

“三权分置”中农地资本化流转的 双层权利置换模式构建 ——以贵州省盘州市农地“三权分置” 改革试点调研为例¹

吴越，韩仁哲

【摘要】：当前的农地“三权分置”改革均遭遇到由于制度的合成谬误导致的制度瓶颈。贵州省盘州市以土地股份合作社为改革的抓手，以“农民变股东”的方式将原农户的土地承包经营权变为股权；土地股份合作社再以农地经营权作价入股现代农业经营主体，通过“农地变资本”实现了农地权利的双重置换，真正实现了农地“三权分置”改革的设想。与此相应，应出台配套法律制度，真正释放制度变革的巨大红利。

【关键词】：三权分置，农地流转，土地股份合作社，双层权利置换

【中图分类号】：F301.3 **【文献标识码】**：A **【文章编号】**：1003-7470（2018）-06-0001（05）

习近平总书记在党的十九大报告中指出，要巩固和完善农村基本经营制度，深化农村土地制度改革，完善承包地“三权分置”制度。习近平总书记并提出，要构建现代农业产业体系、生产体系、经营体系，完善农业支持保护制度，发展多种形式适度规模经营，培育新型农业经营主体，健全农业社会化服务体系，实现小农户和现代农业发展有机衔接。2017年10月31日，十二届全国人大常委会第三十次会议，《农村土地承包法》修正案草案提请初审，“三权分置”拟入法。^[1]该草案的审议标志着农地“三权分置”改革已从政策话语正式转变为立法实践。换言之，以“三权分置”为核心理念的农地流转制度改革和相关的研究，经历政策呼吁、学界讨论后，逐步成为法律设计与运行中亟待解决的重大问题。但是，由于这一问题在理论上的巨大复杂性，虽已在近年来积累了大量的研讨成果，但仍存在进行研究的必要性。

一、农地资本化流转的瓶颈在于制度“合成谬误”

对于农地的资本化流转而言，无论是理论上的讨论，还是实践中的现况均表明，农地资本化流转的必要性毋庸置疑。但我国的农地流转试点之所以存在显著困难，实际上是遭遇到法律制度上的“合成谬误”。^[2]换言之，尽管从理论上说，土地承包经营权的物权性质是没有争议的，但是当这一制度与《公司法》等其他制度进行“合成”或“衔接”的时候，法律冲突立即凸显出来：当前的土地承包经营权的资本化流转方式均存在“不能过户”等法律障碍。我们在长期的调研中发现，各试点地区以农业部门或农经站“见证”等方式对农地入股合同进行的效力背书，实际无法在法律制度上找到根本依据，农民权益保护面临

¹本文系四川省法学会2018年度法学研究一般项目“‘三权分置’背景下农地流转与农民权益保护制度创新研究”（编号：SCFXZC1804）的阶段性研究成果。本文在写作过程中得到了赖虹宇博士的大力协助，特此鸣谢。

【作者简介】：吴越，教授，博士生导师，西南财经大学法学院，四川成都611130；韩仁哲，博士研究生，西南财经大学法学院，四川成都611130

极大的不稳定性风险。综合而言，制度“合成谬误”表现在以下几个方面：

1. 农地流转的首要问题是土地承包经营权自身的物权性质及与集体土地所有权间的关系问题

事实上，作为一项伴随改革开放，激发农村经济活力而推出的制度设计，农村土地承包经营权本身并未完全遵循民法的理念进行设计。学者指出：我国农村承包土地上存在的是由一系列权利构成的权利束：土地的社会功能（保障属性）派生出成员权，而成员权又派生出土地承包权；土地承包权行使的结果产生承包土地使用权，再由承包土地使用权派生出农户的土地承包经营权。^[3]因而，农村集体所有权的主体不明确、农民权利虚化问题，必须在法律的完善中予以解决。2017年颁布的《民法总则》虽将集体经济组织规定为法人，但集体经济组织成员对集体财产如何享有与行使权利，仍未获得最优解。

2. 农地流转如何嵌构于现有的法律设计，并足以“经营权”实现与“承包权”的分置作为“流转”的前置性制度设计

“三权分置”作为理论构想为官方所认许，从而进行一系列试点改革，说明这一制度设计对于提高农地经营效益，增加农民收入具有的重大意义。但是，“三权分置”怎么分？却始终是一大难题。有学者认为，“土地经营权”是设定于土地承包经营权之上的权利用益物权，“土地承包权”则为其行使受到经营权限制的土地承包经营权的代称。^[4]另有学者认为，土地承包权从土地承包经营权中分置之后，“土地承包权”为农民承包土地的一种资格；“土地经营权”为分置之后的土地承包经营权的“代称”，其回归于真正的用益物权之列且权利行使不受任何身份限制。^[5]以上种种解释，虽然不乏其合理之处，但都遭遇到了制度瓶颈，并且难以与《物权法》、《公司法》等现行法律兼容。

3. 农地流转的现实操作层面问题，或者说农地权利与其他法律制度的衔接性问题，即是土地承包经营权能否以物权化、资本化的方式流转，尤其是能否入股、入社、信托、抵押甚至转让？这是制度“合成谬误”的最直接体现

事实上，农地的资本化流转是“三权分置”改革的制度目标，改革实践呼唤物权化的土地经营权。应当说，学术界对于我国农地流转制度所面临的问题，即“合成谬误”的研究结论是一致的，但是在如何克服“合成谬误”方面却有相当争议。

总结而言，当前农地流转制度“合成谬误”集中于两个层面。一是农地所有权、承包权与经营权“三权分置”的顶层设计理念与传统物权法中的所有权及其占有、使用、收益和处分四大权能如何对接？“三权分置”理念下的农地流转势必回答这一理念与传统民法中的所有权制度和相关的权能制度应当如何对接，以消除理念与基本制度的冲突，也是消除法律制度的“合成谬误”的关键所在。二是“三权分置”理念下的农地流转制度与其他相关法律部门与制度之间的衔接。除民法外，农地流转还涉及到《土地管理法》、《农村土地承包法》、《担保法》、《信托法》、《公司法》、《农民专业合作社法》甚至《宪法》相关制度的衔接。以解决“过户”问题为突破口，打通不同法律制度间的障碍，是解决“合成谬误”的重中之重。

二、农地资本化流转的核心在于多元主体的利益平衡

任何一项改革，都是一个极其复杂的系统化工程。就“三权分置”全新理念指导之下的农地流转改革而言，不但涉及到土地承包经营权自身的权能分解和权能重塑，涉及到我国《物权法》、《土地管理法》、《农村土地承包法》等重要法律是否有必要修改和相关的条文如何修改的问题，而且必然还会涉及到与此相关的现代农业经营主体，如农业公司、农民专业合作社等制度是否需要配套改革以及如何进行制度设计等重要的研究议题。多元主体的交织，使得利益的层次立体化，改革的难度增强。我们通过长期对农地流转试点地区的走访调研，对于利益平衡问题，有如下的观察。

1. 利益平衡语境下的风险防控机制

必须旗帜鲜明的指出，农地流转必须解决改革的体制兼容性问题。一项新的法律制度会带来全方位的变革，形成新的利益

分配格局，从而会引发各种伴生性风险。例如，“农地流转”的“三权分置”改革是否会诱发农村社会的某种潜在的不稳定因素？如何防控这种风险？又如，新的农地流转政策是否导致农地的过度集中？是否会因此诞生“新型地主”？如何防止农地的过度集中化？再如，新的农地流转政策是否会走样？是否会导致耕地减少？是否会被机会主义者钻空子？如何确保在农地流转中坚守土地保护的生态红线？这些问题不解决，改革就无法推行。而事实上，这些问题在改革中发生，并非仅仅是法律的问题，而是伴生于政治、经济体制兼容性的问题。

2. 如何理清农地流转中“政府、市场与法治”之间的相互制约关系

当前的一些农地流转试点，如土地承包经营权入股、信托、抵押甚至转让等，大多是在政府的强力推动之下进行的，有的甚至突破了现有法律如《物权法》、《担保法》的规定，因此不得不依赖于全国人大常委会的特别授权。但是，现有的研究很少从市场的角度去考察，这种试点性质的农地流转方式，除是否需要上位法的修改之外，是否能够得到市场的青睐？是否会得到民间投资者的欢迎？事实上，现有研究忽视了农地流转中的各种主体相互间的制约与制衡因素，忽视了各方利益诉求的博弈语境。

3. 如何合理平衡农户与外来投资者各自的利益诉求，找准各方的利益平衡点

目前进行的各种农地流转试点中，大多因为沿袭过去的农民土地权益保护的旧思路，而让外来投资者望而却步。换言之，过往的制度实践，往往侧重于从制度设计的原始目标出发，在强调农民利益保护的同时，在一定程度上忽视了对其他主体特别是外来投资者投资利益的关照，忽视了现代农业经营体系的培育，对外来资本要素何以青睐农地等关键性的约束条件欠缺周全考量。抑制了投资意愿，也就阻碍了农地资本化流转的内生动力。但与此同时，通过调研我们也发现，有的试点则不适当地忽视了农民应有的成员权和农民土地权益保护，引起农民的抵制，出现了“农地流转中的钉子户”。这一问题倘若得不到解决，农地无法适度规模化集约化，流转就更无法“真正动起来”。

事实上，如果仍然侧重农民土地权益的保护、并强调应赋予农民更多的土地话语权的固定思维模式，将成为农地规模化、产业化流转的绊脚石。我们注意到，在顶层设计的有关“三权分置”的表述中，没有明确地提“农民土地权益保护”，取而代之的是“农民权益保护”。这意味着，顶层设计的思路或许已经抛弃了过去那种“抱住农民土地权益保护不放”的旧思路，取而代之的是相关的替代性制度安排，以跳出农地流转中的传统思维的“死胡同”，开辟新思路，打通新通道。

三、农地资本流转的创新模式：双层权利置换

迄今为止农地各种流转试点所面临的各种难题、各种制度瓶颈以及各种尴尬均表明，在农地流转制度的改革中，忽视任何一个主体（农户、农民集体、投资者、政府等），忽视任何一个视角（历史的、经济的、社会的、文化的、行政的视角）都可能导致改革无法前行。嵌构于“三权分置”的改革背景，须有创造性的思路与创新性的制度设计来实现对改革障碍的克服。因此，我们立足现行的法律制度设计，提出在保留和巩固集体土地所有权的前提下，通过创新型的“双层权利置换”，实现农地资本化流转的模式。

1. 农地分散化流转的弊端与农地权利适度集中的必要性

始于1978年农村土地改革的农户土地承包经营权制度，历经数十年发展，已逐渐显现出相应弊端，这也成为当前农地“三权分置”改革的重要现实依据：“包而不作”、“有地者不耕”、“愿耕者无地可耕”，造成了农地资源的浪费，并在很大程度上对现代农业经营体系的建立构成了制度障碍，已经不能适应或者不能完全适应新形势的要求。与撂荒蔓延相伴生的，农地规模化流转中的突出难题则是农地分散与经营效益不高：即现代农业经营主体必须逐个与分散的农户谈判，一旦哪一户不同意流转，则外来投资者与农户的整个谈判会立即陷入僵局。因此，持续巩固股份合作社法人地位的重要意义，在于实现“权利集

中化”，减少外来投资者的谈判成本，消除农地规模化流转中的障碍，推动农地权利由松散承包和分散经营走向紧密集约与规模集成，从而完成农地适度规模化流转的前提准备。土地股份合作社是近年来农村建设用地流转试点中涌现出来的新型农业集体经济组织，它有效地解决了农村建设用地流转中的权利分散化问题。实践中，土地股份合作社可以是村级的，也可以是乡镇一级的。我们认为，土地股份合作社也可以成为农用地“三权分置”视野下解决土地承包经营权分散化问题的关键通道和载体。如今，土地股份合作社《民法总则》中所规定的特别法人中的“农村集体经济组织”，因此于法有据，具有合法的市场主体地位，也即，土地股份合作社从农户手中通过自愿加入方式收回的土地承包经营权，即变成了土地股份合作社自身的土地经营权，由于这种经营权本来就属于集体，因此，此时的土地股份合作社已经拥有了农用地的使用权，应当由不动产登记部门确权颁证。

2. 以土地股份合作社为依托，以“农民变股东”为路径在“权利集中”前提下实现农地权利的第一次置换，为消除“合成谬误”创造条件

农民将其拥有的农地承包经营权集中于股份合作社的逻辑推演是，农民权益的保障和实现不再单纯依赖分散的土地承包经营权，而是基于土地承包经营权入股股份合作社而产生的股权收益请求权，如此一来，土地股份合作社再以其名下的农地经营权作价入股现代农业公司等现代农业经营主体，这就扫除了农地规模化流转的第一道障碍。虽然土地承包经营权是《物权法》明确设置的用益物权之一，理论上不乏认为应当坚持农民对土地承包经营权作为制度设计起点的呼吁，然而土地承包经营权无法直接产生除契约化流转外的资本化流转效能，亦是无法回避的制度障碍。最高人民法院在相关的司法解释中，对股权善意取得的规则设计表明，“股权”虽然与“物权”不甚相同，但其以登记过户作为公示手段的“类物权化”秉性能够最大限度的提供制度的稳定性，不失为一种将农户利益与农地相捆绑的迂回模式，且为农地承包经营权通过资本化流转之门并消除“合成谬误”创造了初始条件。这一模式在贵州省盘州市的试点中得到一定程度的应用，我们曾赴实地调研，其实践效益已经初步显现，值得进一步总结与提炼。

3. 以“农地变资本”为制度设计直接目标，推动土地股份合作社利用集体土地使用权入股现代农业经营主体，实现集体土地用益物权转换为现代农业公司的农地经营权的“二次置换”或者说“双层权利置换”，从而彻底实现农地三权分置改革的目标

现代农业经营主体，例如现代农业公司、农民股份制专业合作社是国际上通行的现代农业经营体系的主要载体，但在我国农业生产经营中推行公司制和大型的股份制农业合作社一大难题，便是外来投资者只能通过租约的方式向农户租借土地。这种以契约方式配置的农地流转，使得外来投资者很难对农地进行长期投资，加之外来投资者几乎无法将租借的农地进行再融资，在缺乏再融资手段的条件约束之下，现代农业经营主体大多面临着维持和扩大生产规模的财务危机，导致很多的农业公司、农民专业合作社后继乏力，外来投资者对农地望而却步。一言以蔽之，农地的物权化、资本化功能难以实现，农地难与外来的农业资本、现代农业技术和现代农业经营管理人才联姻。土地股份合作社利用土地使用权直接入股现代农业经营主体，已是一种用益物权式流转的方式，完成过户登记已不存在显著的“合成谬误”问题，从而得以将农地的经营权透过权利双层置换的方式予以证成，并将这一实体性权利配置给真正愿意耕地的现代农业经营主体。土地股份合作社从现代农业公司中分红，原来的农村承包经营户再从土地股份合作社中分红，农民变股东的设想最终得以实现。以下是我们根据对贵州省盘州市农地三权分置改革的调研中总结出来的路线图。

另外需要说明的是，贵州省盘州市政府为促进农地“三权分置”改革下的农地规模化流转，除了在村级设立土地股份合作社之外，还鼓励各村级土地股份合作社以农地经营权入股的方式成立更大的土地股份合作社，从而为更大规模的农地流转提供了更多的空间。

四、农地经营权入股现代农业经营主体中所面临的制度瓶颈与改革设想

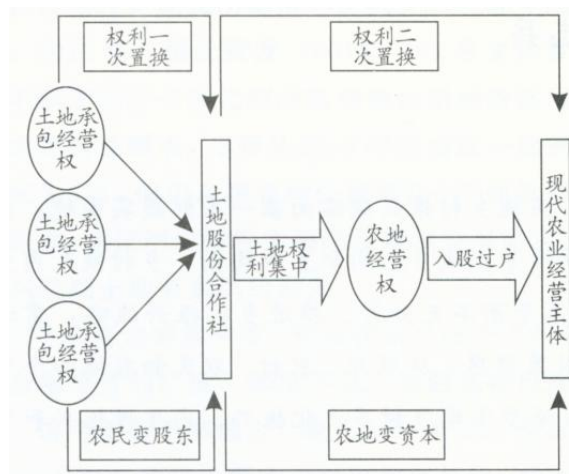


图1 农地流转双层置换模式的实现路线示意

我们在贵州盘州市的农地“三权分置”改革试点的调研中也发现，尽管盘州市政府所设计的“农民变股东”、“农地变资本”的改革试点取得了成功，但是依然面临着最后一道制度障碍，这即是土地股份合作社以农地经营权作价入股农业公司时仍然面临着无法办理农地经营权过户的难题。为消除外来投资者的担忧，当地采取了由农业部门或者农经站在农地经营权入股合同上加盖见证章的做法，同时辅之必要的政府财政倾斜性的支持，即由政府平台公司以政策性资金入股农业公司，帮助农户实现保底分红。我们认为，这种做法尽管有其可取之处，但是这种见证做法并不产生物权效力，因此也无法彻底消除外来投资者的顾虑，且农地再次变资本的可能性也被排除，因为现代农业公司无法将其名下的农地经营权再次进行抵押融资。我们认为，国有土地使用权尚可进行物权性登记过户，并可在国有土地使用权上设定抵押权，同理，从土地股份合作社对农村集体土地的所有权中照样可以分离出农地使用权，也即是“三权分置”语境下的农地经营权，这种经营权，同样应当具有物权属性，因此可以由不动产登记部门确权发证，在这种前提下，当土地股份合作社以农地经营权入股农业公司时，不动产登记部门也应当办理股权变更登记所必须的农地经营权变更登记。倘若如此，农地“三权分置”改革将根据市场规律进行，而不是单纯依靠政府的推动和优惠资金对现代农业公司的注入，“三权分置”改革所带来的巨大红利才能真正释放出来。倘若如此，农地“三权分置”改革的最后一道障碍也得以消除，其与《物权法》、《公司法》等法律的“合成谬误”也将得以消除，从而令“三权分置”改革真正与其他法律制度实现兼容。

[参考文献]:

[1]魏哲哲.农村土地承包法修正案草案提请初审，“三权分置”拟入法[N].人民日报，2017-11-01.

[2]吴越.土地承包经营权流转制度瓶颈与制度创新——以农地资本化和农地现代化为研究重心[M].北京：法律出版社，2014.

[3]刘俊.土地承包经营权性质探讨[J].现代法学，2007，（03）.

[4]蔡立东，姜楠.承包权与经营权分置的法构造[J].法学研究，2015，（03）.

[5]丁文.论土地承包权与土地承包经营权的分离[J].中国法学，2015，（03）.