

民法典与不动产法律制度之完善(笔谈)

编者按:民法典的颁布对我国不动产法律制度有着重要影响。本次笔谈以“民法典与不动产法律制度之完善”为主题,邀请了法学界与司法界人士参与研讨。笔谈针对农地“三权分置”的立法、居住权制度的拓展适用、不动产纠纷审判等问题,提出了新颖独特的观点,对我国土地等不动产法律制度立法、司法的完善具有重要参考意义。

关键词:民法典;三权分置;土地经营权;居住权;合作开发房地产;异议登记

中图分类号:D912.3

文献标识码:A

文章编号:1008-7699(2021)01-0038-22

论农地制度现代化目标引领下三权分置深化改革思路

王金堂

(青岛科技大学法学院教授,山东 青岛 266061)

农用地制度是关乎一国经济、政治体制和社会发展各个方面的基础性制度,也是目前我国正在大力推行的乡村振兴战略的重要基础性制度安排。改革开放以来,我国形成了建立在家庭联产承包经营基础上的土地集体所有和农户享有土地承包经营权为主要特征的“两权分离”性质的农用地制度,并取得了巨大经济和社会效益。但随着我国工业化、城市化进程的加快和社会主义市场经济的深度推进,上述农用地制度渐渐难以适应时代的要求。以2016年10月中共中央办公厅、国务院办公厅《关于完善农村土地所有权承包权经营权分置办法的意见》发布为标志,我国进行了以三权分置为特征的新一轮农用地制度改革。此次改革旨在实现落实土地集体所有权和稳定土地承包(经营)权的基础上,搞活土地经营权,并以土地经营权为基础实现土地的规模经营和优化配置。截止目前,这一轮农用地制度改革已经告一段落,其标志是,2018年12月通过的《土地承包法》修正案(以下简称“新法”)实现了该政策的法制化。2020年5月通过的民法典也进一步确认了以三权分置为特征的土地承包经营制度。尽管从形式意义上讲,三权分置改革已经完成了从政策提出、实施和写入法律的全过程,似乎已经取得“成功”,但学界多年来围绕着“三权分置”入法过程中出现的种种争论和提出的诸多问题,其实并未得到完全解决。考察三权分置政策目标的实现状况,其结果也难言乐观。从这个意义上讲,中国农地制度改革仍然“在路上”。

一、三权分置立法没有全面实现原定政策目标

此次三权分置入法过程曲折且争议较大,新法先后出现了两个内容差别较大的审议稿和一个表决通过稿,且一些核心理论问题至今未能解决,其立法经验教训值得深刻总结。以2018年最终通过的新法为样本,从法律规范意义上分析,三项目标的实现状况可概括如下。就“落实集体土地所有权”目标而言,新法和原《土地承包法》(以下简称“原法”)相比,维持了原法规定的集体享有土地所有权的核心权能。唯一的变化是新法第二十七条删除了原法第二十六条规定的发包方可以强制收回全家迁入设区市并转为非农业户口的农户的承包土地的权力(利),但实践中此种情形较少见。从总体上讲,本次修法中集体土地所有权的法律地位基本维持不变,其权能主要体现为管理性权能,基本适应中国农业、农村和农民的现实需求,从这个意义上讲,“落实土地集体所有权”的目标基本达成。

就“稳定农户承包权”目标而言,本次修法的成绩可圈可点。首先,新法保留了“土地承包经营权”的

法律概念并持续加以保护,消除了农民对三权分置下其原有的土地承包经营权能否继续存在的担忧。从本次修法的最终规定来看,立法者事实上已经将“土地承包权”等同于“土地承包经营权”概念,将前者定位为后者的简称。其次,新法第二十一条关于期限问题的规定中增加了“前款规定的耕地承包期届满后再延长三十年”的规定,土地承包经营权的期限更长,进一步稳定了土地承包关系。再次,新法第二十三条确定了承包地统一登记制度,农民的土地承包经营权得到进一步保障。综合以上规定,从法律规范意义上讲,“稳定农户承包权”的目标已经达成。

最受人关注的“放活土地经营权”目标的达成情况则不容乐观,也存在较大争议。三权分置下的土地经营权究竟应当是债权还是物权?学界尚未达成共识,部分学者主张土地经营权应为权利用益物权,部分学者持债权说。新法对此作了折中处理,即将土地经营权定性为可以采用某些物权化手段保护的债权,或者说是债权的物权化。其标志是,新法第四十一条规定了“土地经营权流转期限为五年以上的,当事人可以向登记机构申请土地经营权登记。未经登记,不得对抗善意第三人”;另新法第四十六条规定了“经承包方书面同意,并向集体经济组织备案,受让方可以再流转土地经营权”;该法第四十七条规定“承包方可以用承包地的土地经营权向金融机构融资担保,并向发包方备案,受让方通过流转取得的土地经营权,经承包方书面同意并向发包方备案,可以向金融机构融资担保”。此处法律条文采用了“融资担保”一词,而不是用益物权性的土地经营权抵押或债权性的土地经营权质押的说法,表明新法搁置了用益物权论和债权论之争,为债权和用益物权性质的土地经营权均预留了制度空间。对于立法者而言,维持土地经营权性质的模糊性可以避免在用益物权和债权之间作出困难的选择,这不失为一种明智的立法策略,但对于实现“搞活土地经营权”的目标,其制度设计则难以令人恭维。就“搞活土地经营权”的内涵而言,土地经营权的可转让、可抵押应成为其应有之义,但深入分析新法的相关规定,不难看出,由于存在土地经营权定性问题上的“内伤”和“病灶”,使得新法在形式上存在的土地经营权的“可抵押”“可转让”都严重缺乏可操作性。例如,就最受本次三权分置改革期待的新型农业生产主体利用土地经营权抵押问题,新法第四十七条附上了两个先决条件:一是“承包方书面同意”,二是“发包方备案”,这使得土地经营权抵押制度障碍重重。不仅如此,即使当事人取得了承包方同意和发包方备案而设定了土地经营权抵押(质押),抵押(质押)权人届时如何实现其担保权利也严重缺乏法律保障。从法理上讲,实现土地经营权抵押权的过程实际上就是土地经营权转让的过程,但遗憾的是,新法第三十六条规定的承包方流转土地经营权的方式中列举了出租(转包)、入股或者其他方式,但没有明确规定转让方式。而该法第四十六条规定,“经承包方书面同意,并向本集体经济组织备案,受让方可以再流转土地经营权”,这一规定似乎意味着新型农业生产主体享有转让土地经营权的权利。若作此种解释,金融机构在实现土地经营权抵押权的时候,应该可以径行转让土地经营权(当然该权利有期限限制,不能超过承包期的剩余年限)并就该对价优先受偿。但是第四十六条又设置了“经承包方同意”的条款,实际上大大限制了金融机构实现抵押权的权能,并导致了土地经营权抵押权价值的不确定性。不确定性的权利在市场上价值较低,而赋值较低的权利难以承担贷款担保的重任。简而言之,目前法律构建的土地经营权存在着不能自由转让的问题,并直接导致该权利无法从实质意义上胜任贷款担保的任务,因此从逻辑上说,“搞活土地经营权”的目标尚未达成。

二、三权分置立法未实现政策目标的原因分析

无论是通过法律文本的规范分析还是实践调研分析,土地经营权“搞活”即“可转让、可抵押”目标都远未实现。三权分置未能全面实现政策目标的原因是复杂的,主要可归因于以下三个方面。

1. 农村土地承包经营权制度还维持了历史上形成的政治性、社会性、经济性功能超载状态。具体而言,该制度承载着表征和维持社会公平、实现乡村治理、支持和落实地方行政管理、推行和发挥基层民主等政治性功能;承载着促进公共利益和社会发展、协调和改善紧张的人地关系、实现农民的劳动权和社会

保障权等社会性功能;承载着构成农民固有财产利益和生产资料的经济性功能。这些不同制度功能所追求的价值目标各异,导致相互之间的结构性冲突在所难免。三权分置改革仍然保留了上述多样化制度目标和功能,导致其内在矛盾的协调难度极大。

2.传统土地权能图谱中三项权利的目标存在一定冲突。基于传统的土地权能关系框架,承包土地上的现有权能难以同时满足三项权利目标的要求。例如,在是否赋予集体经济组织定期或不定期调整承包土地权能问题上,落实集体所有权和稳定农户承包(经营)权两项目标存在紧张关系,这种紧张关系也体现在此次《土地承包法》修改过程中。而搞活土地经营权和稳定土地承包权及落实土地集体所有权之间也存在紧张关系。

3.现有三权分置立法对三项权利权能的创造性建构不足。分析本次《土地承包法》的立法进程,特别是《土地承包法》修改过程中的三个文本,不难看出,此次法律修改中立法者未能完成对三项权利本身所含权能的清晰界定,更缺乏对三项权利(权能)的创造性赋权,导致在立法过程中在多个问题上左支右绌,顾此失彼,未能满足社会各界对三权分置改革的殷切期待。

三、基于农地制度现代化目标引领和赋权强能手段的三权分置深化改革前景展望

农用地制度演变具有路径依赖性,中国未来农地制度能且仅能在土地集体所有权、土地承包权、土地经营权三权分置框架下演进,幸运的是上述制度具有现代化改造的潜能并可以被利用。不仅如此,目前三权分置法制化过程中的曲折经历和种种问题提示我们,三权分置毕竟是一种技术性改革方案,未来我国农地制度进一步深化改革需要更高层次的价值引领。笔者认为,需要明确提出农地制度现代化目标并以此引领三权分置制度深化改革进程。农地制度现代化是实现我国国家治理体系和治理能力现代化的应有之义,制度现代化是治理体系现代化的重要组成部分。我国农地制度现代化的基本制度特征(即判断标准)有三个:(1)适应中国经济社会发展需要;(2)兼备社会公平、经济安全和产业效率;(3)在有效平衡各方利益基础上适应市场化资源配置要求。在我国,农地制度的现代化首先体现为农地三权分置制度的现代化,而农地三权分置制度的现代化建构应确立以形成农地(土地经营权)资源的市场化配置为基本导向,同时满足上述其他方面的要求,唯此才能理清进一步深化我国农地制度改革的进路。

根据上述思路,未来我国农用地制度改革的基本方向应该是:在遵循民法用益物权基本原理的基础上,运用权能创新手段对农地三权分置中的三项权利进行现代化改造。改造的关键是在不损害集体所有权人利益、土地承包权主体利益的前提下对土地经营权进行物权化塑造。土地经营权物权化的前提是实现土地承包期限的永久化改造,上述两项目标达成有赖于创新集体土地所有权实现形式。应跳出传统土地所有权权能构造的窠臼,赋予集体土地所有权必要的新型权能如土地发展权、特殊情势下的承包土地收回权等,在夯实土地集体所有权权能基础上,实现土地承包(经营)权的物权化和永久化,进而实现土地经营权的物权化。根据经济学基本原理,稳定而明晰的产权是形成市场交易的基础和前提。物权化的土地经营权可以实现土地市场化流转和农地资源的合理配置。由是,可以在土地承包和三权分置基础上实现中国农地制度现代化,为乡村振兴、城乡和谐发展和农业现代化提供可靠的制度基础。