的用益物权化，都会对坚持集体土地所有权特别是坚持其本质特性产生影响。

1.对集体土地所有权主体中集体成员之流动性的影响。经营权的用益物权化要求其母权土地承包经营权具有相对稳定性，这会倒逼集体土地承包关系“长久不变”。“长久不变”需要强化“增人不增地、减人不减地”之土地承包关系固化。如果承包关系随集体成员的流动变化经常调整，会影响土地承包经营权进而影响经营权的稳定性（尤其是在经营权再流转产生更多层级权利结构的情形下），并造成确权登记、流转收益分配等诸多麻烦，甚至诱发更多纠纷。因此，有些专家学者根据经营权期限长短界定经营权的权利性质——将期限长的定性为用益物权，而且赞同经营权的用益物权化的学者还主张，推行“三权分置”需要土地承包关系长久稳定（孙宪忠，2016；朱广新，2015）。

如果将新取得集体成员身份却未实际分得土地承包经营权的集体成员视为待地人群，那么土地承包关系长久固化，会导致具有集体成员身份却未实际分得土地承包经营权的现象更加严重。待地集体成员数量更多、待地时间更长，导致集体成员因承包地分配请求权难以实现而使其自动加入承包地所有权主体的意义虚化，进而在一定程度上导致实际享受集体土地所有权的集体成员事实上的固化，并对集体土地所有权主体中集体成员之流动性的本质特性构成挑战。

如果认为“新生儿等家庭新成员，是家庭已获得的承包权的共有人，不能再称其为‘无地人口’”（叶兴庆，2015），那么在户内“增人不增地、减人不减地”的语境中，该观点会导致集体土地所有权主体中集体成员的流动性下沉至家庭户内权利主体的流动性，产生按户固定分割集体土地所有权的事实效应，使对集体土地所有权主体中集体成员之流动性的挑战，部分地转移至对集体土地所有权客体不可分割性的挑战。

2.对平等保障所有集体成员土地权益的影响。经营权物权化所要求的土地承包关系固化和承包期长久化,因无法保障待地人群享有土地权利,会导致无法保障集体成员间平等享有土地权利。而且即使土地承包经营权主体是户,即户内“家庭成员共有承包权,不能再将新增成员称为‘无地人口’”的观点,也会因户内成员数量的变化引发户与户之间人均承包地面积多寡,无法回避对所有集体成员之平等保障的挑战。

3.对集体土地所有权处分权和收益权的影响。经营权物权化会影响集体土地所有权的处分权和收益权权能,进而虚化集体土地所有权。主要体现如下:①对处分权权能的影响。经营权物权化会导致集体土地所有权受双层甚至多层用益物权制约;土地承包关系“长久不变”,集体土地所有权受双层甚至多层用益物权制约亦“长久不变”。而土地承包关系长久固化又会限制或搁置集体土地所有权的处分权能——承包地调整权被限制^①,重新发包权被长期搁置,致使“三权分置”后集体土地所有权仅剩的“最终处分权能”也被严重虚化。②对收益权权能的影响。在集体无偿为集体成员分配承包地的情形下,集体基于集体土地收益权主要体现在承包地被征收后获取土地补偿费的权利。经营权物权化后,在农户承包地被征收且不能为被征地户调整、补充承包地时,不仅承包权人失地而且经营权人也会失地。根据《物权法》第121条的规定,经营权人作为用益物权人和承包权人一样也可以要求分享土地补偿费,但需要修改所有权人和(或)承包权人目前的分享比例^②。如果经营权人从承包权人原应分得数额中分享土地补偿费,那么会减少承包权人分享数额,难免突破《改革方案》规定的“三权分置”不得损害承包权人利益的底线;如果经营权人从集体土地所有权人原应分配数额中分享土地补偿费,又会削减集体分享土地补偿费之集体土地所有权的收益权能,进一步削弱集体经济、弱化集体为集体成员提供公共服务的能力,进而会弱化集体土地所有权保障集体成员受益之本质的实现程度。如果不允许经营权人分享土地补偿费,不仅需要修改《物权法》排除经营权人请求分配土地补偿费的权利,而且还须从法理上阐释为何允许拥有用益物权的土地承包经营权人分享、却禁止拥有用益物权的经营权人分享土地补偿费——如果土地补偿费的分享依据不是土地的物权权利性质,那么又应该是什么?

(二) 承包权“自物权”化对坚持集体土地所有权的影响

所谓承包权“自物权”化,是指在“所有权+‘自物权’+权利用益物权”的权利结构中,将土地承包经营权定性为“自物权”,并将承包权视为“自物权”派生出经营权后剩余权利的代称。如有学者认为家庭承包的土地承包经营权正是集体成员“作为土地所有权人的一部分所享有的一项‘自物权’”(孙宪忠,2016);还有学者提出“土地承包经营权实现了向‘准所有权’转变”(叶兴庆,2015)。基于所有权系自物权的法理,土地承包经营权之“准所有权”的定性基本相当于土地承包经营权之“自

^①在“增人不增地、减人不减地”的一般原则下,尽管部分地区允许集体成员民主议定是否调整承包地(一般是每隔若干年调整一次),调整权依然存在,但是调整权受到了行使时间的限制。

^②根据2006年《海南省征地补偿费分配使用管理暂行办法》和2009年《吉林省关于加强农村集体经济组织征地补偿费分配管理意见》等省政府规章的规定,承包权人一般分享70%-80%左右,剩余归土地所有权人。

物权”的定位。

但是，承包权“自物权”化，不仅将进一步掏空、虚化集体土地所有权，而且还会对集体土地所有权主体中集体成员的流动性和客体的不可分割性产生较大影响。将土地承包经营权定性为“自物权”即“准所有权”，在《物权法》“所有权+用益物权”的立法构造中，虽然可以为土地承包经营权派生之经营权的用益物权化提供制度空间——产生经营权分置于“自物权”而非用益物权的效应，可以在形式上回避“土地承包经营权+经营权”之双层用益物权权利结构对“一物一权”原则的违反，但是会否引发对集体土地所有权分割（即分割出单独所有）的事实效果——毕竟分置出了单独的“自物权”或“准所有权”，进而动摇集体土地所有权客体的不可分割性？而且，在集体成员资格已经（相对）固化（孙宪忠，2016）或应当固化（杨一介，2018），即“增人不增地、减人不减地”之土地承包关系固化的具体语境中和土地承包关系长久化的发展趋势下，作为“自物权”的土地承包经营权长久固化，会形成集体土地所有权长久分割给固定集体成员的客观事实，这不仅会使土地承包经营权的“归属功能”或“享有”因素更加突出，进而挑战集体土地所有权主体中集体成员的流动性，而且还会加剧对集体土地所有权客体不可分割性的挑战。

（三）承包权成员权化对坚持集体土地所有权的影响

所谓承包权成员权化，是指在“所有权+成员权+不动产用益物权”和“所有权+成员权+债权”的权利结构中，将家庭承包的土地承包经营权分置之承包权定性为成员权。尽管法学界通常提及的土地承包权“是承包集体土地的资格，是成员权内容之一”（陈小君，2014），但是“三权分置”之承包权应具有持续收取流转收益、分享土地补偿费（是指凭用益物权而非依集体成员身份分享）等内涵，是一项实实在在的能够为承包权人提供保障的财产权。如果将“三权分置”之承包权解读为成员权、将经营权定性为用益物权，即承包权人已经将用益物权让渡（具有转让之效果）给经营权人，那么承包权人还依据什么持续收取承包地的流转收益？承包地被征收后，承包权人也将无法依据《物权法》第121条主张用益物权人才有权分享的土地补偿费。显然，在“三权分置”语境中，承包权应有两种不同含义——承包资格意义上具有成员权性质的承包权与实在财产意义上具有用益物权性质的承包权，“三权分置”中能使承包权人持续获取承包地流转收益的承包权应当是用益物权性质的承包权，而且还须认清两种承包权的法律位阶——成员权性质的承包权是取得用益物权性质的承包权的前置条件。如果将成员权内容之一的成员权性质的承包权混用到“三权分置”之承包权上，势必产生将“三权分置”之承包权定性为成员权的错位，不仅不符合《意见》等中央文件所提“三权分置”之承包权的分置目的及应有权能，有违“三权分置”之政策意蕴，而且还会误读集体土地所有权的权利体系。

成员权既是连接成员集体与集体成员的中介（集体土地所有权主体是成员集体与集体成员的统一体），又是连接农村土地集体所有权与用益物权的媒介——本集体成员基于成员权性质的承包权无偿取得家庭承包的土地承包经营权、基于宅基地使用申请权无偿获取宅基地使用权。如果将“家庭承包的土地承包经营权解释为兼有成员权与用益物权双重法律性质”（张红霄，2011），就会产生“所有权+土地承包经营权（兼有成员权和用益物权双重性质）”的权利体系，取代“所有权（包括成员权性质的承包权）+土地承包经营权（用益物权）”的权利体系，两种权利体系的主要差异在于成员权性质的承

包权是混入土地承包经营权还是属于集体土地所有权的权能；就会导致部分人误读所有权与成员权的内在关联或所有权的内在权利体系，并扭曲《物权法》中土地承包经营权之用益物权的单一性。

历史到了检讨土地承包经营权是否具有身份性、能否兼具成员权性质的时候了。成员权（包括成员权性质的承包权）与集体成员身份始终捆绑在一起，自然人取得集体成员身份，当然取得成员权；集体成员死亡或者丧失集体成员身份，其成员权自动消灭。但是集体成员身份（或成员权性质的承包权）与土地承包经营权却是可以分离的，如进城落户者被纳入城镇住房和社会保障体系本应丧失集体成员资格后，集体不能强制收回其承包地而仍可引导其自愿有偿转让土地承包经营权^①——本应丧失集体成员资格的进城落户者若不转让，会产生非本集体成员持有土地承包经营权的现象，即使转让也会产生非本集体成员享有土地承包经营权转让款的现象。由此可见，不能将成员权性质的承包权与土地承包经营权混淆，前者是前提，后者是结果；前者是成员权内容之一，而后者则是用益物权、亦不兼具成员权性质。即使土地承包经营权的权利主体限于集体成员，也只是权利主体有身份限制性，并不会使用益物权性土地承包经营权异化为兼有成员权和用益物权双重属性。

因此，成员权性质的承包权是内生于集体土地所有权主体中集体成员的固有资格；承包土地资格是集体成员资格的内容之一，是集体土地所有权内含之受益权能，即“对集体所有物的权利的取得资格”（韩松，2014b）的具体表现之一，成员权性质的承包权“当属于集体土地所有权的内容”（高圣平，2014b）。很显然，成员权性质的承包权不会融入土地承包经营权，土地承包经营权中也无法分离出成员权性质的承包权。否则，这不仅会破坏集体土地所有权的权利体系，而且还可能导致将承包地的实际享有作为集体成员资格的认定要件，颠倒土地承包经营权与集体成员资格的逻辑关系。而颠倒土地承包经营权与集体成员资格的逻辑关系，在集体成员资格认定时，可能导致部分人既会否认不实际享有承包地之真正的集体成员，又可能误认本不属于集体成员之承包地的实际持有者。这进而会挑战集体土地所有权主体中集体成员的流动性：本应自动加入的却无法加入、本该自动退出的又不退出。

三、“三权分置”中坚持集体土地所有权的对策

“土地制度无论怎么改，不能把农村土地集体所有制改垮了”（韩长赋，2016）^②。因此，对集体土地所有权构成挑战且又难以化解的“三权分置”的权利结构与实施路径，均须审慎选择。比较而言，正编纂的民法典以双轨制权利结构推进“三权分置”，更有助于在更大程度上坚持农村土地集体所有权。

（一）以双轨制权利结构推进“三权分置”

在坚持农村土地集体所有权的基础上，可以采取前述“所有权+不动产用益物权+债权”与“所有权+股权+不动产用益物权”的双轨制推进承包地“三权分置”。“三权分置”的双轨制实施路径，实际上实现了由依据经营权期限长短对经营权之用益物权与债权属性的界分，转向了根据土地（承包）经

^①参见2018年12月29日修订（2019年1月1日起施行）的《农村土地承包法》（以下简称2019年《农村土地承包法》）第27条第3款规定。

^②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》，《光明日报》1月26日第001版。

营权流转方式^①对经营权之债权与用益物权性质的重新布局。2019年《农村土地承包法》第47条中“承包方可以用承包地的土地经营权向金融机构融资担保”的规定，基于债权质押和用益物权抵押的类型化区分，包容了债权和用益物权二元性质的经营权，本文双轨制中经营权分别为债权和用益物权的定性，也正好契合了2019年《农村土地承包法》中经营权的二元性，而且更为重要的是本文基于流转方式的不同界定经营权性质的主张，还可以弥补2019年《农村土地承包法》未提供经营权何时为债权何时为用益物权之判断标准的不足。

在承包方将家庭承包的土地（承包）经营权转包、出租的一般情况下，“三权分置”形成“所有权+不动产用益物权+债权”的权利结构。将经营权定性为租赁债权，既有租赁（转包）面积占总流转面积76.83%^②的实践依据，可适度减轻承包关系长久固化的压力，减缓对集体土地所有权主体中集体成员流动性以及对集体土地所有权处分权能的影响，又可避免对集体土地所有权收益权能的消减——在承包权人与经营权人无特别约定时债权性经营权人不能分享土地补偿费亦不会挤占集体收益，还可避免将经营权定性为权利用益物权后，造成的“农用地权利结构过于复杂及其引发的违反‘一物一权’原则之弊端”（高海，2016）；将承包权定性为土地承包经营权分置出经营权之后的不动产用益物权，既可以避免承包权“自物权”化对集体土地所有权客体不可分割性的挑战，又可以避免承包权成员权化对“（集体土地所有权+成员权）+用益物权（或股权）”权利体系的扭曲，而且还因为避免经营权人分享土地补偿费，可以确保承包权人持续取得流转收益，符合“三权分置”保护农民利益的底线要求，契合“三权分置”之承包权分置的政策意蕴。

《意见》规定土地承包权人享有承包土地的占有、使用和收益的权利，即明确承包权具有与用益物权一样权能的同时，又规定经营权人“再流转土地经营权或依法依规设定抵押，须经承包农户书面同意”——这意味着经营权转让、抵押、转租均须经承包权人同意。显然，这契合了《合同法》第88条债权债务一并转让以及第224条转租均需对方同意的规定，实质上更倾向于将经营权定性为债权。由是观之，《意见》已经使“三权分置”呈现出“所有权+不动产用益物权+债权”的权利结构。

而在承包方将家庭承包的土地（承包）经营权入股尤其是入股农村集体经济组织的场合^③，将“所有权、承包权、经营权”解读为“所有权+股权+不动产用益物权”的权利结构，又为经营权物权化提供了一条能够坚持农村土地集体所有权的进路。在农村集体经济组织是《物权法》第60条规定之集体土地所有权代表行使主体的情形中，土地（承包）经营权入股具有承包权置换股权、经营权回归集体土地所有权的事实效果，为农村集体经济组织再基于集体土地所有权通过招标、拍卖或公开协商等

^①2019年《农村土地承包法》施行前，是指土地承包经营权转包、出租、入股；2019年《农村土地承包法》施行后更名为土地经营权转包、出租、入股。

^②基于安徽省“2016年第四季度全省农村土地承包经营权流转信息”（网址：<http://www.ahn.gov.cn/xxgk/detail.asp?id=10449>）中的具体数据计算。

^③不同于入股农民专业合作社，入股农民专业合作社之“入股”是兼具出租与出资双重属性的债权性流转，由此产生的经营权宜为债权（参见高海，2014）。

方式创设之经营权物权化提供了制度空间——符合“所有权+经营权（用益物权）”传统、简单的权利结构。这样可以回避对“一物一权”原则的违背，而且物权化的经营权实际上可以与2019《农村土地承包法》中以其他方式承包之土地经营权“对号入座”。在推进集体土地股份化改革中，为避免集体土地股权权能（如转让、质押、继承）之充实对集体土地所有权客体不可分割性的挑战，即使是视为对集体土地使用权而非对集体土地所有权的股份量化（如果视为对集体土地所有权股份量化，将因集体土地股权可以转让、继承而导致对集体土地所有权客体进行分割，进而挑战集体土地所有权客体不可分割的本质特性甚至动摇对集体土地所有权的坚持），并将作为农村集体土地所有权代表行使主体的农村集体经济组织改造为集体土地使用权股份化的组织载体即独立的用益物权主体（高海，2019），也仍然可以实现土地（承包）经营权入股到农村集体经济组织后经营权物权化，理由是土地（承包）经营权入股农村集体经济组织产生股权后，经营权已经直接融入农村集体经济组织自己享有的不动产用益物权；而且依旧符合“所有权+经营权（用益物权）”的权利结构——基于所有权直接派生不动产用益物权性经营权。在农村集体经济组织被改造为独立用益物权主体拥有物权性经营权的情形中，农村集体经济组织仍可以以出租的方式创设债权性租赁权，或通过转让、入股的方式向其他规模经营主体让渡用益物权性经营权——是用益物权的整体转移而非在用益物权上再创设用益物权，相当于以其他方式承包的土地承包经营权（2019年《农村土地承包法》将其更名为其他方式承包的土地经营权）的转让、入股。

在当前农民社会保障不足的背景下，以双轨制权利结构推进承包地“三权分置”，比农户仅保留成员权性质的承包权并令承包地使用权自由转让、抵押之“所有权+成员权+不动产用益物权”的主张，更有助于实现“三权分置”试图通过“稳定农户承包权”维持家庭承包地之社会保障功能的预期目标。因为，在第二轮承包期内已经转让、抵押土地承包经营权的承包人，尽管不会因此丧失成员权，但是在第二轮承包期内不仅会因转让土地承包经营权确定失地、因抵押土地承包经营权可能失地，而且在土地承包关系‘长久不变’的语境中，承包人一旦失地，失地时间就会更长；失地当然意味着丧失基于家庭承包地的社会保障。而在双轨制之“所有权+不动产用益物权+债权”的权利结构中，承包人以债权性流转方式流转家庭承包的土地（承包）经营权后，依然可以持续获取流转收益、有权取得承包地被征收的土地补偿费，以实现基于家庭承包地的社会保障；在双轨制之“所有权+股权+不动产用益物权”的权利结构中，承包方以入股方式物权性流转^①家庭承包的土地（承包）经营权后，置换承包权的股权则会替代家庭承包的土地承包经营权承载社会保障功能。当然，为了保证土地股权收益以强化股权承载的社会保障功能，宜将土地股权设置为累计优先股，如此土地股权不仅可以优先分享可分配盈余，而且当年可分配盈余不能满足其股利时，还可以由后续年度可分配盈余优先补足。

^①学界对入股的法律性质存在物权性流转和债权性流转的论争。一般而言，承包人以入股方式流转后，若获得固定保底收益（类似于租金），表明入股兼有土地（承包）经营权租赁属性，宜定性为债权性流转；若获得浮动的无固定保底收入，是以土地承包经营权整体让渡置换股权，宜定性为物权性流转。

“对土地租赁权进行债权物权化改造，是多国的通行做法”^①。因此，“三权分置”双轨制实施路径中经营权为债权的定性，并不排除使债权性经营权发生一定程度物权化的必要制度设计，通过土地经营权登记颁证^②、强化土地经营权处分权能等债权物权化改革（温世扬，2017；高圣平，2018），既有助于实现“三权分置”派生经营权的政策目标——强化经营权人的保护，又有助于平衡土地承包人和土地经营权人之间的权益。当然，还可以通过土地（承包）经营权入股农村集体经济组织，使“三权分置”之经营权直接定性为不动产用益物权，再通过合理设计农村集体经济组织的公益金和按股分红等制度，平衡所有权人与土地承包人之间的利益——尤其是可以强化集体的收益权能进而提高集体提供公共设施和公共服务的能力。“三权分置”双轨制权利结构中，无论是使经营权债权物权化还是将经营权定性为不动产用益物权，都可以实现承包地规模化经营，激活承包地融资担保功能：债权性经营权可质押融资、用益物权性经营权可抵押融资。

客观而言，与直接将经营权定性为土地承包经营权上的权利用益物权相比，“三权分置”双轨制之“所有权+不动产用益物权+债权”权利结构中债权性经营权物权化也需要经营权长久稳定，对承包关系长久固化、集体成员流动性、集体土地所有权保障所有集体成员平等受益乃至集体土地所有权之处分权能的影响的缓解程度是有限的。而且2019年《农村土地承包法》第16条第2款“农户内家庭成员依法平等享有承包土地的各项权益”的规定，还强化了土地承包经营权的形式主体是静态的户、实质主体是户内动态的集体成员（即不能再将新增集体成员视为“待地人群”或“无地人口”）的解读，由此使承包地所有权主体中集体成员的流动性下沉为土地承包经营权户内集体成员的流动性：户内自然人因取得成员身份自然加入户内共有，因丧失成员身份自动退出户内共有。2019年《农村土地承包法》第16条第2款的规定还兼顾了集体成员的流动性与承包关系“长久不变”——“长久不变”显然是指形式主体户长期固定地享有土地承包经营权。在2019年《农村土地承包法》将“三权分置”之承包权主要表达为土地承包经营权的情况下，上述集体成员流动性下沉至户内的阐释，亦适用于“三权分置”双轨制之“所有权+不动产用益物权+债权”权利结构中的不动产用益物权性承包权，但是能否适用于“三权分置”双轨制之“所有权+股权+不动产用益物权”权利结构中的股权，则因农村集体资产股份合作制改革的政策文件规定的可继承集体资产股权是否包括承包地“三权分置”中的土地股权而存在差异。如果承包地“三权分置”中的土地股权可继承，则其形式主体和实质主体均宜为个人，即不能适用上述集体成员流动性下沉至户内的阐释——土地股权可继承不仅意味着股权主体只能是自然人个人，而且还意味着股权主体死亡并非自动退出户内共有，而是要分出份额由继承人继承；如果承包地“三权分置”中的土地股权不可继承，则可以适用上述集体成员流动性下沉至户内的阐释——户内自然人因取得成员身份自动共享以户为形式主体的股权，户内自然人死亡自动退出对股权的户内共有，即不能分出份额由继承人继承。

^①李伟伟，2015：《当前农地“三权分置”中需要注意的几个问题》，《光明日报》11月29日第007版。

^②2019年《农村土地承包法》第41条已经规定5年以上期限的土地经营权可以办理登记。但是，经营权登记只是债权物权化的方法之一，并非将其定性为用益物权的充分条件（参见高海，2016）。

比较而言，集体土地确权确股不确地之股份合作以及土地（承包）经营权入股农村集体经济组织，形成的以“所有权+股权+不动产用益物权”为权利结构的“三权分置”实施路径，因其还具有如下体系效应，应是中国未来承包地权利结构构造的理想路径之一：①这有助于实现经营权长久稳定且无需担心对集体土地所有权的影响。在土地（承包）经营权未入股农村集体经济组织而流转的场合，保障农业经营的稳定性会倒逼承包权或经营权期限届满后自动续期，而自动续期无疑会加剧土地承包关系固化及其对集体土地所有权主体中集体成员流动性的影响，再加之新增集体成员自动加入户内共有不能再称其为“待地人口”或“无地人口”，无法避免户与户之间人均土地承包权益不等，由此可能严重背离“集体土地所有权对所有集体成员平等提供保障”的本质特性——在大多数情况下对集体成员的平等保障已经缩限为某一时点现有集体成员之间平等享有集体土地权益。但是，在双轨制之“所有权+股权+不动产用益物权”的实施路径即集体土地股份合作的场合，可任由经营权自动续期，以满足经营的稳定性且无挑战集体土地所有权之虞，因为可以定期根据集体成员增减变化通过股权主体的适度账面调整（宜由农村集体经济组织章程规定调整条件和调整方式），防止过度背离集体土地所有权主体中集体成员的流动性，同时促进所有集体成员平等受益，缓解土地承包经营权或股权按户固化对集体土地所有权按户分割的影响。②上一段所述“三权分置”双轨制之“所有权+不动产用益物权+债权”权利结构对坚持集体土地所有权之影响的有限缓解，可以通过双轨制之“所有权+股权+不动产用益物权”权利结构的实施得以较大程度的缓解。在双轨制实施的语境中，通过股权账面调整，使新增集体成员平等取得股权并受益，不仅可以保障新增集体成员加入集体土地所有权主体并呈现集体土地所有权保障所有集体成员平等受益，而且股权账面调整亦是行使集体所有权之处分权能的体现，由此使经营权被定性为权利用益物权及其债权物权化场合对集体土地所有权本质特性的影响得以较大程度的缓解。

综合上述比较制度优势，双轨制“三权分置”权利结构和实施路径已经是能够最大程度坚持集体土地所有权本质和“（集体土地所有权+成员权）+用益物权（或股权）”权利体系的选择。

（二）民法典对双轨制“三权分置”的应然回应

就正编纂之民法典物权编和合同编而言，至少应从下述四个方面对承包地双轨制“三权分置”权利结构和实施路径作出回应：①在土地承包经营权之外，应当增加土地经营权这一新型用益物权，并将土地承包经营权缩限为仅指以家庭承包方式取得之土地承包经营权，将《物权法》中以其他方式取得的土地承包经营权归入用益物权性土地经营权名下。②按照双轨制之“所有权+不动产用益物权+债权”的权利结构，土地（承包）经营权以出租、转包流转方式分置之经营权为债权，为区别于用益物权性土地经营权，宜以租赁权为名表达债权性经营权，并直接适用未来民法典之合同编。未来民法典之合同编，既可以在租赁合同中针对承包地租赁的特殊性设置特别条款，也可以在租赁合同之外单设承包地租赁合同进行专门规定，如规定较长的租赁期限、明确登记颁证及登记效力（可采取登记对抗主义）并赋予一定程度的支配力——可以转租、转让、质押等，即强化其处分权能。土地承包经营权互换和转让（原则上应当限于本集体内部），不会使土地承包经营权分置为承包权和经营权，但宜允许作为本集体成员的受让人选择将受让之土地权利登记为土地承包经营权或土地经营权，如受让人无承

包地且将受让的土地权利作为基本生活保障，则宜登记为家庭承包的土地承包经营权；否则宜登记为其他方式取得之土地经营权。③按照双轨制之“所有权+股权+不动产用益物权”的权利结构，增加集体土地依确权确股不确地以及土地（承包）经营权以入股方式发生物权性流转，创设用益物权性土地经营权的规定。若将土地股份化的组织载体农村集体经济组织，视为集体土地所有权的代表行使主体，则农村集体经济组织可以通过家庭承包、租赁之外的协商或竞价等方式创设用益物权性土地经营权；若将其视为集体土地用益物权人，则农村集体经济组织直接享有用益物权性土地经营权。④除应当明确用益物权性土地经营权的期限和续期规则外，还应当与土地承包经营权一样，将其纳入不动产统一登记颁证范围，遵循公示公信原则。

四、结语

比较而言，为更大程度地坚持并落实农村土地集体所有权，宜以“所有权+不动产用益物权+债权”与“所有权+股权+不动产用益物权”的双轨制权利结构推进“三权分置”。当然，如果要彰显成员权（如成员权性承包权）的价值和功能——系所有权与家庭承包之土地承包经营权（或所有权与集体土地股权）的中介，将本属于集体土地权利主体制度的成员权纳入集体土地财产权权利结构中，那么会导致所有权、承包权、经营权之“三权分置”，呈现为所有权、成员权、承包权、经营权之“四权分置”，权利结构与实施路径相应地转变为“所有权+成员权+不动产用益物权+债权”与“所有权+成员权+股权+不动产用益物权”的双轨制。

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.陈小君，2014：《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》，《法学研究》第4期。
- 3.崔建远，2017：《民法分则物权编立法研究》，《中国法学》第2期。
- 4.崔建远，2014：《物权法》（第三版），北京：中国人民大学出版社。
- 5.丁文，2015：《论土地承包权与土地承包经营权的分离》，《中国法学》第3期。
- 6.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。
- 7.高圣平，2018：《论农村土地权利结构的重构——以<农村土地承包法>的修改为中心》，《法学》第2期。
- 8.高圣平，2014a：《新型农业经营体系下农地产权结构的法律逻辑》，《法学研究》第4期。
- 9.高圣平，2014b：《农地金融化的法律困境及出路》，《中国社会科学》第8期。
- 10.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。
- 11.高海，2014：《农地入股合作社的组织属性与立法模式——从土地股份合作社的名实不符谈起》，《南京农业大学学报（社会科学版）》第1期。
- 12.高海，2019：《论集体土地股份化与集体土地所有权的坚持》，《法律科学（西北政法大学学报）》第1期。
- 13.耿卓，2017：《农地三权分置改革中土地经营权的法理反思与制度回应》，《法学家》第5期。

- 14.韩松, 2014a:《农民集体土地所有权的权能》,《法学研究》第6期。
- 15.韩松, 2014b:《论农民集体土地所有权的集体成员受益权能》,《当代法学》第1期。
- 16.李伟伟, 2016:《“三权分置”中土地经营权的性质及权能》,《中国党政干部论坛》第5期。
- 17.孙宪忠, 2016:《推进农村土地“三权分置”需要解决的法律认识问题》,《行政管理改革》第2期。
- 18.孙宪忠, 2011:《物权法》(第二版),北京:社会科学文献出版社。
- 19.王利明、周友军, 2012:《论我国农村土地权利制度的完善》,《中国法学》第1期。
- 20.王利明, 2018:《我国民法典物权编的修改与完善》,《清华法学》第2期。
- 21.温世扬、吴昊, 2017:《集体土地“三权分置”的法律意蕴与制度供给》,《华东政法大学学报》第3期。
- 22.杨一介, 2018:《论“三权分置”背景下的家庭承包经营制度》,《中国农村观察》第5期。
- 23.叶兴庆, 2015:《农村集体产权权利分割问题研究》,《新金融评论》第4期。
- 24.张红霄, 2011:《农村土地承包经营权及其流转性质的法律辨析》,《河北法学》第6期。
- 25.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: 安徽财经大学法学院)

(责任编辑: 曙光)

On the “Separation of Three Rights” and the Adherence to Collective Land Ownership

Gao Hai

Abstract: Adhering to collective ownership of rural land is the cornerstone of promoting the separation of ownership, contract right and management right. However, from the perspective of contract right and management right, based on the different nature of contract right and management right, scholars propose various rights structures for the “separation of three rights”, such as “ownership + real estate usufruct + usufructuary right”, “ownership + self-property right + usufructuary right”, “ownership + membership right + real estate usufruct” and “ownership + membership right + creditor’s right”. These rights structures and implementation paths always neglect their potential impact on the essential characteristics such as the mobility of the collective members and the indivisibility of the object in the subject of collective land ownership. Therefore, we should return to the research perspective of adhering to and implementing collective land ownership to a greater extent, and promote the “separation of three rights” with the dual-track system of “ownership + real estate usufruct + creditor’s right” and “ownership + equity + real estate usufruct”.

Key Words: “Separation of Three Rights”; Collective Land Ownership; Contract Right; Management Right