

Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2019.09.003

欢迎按以下格式引用:姜红利,宋宗宇.“三权分置”政策下土地承包权的再确认:基于《民法典物权编》的展开[J].重庆大学学报(社会科学版),2020(4):196-205. Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2019.09.003.



Citation Format: JIANG Hongli, SONG Zongyu. Reconfirmation of land contract right under the policy of “separation of three rights” [J]. Journal of Chongqing University(Social Science Edition), 2020(4):196-205. Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2019.09.003.

# “三权分置”政策下 土地承包权的再确认 ——基于《民法典物权编》的展开

姜红利<sup>1a,1b</sup>, 宋宗宇<sup>2</sup>(1. 南京师范大学 a. 法学院乡村法治发展研究中心; b. 中国法治现代化研究院,  
江苏 南京 210023; 2. 重庆大学 法学院, 重庆 400044)

**摘要:**新修订的《农村土地承包法》对承包地“三权分置”政策入法提供了有效路径,但仍需进一步明确与细化,《民法典物权编》主动承担了补缀修葺之重任,但也存在些许不足。“三权分置”政策中的土地承包权不是土地承包资格权,也不是没有身份属性限制的新型用益物权。从《民法典物权编》的规定看,采取了通过完善已有用益物权即土地承包经营权制度来实现“三权分置”的政策目标。基于“家地一体”的农村生产生活传统和稳定土地承包经营权的现实考量,土地承包经营权宜以户而非成员为权利主体,其并不影响因特殊情形而进行的土地调整需求。遗憾的是,《民法典物权编》并未将非农户经营“荒山、荒沟、荒丘、荒滩等”农村土地而享有的土地承包经营权分离出去,纳入可以登记强化保护的“土地经营权”范畴。土地经营权是受法律特别保护的债权,允许流转期限5年以上的土地经营权办理权属登记进而赋予其对抗效力,能够满足权利稳定性和公信力要求。土地承包经营权具有抵押权能,其客体是土地经营权,土地承包经营权本身因身份限制仍不能抵押。

**关键词:**“三权分置”;《民法典物权编》;土地承包经营权;土地承包权;土地经营权**中图分类号:**D922.32;D923.2 **文献标志码:**A **文章编号:**1008-5831(2020)04-0196-10

中共十九大报告明确提出要“实施乡村振兴战略”,“完善承包地‘三权’分置制度”。但是,

修回日期:2019-06-11

基金项目:研究阐释党的十九大精神国家社会科学基金专项立项课题“农地三权分置的实践探索与法律表达”(18VJSJ061)

作者简介:姜红利(1988—),女,安徽阜阳人,法学博士,南京师范大学法学院讲师,南京师范大学中国法治现代化研究院研究员,主要从事民法学研究,Email:jhlsmile@126.com;宋宗宇(1968—),男,四川达州人,法学博士,重庆大学法学院教授,主要从事民法学研究。

2020年5月十三届全国人大三次会议通过的《民法典物权编》和2018年12月29日新修订的《农村土地承包法》(以下简称“承包法修正案”),对“三权分置”中土地承包权的内涵理解与实现路径并不完全一致。前者只规定了“土地承包经营权”,并未使用“土地承包权”术语。而后者既规定承包方享有“土地承包经营权”,也规定承包方有权保留“土地承包权”<sup>①</sup>。可见,关于土地承包权的法律性质、权利边界,以及权利实现方式等问题,二者在立法上并未厘清。然而上述问题直接关涉承包地“三权分置”政策目标能否实现及实现程度,也是我国《民法典物权编》在适用过程中必须面对的重大问题。

## 一、土地承包权性质的法解释分歧

依据《中共中央国务院关于全面深化农村改革加快推进农业现代化的若干意见》(中发〔2014〕1号)精神,“三权分置”政策的总体要求是落实集体所有权、稳定农户承包权、放活土地经营权。但是,对土地承包权法律性质的认识,学者们却存在如下不同看法。

### (一) 土地承包权是土地承包经营权的通俗称谓

此种观点认为,“三权分置”政策背景下的“土地承包权”“农户承包权”与“土地承包经营权”具有“同质关系”<sup>[1]</sup>。政策中的土地承包权在法律上的表达应是土地承包经营权,土地承包权是土地承包经营权的通俗称谓和方便提法,并非“三权分置”后新生的一种权利<sup>[2]</sup>,只是受到经营权限制的土地承包经营权的代称<sup>[3]</sup>。

至于其与土地经营权的的关系,存在两种观点。一种观点认为,土地经营权是在土地承包经营权上设定的土地用益物权<sup>[4]</sup>。另一种观点则认为,土地承包权和土地经营权分离完全可以根据现行法律规范来实现,无需新设用益物权。在债权与物权二元区分的原则下,土地经营权的性质应是土地承包经营权设定的债权<sup>[5]</sup>,属于承包土地的“债权型利用”<sup>[6]</sup>,此种路径既稳定了农户对土地承包经营权的权利,也可通过优先权来实现土地经营权的流转与放活<sup>[7]</sup>。

### (二) 土地承包权实质是集体经济组织成员权的体现

土地承包权实质上是集体经济组织成员身份权的体现。针对具体权利内容,又有两种不同看法:一是主张将土地承包权认定为集体土地所有权应包含的成员权。此种观点否定了政策中的土地承包权与法定物权即土地承包经营权系同一概念的观点,认为前者是带有明显身份属性的集体成员权,后者则是一种用益物权。“三权分置”中的土地承包权,“应在集体所有权主体的集体成员权中规定”<sup>[8]</sup>,故为了推动“三权分置”政策的贯彻落实,“民法典物权编”应“从立法上明确承认农民集体成员权”<sup>[9]</sup>。二是把政策中的土地承包权理解为土地承包经营权应包含的成员权。此种观点认为,土地承包权的本质是内含于土地承包经营权中的成员权,正是因为其成员权身份的限制,导致经营权的流转不利,故主张将土地承包经营权拆分为承包权和经营权,而作为成员权的承包权是承包农户获取经营权等财产收益的前提。

### (三) 土地承包权是区别于土地承包经营权的独立权利

此种观点认为,政策中的土地承包权应从土地承包经营权中游离出来作为一种独立的权利类

<sup>①</sup>《中华人民共和国农村土地承包法》(2018修正)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。”

型,这是政策的应有之义也是对法律规范的正确解释<sup>[10]</sup>。土地承包权并非完全意义上的集体经济组织成员权,其仅是集体经济组织成员权的一部分,并不能等同替代。况且,从“三权分置”的政策目标看,只是针对农村承包地的制度变革,并非试图改变所有的农村土地制度。

综合上述观点,关于土地承包权法律性质的解读,争议焦点主要集中在以下两方面:一是土地承包权能否构成一项独立于土地承包经营权的民事权利?二是土地承包权应属于成员权还是物权?学界之所以产生这些争议,笔者认为主要有以下原因:首先,现有法律规定模糊。承包地“三权分置”从政策构想转换为制度规则,本身具有极大的想象空间,学者们见仁见智有助于科学立法。但是,正是因为法律规定缺失或者模糊,也会加大理论上的分歧。“承包法修正案”中既有“土地承包经营权”表述,又有“土地承包权”概念,但对二者性质、关系以及权利规则却未明确界定。如果“民法典物权编”不能就此作出明确回答,可以预见必将伴生学界新一轮的各种解读。其次,承包地上权利复杂。承包地上的权利主体多元,包括集体(发包方)、集体成员(承包方)以及土地经营者。承包地上的权利内容也具有多样性,土地承包经营权必须基于集体成员身份才能享有,这项权利既具有身份性又是法定的物权类型,其特殊性决定了其性质难以判定或具有不确定性。最后,政策用语与法律语言存在差异。在承包地“三权分置”政策出台之前,学界几乎未对《农村土地承包法》中出现的“承包权”表述予以关注,主要研究对象集中在“土地承包经营权”这项法定物权。当“三权分置”政策要求稳定承包权之后,学界才将“土地承包权”作为一种法律上的权利或可能的法律权利来研究。但是,“三权分置”中的“土地承包权”毕竟是政策用语,不能当然等同于《农村土地承包法》中出现的“承包权”,更不能想当然地创设一种新的独立于土地承包经营权的民事权利。在《民法典物权编》颁布背景下,如何理解“土地承包权”有助于《民法典》与《农村土地承包法》的协调适应。

## 二、土地承包权的概念界定和法律解读

稳定土地承包权是“三权分置”政策的明确要求,中央文件已经确定了第二轮土地承包期满后,再延长30年,保持土地承包关系稳定并长久不变的政策。这些政策不仅让农民吃下了“定心丸”,也为土地规模化经营提供了可能。但是,在“三权分置”背景下,学者们对土地承包权进行的法解释仍然存在很大争议,反映了政策目标、法律规定与理论研究之间的矛盾与冲突。笔者认为,稳定土地承包权的法实现,应当尊重历史,立足于土地承包经营权已经深入人心的现实,进而廓清土地承包权的性质、主体和权利内容等制度内涵。

### (一) 土地承包权与成员权不可混同

“三权分置”政策要求稳定的土地承包权是一种带有身份性的财产权,该项权利既非成员权本身也非无身份限制的用益物权。

成员权兼具人身性和财产性,其权源来自特定的身份资格,具有身份权的属性<sup>[11]</sup>。基于成员资格,成员能够享受到一定的财产利益,又具有追求经济利益的经济性质<sup>[12]</sup>。其涵义主要指社团中的成员依据法律规定和团体的章程,根据成员在社团中的地位所享有的各种民事身份权利的综合。尽管成员权既有身份性又有财产性,但其本质属性仍属身份权,因为成员权主体能够直接支配的利益是身份利益,财产权能够直接支配的客体则为财产利益,成员权享有的财产权利是间接的,“是权利人享有成员身份后可以有一定作为的权利”<sup>[13]</sup>。

“三权分置”政策中的土地承包权,其本质属性应作为一种用益物权而非成员权。其一,土地承包

权的本质是对集体土地享有的物权,而非仅仅是一种成员资格,农户作为土地承包权的主体,有权根据承包权直接获得集体土地的使用。其二,土地承包权的身份性源于集体土地所有权应包含的成员权,而非因享有土地承包权而直接带来的身份性。集体土地所有权的成员权是农民集体成员个人享有集体土地所有权的基础,土地承包权则是农民“基于集体成员权而初始取得的土地财产权”<sup>[14]</sup>。其三,土地承包权虽来源于但不能等同于集体土地所有权的成员权。集体成员权是一项能够协调成员和集体利益关系的一项综合性权利<sup>[15]</sup>,除了可以引发土地承包权这项财产权外,成员权还能以此享有宅基地使用权、集体决议权等权利,将土地承包权等同于集体土地所有权的成员权将会陷入以偏概全的困境。

### (二) 土地承包权是具有身份限制的物权

尽管土地承包权并非成员权,但是此项权利却是具有身份属性的财产权。享有土地承包权的前提是拥有农民集体成员权,土地承包权则是将集体土地所有权落实为集体成员享有的具体体现。如果没有农民集体成员的资格,则不能享有土地承包权。集体成员享有的土地承包权具有平等性、长期性,任何组织和个人不得剥夺,这种身份性也决定了土地承包权只能在农民集体内部产生,不能对外转让、担保和继承<sup>[16]</sup>。

土地承包权的身份性限制不容抹杀。将土地承包权贴上纯粹的用益物权标签,将从根本上误读土地承包权和集体土地所有权之间的逻辑关系。从我国集体土地所有权的来源看,先有农民对土地享有私有制意义上的所有权,再有农民将土地所有权让渡给农民集体才产生的集体土地所有权。从本质上看,土地承包权是农民作为集体土地所有权主体的一分子所享有的本该属于自己的土地使用权,这种来源于集体成员权的土地承包权具有天然的身份性。事实上,土地承包权作为一种具有身份性的财产权也是“三权分置”政策的目标所在。正是基于身份性的考虑,土地承包权也才有资格予以“稳定”“保持长期不变”,以此作为农民的社会基本保障。也正是基于财产权属性,在土地承包权之上才可设定土地经营权。

### (三) 土地承包权在法律上应表达为土地承包经营权

作为一种具有身份性的物权,土地承包权是既有的法定权利还是需要立法重新创设?笔者以为,土地承包权只是政策上的用语,而且政策也不能直接创设新的法律权利。何况土地承包权也并非一种需要重新创设的物权,现行法律中的土地承包经营权就是它在法律上的最好表达。

一方面,土地承包权不是通过政策新设的一种权利。有学者认为,“三权分置”政策已经明确了土地承包权这项权利,这项权利与现行法律中的土地承包经营权不同,应当作为一种新设的权利类型,因为土地承包权是集体经济组织成员享有的承包经营集体土地的一种资格权利<sup>[17]</sup>,具有社区封闭性、专属性、保障性<sup>[18]</sup>,不是财产权<sup>[19]</sup>。作为一种独立于土地承包经营权的概念,土地承包权可以有效地将土地承包经营权负载的身份保障功能去除,从而使土地承包经营权回归纯粹物权<sup>[20]</sup>。笔者认为,上述观点有失偏颇,土地承包权的身份性的确不容忽视,但是不能以这种身份性来否定其物权的本质。首先,土地承包权只是“成员权在土地分配上的一种特定化”<sup>[21]</sup>,不能简单地将其等同于成员权,更不能将政策用语直接上升为法律中的权利。其次,“三权分置”政策要求稳定的土地承包权,不仅仅是农民集体成员的承包资格,更重要或更需要稳定的是成员对承包地的用益物权。如果没有稳定的用益物权,仅凭承包资格不能实现土地经营权的流转,更谈不上放活土地经营权。“三权分置”政策要求“稳定土地承包关系并保持长久不变”的根本目标也在于稳定农民对土地

承包的预期,从而激发农民的农业生产投入热情并促进土地流转合同长期化<sup>[22]</sup>。再次,土地承包权资格的身份性、专属性来源于集体土地所有权的成员权。只要集体所有的土地制度不改变,农民就享有承包经营土地的资格,这也是集体土地所有权“以保护客体而非赋予主体自由意志、以固定主体而非流转客体为制度目标”的必然要求<sup>[23]</sup>。如果“三权分置”政策只是简单重申农民集体成员的承包资格稳定不变,显然不符合中央政策再三要求在法律上“落实集体所有权”的初衷。

另一方面,土地承包权也不是《农村土地承包法》中的“土地承包权”。有学者认为,土地承包权就是我国《农村土地承包法》中的“承包权”,是在法律中且得到中央文件认可的一种独立权利类型。《物权法》规定的土地承包经营权和《农村土地承包法》规定的土地承包权并不是一个概念,土地承包经营权应当是不受身份限制且可自由流转的用益物权。因此,去“承包权”身份性限制的土地承包经营权就可以胜任政策中土地经营权的重任,故应当去除《农村土地承包法》《物权法》中关于土地承包经营权转让须经“发包方”同意等不必要限制<sup>[10]</sup>。笔者认为,这种观点未免牵强。上述认识虽能解释土地承包权的身份性,却忽略了农户基于成员身份更应当长期稳定享有用益物权这一重点。事实上,三权分置政策中的土地承包权和经营权,既包含“农民家庭或个人享有的土地承包经营权”这项物权性质的权利又包含立法尚未“明确其性质的经营权”<sup>[24]</sup>。其一,“承包法修正案”第5条规定的集体经济组织成员有权承包土地中的“承包”不仅是一种成员资格,更是一种权利设定。成员“承包”土地就是“土地承包经营权设定方式的通俗表达而已”<sup>[25]</sup>。其二,《农村土地承包法》中的“承包”并非名词“承包资格”,而是一种可以创设权利的法律行为。认定某项权利是否属于一项独立的民事权利必须符合一定要求,“承包法修正案”第5条并没有直接规定并认可“承包权”的独立权利属性,仅仅根据出现了“承包土地的权利”就将其认定为一项独立权利未免欠妥。其三,即便将土地承包经营权中的经营权流转出去,剩下的权利也并非单纯承包土地这样一种权利资格<sup>[26]</sup>,只是经营权受到限制的土地承包经营权的代称而已<sup>[27]</sup>。

### 三、土地承包经营权的法规则解释

虽然“三权分置”政策并未否定土地承包经营权这项法定权利,但土地承包经营权的制度设计仍然存在许多需要进一步明确和释明之处。

#### (一)厘正土地承包经营权主体的身份性

土地承包经营权规则的完善,首先要明确土地承包经营权的权利主体,具体包括主体是否具有身份性及主体应当定位为“户”还是成员“个人”这两个问题。“承包法修正案”第9条规定的是“承包方”,未明确主体的身份性。《民法典物权编》直接规定了“土地承包经营权人”这一主体,也没有明确主体的身份性。而之前的《农村土地承包法(修正案草案二次审议稿)》第9条则规定享有土地承包经营权的主体是农村集体经济组织成员。笔者以为,在“民法典物权编”立法中,应当明确规定土地承包经营权主体的身份性,并将非农户经营“荒山、荒沟、荒丘、荒滩等”农村土地而享有的土地承包经营权分离出去,一并纳入没有身份限制且转让自由的土地经营权范畴。遗憾的是,《民法典物权编》第342条仍将非农户取得的“荒山、荒沟、荒丘、荒滩等”农村土地权利定性为土地承包经营权,规定只有“经依法登记取得权属证书的”,才可以进行抵押、入股等自由流转。

##### 1. 土地承包经营权是否具有身份属性

关于土地承包经营权是否具有或者应该具有身份性这一问题,在学界仍然存在争议。否定土

地承包经营权具有身份性的观点认为,应该区分“承包资格意义上的承包权”和《物权法》中的土地承包经营权,土地承包经营权的财产属性使其彰显社会保障功能的身份属性“荡然无存”<sup>[28]</sup>。如前所述,笔者赞成土地承包经营权不能等同于基于成员身份而享有的承包资格,也肯定土地承包经营权的用益物权属性,但并不能据此否定土地承包经营权这一用益物权应当具有的主体身份性限制。一方面,权利的性质或者属性与权利主体的范围是不同的概念,土地承包经营权的物权属性并不能否定其主体的身份性限制,此种身份性限制是集体成员对集体土地所有权享有成员权的体现。另一方面,土地承包经营权的身份属性也是“三权分置”政策中稳定承包权尤其是放活经营权的一种法律实现途径,因为即便否定土地承包经营权的身份属性,充分扩展土地承包经营权的用益物权的权能,也不能否定土地承包经营权的物权流转仍然要受到集体成员资格限制的现实。基于此,不如明确承认其身份性和物权流转的主体限制,将不具有身份限制并可自由流转的土地使用权剥离出来,一并纳入最能充分发挥土地财产价值的土地经营权范畴。

## 2. 土地承包经营权应以“户”还是成员个体为主体

明确土地承包经营权的主体,还需明确由“户”还是单个的集体“成员”作为其权利主体。主张应当由集体成员作为土地承包经营权主体的观点认为,农村承包经营户是权利行使的单位,“空有外壳而无实在意义”,成员作为土地承包经营权主体的各成员“依据发包时的份额形成准按份共有关系”<sup>[29]</sup>。此外,农户这一主体会遮蔽分配不到土地承包经营权的集体成员的利益,掩盖了人口变化引起的人地矛盾问题<sup>[28]</sup>。而主张归属农户的学者则认为,以“户”为单位是农民承包土地的常态,可以集中劳动力进行生产经营,需要在立法中确认农户的主体地位<sup>[30]</sup>。“承包法修正案”第5条将土地承包经营权的主体规定为“农村集体经济组织成员”,第16条又规定“本集体经济组织的农户”才是承包方,但农户内的每一成员均应当平等享有承包的各种权益。其后,第24条也规定了土地承包经营权证或者林权证等证书中应当将享有承包权的“全部家庭成员列入”,这些规定体现了“承包法修正案”对农户内成员权益的保护倾向。

笔者以为,将土地承包经营权的主体规定为“农村承包经营户”更为合适。首先,“农村承包经营户”这一独具特色的权利主体是由中国农村生活与生产为一体的现实所决定。承包经营的土地是维系农村家庭成员共同生活的重要物质基础,并自然形成了“家地一体”的“农村承包经营户”这一兼具生活和生产功能的基本单位。其次,无论以“户”为单位还是以集体成员个人为单位建立土地承包经营权主体制度,都不是造成人地矛盾问题的根源。“增人是否增地”及“减人是否减地”的问题根源在于承包经营土地的分配标准问题,即便以户为单位的分配依然可以根据户内成员的人数增减进而作出土地的调整变动。最后,将土地承包经营权主体规定为集体成员并不具有现实可操作性,土地承包经营权这一用益物权的灵魂并不是承包土地的资格确认,而是对土地的经营使用。集体成员资格或者承包农地的资格可基于出生、死亡及婚姻等事实而取得或者丧失,并可依赖已有的户籍登记制度予以确认。但是,土地承包经营权的得丧变更则更多基于民事法律行为产生,不具有民事行为能力的成员个体无法通过自己的行为来行使土地承包经营权。总之,作为一种社会现实,以“户”为土地承包经营权的主体具有共担生产经营风险、共享收益的家庭理念,确无必要为了现代个人权利话语而人为打散或取消<sup>[31]</sup>。此外,以农户作为土地承包经营权主体也不妨碍因户内成员的增减进行承包土地的调整变动,何况我国《民法总则》也已明确“农村承包经营户”这一民事主体地位。

## (二) 完善土地承包经营权的权能

一旦将土地承包经营权的主体身份限定为农户,土地承包经营权的权能也必将受到相应限制。基于土地承包经营权所担负的社会功能和维护财产权利的秩序价值,确有必要对其权能予以适当的限制,此种限制由“耕地资源的稀缺性”所决定,也是“农地可持续利用的需要”<sup>[32]</sup>。2018年8月27日提交全国人大常委会审议的《民法典各分编(草案)》则概括规定了土地承包经营权具有“互换、转让或者出让土地经营权”的权能。对于其与土地经营权之间的关系以及土地承包经营权是否具有抵押、继承等权能均未予以明确。该草案第131条规定,土地经营权的权利来源为“合同约定”,可在一定期限内对农村土地进行农业生产经营收益的权利。此条规定了土地经营权人的权利,并明确其权利来源为“合同约定”。而“承包法修正案”以“土地经营权”为标题单独规定了一节内容,且赋予土地经营权的权利来源更加多元化,可通过“出租(转包)、入股或者其他方式”取得。《民法典物权编》则分别规定了土地承包经营权人“有权将土地承包经营权互换、转让”,“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”。

关于土地承包经营权权能的规定,相较于“承包法修正案”及《民法典各分编(草案)》,《民法典物权编》具有以下进步:其一,没有采用“承包法修正案”关于土地经营权“转包”的规定。因为“转包”并非严格的法律术语,即便实践中存在,也与“出租”的债权设立含义不可同日而语,它更多体现了物权性质的流转,二者不可等同或者替代,而且此种表述更加模糊了土地经营权的性质。“承包法修正案”将“出租”和“转包”用等同或替代意义的符号进行连接实为不妥。其二,没有规定“代耕”“代种”等流转方式。“承包法修正案”第40条将“承包方将土地交由他人代耕不超过一年的”纳入土地经营权流转范围也不妥当,因为短时间“交由他人代耕”的行为并不产生土地经营权的流转,现实中短时间的“代耕”“代种”本质上是一种劳务合同关系。其三,关于耕地的土地使用权抵押规定更为合理。根据《民法典各分编(草案)》第190条的规定,耕地等集体所有的土地使用权原则上不得抵押,除非法律规定可以抵押。而该草案第209条又规定有“以土地承包经营权、土地经营权抵押的”条款。显然,上述两个条款对耕地使用权是否能够抵押的问题,存在显著的原则上的不同。在《民法典物权编》中,则将“耕地”的土地使用权排除在不得抵押的范围。

《民法典物权编》关于土地承包经营权权能的规定也存在一些不足,尤其是关于土地承包经营权是否具有抵押权能这一问题并未进行立法的落实。《民法典物权编》第342条规定,非农户取得的“荒山、荒沟、荒丘、荒滩等”农村土地承包经营权,只有“经依法登记取得权属证书的”,才可以进行抵押和以入股等方式自由流转。但是,《民法典物权编》第339条对于以家庭承包方式取得的土地承包经营权是否具有抵押权能却未规定。尽管《民法典各分编(草案)》第209条中规定有“以土地承包经营权、土地经营权抵押”的情形,但土地承包经营权可否具有抵押权能与土地承包经营权可否抵押并非同一法律问题,立法应予厘清。“承包法修正案”第47条也规定承包方可用“承包地的土地经营权”融资担保,受让方(土地经营权人)也可以“通过流转取得的土地经营权”融资担保。笔者赞成这样的规定,即赋予土地承包经营权抵押权能,但其抵押客体只是土地经营权而非土地承包经营权本身。

## (三) 明确土地经营权是受法律特别保护的债权

《民法典各分编(草案)》及《民法典物权编》均未明确土地经营权到底是物权还是债权的法律性质。《民法典各分编(草案)》规定了土地经营权人的权利是通过“合同约定”获得的,但通过合同

约定取得的权利并不等同于债权,基于合同也可以取得物权,如土地承包经营权就是通过承包合同取得的物权。因此,土地经营权的债权取得方式和土地经营权是否被法律赋予物权性质是不同的概念。值得一提的是,“承包法修正案”在“土地承包经营权”之后单独规定了“土地经营权”一节,对土地经营权的土地用途、取得方式等内容作了强制性的规定,关于土地经营权的期限和具体权利内容并未进行具体明确,但规定了要根据合同约定内容受到土地承包经营权人的限制。仅仅根据上述内容,很难得出土地经营权被定性为物权的结论,当然“承包法修正案”也不宜承担创设新型物权种类的立法任务。《民法典物权编》第341规定,“流转期限为五年以上的土地经营权”的设立时间自土地经营权流转合同生效时为始,且土地经营权人可申请土地经营权登记。一旦办理土地经营权登记,具有对抗善意第三人的效力。尽管如此规定,仍然没有回答土地经营权的法律性质问题,因为办理了权利登记手续并非一律都是物权,尤其在严格执行物权法定背景下,凡是物权都应以法律作出明确规定为限。

笔者以为,规定流转期限5年以上的土地经营权自流转合同生效时设立,并不能改变土地经营权的债权性质,因为允许其办理土地经营权登记进而赋予其对抗效力,足以满足权利稳定性和公信力要求。其一,土地经营权被设定为物权可能导致农地权利体系的混乱。土地承包经营权系他物权,由土地承包经营权再派生出他物权性质的土地经营权,将违反他物权来源于自物权的民法逻辑,也极易引发二者系同义反复或叠床架屋的疑问。而将土地经营权定性为在土地承包经营权之上设定的债权,则完全符合土地所有权(自物权)、土地承包经营权(他物权)、土地经营权(债权)的权利逻辑体系。其二,将土地经营权定性为债权,更加符合“三权分置”政策本意。“三权分置”政策的主要目的是为了“放活土地经营权”,使土地经营权的主体更加多元、取得方式更为便捷多样、内容也更为灵活。通过土地承包经营权人与土地经营权人之间的债权协议进行灵活约定是再合适不过的选择。其三,如果将土地经营权定性为物权,将会在同一土地上产生无数个循环往复的土地物权,因为流转后的土地经营权只要符合一定条件仍然可以再次、再再次进行流转。如此一来,将会在同一土地上出现多个关系复杂、权限难以界定的物权主体,不利于土地的合理利用。其四,土地经营权的债权性质并不排斥法律对其的保护。主张将土地经营权定位为物权的观点主要是基于保护土地经营权人权益的角度,赋予土地经营权人更多的稳定感及对抗不依法履行合同的情形。其实上述顾虑通过债权保护完全能够得到消除,如将流转期限5年以上的土地经营权通过登记赋予其对抗效力就足以保护其权利。

考虑到《民法典物权编》应详细规定或载明的权利类型应该是物权而非债权,故勿需对所有类型权利尤其是流转期限不足5年的土地经营权的债权性质进行明确规定。但是,仍有必要对可以登记的土地经营权的债权性质予以明确,以便消除理论和实务中的争议。如前所述,通过招标、拍卖、公开协商方式所取得的土地使用权应当脱离土地承包经营权范畴,将其一并纳入土地经营权体系。上述方式所取得的土地使用权与流转期限5年以上的土地经营权一样,均有通过登记进而拥有对抗第三人的效力,故可将此两种土地经营权一并规定。具有登记对抗效力的土地经营权,可以稳定土地经营权者的经营预期,对土地产能和经济效益的提升具有积极促进作用<sup>[33]</sup>。

#### 四、结语

《民法典物权编》应当主动承担弥补或纠正“承包法修正案”没有规定或需要改进之处。对理论

争议较大且不利于“三权分置”改革实践的重大问题,应当予以积极回应,尤其要明确土地承包经营权主体的农户身份限制和土地经营权的债权性质。只有如此,才能顺利解决实践中存在的诸如土地承包经营权和土地经营权的继承、抵押等问题。简言之,土地经营权必须建立在完善的土地承包经营权制度、规范及运行基础上,《民法典物权编》虽明确规定了“三权分置”政策中的“土地经营权”,但仍需要对“土地承包权”予以更多重视和关注。

#### 参考文献:

- [1] 谭启平. “三权分置”的中国民法典确认与表达[J]. 北方法学, 2018, 12(5): 5-15.
- [2] 高圣平. 承包土地的经营权抵押规则之构建: 兼评重庆城乡统筹综合配套改革试点模式[J]. 法商研究, 2016, 33(1): 3-12.
- [3] 蔡立东, 姜楠. 承包权与经营权分置的法构造[J]. 法学研究, 2015, 37(3): 31-46.
- [4] 朱继胜. 论“三权分置”下的土地承包权[J]. 河北法学, 2016, 34(3): 37-47.
- [5] 姜红利. 放活土地经营权的法制选择与裁判路径[J]. 法学杂志, 2016, 37(3): 133-140.
- [6] 温世扬. 从《物权法》到“物权编”: 我国用益物权制度的完善[J]. 法律科学, 2018, 36(6): 155-163.
- [7] 刘云生, 吴昭军. 政策文本中的农地三权分置: 路径审视与法权建构[J]. 农业经济问题, 2017, 38(6): 12-22, 1.
- [8] 韩松. 论民法典物权编对土地承包经营权的规定: 基于“三权分置”的政策背景[J]. 清华法学, 2018, 12(5): 112-125.
- [9] 许中缘, 高振凯. 民法典物权编的编纂应贯彻团体法思维: 基于农民集体成员权的视角[J]. 中国不动产法研究, 2018(1): 20-39.
- [10] 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(3): 159-178.
- [11] 王泽鉴. 民法总则[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2001: 67-76.
- [12] 谢怀栻. 论民事权利体系[J]. 法学研究, 1996, 18(2): 67-76.
- [13] 陈小君. 我国农民集体成员权的立法抉择[J]. 清华法学, 2017, 11(2): 46-55.
- [14] 杨一介. 论“三权分置”背景下的家庭承包经营制度[J]. 中国农村观察, 2018(5): 82-95.
- [15] 韩松. 农民集体土地所有权的权能[J]. 法学研究, 2014, 36(6): 63-79.
- [16] 马俊驹, 丁晓强. 农村集体土地所有权的分解与保留: 论农地“三权分置”的法律构造[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2017, 35(3): 141-150.
- [17] 楼建波. 农户承包经营的农地流转的三权分置: 一个功能主义的分析路径[J]. 南开学报(哲学社会科学版), 2016(4): 53-69.
- [18] 叶兴庆. 集体所有制下农用地的产权重构[J]. 毛泽东邓小平理论研究, 2015(2): 1-8.
- [19] 刘俊. 土地承包经营权性质探讨[J]. 现代法学, 2007, 29(2): 170-178.
- [20] 丁文. 论“三权分置”中的土地承包权[J]. 法商研究, 2017, 34(3): 15-26.
- [21] 朱广新. 土地承包权与经营权分离的政策意蕴与法制完善[J]. 法学, 2015(11): 88-100.
- [22] 高帆. 农村土地承包关系长久不变的内涵、外延及实施条件[J]. 南京社会科学, 2015(11): 8-15.
- [23] 姜红利. 农地三权分置之下土地所有权的法律表达[J]. 法学家, 2017(5): 25-33, 176.
- [24] 孙宪忠. 推进农地三权分置经营模式的立法研究[J]. 中国社会科学, 2016(7): 145-163, 208-209.
- [25] 高圣平. 农地三权分置视野下土地承包权的重构[J]. 法学家, 2017(5): 1-12, 175.
- [26] 潘俊. 农村土地“三权分置”: 权利内容与风险防范[J]. 中州学刊, 2014(11): 67-73.
- [27] 李国强. 论农地流转中“三权分置”的法律关系[J]. 法律科学, 2015, 33(6): 179-188.
- [28] 高飞. 寻找迷失的土地承包经营权制度: 以农地“三权分置”政策的法律表达为线索[J]. 当代法学, 2018, 32(6): 14-24.
- [29] 温世扬, 梅维佳. 土地承包经营权主体制度的困境与出路[J]. 江西社会科学, 2018, 38(7): 163-171, 255-256.
- [30] 孙宪忠. 争议与思考: 物权立法笔记[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2006: 501.
- [31] 姜红利. 分类推进是实现农民集体所有权的基本理念[J]. 农业经济问题, 2019, 40(7): 29-36.
- [32] 邹秀清. 土地承包经营权权能拓展与合理限制研究[M]. 北京: 中国社会科学出版社, 2013: 118-120.

[33] 宋宗宇,何贞斌,陈丹. 农村土地经营权的确定化及其制度构建[J]. 农村经济,2015(7):19-24.

## Reconfirmation of land contract right under the policy of “separation of three rights”

JIANG Hongli<sup>1a,1b</sup>, SONG Zongyu<sup>2</sup>

(1. a. Rural Legal Development Research Center of School of Law; b. Institute for Chinese Legal Modernization Studies, Nanjing Normal University, Nanjing 210023, P. R. China;

2. School of Law, Chongqing University, Chongqing 400044, P. R. China)

**Abstract:** The newly revised Rural Land Contract Law provides an effective approach to the introduction of the policy of “separation of three rights”, but it still needs to be further clarified and refined. The Civil Code should take the responsibility of repairing. The land contract right in the policy of “separation of three rights” is not the qualification right of land contract, nor a new usufructuary right without identity restriction. Taking the legislation of the compilation of real rights of the Civil Code as an opportunity, we can achieve the policy goal of “separation of three rights” by improving the existing system of usufructuary right, that is, the right to contract and manage land. Based on rural producing and living tradition of “integration of family and land” and based on the consideration of stabilizing land contract and management right, the subject of land contract and management right should be limited to peasant households. The land contract and management rights enjoyed by non-peasant households in the operation of “barren mountains, barren ditches, barren hills and barren beaches” should be separated and included in the scope of land management rights that can be registered and strengthened for protection. Land management right is an obligatory right specially protected by law. It is suggested that the ownership of land management right with a circulation period of more than five years can be registered and thus entrusts it with the effectiveness of confrontation, which can meet the requirements of stability of rights and credibility. The land contract and management right has the function of mortgage, the object of which is the land management right. The land contract and management right cannot be mortgaged due to its identity limitation.

**Key words:** “separation of three rights”; the compilation of real rights of the Civil Code; land contract and management right; land contract right; land management right

(责任编辑 胡志平)