

民法典物权编“三权分置”规范的 体系设置和适用

龙卫球*

摘 要:我国正在编纂中的民法典物权编,对于刚刚通过修改《农村土地承包法》而确立的“三权分置”制度特别是其中的土地经营权制度以有选择的方式进行了重述规范。这就产生了一个规范法学上的难题:民法典物权编关于“三权分置”的这些规范,从制度体系上来说居于何种地位?从法律适用上来说具有何种适用效力呢?本文认为,民法典物权编的“三权分置”规范,具有置身“物权具体规定+物权宣示表达”的多层架构的设计特点。民法典物权编的“三权分置”规范,作为基本法律层面的物权宣示规范,存在很大的不完整性,本身只是“三权分置”完整法律规范体系的一部分。它本质上应当认识为“三权分置”多层次法律架构中的一种关联规范,处于承上启下的体系位置,因此在法律适用上具有特殊性和复杂性,体现为体系开放和上下贯通的要求。一头,连接宪法基本体制规定,成为一种宪法决策的基本法律化的表达,体现了改革入法的高位阶,同时赋予其民法物权的地位;但是另一头,又在具体制度上连接《农村土地承包法》这一原本处于下位的法律,使后者关于“三权分置”的具体规范得到基本物权的位阶提升并且得以一体化适用。

关键词:民法典物权编;三权分置;基本法律层面;多层架构;关联规范

一、问题的提出:物权编“三权分置”规范的体系适用难题

“三权分置”作为一段时间以来我国关于农村地权的改革议题,通过一些列政策启动和实践推进之后,目前正在向法律形态转变。2018年12月29日,广受关注的《农村土地承包法》修改顺利落地,第十三届全国人大常委会第七次会议通过了《关于修改农村土地承包法的决定》,新法自2019年1月1日起实施,此次修法最突出的重点,就是用了数十个条文确认了土地经营权及其支持的“三权分置”架构,明确了经营权系由承包经营权再分离而形成的权利,可以在很大程度上自由流动;流转五年以上的,可以登记并因此具有对抗效力。

《农村土地承包法》的修改为民法典“物权编”相关部分的编纂打下了基础,正在形成中的“物权编”草案的主要任务之一就是接引此项改革。2019年4月20日,“物权编”二审稿提交第十三届全国人大常委会第十次会议审议,其中新增第134条之一、之二、之三和第135条共计四个条文,规定了土地经营权。这四条规定合成一个体系,体现为土地经营权的确权、行使和其他方面的基本依据,同时也是以土

* 北京航空航天大学法学院教授,法学博士。

地承包经营权为中心的农地三权分置架构（土地所有权—土地承包经营权—土地经营权）得以形成的关键依据。

毫无疑问,这是关于我国农村承包土地的一次新物权发展,体现了我国走入全面深化改革新阶段的一种有关物权意志的国家现实精神表达。^[1]至此,纷纷扰扰一段时间的“三权分置”议题终于可以预期在法律上基本得到落定。由此,民法典如预期在明年获得通过,关于“三权分置”作为进入民法典物权编的一种类型化物权规范架构的法律解释问题也就会纷沓而来。即将出现的关于“三权分置”的研究,与以往立法政策性的法学探讨会有质的区别。此前的研究,通常是探讨这种制度变革的合理性和设计方案。^[2]今后的研究,则将主要以现行法的相关规定为聚焦而探讨其合理适用问题。“三权分置”作为一项物权制度,技术上因为多种权利分置架构,显然较其他许多物权制度理解起来要更加复杂,会导致一种所谓“结构解释”的难题。可以想见,一段时间之内,这种“结构解释”之探求必定会成为学术界和实务界的热点。^[3]但是,民法典物权编“三权分置”规范在适用上,真正具有困惑性的却还不是这个结构难题,而应该是体系适用问题。这是因为,从立法技术来讲,我们简单一看就可以发现一个问题,物权编关于三权分置土地经营权的简单四条规定,其实是对于《农村土地承包法》中的几个相关条文的重述。那么,从制度体系上来说,特别是从操作角度来说,这些规范本身毫无疑问存在很大的不完整性,需要还原到《农村土地承包法》关于三权分置的全部规定中才可能得到整体上的理解。这就立即带来了

[1] 英国政治学家鲍桑葵在研究国家时,深刻揭示国家精神通常都具有自身的现实化特点。他说:“国家是人类精神的形形色色的化身,是历经历史磨难和失败后在各自领土上形成的集团。”参见鲍桑葵:《关于国家的哲学理论》,汪淑钧译,商务印书馆1996年版,第29页。

[2] 前一阶段,国内学者对于“三权分置”的研究论文,在中国知网检索,输入“三权分置”主题词,有1151项研究成果,加“法律”,一共392条结果。其中,法学领域代表性的有:孙宪忠:《推进农地三权分置经营模式的立法研究》,载《中国社会科学》2016年第7期,第145-163页(提出鉴于中共十八届三中全会决定要在我国农村推行“三权分置”的经营模式,而我国相关立法并不能对“三权分置”提供有力的支持和制度保障,建议创新设置物权性质的土地经营权);孙宪忠:《推进我国农村土地权利制度改革若干问题的思考》,载《比较法研究》2018年第1期,第171-179页(提出现代化背景下的农村土地权利改革,必须重视三个因素,即建立土地权利的法思想、对待土地权利制度的法感情以及科学的法技术);高圣平:《农地三权分置视野下土地承包权的重构》,载《法学家》2017年第5期,第1-12页(认为农地三权分置的经济改革思想在法律上应体现为以下结构:集体在农村土地所有权之上为农户设定土地承包经营权,承包农户在其土地承包经营权之上为其他经营主体设定土地经营权,在完善土地承包权权能的政策导向之下,修改现行法时应明确承包农户就其土地承包权的出租、入股、转让、抵押等处分权能);高圣平:《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》,载《法学》2018年第2期,第12-24页(认为在“三权分置”之下,土地承包经营权由土地所有权派生而来,土地经营权由土地承包经营权派生而来,且“两权分离”之下的“土地承包经营权”和“三权分置”之下的“土地承包权”实为同义语,只不过在“三权分置”之下承包农户行使其土地承包经营权受到了其所设定的土地经营权的限制);宋志红:《三权分置下农地流转权利体系重构研究》,载《中国法学》2018年第4期,第282-302页(认为基于方式丰富、体系清晰、“物—债并存”等考虑,“三权分置”下的农地流转权利配置可整合为“土地所有权—土地承包经营权—土地经营权”“土地所有权—土地承包经营权—土地租赁权”“土地所有权—土地经营权”“土地所有权—土地租赁权”四种类型);等等。

[3] 笔者在前不久的一个论坛发言中提出,对于“三权分置”存在的这种“结构解释”的难题,粗略地提出了一种关注“三权分置”议题的多样性和整体性的观点。首先,需要不断推进社会主义土地制度市场化,这是基于人民地权自由和发挥土地效率的要求,在集体所有权形式不变的条件下,可以推进的是土地用益物权改革,不断加大农民和农户对于土地用益的使用支配,并增进其流动效应,这是目前通过三权分置推进经营权再分离和流通自由的主要理由。这一部分可以叫做三权分置改革的民法策略或物权法策略。其次,需要同时推进其他角度与土地相关的法律改革,对三权分置进行土地物权法与国家法、社会法的协同。不管农村土地如何地做市场化、个体化的自由切割,产生的各种土地权利义务存在与国家法和社会法协调的必要。从具体角度来说,我们只有从不同法领域把各自在土地问题上的规范目的搞清楚了,阶段性的目标看清楚了,那么其合理的设计和阶段发展就有了基础。具体到民法板块、社会法板块、国家管理板块,等等,都要搞清楚各自合理的目标是什么,以及怎么样达到这些具体法领域的目的。但是这是碎片化的,还要有整合的思考,要能够进行不同法领域的整合。每个具体的领域,整合后都面临相互协同的要求。参见龙卫球:《三权分置的多议题性与整体性》,首发于作者的“法律博客——军都拾零”,<http://longweiqu.fyz.cn/b/963922>,访问时间:2019年8月31日。

法律适用体系上的困惑——物权编的三权分置的相关规范作为一种特殊物权架构规范,应该如何看待其适用及其效力呢?应该如何处理其与《农村土地承包法》等相关联的体系问题呢?

民法典中的制度规范很多具有很大的不完整性,自身从体系架构上而言是不完备的,因此需要延伸到民法之外加以补全,使得其体系适用问题变得扑朔迷离。我们过去看到的关于民法的体系适用问题,往往都是通过一般化的自恰方式加以处理和论证的。一般化自恰的法律适用观点认为,对于一项民法上的具体制度而言,可以基于民法典内的相关规定就搭建出一种充分有效的体系架构,由此开展具体化解释适用。适用者所要做的工作,通常只需要就该相关规定架构出发,首先对其性质、要素、相关性等作出一般性确定理解,继而面向特定问题、语境,包括关注典型、非典型的差异性,进行必要具体化转化适用,如此而已。但是,我们在拥有了民法典之后很快就会发现,民法典中完全适合于上述一般化自恰适用观点的,只是一些具有相当封闭性的制度,比较典型的,如合同编、侵权责任法、继承编中的一些制度。民法典中的许多制度,其实并不符合体系自恰的要求,特别是其中物权编、人格权编甚至婚姻家庭编中的一些制度。显然,民法典物权编中的三权分置制度就是这样一例。

二、“三权分置”的政策过程与《农村土地承包法》修改的法律化

我国农村土地承包“三权分置”的法律化,其设计过程耐人寻味,是先入《农村土地承包法》,再入民法“物权编”。虽然说一般的立法顺序是从一般法再到特别法,但这里显然也不是一个从特别法到一般法的过程。真实的原因是,立法者需要借助《农村土地承包法》专项立法机制,隐蔽配合复杂的高层政治决断,集中力量完成“三权分置”改革的法律化决断。从这意义上说,《农村土地承包法》是中国特殊体制下的三权分置物权立法的先导法。

《农村土地承包法》修订之前,“三权分置”属于一种政策形成时期,国家出台一系列政策探索“三权分置”,呈现了一个不断在政策上成熟的过程。2007年《物权法》制定时,在法律中^[4]写下了严格物权法定主义条款,信誓旦旦要严守物权类型和内容的确定性,但是接下来,这种实证保守主义很快被现实需要打破。随着改革继续推进,特别是围绕土地、国企、金融担保改革的不断深化,相关物权政策不断破法而出,其中重点之一就是“三权分置”。

中央自2013年开始,立足进一步解放农地、满足农村新经营需求的思想,不断酝酿“三权分置”,连续出台相关政治文件和相关规范意见,探索《物权法》实施以后农村地权的改革实践。这些政策依据成为现实物权实践的非正式渊源。2013年7月,习近平总书记提出,深化农村改革,完善农村基本经营制度,要好好研究农村土地所有权、承包权、经营权三者之间的关系。2013年11月,中共十八届三中全会文件明确了“集体土地所有权”在我国农地制度中的基础性地位,但同时要求赋予农民更多财产权利、建立农村产权流转交易市场等,预示着地权市场化的改革方向。^[5]2014年开始,中共中央和国务院的联合文件正式提出,在所有权与土地承包经营权分离的基础上,再将土地承包经营权拆成承包权和经营权

[4] 《物权法》第5条规定:“物权的种类和内容,由法律规定。”

[5] 《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》中提出,“加快构建新型农业经营体系,坚持农村土地集体所有权,依法维护农民土地承包经营权,发展壮大集体经济。赋予农民更多财产权利。保障农民集体经济组织成员权利,积极发展农民股份合作,赋予农民对集体资产股份占有、收益、有偿退出及抵押、担保、继承权。建立农村产权流转交易市场,推动农村产权流转交易公开、公正、规范运行”。

的农地物权变革思路。^[6]到此,以促进流转、优化规模经营、增加抵押权能为目的的农用地“三权分置”方案,从经济学界、法学界的主张,完成了到政策性文件肯定并推动修法的蜕变和升级。2016年3月,为了依法稳妥规范推进农村“两权”抵押贷款试点,中国人民银行、银监会、保监会、财政部、国土资源部、住建部又联合下发了《农村承包土地的经营权抵押贷款试点暂行办法》和《农民住房财产权抵押贷款试点暂行办法》。“两个办法”从贷款对象、贷款管理、风险补偿、配套支持措施等多方面,规范了金融机构和相关部门推进落实“两权”抵押贷款的要求,^[7]首次明确了因借款人不履行到期债务需要依法行使抵押权的,贷款人在保障农民基本居住权的前提下,可依法采取贷款重组、按序清偿、协议转让、房产变卖或拍卖、交易平台挂牌再流转等多种方式处置抵押物,抵押物处置收益应由贷款人优先受偿。^[8]2016年8月30日,中央全面深化改革领导小组(以下简称“中央深改组”)第二十七次会议召开,审议通过了《关于完善农村土地所有权承包权经营权分置办法的意见》,提出深化农村土地制度改革,实行所有权、承包权、经营权“三权分置”,放活土地经营权。会议同时强调,农村土地农民集体所有必须牢牢坚持。^[9]2016年10月30日,中共中央办公厅、国务院办公厅印发了《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《“三权分置”意见》),清晰规范了农村土地的所有权、承包权、经营权的三阶分层结构,并且在政策上全面推行“三权分置”。

随着“三权分置”政策实践的日益成熟,考虑重大改革都要于法有据,对其进行法律化呼声不绝于耳。2014年开始,为了适应全面依法治国的理念,十八届四中全会决议提出了民法典编纂要求,此后启动了民法典编纂,并且进展顺利。2017年3月通过《民法总则》,同时启动民法各分编包括物权编,关于“三权分置”应入物权编的主张于是高涨。但是,是直接将“三权分置”纳入物权编规定,然后再考虑其具体化的问题,还是首先在《农村土地承包法》加以规定,然后再在物权编适当作出规定呢?经过酝酿,立法机关最后采取了第二个方案。这其中的一个主要原因,就是“三权分置”事关重大,涉及农村土地改革重大决策,需要中央慎重作出政治决断,并且通过专门的立法单独攻关解决其法律化的难题。最终,2018年12月29日,在数次审议的基础上,完成了“三权分置”进入《农村土地承包法》的重大修改,第十三届全国人大常委会第七次会议审议通过了《关于修改农村土地承包法的决定》,对五年以来中央关于对农村土地实行“三权分置”的重大政策实践进行法律落实,打破既有农村土地承包的两层地权结构,调整为所谓“所有权—承包权—经营权”的三层地权结构,且在进一步推进改革层面对土地经营权

[6] 2014年1月,中共中央、国务院印发的《关于全面深化改革加快推进农业现代化的若干意见》提出,“在落实农村土地集体所有权的基础上,稳定农户承包权,放活土地经营权,允许承包土地的经营权向金融机构抵押融资”。2014年11月,中共中央、国务院印发的《关于引导农村土地经营权有序流转发展农业适度规模经营的意见》指出,“坚持农村土地集体所有,实现所有权、承包权、经营权三权分置,引导土地经营权有序流转”。2015年2月,中共中央、国务院印发的《关于加大改革创新力度加快农业现代化建设的若干意见》指出,“引导土地经营权规范有序流转”,“引导农民以土地经营权入股合作社和龙头企业”。要求“抓紧修改农村土地承包方面的法律,界定农村土地集体所有权、农户承包权、土地经营权之间的权利关系”。

[7] 《农民住房财产权抵押贷款试点暂行办法》第2条规定:“本办法所称农民住房财产权抵押贷款,是指在不改变宅基地所有权性质的前提下,以农民住房所有权及所占宅基地使用权作为抵押、由银行业金融机构向符合条件的农民住房所有人发放的、在约定期限内还本付息的贷款。”《农村承包土地的经营权抵押贷款试点暂行办法》第2条规定:“本办法所称农村承包土地的经营权抵押贷款,是指以承包土地的经营权作抵押、由银行业金融机构(以下称贷款人)向符合条件的承包方农户或农业经营主体发放的、在约定期限内还本付息的贷款。”

[8] 参见《农民住房财产权抵押贷款试点暂行办法》第12条、《农村承包土地的经营权抵押贷款试点暂行办法》第15条。

[9] 参见《中央深改组会议:“三权分置”让农村土地“活”起来》,载网易新闻, <http://money.163.com/16/0831/00/BVOQL2AH002580S6.html>,访问时间:2019年8月31日。

本身进行了更加深化的市场赋权。^{〔10〕}

《农村土地承包法》此次修改,主要通过引入土地经营权及其流转的制度规定,从而全面确立农村土地承包体制下“三权分置”的法律制度。其设想为,一是允许土地经营自由流动起来,农村土地承包方,既可以在本集体经济组织内部转让承包地,还可以向外部的受让人流转承包地;二是流转以后要使受让人获得权利保障,这样才能真正有利于有效引入专业经营和资本投入,促进适度规模经营,进一步发挥农村土地资源的效率,也有利于增加农民的财产收入;三是同时还要使转让土地经营权的承包户不失去权利的保障。所以,需要在土地承包经营权的基础上,再设计一个由流转的受让人享有的权利。这个权利就是修改后新增加的土地经营权,是三权分置中的第三个权利。^{〔11〕}此前,承包土地上已经有分别代表公有制集体利益的农村集体土地所有权和代表承包农户利益的土地承包经营权,在分离出土地经营权之后,承包法就只剩下土地承包权意义的土地承包经营权。

《农村土地承包法》此次修改,在土地经营权及其流转设计上,主要体现为以下四个方面的内容:第一,确立土地经营权,明确其系由土地承包经营权通过流转而分离出来的权利,且属于“任何组织和个人不得侵犯”的权利,此即物权之义。《农村土地承包法》增加第9条规定:“承包方承包土地后,享有土地承包经营权,可以自己经营,也可以保留土地承包权,流转其承包地的土地经营权,由他人经营。”第10条修改为:“国家保护承包方依法、自愿、有偿流转土地经营权,保护土地经营权人的合法权益,任何组织和个人不得侵犯。”原第16条修改为第17条,规定承包方享有的权利包括新增的第3项“依法流转土地经营权”。第二,确立了土地经营权流转制度,明确土地经营权作为可以市场化流动的权利,其应当遵循的流转规则。该法将第二章第五节标题修改为“土地经营权”,规定了土地经营权流转制度。相关规定包括:土地经营权的产生依据和方式(第36条),内容(第37条),流转原则(第38条),流转价款(第39条),流转应采取的书面合同形式(第40条),流转五年以上的土地经营权可以登记并因此具有对抗效力(第41条),承包方在四种特殊情形享有单方解除权(第42条),受让方在承包方同意前提下的改良和补偿权(第43条),经营权流转不影响承包关系(第44条),建立对社会资本介入流转的特殊风险监管制度(第45条),承包方书面同意并向本集体经济组织备案前提下的允许再流转(第46条),土地经营权可以作为融资担保成立担保物权并可以登记因此而取得对抗效力(第47条)等。第三,对于其他方式承包时的土地经营权作出规定。第三章“其他方式的承包”,通过修改的许多条文涉及到土地经营权规定。例如,规定通过其他方式承包当为取得经营权(第49条),荒山等可以直接通过招标等方式实行承包经营,也可以将土地经营权折股实行承包经营或者股份合作经营(第50条),以其他方式承包时同等条件下本集体经济组织成员享有优先承包权(第51条),通过招标等方式承包依法登记取得权属证书的可以流转土地经营权(第53条),承包收益可以依照继承法的规定继承,承包未到期的可以继续承包(第54条)等。第四,对土地经营权的争议解决和法律责任等作出相应增补规定。第四章“争议的解决和法律责任”,修改后也涵盖了土地经营权。相关规定包括:任何组织和个人侵害土地承包经营权、土地经营权

〔10〕 《农村土地承包法》于2002年通过并在2003年开始实施,该法总结1979年以来的农村土地改革实践,在“稳定和完善家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制,赋予农民长期而有保障的土地使用权”(第1条)的理念基础上,确认对农村土地[即农民集体所有和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(第2条)],实行农村土地承包经营制度(第3条),由此建立了一种农村土地的“集体所有权—承包经营权”的双层地权结构,其中集体所有权是作为基础底层而存在的,而承包经营权则是作为搞活土地经营需要的分离财产权设计的,后者性质上是一种用益物权,两者相互结合形成了一种具有中国当代特色的农村地权结构。

〔11〕 参见何宝玉、杜涛:《农村土地承包法做出一系列重要修改》,载《经济日报》2019年1月3日。

应当承担民事责任(第56条),当事人一方不履行或者履行合同义务不符合约定的应当依法承担违约责任(第59条),禁止强迫进行土地承包经营权互换、转让或者土地经营权流转(第60条),禁止擅自截留、扣缴土地承包经营权互换、转让或者土地经营权流转收益(第61条),承包方、土地经营权人违法用于非农建设的,应依法予以处罚,承包方给承包地造成永久性损害的,发包方有权制止并有权要求赔偿(第63条),特定情形下发包方对承包人和受让人的土地经营权流转合同的终止权和对土地经营权人索赔权(第64条),禁止国家机关及其工作人员干涉(第65条)等。

《农村土地承包法》上述修法结果,立即带来了两个直接的立法效应,一是新将酝酿多年的“三权分置”通过法律的方式正式落地,即在继续深化土地承包经营权基础上,明确引入土地经营权及其流转制度,确立了农村土地承包的“三权分置”制度结构;二是通过系统的明确的法律设计,为“三权分置”实践直接提供了一套具体可适用的法律依据。

三、民法典物权编“三权分置”的规范设置及其特殊意义

民法典物权编一审稿对于“三权分置”进行了留白处理,但是最近的民法典物权编“二审稿”以《农村土地承包法》的修改为基础,新增第134条之一、之二、之三和第135条共计四个条文,作为对“三权分置”的确认规定,涉及土地经营权的确认、成立基础和权利内容等。其中,第134条之一规定:“土地承包经营权人可以自主决定依法采取出租、入股或者其他方式向他人流转土地经营权。”第134条之二规定:“土地经营权人有权在合同约定的期限内占有农村土地,自主开展农业生产经营并取得收益。”第134条之三规定:“流转期限为五年以上的土地经营权,自流转合同生效时设立。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。”第135条规定:“通过招标、拍卖、公开协商等方式承包农村土地,经依法登记取得权属证书的,可以依法采取出租、入股、抵押或者其他方式流转土地经营权。”

我们注意到,这些规定在《农村土地承包法》中已经确立,因此实际是一种重复表述。那么,“三权分置”既然已经由《农村土地承包法》确立,为什么还需要在民法典物权编中作出重述呢?这种做法有何深意?对于这一问题的回答,是正确认识民法典物权编相关规定的适用效力的前提。笔者认为,关于民法典物权编“三权分置”的这种规范设置特点及其意义,要从民法典的法律地位加以理解。民法典是民事法律的系统化立法表达,居于很高的法律位阶。民法在全部法律体系中位阶很高,归属于“基本法律”范畴。^[12]从我国《立法法》可知,民法在我国属于全国人民代表大会的立法事项,明确归于基本法律范畴。基本法律处于宪法之下、普通法律之上。《立法法》第7条规定:“全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会行使国家立法权。全国人民代表大会制定和修改刑事、民事、国家机构的和

[12] 民法在近现代法律体系中居于基本法律位阶,是人类法律史经过长期博弈的一种进步成果。尊崇民法为基本法律,旨在彰显个人私权本位,即要把尊重个人私权本位提到作为基本法律秩序的高度。民法的基本法律地位的形成,人们一般归功于罗马法的私法发现及其实践(即罗马人最早通过公法分立从而确立私法的受尊崇地位)以及启蒙时代已降欧陆民法复兴运动特别是法国、德国民法兴起对于民法地位的显著尊崇。相关著述可参见梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1959年版,该书深刻论证了罗马私法的精神形成,提出了“从身份到契约”的洞见;弗朗茨·维克亚尔:《近代私法史》(上下册),陈爱娥、黄建辉译,三联书店上海分店2006年出版,该书阐明了近代以来法律思想和一般哲学思想运动如何创造和影响了近代私法兴起及其个人本位思想的形成。不过,20世纪之后的欧洲法学家也有认为这种私权本位的私法完全是以“主观法的幻想观念为本的结果”,主张应当向“个人与团体担负的社会职务之事实证明为根据而制立”转向。参见狄骥:《拿破仑民法典》以来私法的普遍变迁,徐砥平译,中国政法大学出版社2003年版,第8页。不管怎样,当今世界各国绝大多数都将民法视为基本法律,我国也不例外。

其他的基本法律。全国人民代表大会常务委员会制定和修改除应当由全国人民代表大会制定的法律以外的其他法律;在全国人民代表大会闭会期间,对全国人民代表大会制定的法律进行部分补充和修改,但是不得同该法律的基本原则相抵触。”相比较,《农村土地承包法》虽然名义上也属于法律,但却是由全国人大常委会制定和修改的“其他法律”(最早在2002年8月29日由第九届全国人大常委会第二十九次会议通过,此后,2009年8月27日由第十一届全国人大常委会第十次会议第一次修正,2018年12月29日由第十三届全国人大常委会第七次会议第二次修正),因此,其在位阶上低于基本法律。

可见,将“三权分置”由《农村土地承包法》而入民法典物权编,具有上升为基本法律的位阶意义。现在,将《农村土地承包法》中已经确立的“三权分置”制度特别是其中关键的土地经营权制度,在民法典物权编中作出重述,这就意味着对于新确立的“三权分置”而言,其法律位阶不可小觑,应从作为基本法律的高度看待其地位。也就是说,即使它此前或者以后主要是通过《农村土地承包法》加以规定和适用,但是绝对不能限于在普通法律层面加以理解,而要上升到基本法律层面加以尊重,而且从其置身物权编而言,具有物权赋权的意义,取得民法中物权法的根本规则地位。“三权分置”进入民法典物权编意味着,从制度层面来说,它属于一种基本民事权利层面的物权结构配置,这种权利配置处于基本法律秩序的位阶,因此在全部法律体系中处于具有基础性的受尊重性地位;从法律政治层面而言,国家在农地承包问题上对于人民进行新增土地经营权作出正式确认,作为一种民事基本法层面的规定,类似于国家与人民之间就“三权分置”形成了“物权赋权契约”。所以,从三权分置作为物权法治的规范基础来说,民法典物权编处于十分重要的地位。

四、民法典物权编“三权分置”规范的体系效应

(一) 民法典物权编“三权分置”规范的关联效应

民法典物权编将“三权分置”作为基本制度加以配置,立即带来一种特殊的体系效应。从民法规范学的角度来说,发挥规范作用的,不是某一个具体的规定,而是一个规范群,所谓规范群,是指具有独立规范功能的规范组合,即所谓的法律制度。^[13]前已述及,民法典中存在两类不同性质的规范配置模式:一类是完全或者较为完全的可以同时成立独立规范群的基本制度设定,比如合同编中的很多典型合同规定,侵权责任编中的很多典型侵权类型规定,它们在作为一种基本制度位阶设定的同时,也可以直接作为一套系统化的规范群(理论上称具有独立调整功能的规范群)来加以适用,调整相应的具体民事活动或冲突;另一类是本身不具有独立规范群功能的基本制度设计,它们仅仅具有明确赋予基本制度位阶的功能,但在具体法律适用中却需要借助其他法律的具体规定才能组建起具有独立调整功能的规范群。

民法典物权编有关“三权分置”特别是关于土地经营权的重述规定显然属于后者,它以主要仅仅作为具有明确“三权分置”为基本法律制度的规范功能而发挥其特殊的体制效应。“三权分置”规范,经由民法典物权编的基本制度媒介,从规范系统观来说,产生了一种体系关联效应。这种特殊的体制效应可以归纳为仅仅作为基本制度定位规范的体系关联效应。从一个具有完全独立功能的规范群的角度出发,民法典物权编中的“三权分置”规范,特别是新增的关于土地经营权的四条规定,不能被视为一

[13] 参见艾伦·沃森:《民法法系的演变及形成》,李静冰、姚新华译,中国政法大学出版社1992年版,第18页。

个具有独立适用意义的规范系统,而应该主要限于作为一种基本制度媒介来评价。为此,从体系适用的角度,要求引入更加全面系统的“三权分置”规范观:对于“三权分置”法律制度的整体设计而言,民法典物权编从基本法律层面作出的寥寥几条规定,虽然发挥了一种基本制度定位功能,但是从具体制度技术系统来说,以及作为物权适用体系的重要组成的更加深远的体制基础而言,却还需要进行更加庞大、务实的体系关联构建。这种经由民法典物权编媒介的体系构建,体现在两个层面:向下的关联构建,主要是与作为下位法律的《农村土地承包法》的关联,发挥提升和勾连具体制度的功能;向上的构建,主要是与作为更高法律的宪法相关体制规定,即所谓基本经济制度规定的关联构建,发挥宪法决策具体化和物权正式赋权的作用。

(二)对《农村土地承包法》的体系效应:点石成金与制度接引

民法典物权编相关规范在其基本制度化的体系关联效应下,对《农村土地承包法》有关“三权分置”的规定,形成一种提升的点化效果和法律适用的制度接引效果。

首先,民法典物权编通过“三权分置”相关重述规范的点描,使得《农村土地承包法》此前修改确立的“三权分置”制度,由原属于其他法律层次性质的规定,一跃而为具有基本制度地位的效果。民法典物权编对于“三权分置”的重述,第一层体系效应的意义是对于《农村土地承包法》进行基本法律层面的合法化确认。《农村土地承包法》修法确立,属于一次法律上的确认,民法典物权编的重述则属于提升到基本法律层面的正式确认。

民法典物权编确认“三权分置”之前,《农村土地承包法》关于“三权分置”的制度设定,尚处于低于基本法律的次位阶,这就意味着与民法基本制度比较,只能将之理解为次要制度,这就会带来创制物权的困惑。民法典与《农村土地承包法》尽管都属于法律,但却由于立法主体差异,从形式上看明显属于不同层次,因此不能简单地用一般法和特别法的关系来处理民法基本法律和《农村土地承包法》的关系,而是法律内部的一种上位法(基本法律)和下位法(其他法律)的关系。^[14]从法律位阶上来说,《农村土地承包法》关于“三权分置”的物权创制,此时存在立法法上的障碍,因为从立法法体制而言,物权属于作为基本法律的民法的范畴,不可以通过其他法律任意创设,除非取得民法基本法律的授权。进而,从法律适用来说,《农村土地承包法》作为一种位阶低的法律,在没有得到上位基本法律授权之前,存在越权创造“三权分置”基本物权类型的嫌疑,很可能构成与上位法的冲突。现在,民法典物权编将“三权分置”基本架构进行了重述,可谓点石成金,立即使得这种创制取得基本法律的确认,同时使得《农村土地承包法》相关的规定立即提升位阶,取得物权立法合法性,从而成为一种合法的物权创制。《农村土地承包法》“三权分置”的规定,通过民法典物权编的再次确立,意味着也成为基本民事权利或基本法律秩序的一部分,它与同层次的基本法律规定构成一种并行关系,对于下位法律的规定则构成一种效力支配关系,因而不得为更低层次的法律减损或者改变。

其次,民法典物权编通过“三权分置”相关重述规范的配置,也使得自己具有规范接引的作用,在基本制度层面将《农村土地承包法》相关规定提升的同时,也使得后者的相关规定与物权编在系统上形

[14] 《立法法》关于上位法和下位法的关系规则,见该法第5章的规定。但是,第88条只笼统说:“法律的效力高于行政法规、地方性法规、规章。行政法规的效力高于地方性法规、规章。”换言之,具体到法律这个层次,似乎并没有明确基本法律和其他法律的效力级差关系。这是一个值得思考的课题。其实,从《立法法》第7条明确将基本法律的立法事权归于全国人大,其他法律才可以归于全国人大常委会的规定看,这里隐含了二者之间存在效力等级关系。此外,《立法法》第97条第一项规定,全国人大有权改变或者撤销其常委会制定的不适当的法律,有权撤销其批准的违背宪法和本法第75条第2款规定的自治条例和单行条例。这一规定也可以推论这种人大法律和常委会法律之间存在的级差关系。

成一体化,进而一起共同构造关于“三权分置”的规范群。从这个意义上说,民法典物权编关于“三权分置”的规定,本身并不改变《农村土地承包法》相关规定的可适用性,而只是在某种意义上提升其适用位阶和改变其适用方式。不过,这里令人感到疑惑的一个问题是,经过民法典物权编的基本制度提升导致的一体化,是使得民法典物权编的规定和《农村土地承包法》的规定形成一种融合关系,还是一种一般法和特别法的关系。笔者认为,从形式上看当然是后者,从实质上看也应该是后者。这里最为关键的是,怎么看待民法典物权编拟定上述四个条文的立法目的,它们作为基本制度提升规范,应该有所选择,既然是这四条而不是更少或更多,似乎应该理解为这是物权编有意识地以这四条为范围形成了一种关于土地经营权的一般法架构。

民法典物权编的“三权分置”规定旨在宣示基本物权,本身并不完整,因此从具体规范群构建角度而言,仍旧需要借助更加详尽的制度设定,这些重述规范就成为接引《农村土地承包法》具体规定的桥梁和纽带。所以,民法典物权编关于三权分置的规定,从物权法定主义适用的角度来说,必须注意其作为接引规范的特殊性,应当向《农村土地承包法》进行体系开放和规范融合。如此,三权分置制度从实际规范的意义层面来说,依旧要落到《农村土地承包法》:三权分置架构下农村土地承包的基本制度结构,三权各自作为具体权利的意义和范围,三权之间的关系,三权作为整体的关系等等,土地经营权的地位、发生和运行,都需要具体到《农村土地承包法》的规定中去提取和解释。

(三)对《宪法》规定的体系效应:宪法决策具体化与物权赋权立约

民法作为一种基本法律,在近现代以来与形式上处于根本法地位的宪法存在紧密联系。从理论上讲,宪法主要是以限制王权或政府权力的公法面目面世,但经过自身不断演化发展,形成了今天的以普遍维护人民基本权利为纲目的并以此约束立法权、司法权和行政权的体制框架,从而与民法、刑法等基本法律之间在这些体制事项之间形成一种效力支配关系,可以归结为“不得抵触宪法”的要求。^[15]在这个意义上,民法作为基本法律,存在与宪法之间的体系关联,这种关联在民法中那些与宪法基本体制紧密相关的制度中表现尤为明显,物权就属于这一范畴,它紧密关联着宪法基本经济体制。^[16]德国物权法学者鲍尔因此而论说,“作为法律制度一部分的物权法,包含着人类对财物进行支配的根本规则。而该规则之构成,又取决于(一个国家)宪法制度所确立的基本决策。与此同时,国家的经济制度,也是建立在该基本决策之上,并将其予以具体化。”^[17]为此,民法典物权编作为与宪法基本经济体制密切关联的民法部分,从立法到法律适用都体现出与宪法的体系关联,具体表现为立法上应当尊重宪法确立的基本经济体制,法律适用上也应当与之进行关联而体系化适用。

民法典物权编从基本制度层面确立“三权分置”规范,意味着它就此形成与宪法基本经济体制的一种密切关系。从体系效用来说,是一种在宪法和民法典物权编之间的双重关系:一是,以民法典物权

[15] 这一“不得抵触宪法”规则,作为宪法和民法、刑法等基本法律之间的适用效力关系规则,不能被误认为立法上应当表述为“宪法依据论”。“不得抵触宪法”和“根据宪法制定本法”表述之间存在重大差别。在制定法国家,民法的制定从程序上来说当然应当依据宪法,但是从内容来源来说,则并非如此,其只要不抵触宪法即可。近现代宪法并不设定民法的来源,而只是就基本权利进行加持从而成为诸法的遵循,这些可以理解为是民法的规则来源的一部分,但民法根据不限于此,除了宪法设定的那些确定的价值之外,民法可以随着时代发展不断基于事理主义要求进行规则提取和创制。参见龙卫球:《民法典编纂要警惕“宪法依据”陷阱》,载财新网, <http://opinion.caixin.com/2015-04-22/100802509.html>;以及龙卫球:《民法依据的独特性——兼论民法与宪法的关系》,载《国家检察官学报》2016年第6期。这一“不得抵触宪法”规则,落实到民法的法律适用上,即为所谓“合宪性解释原则”,实际应该理解为解释上不得与宪法相悖。

[16] 民法制度类似的,还有人格权(关联宪法上的人权)、身份权(关联宪法上的婚姻自由、男女平等)等制度。

[17] 鲍尔/施蒂尔纳:《德国物权法》(上册),张双根译,法律出版社2004年版,第3页。

编的基本法律方式对于宪法基本经济体制决策作出具体化;二是,这种基本决策的具体化,从内容上体现为国家通过基本法律对人民作出“三权分置”赋予意义的物权立约。我们应当在这种民法典物权编与宪法体制的双重关联中把握对于“三权分置”规范体系的理解和适用。

首先,民法典物权编“三权分置”规范重述是以当前全面深化改革和全面依法治国为背景的,在民法基本法律视野下的仅次于宪法基本决策的一项具体化变革,是关于宪法基本经济体制改革的一次基本法律决断,因此具有极高的法律决策地位。所以,民法典物权编“三权分置”入法,体现了与宪法基本经济体制特别是其中的农村集体经济经营体制改革的体系关联,是对后者的一次基本法律化。

我国现行宪法制定于1982年,之后随着改革开放的不断发展进行了五次修改完善,其基本经济体制也重点作了多次调整:总体上继续坚持社会主义经济制度的基础是生产资料的社会主义公有制,但目前在初级阶段,采取公有制为主体、多种所有制共同发展(第6条);坚持国有经济作为国民经济的主导力量(第7条),坚持农村集体经济组织实行家庭承包为基础、统分结合的双层经营体制(第8条)等;但也明确“国家实行社会主义市场经济”(第15条)。此次,民法典物权编关于“三权分置”的制度设置,直接与《宪法》第8条确立的农村集体经济组织实行家庭联产承包为基础、统分结合的双层经营体制相关,是要在民法上对农村承包土地进行新一轮的宪法决策的具体化,即作出新的一次基本法律层面的改革。此次“三权分置”改革,从作为宪法基本决策的一次具体化的目的视角看,总体方向是要使得农地经营更加市场化。

其次,民法典物权编设置“三权分置”规范,作为宪法基本决策的一次具体化改革,在内容上体现为国家借助民法典这一最高级的基本法律形态郑重确立使农村承包土地经营更加市场化的一种物权结构。在这个意义上,可以说是国家和人民之间通过民法典进行的一次“物权赋权立约”。国家通过这一物权赋权立约,庄严宣告基于土地经营市场化的新政策,在集体经济组织(发包人)、承包人(农户)和经营主体(市场主体)之间通过“三权分置”方式完善权利结构配置关系。^[18]

“三权分置”改革思维认为,土地经营权混同于土地承包经营权中,是我国农地改革长期裹足不前的重要原因。在坚持社会主义经济制度特别是土地集体所有制不变的体制下,在可以适度替代和减缓农地保障功能的思路下,分离出土地经营权,适度激活土地经营功能势在必行。近年来,一方面,受农村土地开放经营利益的驱动,以及追求农业现代化和农村劳动力进城后实行规模经营的必要,进一步解放农地经营、推进农地经营更加市场化的呼声日益高涨。另一方面,随着农村新型合作医疗和最低生活保障制度在全国范围内广泛实现,在国家财政建立的农村社会保障体系逐步完善的背景下,^[19]农村土地及相关物权的身份性与保障功能正在逐步弱化乃至涤除,为进一步解放农地经营提供了一定的保障基础。2016年4月,中共中央总书记习近平在小岗村的座谈会,就代表政策最高层概括阐释了这种“三权分置”的政策基础。他说,我国农村改革是从调整农民和土地的关系开启的,新形势下深化农村改革的主线仍然是处理好农民和土地的关系,改革开放之初主要处理好农村土地集体所有和农户家庭承包经营

[18] 但也有学者质疑这种三权配置结构在民法理论上的合理性,认为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,甚至认为根据一物一权原则,同一物上不能并存两个以上内容相同的用益物权,在用益物权之上再设相近用益物权的安排,是人为地将法律关系复杂化,在存在物权和债权区分的情况下,这种安排是立法技术的倒退。参见高圣平:《新型农业经营体系下农地产权结构的法律逻辑》,载《法学研究》2014年第4期,第76-90页;李国强:《论农地流转中“三权分置”的法律关系》,载《法律科学》2015年第6期,第179-188页。

[19] 2006年中共中央《关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》明确提出:“逐步建立农村最低生活保障制度,有条件的地方探索建立多种形式的农村养老保险制度。到2020年基本建立覆盖城乡居民的社会保障体系。”

之间的关系,那时候实行“两权分离”,打破了大锅饭,调动了积极性,取得了很好的成效,而现阶段处理好农民与土地的关系,很重要的方面就是处理好土地流转中的承包农户和经营主体之间的关系。^[20]

根据这一改革思维,“三权分置”以新一轮农村土地经营市场化改革为目标,将农村承包土地的法律权利设计,从过去的“集体土地所有权—土地承包经营权的两权结构”演化为增加土地经营权的“三权分置”结构。其中,土地承包经营权可以再分离出经营权,并可以在较大的自由范围予以流转。从本质上说,这是一次对土地经营主体的重大赋权。这是一次新的重要的农村地权分割,实质上是对农地上承载的生存保障机能与市场私权机能进行适当区分和切割,通过释放土地经营权及其流转能力,以支持土地经营在新的条件下得以更加合理的市场化。不过,“三权分置”在完善农村基本经营制度的基础上,继续在新的条件下维持功能的混合性和多样性。三权之中,“所有权”继续承载着社会主义公有制经济所坚守的底线,仍然归集体所有;“承包经营权”则关系到依“集体成员权”身份对土地利用的“初始分配”,整体上不能随意流转,通过身份维持、分离对价请求、征收补偿获取以及有偿退出等权利实现相应的生存保障机能;^[21]而只有新的“土地经营权”设计,才呈现出纯粹的财产权属性,由承包人从承包经营权中自主分离,隔离公权力导致的负外部性,可以自由处分和流转,破除“农地农民用”和“均田承包”的制度局限,便于与经营主体结合,且为发挥农地的融资功能提供制度基础。^[22]

五、结语:正确把握“三权分置”多层架构规定的体系设置和适用

民法典作为民事基本法律的最高系统化形态,从理论上而言应当尽可能包揽主要的民事基本法律制度,并且设计为一个个清晰而完整的规范群以便理解和适用。但是,我国现行许多民事基本制度,基于置身改革发展的阶段性,尚处于形成的阶段,因此其实并不适合立即就在民法典中作出简单封闭的全面规定,而是需要循序渐进,采取更加灵活和更加开放的规范方式,目前一种稳妥的做法便是,既要在民法基本法律层面予以确认,以满足民法上对人民的及时赋权需求,又要注意保持具体立法的阶段性、探索性和灵活性。也即,具体的规范制度由更加灵活的单行法来规定,但作为一种物权及其基本架构的确认则由民法典来表达,由此形成一种“具体规定+物权宣示表达”的具有多层架构特点的法律规范方式。

我国目前正在编纂形成中的民法典物权编二审稿,其关于“三权分置”的规范设置,便明显体现了这种“物权具体规定+物权宣示表达”的立法特点。然而,民法典物权编的“三权分置”规范置身多层架构的这种设计特点,也必定使得其在法律适用上具有特殊性和复杂性,因此需要认真研究和辨析。本文通过研究揭示,处于这种立法架构中的民法典物权编“三权分置”规范,并不构成一个完全意义的物权规范群,而只是作为全部规范体系的一环而已。它作为对刚刚修改的《农村土地承包法》相关规范的

[20] 参见国务院办公厅:《农村土地〈“三权分置”意见〉政策解读》,载国新网, <http://www.scio.gov.cn/34473/34515/Document/1515220/1515220.htm>, 访问时间:2019年8月31日。另根据该文介绍:“近年来大量的农业人口转向二、三产业,家家包地、户户种田的局面已经发生很大的变化。截至今年6月,全国2.3亿农户中流转土地的农户超过了7000万,比例超过30%,东部沿海发达省份农民转移多的地区这一比例更高,超过50%。土地承包权主体同经营权主体分离现象越来越普遍,农业生产者的构成发生了深刻的变化,2.3亿农户还是土地承包者,但是已经将很大一部分承包的土地流转出去,不再从事农业生产。哪些新主体呢?就是家庭农场、农民合作社、农业企业,全国已经有270多万,它们不一定拥有土地承包权,但是流入了较大规模的土地搞农业,拥有土地经营权,是真正的农业生产经营者。所以在实行‘三权分置’之后需要在坚持农村土地集体所有基础上,处理好传统承包农户和新型经营主体二者的关系。”

[21] 李国强:《论农地流转中“三权分置”的法律关系》,载《法律科学》2015年第6期,第179-188页。

[22] 蔡立东、姜楠:《承包权与经营权分置的法构造》,载《法学研究》2015年第3期,第31-46页。

一种有选择的重述表达,在性质上应当认识为属于关联性规范,但在关于“三权分置”的全部法律规范体系中,仅仅作作为基本法律层面的一种物权宣示规范而发挥一种体系关联效应。从这个意义上说,物权编的“三权分置”规范处于承上启下的位置,在法律适用中要求一种多层次体系的开放性和上下贯通性。一头,连接宪法基本体制规定,成为一种宪法决策的基本法律化的表达,体现了改革入法的高位阶,同时赋予其民法物权的地位;但是另一头,又在具体制度上连接《农村土地承包法》这一原本处于下位的法律,使后者关于“三权分置”的具体规范得到基本物权的位阶提升并且得以一体化适用。

The System Setting and Applicable Effect of the "Separation of Three Rights" Provision in the Real Right Part of the Civil Code

Long Weiqiu

Abstract: The compilation of real rights in the civil code under Compilation in our country has re-regulated the system of "separation of three rights" established just by amending the Rural Land Contract Law, especially the system of land management rights in it in a selective way. This leads to a difficult topic in normative jurisprudence: what is the status of these norms of "separation of three right" in real right compilation, and what is their applicable effect in terms of the system application of law? This article holds that the norm of "separation of three rights" in the real right compilation of the Civil Code is characterized by the design of a multi-layer structure of "specific provisions of real rights + declaration and expression of real rights." The norm of "separation of three rights" in the real right compilation of the Civil Code, as the norm of real right declaration at the basic legal level, has great incompleteness and is only a part of the complete legal norm system of "separation of three rights." Essentially, it should be recognized as a related norm in the multi-level legal framework, which is in the system position of connecting the preceding and the following. Therefore, it has particularity and complexity in the application of law, and embodies the requirements of system opening and top-down consistency. On the one hand, linking the basic system of the Constitution has become a basic legal expression of constitutional decision-making, reflecting the high level of reform into the law and giving it the status of real right in civil law; on the other hand, linking the rural land contract law, which was originally in the lower position, in a specific system, has made the latter's specific norm of "separation of three rights" get the basic real right. The rank is upgraded and applied in an integrated way.

Keywords: the compilation of real rights of the Civil Code; the "separation of three rights" provision; basic legal level; multi-tier architecture; related norms

(责任编辑:杨琦萍)