

承包地利用的守成与突破

——以土地经营权法律定位的检讨为中心

滕佳一*

目次

引言

一、农地利用与土地经营权的产生

二、家庭承包经营与土地经营权的功能

(一) 承包合同的作用

(二) 土地经营权的功能

三、土地经营权的法律地位

(一) 土地经营权类型

(二) 流转的客体：土地承包经营权流转还是土地经营权流转

(三) 土地经营权属于债权

结语

摘要 农地家庭承包带来的分散经营的弊端,可通过在农户的土地承包经营权上为新型经营主体设立土地经营权而得到克服。新《农村土地承包法》创设的土地经营权,摆脱了集体成员身份对土地承包经营权的束缚,有助于更大程度释放农地的财产价值。“以其他方式承包取得的权利”应为物权性质的土地承包经营权,而非土地经营权。承包地因物权性利用和债权性利用之不同,各自法律效果存在明显差异。在三权分置的结构下,土地经营权的性质应属于债权。明确土地经营权性质,不仅有利于促进土地有效利用,还能够解决农地权利群的逻辑冲突。

关键词 土地承包经营权 土地经营权 承包合同 《农村土地承包法》

引言

以落实集体所有权、稳定农户承包权、放活土地经营权为核心的农地“三权分置”,是继家庭承包制后农村改革的又一大制度创新。中央政策改革土地承包经营权的思路在于坚持集体所有权,

* 湖南大学法学院助理教授、湖南大学罗马法系研究中心研究人员,法学博士。本文系国家社会科学基金青年项目“返还原物请求权学术史研究”(项目编号: 16CFX037)和“法治湖南建设与区域社会治理协同创新中心”的阶段性研究成果。

赋权于农民,以实现2013年11月《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》^{〔1〕}提出的“健全归属清晰、权责明确、保护严格、流转顺畅的现代产权制度”的目标。经修正后于2019年1月1日生效的《农村土地承包法》^{〔2〕}就是贯彻承包地“三权分置”的法律实践,^{〔3〕}2020年5月28日通过的《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)也就此做出规定。^{〔4〕}然而,此次《农村土地承包法》修法目的是否达到、三权分置下各权利之间关系如何等问题,均有待检验。本文旨在考察以承包地利用为基础而产生的法律关系,特别是以家庭承包方式获得土地承包经营权后,私法上如何构造承包人与他人的权利义务关系,即考察《农村土地承包法》对承包地利用的规范立场。除非特别说明,“农村土地承包”或“承包地”仅指向农村集体所有的土地。

一、农地利用与土地经营权的产生

新中国成立后,我国农村土地利用关系历经多次变迁。改革开放之后,逐渐形成了土地所有权公有、农村土地承包经营权可以通过多种方式进行流转^{〔5〕}的基本格局。自此,国家密集出台法律以调整农村土地利用关系,而中央政策在这方面的直接作用趋于减弱。

改革开放前,统一分配的经营体制严重制约农村生产力发展,也使农村生产力付出了高昂的代价。^{〔6〕}1988年4月通过的《宪法修正案》规定“土地的使用权可以依照法律的规定转让”(第10条第4款),首次在宪法层面提出土地所有权和土地使用权可以分离。1988年底,《土地管理法》迎来第一次修正,立法者对土地利用模式做出重要修改:一方面规定“任何单位和个人不得侵占、买卖或者以其他形式非法转让土地”(1988年《土地管理法》第2条第2款);另一方面,增加“国有土地和集体所有的土地的使用权可以依法转让”等规定,^{〔7〕}农村集体土地可由集体或个人承包经营(1988年《土地管理法》第12条)。家庭联产承包制下,农民获得承包地时,还应按农村集体经济组织要求,完成特定生产任务,即所谓“留足集体的”。

我国立法者对土地承包经营权的认识也经历了变迁。1998年《土地管理法》的修订确立了土

〔1〕 从《关于全面深化改革的决定》的要求看,农村土地改革主要涉及三方面:符合规划和用途管制的农村集体经营性建设用地允许进入市场,和国有土地同权同价;农村农民土地承包经营权抵押担保的问题;农民住房财产权的抵押、担保和转让。

〔2〕 为便于比较,本文对修正前的《农村土地承包法》也称旧法,而修正后重新颁布的,则称新法。

〔3〕 《全国人大常委会组成人员分组审议农村土地承包法修正案草案》,载中国人大网,http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/cwhhy/12jcw/2017-11/04/content_2031396.htm。

〔4〕 参见王晨:《关于〈中华人民共和国民法典(草案)〉的说明——2020年5月22日在第十三届全国人民代表大会第三次会议上》。需要说明的是,在新《农村土地承包法》实施后,2019年4月20日的《民法典物权编(草案二次审议稿)》和2019年12月28日公布的《民法典草案》就承包地“三权分置”也做出了相应的立法安排。参见沈春耀:《全国人大宪法和法律委员会关于〈民法典各分编(草案)〉修改情况和〈中华人民共和国民法典(草案)〉编纂情况的汇报——2019年12月23日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第十五次会议上》。

〔5〕 参见原《土地管理法》(2004年修正),原《农村土地承包法》第10、32、44条和《物权法》第128、129、133条(农村四荒土地的承包经营权流转方式)。

〔6〕 比如,自实行农业高级社后,从集体经济组织获得的人均年收入,在1957年至1978年的二十一年中,只增加了33.3元,而农民人均粮油消费水平则出现下降现象。参见陈锡文、赵阳等:《中国农村制度变迁60年》,人民出版社2009年版,第19页。关于农地家庭联产承包制度的形成,参见甘藏春主编:《社会转型与中国土地管理制度改革》,刘守英执笔,中国发展出版社2014年版,第32页及以下。该文指出,1982年中央一号文件确认,农户和集体属于承包关系。

〔7〕 该规定被继续认可,现行《土地管理法》第10条规定“国有土地和农民集体所有的土地,可以依法确定给单位或个人使用”。而1988年12月底修正的《土地管理法》,删除了“禁止出租土地”的内容,使“土地使用权”成为合法交易对象,农村土地的使用权之处分方式变得多元,出租、转让等,不一而足。

地用途管制,并对农地利用提出新的思路。针对原国土资源部1998年4月26日《关于〈中华人民共和国土地管理法(修订草案)〉的说明》涉及的“农民的承包经营权就是农民的土地使用权”意见,立法机关认为,“国有土地和农民集体所有的土地,可以由单位或个人承包经营,从事种植业、林业、畜牧业、渔业生产”,并明确指出“家庭联产承包责任制是宪法规定的农村集体经济所有制的基本形式,农民的土地承包经营权就是农民的农业用地使用权,……”〔8〕。

1999年宪法修改时,“家庭联产承包为主的责任制”的表述被“统分结合的双层经营体制”(1999年《宪法》第8条第1款)所取代,但仍延续了农地“集体所有—农户利用”的模式。赋予农民土地使用权成为落实以家庭经营为基础的农村基本经营体制的最主要手段,这表现为在实行分户生产承包的地方,农户通过签订土地承包合同取得承包地,允许农民进行自负盈亏的农业生产。《农村土地承包法》起草者继而认为,家庭承包是“人人有份的承包”,主要是针对耕地、林地和草地,并强调“对家庭承包的土地实行物权保护,……土地承包经营权可以依法转让、转包、入股、互换等……”,对其他形式承包的土地实行债权保护。〔9〕准此,就土地承包经营权与家庭承包之间的关系而言,立法者倾向于将其定位为一项人人均享有的平等(财产)权利,基于承包合同,作为农村集体经济组织成员的承包人取得土地承包经营权,贯彻了使其物权化的指导思想。〔10〕事实上,在“人人有份”的家庭承包关系下,承包人按照发包人(集体土地所有权人)的某种生产预期目标获得承包土地、从事农业生产,只是一种常见的土地经营模式,单一的家庭作为基本生产经营单位,使得参与农业生产的家庭成员可根据实际需要从事劳动。因此,农民的土地承包经营权不过是家庭联产承包责任制的必然结果,不能将其等同于农村生产经营模式。

这种新的实践异于传统民法中侧重所有权人自己支配标的物的模式,而土地使用权人成为农地制度的核心。现行法一方面规定农地所有权的集体所有或全民所有,另一方面将调整重心置于非所有权人(主要是农民)对农村土地的使用。若将农地的国家所有权和集体所有权理解为国家所有(制)或集体所有(制)的法权表现形式(法权关系),那么,参照“个人所有权”建立起来的集体土地所有权,则由于“所有权人”实属虚构和抽象,其只能通过某种“媒介”,以寻求集体所有权的实现方式。准此,农村集体土地只得通过其使用权的配置,方能符合其属于物权的私法定位,农村土地集体所有制毋宁是农村土地使用权的一种政治话语外壳。可见,家庭联产承包责任制下,承包地利用的构造已然摒弃土地私有化模式,并承袭农业生产合作社、人民公社化以来将土地完全公有化,进而允许农村土地使用权进行“转让”(2003年生效的《农村土地承包法》使用术语“流转”)的调整思路。由我国经济制度的基础(《宪法》第6条第1款)所决定,“家庭承包”成为农村集体经济组织中主导性的农地经营模式,集体土地与本集体的农民个体(农户)之间的封闭性关系由此形成:任何成员均可向本集体经济组织请求承包土地(《农村土地承包法》第5条)。《物权法》继而确认家庭承包下仅能由农户取得土地承包经营权,并可以转让或转包等多种方式将其流转(第128条)。

然而,家庭承包模式也造成农村广袤田地碎片化经营的弊端,塑造农用地使用权成为推进农业现代化的主要法律手段。正是在这种背景下,2016年中共中央办公厅、国务院办公厅联合印发的《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《分置意见》)和中共中央、国务院印发的《关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》继续强调,承包地“三权分置”是农村改革的制度创新,农户享有承包经营权是集体所有权的具体实现形式,在土地流转中,(土地)承包经营权派生出土

〔8〕 参见李伯勇:《全国人大法律委员会关于〈中华人民共和国土地管理法(修订草案)〉审议结果的报告——1998年8月24日在第九届全国人民代表大会常务委员会第四次会议上》,载《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》1998年第4期,第371—372页。

〔9〕 参见柳随年:《关于〈中华人民共和国农村土地承包法(草案)〉的说明——2001年6月26日在第九届全国人民代表大会常务委员会第二十二次会议上》,载《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2002年第5期。

〔10〕 参见李适时主编:《中华人民共和国民法总则释义》,法律出版社2017年版,第150页。

地经营权。而新《农村土地承包法》主要通过其“总则”章的第9、10条予以贯彻。农地“三权分置”改革最重要的内容是赋予新型经营主体一项全新权利,并可将其自由地“处分”,核心问题是“实现土地承包经营权和土地经营权的分离”^{〔11〕},从而达到放活土地经营权的政策目标。事实上,从承包农户已取得的“土地承包经营权”分离出一个独立的“土地经营权”,是家庭承包经营下重新激活承包地利用的必由之路。第一,城市化进程中大量农民进城务工,^{〔12〕}农民收入来源多元化,土地收入的贡献率呈下降趋势,农民种地意愿减弱,农地利用效率不高;第二,现代农业要求适度规模化经营、集约经营,^{〔13〕}但家庭承包所造成的农地分散经营,却给新型经营主体的规模用地带来了困扰;第三,土地经营权也不同于“土地承包经营权出租(转包)”(原《农村土地承包法》第39条)。2002年《农村土地承包法》审议之初,人们并未提及以“出租”方式流转土地承包经营权,只是审议过程中有关部门提出“以出租形式进行流转的情况较多”,立法机关才予以增加。^{〔14〕}“出租”的流转方式,仅在承租人和出租人(原承包方)之间产生债之关系,土地承包经营权未发生变动。原农业部颁布的《农村土地承包经营权流转管理办法》第35条第5款所谓“出租后原土地承包关系不变”的规定,恰恰是指原承包合同仍具有物权效力(《物权法》第127条第1款)。发包方或出租人(原承包方)随时可能收回承包地之风险,使承租人难以获得稳定预期。然而,土地经营权赋予权利人更独立和可靠的利用土地的权能。一方面,农户可将其流转(《农村土地承包法》第9条),而仍保留承包农村土地的资格;另一方面,受让方通过流转合同可占用土地并取得收益(《农村土地承包法》第37条),流转期限5年以上的,还能够申请登记(《农村土地承包法》第41条、《民法典》第341条),并以之申请融资担保(《农村土地承包法》第46、47条)。学界虽就土地经营权性质和融资担保类型存在较大争议(下文详述),但立法者赋予农户/土地经营权人对土地经营权更为自由的处分能力,以服务实践需要,却是不争事实。^{〔15〕}并且,与原来的出租人法律地位不同,土地经营权人能以其取得的权利进行融资,无疑扩展了承包地的财产能力。因此,与土地承包经营权相比,土地经营权在承包地利用中扮演完全不一样的角色。

二、家庭承包经营与土地经营权的功能

原《农村土地承包法》(第4、5、16条)和《物权法》(第117、118、125条及以下)以集体土地所有权和土地使用权分离为基础,建立农地承包制度,并将土地承包经营权规定为物权,确立了多种流转方式(《物权法》第128、133条)。根据新的《农村土地承包法》,土地承包经营权因承包本集体经济组织的农地而产生。具体而言,本集体经济组织的成员(农户)与发包方签订承包合同(《农村土地承包法》第22条)后,土地承包经营权自承包合同生效时取得(第23条)。《物权编草案(二审稿)》第128条第1款和《民法典》第333条对此均予以认可。很明显,立法者认为这是一种以法律行为方式取得用益物

〔11〕 2018年10月《农村土地承包法修正案》二次审议时,全国人大宪法和法律委员会认为,农地“三权分置”改革的关键,在于家庭承包的农户在经营方式上的转变。参见胡可明:《全国人大宪法和法律委员会关于〈中华人民共和国农村土地承包法修正案(草案)〉修改情况的汇报——2018年10月22日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第六次会议上》,载《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2019年第1期。

〔12〕 参见刘振伟:《完善农村土地承包法律制度》,载全国人大农业与农村委员会法案室编著:《农村土地承包法律制度研究》,中国法制出版社2017年版,第15页。

〔13〕 参见中共中央办公厅、国务院办公厅2014年11月印发的《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》。

〔14〕 参见顾昂然:《全国人大法律委员会关于〈中华人民共和国农村土地承包法(草案)〉审议结果的报告——2002年8月23日在第九届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议上》,载《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2002年第5期。

〔15〕 参见刘振伟:《巩固和完善农村基本经营制度》,载《农村工作通讯》2019年第1期,第23页;前注〔12〕,胡可明所作汇报。

权的模式,承包合同的基础作用得到强调。然而,早期家庭联产承包责任制下,农地利用中的承包合同与土地承包经营权之间的关系却可能呈现不同于纯粹私法意义上的其他面相。而相较于土地承包经营权,土地经营权也具备一些全新功能,使承包地利用能够更好地回应社会需求。

(一) 承包合同的作用

承包合同或协议(承包关系的具体表现形式)^[16]是农民利用土地从事农业生产经营和取得土地承包经营权的前提。我国推行家庭联产承包责任制之初,由于有关土地法律的缺位,承包合同并非严格意义上的取得土地承包经营权的基础合同,与其今日定位存在明显差异。

从国家治理层面看,^[17]家庭联产承包责任制带来的农村土地承包合同是“治理术”在农村社会的运用。有学者早年即指出,农业税、统筹费和集体提留均通过承包合同实现,而不按时缴纳承包费用或不完成国家税收、不缴纳各种“统筹和村提留”,甚至未执行计划生育任务,都可能成为解除土地承包合同的理由。因此,农地承包合同无法等同于中国近代的“租佃契约”,其不过是政府和农村基层干部对农村社会进行全面治理的杠杆和手段。另一方面,早年有司法判决也认可承包合同具有治理属性,并将其区别于一般的民事合同。^[18]此外,也有学者将农村土地承包关系理解为土地租赁合同的特殊实现方式。^[19]而经济学者则认为,承包责任合约(responsibility contract),即农地承包合同是国家通过或长或短的“土地租约(a state lease of land)授予私有产权”^[20]。就制度设置而言,土地承包经营权不过是普通农户通过签订一定期限的承包协议,在集体或国家土地上从事耕种、畜牧、养殖等农业生产行为,并获得相关劳动成果的权利。实在法未规定承包农户应向土地所有权人交纳承包费用,^[21]与国有土地有偿使用(《土地管理法》第2条第5款)不同,农地承包通常为无偿。

过去很长一段时间内,承包合同关系并不当然赋予农民物权权能,根据土地承包经营权之现实法律关系的内容和特点来看,某种程度上家庭联产承包制是“以合同形式实现土地所有权与土地使用权分离,农户所获得的土地使用权,性质上属于债权”^[22]。对于“土地承包经营权”的性质,学界曾存在物权说和债权说的对立,^[23]《物权法》颁布后上述争议的理论价值已丧失,尤其是根据物权法定原则,《民法典》第331、333条将土地承包经营权明确规定为一种用益物权的情形下,更是如此。原《农村土地承包法》等法律法规^[24]中所持土地承包经营权为债权的立场,源于中国农村社会曾长期存在的“地

[16] 农户和本集体经济组织之间的承包合同是确立承包关系的前提。家庭联产承包责任制早期,书面或口头方式均可确立承包关系,2003年《农村土地承包法》施行后才规定应签订书面合同。另一方面,承包关系的认定属重大问题,尤其在诉讼时。

[17] 1983年《关于实行政社分开建立乡政府的通知》发布后实行“废社建乡”,以家庭和承包地为依托的专项治理模式(通过承包合同、承包地调整和生育制度控制),使得国家在乡村的有效治理重新建立。参见应星:《农户、集体与国家——国家与农民关系的六十年变迁》,中国社会科学出版社2014年版,第60页。

[18] 参见赵晓力:《通过合同的治理——80年代以来中国基层法院对农村承包合同的处理》,载《中国社会科学》2000年第2期,第123页及以下。

[19] 参见李俊:《罗马法上的农地永久租赁及其双重影响》,载《环球法律评论》2017年第4期,第143页。

[20] 参见张五常:《中国的经济制度》,中信出版社2009年版(神州大地增订版),第138页。

[21] 但实践中,除基本农田承包为无偿外,对于农民从事经济作物的经营承包,承包人通常应按每年每亩、每年每户等方式计算承包费用。参见北京市第一中级人民法院(2018)京01民终408号民事判决书、北京市第一中级人民法院(2018)京01民终154号民事判决书。

[22] 参见陈甦:《土地承包经营权物权化与农地使用权制度的建立》,载《中国法学》1996年第3期,第88页。文章认为,继续维持土地承包经营权的债权性质具有明显局限,应将其转化为物权性质的农地使用权。

[23] 参见中国社会科学院法学研究所物权法研究课题组:《制定中国物权法的基本思路》,载《法学研究》1995年第3期,第7页。

[24] 《农村土地承包法》(2009年8月27日修正)、《农村土地承包经营权流转管理办法》(2005年1月19日农业部令第47号公布)。

租”现象。农民可以从土地所有权人处取得土地,用于农业生产经营,但得“交皇粮”^[25],本质上是土地租金的一种表现,因此,人们才会将土地所有者和使用者之间的关系界定为债之性质。

如今,农地承包合同已摆脱早先社会治理和农村管控工具的模式。^[26] 2006年伊始农业税的取消(废止了1958年6月3日通过的《中华人民共和国农业税条例》)意味着承包人不再需要向国家或集体经济组织缴纳劳动成果或其他税费。农民取得土地承包经营权后,可在30年、50年不等的期限内将生产经营的收益悉数归于自己。因此,发包方与农户签订的承包合同已不再承担社会治理的任务,它完全是平等民事主体就农地利用达成的意思表示的一致,属于基于法律行为取得物权的方式(《农村土地承包法》第32条后段)。申言之,承包合同摆脱社会治理角色,并将其作为取得用益物权的方式,才契合将土地承包经营权定位为物权的法理逻辑。当然,由于农村土地的两种承包方式均以承包合同为基础,^[27] 导致新法颁布后,其他方式承包场合下承包合同生效是否设立用益物权,不够明朗,但在对上述问题做出肯定回答之时(下文详述),此种类型的承包合同仍属取得物权的私法工具。

(二) 土地经营权的功能

诞生于我国农业生产实践之冒险行动的农村土地承包经营权是通过承包合同从抽象的“他人”(集体或国家)处获得土地从事生产经营,其设立规则与“农地使用权”^[28]不尽相同,且具有复杂性。《物权法》以农村尚属熟人社会为由,^[29] 仅以承包合同生效为其设立要件(《物权法》第127条第1款),此种思路通过《农村土地承包法》第23条(《民法典》第333条第1款亦同)得到强化。显然,《物权法》颁布以来,立法者(也包括司法者)试图以私法上权利配置的思维(区分旨在产生权利取得的基础合同和物权设立本身)对待农民和集体之间因土地利用而产生的私法关系。此种将农民种地的权利定位于用益物权的立场,有助于农民较为自主地从事农业生产,也抑制了集体(或村委会)对农民承包土地的随意干涉。

另一方面,对农地承包配置私法规则之时,却忽略了作为集体经济组织成员的农民(承包方)与本集体经济组织(发包方)在公法上的内在关联,以至于在处理土地所有权和土地承包经营权之间的关系时,特别在强调农民可以将承包地交给非集体经济组织成员的第三人经营时,容易产生误区。

农民有权以家庭承包方式利用本集体的承包地,是基于其公法上集体成员的身份,因此,村委会或村集体经济组织可作为本集体的“代表”,管理村农民集体所有的土地(《村民委员会组织法》第8条、《民法典》物权编第262条),即“代表”本集体行使土地所有权,土地承包方案需经村民会议或村民代表会议决定(《村民委员会组织法》第24条)。《分置意见》所谓“农户享有土地承包权是

[25] 据全国人大常委会预算工作委员会有关负责人介绍,从1949年至2000年的52年间,全国共从农民手上征收了7000多亿公斤粮食。参见《农业税条例拟废止 农民将彻底不用缴“皇粮”》,载新浪网, <https://news.sina.com.cn/o/2005-12-25/08197810548s.shtml>。

[26] 尽管1980年代通过土地承包合同(农地调整)的专项治理在1990年代仍旧延续,但该时期专项治理主要通过计划生育、殡葬、信访等模式,而进入2000年代,则形成了以项目(财政转移支付)为依托的专项治理。见前注[18],应星书,第60—65、103—109、139页及以下。

[27] 即便是“四荒”土地承包经营权的设立也依赖承包合同,参见崔建远:《物权:规范与学说——以中国物权的解释论为中心》(下册),清华大学出版社2011年版,第518页。

[28] 农地使用权的术语曾为学界所推崇,参见梁慧星主编:《中国民法典草案建议稿附理由·物权编》,陈甦执笔,法律出版社2013年版,第410页。

[29] 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室编:《中华人民共和国物权法:条文说明、立法理由及相关规定》(第2版),北京大学出版社2017年版,第269页。学界则有人以农地登记未全面建立为由,主张维持登记对抗主义,参见尹田:《论物权对抗效力规则的立法完善与法律适用》,载《清华法学》2017年第2期,第42—43页。反对意见更多是考虑不动产物权公示的统一,参见崔建远:《民法分则物权编立法研究》,载《中国法学》2017年第2期,第61—62页。

农村基本经营制度的基础”的提法，不过是在强调劳动群众集体所有制下农民与集体之间就农地利用的内在要求。准此，农民承包土地的资格，即所谓土地承包权，并非纯粹私法上的权利，^{〔30〕}而最近政策文件中所谓集体成员平等享有“土地承包权”，也不过是农村集体经济组织成员享有“依法承包集体土地”的权利^{〔31〕}（即现行法上的土地承包经营权）的便宜称谓。承包地利用关系中，将其纳入私法体系，属于明显的定位错误。相反，农户承包农地的权利，在私法上首先应是实际取得承包地并进行农业生产的一种用益物权，即土地承包经营权应为农民集体土地所有权上的一种负担。^{〔32〕}因此，那种认为承包地“三权分置”是集体所有权分解而带来的土地变革的观点，属于将所有权理解为可不断分散的权利束的典型立场，这与所有权本身的整体性、全面性的法理不符。

与此同时，从土地承包经营权产生出来的土地经营权由受让人（新型经营主体）取得时，已然脱离了前者的身份性要素，不具有社会保障性，其技术核心在于更为自由地对承包地进行处分，在功能上更强调纯粹的财产权利属性。正是在这种意义上，受让人方可占有土地开展农业生产，获得收益，并在承包方同意的前提下可将其再转让或用于融资担保（《农村土地承包法》第46、47条）。可见，由农户的土地承包经营权派生之土地经营权，虽借“流转合同”而设立，但完全没有前者所具有的公法色彩，也不承担劳动群众集体所有制（《宪法》第8条第1款）下的政治功能，显然使农地利用更为灵活。此种变革使农户既能继续保留土地承包经营权，自行经营；又能通过为他人（受让人）设置土地经营权，使其获得农地进行生产经营，而自己仍维持与发包方的承包关系（《农村土地承包法》第44条）。受让人的土地经营权成为完全的市场化权利，从而为农地适度规模化经营扫清法律上的障碍，提高农地利用效率，克服农地分散经营的弊端。

此外，基于生产资料的劳动群众集体所有制，本集体中所有成员都对集体土地享有使用的权利，这是我国基本经济制度在承包地利用上的体现。因此，土地承包方案如何确定、集体收益如何处理、征地补偿费如何分配等，均属公法范畴。只有在承包方案确定后，村民需要将自己承包地的范围区别于他人承包地时（物权的对世性），即在村民通过何种方式才算取得了土地承包经营权、该权利的内容有哪些等问题上，才有私法规则适用的空间。未坚持这种区分，是农地“三权分置”讨论中产生诸如承包权派生出土地承包经营权、土地承包经营权可派生经营权和承包权等错误观点的根本原因。

三、土地经营权的法律地位

（一）土地经营权类型

《农村土地承包法》修正后，出现了两种不同类型的土地经营权（第36条和第49条），导致承包方以其他方式承包“四荒”土地时，其取得的权利被明确为土地经营权，而不再是土地承包经营权（《物权法》第132条），《物权编草案（二审稿）》第135条和《民法典》第342条均未明确遵循《农村土地承包法》的立场。此种改变值得重视。《农村土地承包法》的立法者以家庭承包取得的土地承包经营权具有社会保障性为基础认为，其他方式承包取得的权利本身不涉及社会保障因素，不具有封闭性，“在性质上不同于土地承包经营权”^{〔33〕}，故将其改称土地经营权（《农村土地承包法》第49条第1句），这与旧法

〔30〕 不同观点，参见马俊驹等：《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》，载《法律科学》2017年第3期，第143页。

〔31〕 参见2019年11月26日中共中央、国务院联合发布的《关于保持土地承包关系稳定并长久不变的意见》之“三、准确把握‘长久不变’的内涵”部分。

〔32〕 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15页及以下。相反观点，参见丁文：《论土地承包权和土地承包经营权的分离》，载《中国法学》2015年第3期，第167页及以下。

〔33〕 见前注〔11〕，胡可明所作汇报。

形成明显区别。仅从新法第49条第1句文义,不能判定该土地经营权的性质。在将家庭承包的土地承包经营权作为用益物权的前提下(《物权法》第125条、《农村土地承包法》第23条),修法者的上述立场似乎表明,以其他方式承包所取得的土地经营权应属债权,不然如何在“性质上不同于”家庭承包的土地承包经营权呢?但根据《农村土地承包法》第53条,其他方式承包所获得的权利“经依法登记取得权属证书”后,就能以包括抵押的方式进行流转。虽无法直接得出此种权利的设立方式,但由于土地承包经营权自合同生效时设立(《农村土地承包法》第23条),登记后能对抗善意第三人,按照类推规则,修法者倾向于认为其他方式承包所取得的权利应属用益物权,否则特别地规定“登记”和“取得权属证书”并无意义。换言之,以其他方式承包所取得的土地经营权之设立亦采意思主义。

事实上,从体系观点来看,我国实行农地二元承包的做法在新法中仍得到坚持(第3条),不管是家庭承包还是其他方式承包,都应签订承包合同(第22、49、50条),合同相对人均称为“承包方”。新法颁布之前,通说认为我国并不存在两种性质不同的土地承包经营权,^[34]即以其他方式承包取得的土地承包经营权(原《农村土地承包法》第49条)亦为物权,可将其以转让、出租或抵押等方式进行流转。而新法中,以其他方式承包“四荒”土地的内容位于《农村土地承包法》“分则”部分,其本亦应适用位于“总则”部分的第9条(在同法第3条的意义下,家庭承包和其他方式承包两种方式均被第9条涵盖),成立土地承包经营权,但如今却被称为“土地经营权”,显然构成体系违反。故解释上,此种“土地经营权”虽有别于家庭承包的土地承包经营权(前者可由权利人自由处分;后者兼具“生产经营性质和社会保障性质”^[35],因而不能用于担保),但无法否认二者同属用益物权的事实。否则,完全可将四荒土地利用关系定位为租赁,实无必要纳入《民法典》物权编当中。《民法典》并未明确区分两种土地经营权,第342条未规定以其他方式承包农地取得的权利的名称,而仅提及此种权利“经依法登记”后,可以多种方式“流转土地经营权”。对比旨在贯彻“三权分置”的《民法典》第339条关于(家庭承包场合下的)土地承包经营权人可以多种方式“向他人流转土地经营权”的规定可知,解释上,其他方式承包取得的权利(所谓“土地经营权”)应同样是物权性质的土地承包经营权。

(二) 流转的客体: 土地承包经营权流转还是土地经营权流转

依《物权法》相关规定,土地承包经营权作为(用益)物权,^[36]与土地所有权相分离而又紧密相连,属于广义上“土地使用权”的范畴,在私法上属于利用他人土地而取得收益的一种限制物权。与我国土地承包经营权相类似的制度应为传统民法中的用益权。^[37]用益权(l'usufrutto)虽起源于罗马法之家庭法领域,但其制度基础却在于市民法的孳息和所有权制度,从而形成一种新的物之利用方式。^[38]用益权人与空虚所有权人对用益物享有不同权利,但用益权人不得损坏物的实体。^[39]德国法上,用益权的核心是权利人享有有益权利(Nutzungsrecht),并取得占有权利(《德国

[34] 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80页。

[35] 见前注[11],胡可明所作汇报。

[36] 《物权法》第十一章第124—134条。土地承包经营权是《宪法》(第8条第1款)所确定的、“集体经济组织的经营体制”的具体表现形式,而家庭承包经营则是双层经营体制的基础或核心。见前注[30],全国人大常委会法制工作委员会民法室书,第262页。

至于土地承包经营权的变动方式中,依《物权法》第129条(以“互换、转让”两种方式流转),未经登记的土地承包经营权虽不得对抗善意第三人,但仍非债权,而是一种产生于集体或国家土地所有权的用益物权。参见崔建远:《物权法》(第三版),中国人民大学出版社2014年版,第271页。

[37] 1990年代梁慧星研究员受我国立法机关委托主持起草《物权法草案》,他在介绍“农地使用权”的立法例中提到《日本民法典》第270条的“永佃权”,似乎表明我国实在法的土地承包经营权类似于永佃权。见前注[28],梁慧星书,第408页。

[38] 参见肖俊:《“居住”如何成为一种物权——从罗马法传统到当代中国居住权立法》,载《法律科学》2019年第3期,第99页。到古典时期,用益权与继承权、债权一起,被法学家归入无形物之中(Gai. 2, 14)。

[39] [意]彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》(修订版),黄风译,法律出版社2015年版,第195页。

民法典》第 1036 条第 1 款),但不存在处分型用益权。^[40]《法国民法典》第 578 条以用益权人和空虚所有权人就用益物形成不同的利用关系为基础,提出了用益权的定义,^[41]传统理论也认为用益权派生于所有权,是所有权权能的重新分配。^[42]意大利法上,作为限制物权的用益权,^[43]以维持用益物的经济用途为前提(《意大利民法典》第 981 条),^[44]其最本质的内容是权利人在特定期限享有对他人之物的用益权利,并收取孳息。用益权终止后,(空虚)所有权将自行恢复其完全支配权能。^[45]此外,传统民法中用益权人还可以订立租赁契约(通过债之方式),由他人取得对用益物的使用(《意大利民法典》第 999 条、《德国民法典》第 1059 条第 2 句),而用益物不限于不动产,还包括动产(《法国民法典》第 581 条、《德国民法典》第 1032 条)。准此,用益权人就用益物形成两种不同性质的使用方式:自身与用益物产生直接的支配—利用关系,或通过租赁协议将用益物交由他人实际利用。前者中,实际利用人与用益物形成物权关系,而后者形成债之关系。

就我国农地利用而言,土地承包经营权人通常是在集体所有的土地上进行农业生产活动,在取得承包地利用之时,收益均归其所有(《农村土地承包法》第 17 条第 1 项),并禁止其改变土地用途(第 18 条)。相应地,按照农户是否将获得的承包地交给他人耕种,产生两种不同的法律关系:第一种是受让人取得土地承包经营权,并直接与土地所有人建立关联,原承包人与该土地的承包关系终止;第二种是受让人并未取得土地承包经营权,原承包人与发包人的法律关系不变,受让人仅能依据与原承包人的(流转)协议对土地进行耕种。很明显,基于承包地使用的物权性利用和债权性利用的区分,前一种法律关系属于物权性利用,后一种法律关系属于债权性利用。对于此种发生在农地上的权利变动,实在法曾统一冠以土地承包经营权流转之名。

在第一种类型中,又可分为土地承包经营权的原始取得和传来取得。农户就某幅地块以家庭承包方式通过签订承包合同取得土地承包经营权,谓原始取得。^[46]而通过土地承包经营权流转中的转让、互换的方式而取得农地利用,谓传来取得,属承包地物权性利用。相反,通过出租(代耕)等流转方式形成的土地使用关系,则属债权性利用。原《农村土地承包法》中,“流转”的客体是“土地承包经营权”(第 2 章第 5 节节名),如第 32 条曾规定“通过家庭承包取得的土地承包经营权可以依法采取转包、出租、互换、转让或其他方式流转”,且“土地承包经营权流转”通常是有偿的(第 10 条)。但“流转”的含义在新《农村土地承包法》中发生了巨大变化。

新法一方面肯定家庭承包场合下承包方的土地承包经营权受到保护(《农村土地承包法》第 8 条);另一方面规定土地承包经营权人“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 9 条)。从条文字面上看,流转关系仅涉及“土地经营权”,似乎与承包方可自愿有偿“流转土地经营权”的规定(第 10 条)相符。然而,若比较一下原《农村土地承包法》的相关规定,就能发现“流转”对象的问题似乎没那么简单。此外,原“土地承包经营权的流转”一节被替换为“土地承包经营权的保护和互换、转让”,相应地,新法未将“转让”和“互换”作为流转方式。2017 年 10 月 31 日的《农村土地承包法修正案草案》(以下简称《修正案草案》)甚至直接将旧法涉及转让和互换条文中的“土地承包经营权”术语替换成“承包的土地”和“承包地”(比较新法第 41 条和《修正案草案》第 33 条)。对于

[40] 参见[德] 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 700 页及以下。

[41] 参见[法] 泰雷、森勒尔:《法国财产法》(下),罗结珍译,中国法制出版社 2008 年版,第 921 页。

[42] 参见尹田:《法国物权法》,法律出版社 2009 年版,第 350 页以下。

[43] Cfr., Alberto Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, CEDAM, 2012, p.629 ss.

[44] Cfr., Francesco Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, p.258.

[45] A. Trabucchi, *supra* note [44], at 954; anche De Cupis, *Voce Usufrutto (diritto vigente)*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, 1992, p.1115.

[46] 物权之原始取得和传来取得的区别在于,与前权利相比,是否产生一个新权利。参见[德] 卡尔·拉伦茨:《德国民法总论》(下册),王晓晔等译,法律出版社 2003 年版,第 318 页及以下。

新法在流转方式上的此种重大变化,应从转让和出租(转包)之间的区别出发加以解释,并检验此种改变是否符合农地改革目标。类型化视角下,此处主要讨论转让和出租等流转方式的效力规则。

三权分置下,土地承包经营权的转让(互换)被单列,新法第34条规定:“承包方可以将全部或者部分的土地承包经营权转让给本集体经济组织的其他农户。”可见它修正了《修正案草案》第33条将转让的客体界定为“承包的土地”的规定。其实,“流转”本身就属于一个社会实践用语,大体指向法律行为作用的客体,即承包地,而“转让”则是在法规范层面描述权利本身的变动问题,二者的关系表现为:权利转让的结果使得承载了土地承包经营权的土地,由转让人变成了受让人进行支配,从而事实上产生了流转的效果。因此,社会实践(经济学界)中所谓“承包地流转”(农地流转或土地流转)的表达并不准确,尽管学界和《农村土地承包法》等规范性文件常将“承包地流转”等同于土地承包经营权流转,但学理上仍有区分的必要。

与此同时,《物权法》也一直在同一种意义上对待两种不同承包方式所产生的土地承包经营权,只是基于二者定位的差异,^[47]仅规定以其他方式承包的土地承包经营权可以转让、入股、抵押或其他方式进行流转(《物权法》第133条)。准此,原《农村土地承包法》和《物权法》将“双层经营体制”下的两种承包类型所取得的权利均定位为用益物权,流转对象也即土地承包经营权本身。但,承包地“三权分置”下,由于土地经营权从土地承包经营权产生,既然它是一种独立的权利,逻辑上也能成为流转的客体。二者的内在关联在于,承包地由他人经营时,就产生土地承包经营权流转,并可使得受让人取得土地经营权(承包人仍维持与原发包人的承包关系),而该权利本身——暂不考虑它究竟是物权还是债权——亦得成为处分的客体。从而,新法中所谓“土地经营权流转”应当是就受让人享有的处分权能而言,即新型经营主体可将独立的土地经营权作为交易对象加以利用(《农村土地承包法》第44、46条),^[48]实现融资目的(第47条第1款后半段),而土地承包经营权流转则侧重承包人的处分权能。准此,基于对承包地的实际利用关系,土地经营权流转的说法也可以成立,而新法断然将土地承包经营权的互换和转让不再作为流转方式,多少显得没有依据。

涉及出租方式时,新法重新定义了术语“流转”的含义。第36条将出租作为承包方“流转土地经营权”的方式,与转包、入股方式并列;体系上位于“土地经营权”这一节之下。由此,新法中的流转方式全然异于旧法第39条和《承包经营权流转办法》第35条第5款:承包方土地经营权的流转方式被特别限定,似乎难以将“转让”包括在内,立法者也习惯性地使用“土地经营权流转”的表达,^[49]然而,若土地经营权属独立的财产权利,对其处分方式应当具有开放性。尽管“承包方流转土地经营权的,其与发包方的承包关系不变”的规定(《农村土地承包法》第44条)似乎在某种程度上维持了旧法第39条的框架。

总之,新法第36条径直以土地经营权作为流转的对象,虽符合权利处分的原理,但就本质而言,受让人取得的土地经营权不过是针对土地承包经营权的权利负担(依据第37条,土地经营权人取得承包地的占有以及相关收益)。后者事实上仍维持其作为用益物权所拥有的一定程度的圆满性,并在土地经营权消灭后,恢复其自身的支配性。因此,在这种意义上,承包人所流转者,应为土地承包经营权,而流转的结果则是受让人取得土地经营权。此外,在受让人再流转场合(第46条、第47条第1款后半段),法律行为所针对者,应为土地经营权本身,因为受让人仅有此权利可供处分。

对于较为常见的“转包”^[50],由于发包人和承包人的“承包关系不变”(《农村土地承包法》第

[47] 比如以其他方式承包取得的土地承包经营权通常涉及“四荒”土地,且不涉及如同家庭承包取得的土地承包经营权的社会保障因素。见前注[30],全国人大常委会法制工作委员会民法室书,第286页。

[48] 不同观点,参见高圣平:《土地经营权制度与民法典物权编编纂》,载《现代法学》2019年第5期,第50页。

[49] 参见前注[11],胡可明所作汇报。

[50] 有社会调查数据表明,中部地区的湖南株洲市、黑龙江省转包比例分别为54.6%和88.6%。参见蒋省三、刘守英等:《中国土地政策改革:政策演进与地方实施》,上海三联书店2010年版,第31—33页。

44条),通说认为其性质与出租方式相同。^[51]在中国裁判文书网上,以承包地流转较为活跃的安徽在2016—2019年期间的民事判决书为例,效力上,转包时土地承包经营权并未发生变动,接包人仅获得合同上的权利。^[52]在无法分辨属于转让还是转包之时,可根据发包人嗣后与当事人的承包协议,确认土地使用权之归属,^[53]或者以领取国家财政补贴,^[54]或以农补、粮补事实发放,^[55]作为判断是否存在转包的标准。可见,转包与转让存在本质区别——前者仅产生债之关系,故关于出租的解释应同样适用于转包。

(三) 土地经营权属于债权

如上所述,新法主要通过第9条来建构“三权分置”,土地经营权获得全新“身份”(第37条)。但《物权编草案(二审稿)》贯彻承包地“三权分置”的方式稍有不同。它一方面肯定家庭承包的土地承包经营权可以转让或互换(第130条),同时,在第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、入股或其他方式向他人流转土地经营权”(《民法典》第339条同此规定),形成了如下的权利架构:土地经营权从土地承包经营权独立出来,成为被处分的对象,其流转方式主要包括出租、入股或其他方式。即便如此,《物权编草案(二审稿)》与《民法典》物权编的有关规定和《农村土地承包法》涉及“三权分置”安排的第9、36条仍有差别:前者仅认可土地承包经营权可独立出土地经营权,而未肯定承包人流转土地经营权时保留了土地承包权。这或许源于《物权编草案(二审稿)》本身对于农地“三权分置”的警觉,因为“土地承包权”的称谓在法律上根本没有意义。^[56]此外,《物权编草案(二审稿)》和《民法典》物权编均未涉及土地经营权再流转的问题,从这一点上来看,它们未完全遵循《农村土地承包法》第46条的做法。

识别土地经营权的性质在理论和法适用上具有重要价值,这是我国担保物权制度的内在要求,也是贯彻现行法物债二分的必然结果。

一方面,从使用的术语推断,《农村土地承包法》修法者欲将其他方式承包产生的“土地经营权”,等同于基于家庭承包之土地承包经营权派生出的土地经营权。而后者要么属于用益物权,要么属于债权。因此,三权分置下,若家庭承包的土地经营权属于用益物权,则其他方式承包的土地经营权也应属于用益物权,进而可能导致的体系效应则是:“土地经营权”既可产生于农地所有权,也可产生于土地承包经营权。学界有观点认为,将土地经营权定位为用益物权,更利于对新型经营主体的保护,^[57]同时,立法者似乎更倾向于物权说(第47条第1款)。^[58]然而此种结论令人生疑。首先,不能因为物权相较于债权对于权利人保护更直接或便利(比如物权请求权成立无须行为人存在过错),就将土地经营权预设为物权,相反,某一法律关系性质的确定亦应考虑权利体系的逻辑层次。其次,土地承包经营权以占有承包地为前提(否则物权人无法从

[51] 土地转包实质是土地租赁关系,参见陈小君:《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》,载《法学研究》2014年第4期,第19页。

[52] 安徽省宣城市中级人民法院民事判决书,(2018)皖18民终991号。

[53] 安徽省滁州市中级人民法院民事判决书,(2018)皖11民终2205号。

[54] 安徽省安庆市中级人民法院民事判决书,(2016)皖08民终205号。

[55] 朱广同与彭德柱土地承包经营权纠纷案,安徽省合肥市中级人民法院(2017)皖01民终1124号民事判决书。

[56] 参见高圣平:《土地承包经营权制度与民法典物权编编纂——评〈民法典物权编(草案二次审议稿)〉》,载《法商研究》2019年第6期,第19页。

[57] 参见陈小君:《土地经营权的性质及其法制实现路径》,载《政治与法律》2018年第8期,第6页,类似观点认为,土地经营权非为债权,而应为不动产用益物权,参见丁文:《论“三权分置”中的土地经营权》,载《清华法学》2018年第1期,第114页及以下。相反观点认为,土地经营权兼具债权性质和物权性质,参见彭诚信、畅冰蕾:《“三权分置”中土地经营权的立法论思考》,载《河南社会科学》2018年第8期,第9页及以下。

[58] 参见黄薇主编:《中华人民共和国农村土地承包法释义》,法律出版社2019年版,第201页。

事农业生产经营),倘若土地经营权亦为用益物权,则势必出现对同一土地设立两个以占有为内容的用益物权的情况。但在家庭承包场合,法律无法使两个物权人同时取得承包地的占有,这会违反一物一权原则。唯一的解释只能是,农地“三权分置”下,土地承包经营权人可就承包地再行设立一种债法性质的使用方式,将占有交由新型经营主体取得,并由后者取得收益。再次,若土地经营权为用益物权,人们无从找到权利转让的来源:土地承包经营权人“流转”土地经营权时,并未将从本集体处取得的土地承包经营权“让与”土地经营权人,相反,其与发包人的承包关系不变(第44条)。

另一方面,土地经营权性质的界定对于融通物权规则和债权规则具有体系化价值。通常,不动产和不动产权利适宜作为抵押权客体(《物权法》第180条第1款前3项、《民法典》第395条第1款),而一般债权有适于质押的可能。尽管两种模式都能实现(农地)融资目的,但在担保物权实现方式上却有着本质差异:若在定位为用益物权的土地经营权上设立抵押,将承包地折价或拍卖、变卖通常可使得债权人直接受偿。然而,若以定位为债权的土地经营权设立质押,由于设质债权涉及第三人,质权实现时则需确立不同的规则。学界有观点认为,^[59]应从体系上统一合同法债权让与和债权质押规则,包括统一对内效力与对债务人效力,对实现债权质权设立特别规则。意大利的处理方式是,在债权法部分将债权多重转让对第三人效力规则适用于债权质押(《意大利民法典》第1265条)。在这种意义上,《农村土地承包法》修法者搁置土地经营权性质争议的做法,虽显务实却不明智。因此,在《物权法》未明确规定一般债权质押的情况下,区分土地经营权属于物权还是债权的重要意义还表现为:可以系统化担保物权客体,扩充担保物的范围,克服法适用弊端。当然,为稳定土地经营权人经营预期,在法技术上,《农村土地承包法》第41条关于土地经营权设立之登记对抗主义的规则是可取的,赋予当事人一定的选择自由也显得切合实际:土地经营权期限为五年以上的,当事人可以申请登记,但未经登记不得对抗善意第三人(《民法典》第341条后半段)。

虽然新法为贯彻承包地“三权分置”试图对“流转”(客体)的范围予以限缩,即仅指向土地经营权,并以出租和转包方式为典型,完全不同于旧法将流转范围包括转让、互换和出租、转包(代耕)等情形的模式。但需要明确的是,即便新法之下,家庭承包中各当事人之间法律关系的产生和变动,仍均以合同(法律行为)为基础。一方面,涉及土地承包经营权时,应签订承包合同,在原始取得时,自农户与发包人的承包协议生效时,土地承包经营权设立;而在传来取得场合,转让协议生效之时,受让人即取得土地承包经营权,并确立了登记对抗原则(第35条)。上述情形均使得在同一地块的所有权上形成新的用益物权。另一方面,涉及土地经营权时,应签订流转合同,受让人和承包人为合同当事人,承包人以取得的土地承包经营权为基础设定负担,且使得后者实际占有(或支配)承包地。如上所述,若以出租(转包)方式流转土地经营权,则所谓流转合同就是出租(转包)合同,由于承包人“与发包方的承包关系不变”(第44条),流转土地经营权属于承包地的债权性利用,性质上类似于限制物权人对属于自己所有之不动产的转租行为。^[60]根据相对性原理,该流转合同仅对承包方和受让人具有效力。

[59] 参见李宇:《民法典中债权让与和债权质押规范的统合》,载《法学研究》2019年第1期,第66页及以下。不同观点认为,应区别普通债权质权和应收账款质权,用特别法对后者进行调整。参见刘平:《去存法典化:应收账款质权路径反思与制度重塑》,载《交大法学》2018年第4期,第89页。

[60] 反对意见认为,转包或出租的租赁权因为“买卖不破租赁”等特别规定的存在,具有优先于物权的效力。参见李国强:《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187页。当然,由于租赁合同最长期限为二十年,在出租、代耕等流转方式中,承包人与受让人之间的土地租赁合同期限与《合同法》的规则如何协调也应进行研究。就此,参见单平基:《“三权分置”中土地经营权债权定性的证成》,载《法学》2018年第10期,第51页。

然而,若将土地经营权定位为债权,则更容易解释“三权分置”的农地利用关系。家庭承包下,作为用益物权的土地承包经营权构成对集体所有权的负担,土地承包经营权人可以选择经营的方式——或者自营,或者他营。农户自营时,“承包土地的经营权”即为土地承包经营权,无区分之必要。^[61]此时,可将其理解为公法上的成员权在土地承包关系上的具体化。土地承包经营权人在获得承包地后可以选择:或者完全退出对该幅土地的用益关系(比如转让其土地承包经营权),即自己不再耕种;或者只是在某一段时间对土地承包经营权设定负担,由受让人实际耕种,自己仍旧维持与土地所有权人之间的原有承包关系(物权关系)。后者情形下,受让人基于流转合同取得的土地经营权,是完全市场化权利,此时农地产权的法律构造表现为“所有权—用益物权—债权”。在这种意义上,承包人完全可以将土地交由他人经营(所谓“流转土地承包经营权”),为他人设立土地经营权,而承包人的土地承包经营权仍为一个整体性的限制物权。因此,家庭承包场合下的承包人“流转其承包地的土地经营权”时,新法第9条所谓“承包方可以保留土地承包权”的规定,显得毫无意义,毋宁是承包人仍保留了土地承包经营权,而不存在私法上将土地承包经营权分为承包权和经营权的可能。

相应地,以其他方式承包取得的土地(承包)经营权始终被定位为市场化的权利,但在新法的规定下,需要重新检讨其性质。如上所述,家庭承包下的土地经营权应属债权,而其他方式承包取得的权利——根据第9条——应为“土地承包经营权”,否则我国两种承包经营体制将被颠覆。据此,新法第49条第1句“以其他方式承包农村土地的,应当签订承包合同,承包方取得土地经营权”的规定,实属定位错误:解释上,以其他方式承包农村土地的承包方基于有效“承包合同”取得的权利,应为土地承包经营权。^[62]并且,以其他方式承包农地的承包方在依法登记、取得土地承包经营权后,可以像家庭承包的农户一样,将土地承包经营权以转让、出租或抵押等方式进行流转。即使第三人以物权性利用(如转让)或债权性利用(如出租)方式取得承包地的使用或占有,尤其可以土地经营权作为担保财产,以为融资之用。表面上,以其他方式承包农地的承包人在不退出与发包人之间的承包关系时,他也能受让人设立土地经营权,将后者定位于债权似乎也是合适的:土地所有权人和承包人形成物权关系,而承包人和受让人形成债之关系,其权利层次构造为“土地所有权—用益物权—债权”,这与家庭承包中新型经营主体(受让人)的土地经营权形成方式相吻合。《民法典》第342条意图贯彻新的农地利用关系,但在重复《农村土地承包法》第53条的同时,也未对此种类型的承包所获得的权利之性质做出规定。

相反,若将以其他方式承包取得的权利定位为债权,则在体系上可推导出的必然逻辑效果就是:因承包方式不同,会形成农地利用的两种法律结构——若流转,在家庭承包场合表现为“土地所有权—用益物权—债权”,而其他方式承包场合则为“土地所有权—债权”。然而上述推论应被否定。因为《农村土地承包法》立法者在第49条继续使用“承包合同”的术语,恰恰在于表明,其他方式承包的承包人可基于该合同取得作为用益物权的土地承包经营权。换言之,以其他承包方式取得的农地权利应为用益物权。人们难以在用益物权上再设立另一种同样以“物之用益”为目的的用益物权,^[63]更为重要的是,人们难以解释同为用益物权的家庭承包方式的土地承包经营权和其他方式承包的土地(承包)经营权之间的差别究竟何在。

[61] 参见高圣平:《承包土地的经营权抵押规则之建构》,载《法商研究》2016年第1期,第5页。

[62] 参见滕佳一:《论土地经营权融资担保的性质及实现》(待刊),载《中国不动产法研究》2021年第1辑,社会科学文献出版社2021年版。不同观点认为,新法之下,土地承包经营权的主体仅限于作为本集体经济组织成员的承包农户。参见高圣平:《农地三权分置改革与民法典物权编编纂——兼评〈民法典各分编(草案)〉物权编》,载《华东政法大学学报》2019年第2期,第19页。

[63] 相反观点认为,现行用益物权范围应扩张到权利型用益物权。参见蔡立东、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37页。

结 语

以家庭承包为基础的农村基本经营体制有力支撑了我国农业发展,但传统的家庭承包经营模式也面临挑战,农户的土地承包经营权需要更新。土地经营权由于摆脱了家庭承包经营下土地承包经营权的身份性和社会保障因素,能够有效应对适度规模经营,推进农业现代化,提高农地高效利用。承包地二元利用模式下,转让、互换属于物权性利用,发生土地承包经营权的让与;以出租(转包)、代耕(借用)和入股等方式流转土地经营权,受让人与承包人之间成立债之关系。农户将承包地他营时,保留了土地承包经营权,而受让人取得的土地经营权应属债权。新《农村土地承包法》完全更改了旧法上“流转”的含义,将其限定于土地经营权,但对流转客体的解释,仍应以权利本身处分(变动)为依据。广义而言,新法中土地承包经营权的转让或互换亦可归入该权利本身“流转”的范畴,与“土地经营权流转”一样,二者均产生承包地由他人占有的客观效果。《农村土地承包法》立法者对承包地“流转”方式认识的重大转变,本质上源于对土地经营权性质的认识偏差,从而导致了农地权利群的逻辑冲突。

承包地“三权分置”是 1980 年代家庭联产承包责任制下“集体所有权—农户使用权”分离模式的延续。是故,承包地利用有其“守”的一面,我国农村基本经营制度得到坚持。在贯彻农地“三权分置”上,新《农村土地承包法》有关规定混淆了不同权利类型,可能误导司法适用,未免令人遗憾。《民法典》物权编重构农地使用关系时,仍得兼顾我国物债二分的法律继受现实。切实保护新型经营主体的土地经营权是“三权分置”改革的目标,其终极价值在于实现承包地的高效利用。由于农户(家庭)“承包农地的权利”本身的公法色彩以及绝对封闭性,导致“集体土地所有权—土地承包权—土地经营权”的方案不具有私法上的规范意义。相反,“集体土地所有权—土地承包经营权—土地经营权”的模式具有合理性。

Abstract The malpractice caused by the household contracting mode in rural land can be overcome by setting up the land management right on the farmer's land contracted management right for the new right holder. The so-called land management right, which was created by the new Rural Land Contracting Law of PRC (2018 Revision), not only gets rid of the restriction of collective identity membership to obtain the land contracted management right but also helps release the property value of farmland more. Meanwhile, “the right obtained by other contracting methods” in rural land should be the land contracted management right with the nature of real rights, not the land management right. The legal effect of the contracted land is obviously different because of the difference in the way of utilization (in the way of real rights and that of obligations). Under the policy of “thrice-separated right” of rural land, the nature of the land management right belongs to the latter, forming an obligation relation. In fact, the identification of its nature is useful to promote the alienation of rural land. It can also deal with the logical conflict of the group of farmland rights in the legal application.

Keywords The Land Contracted Management Right, Land Management Right, Contract in Management, the Rural Land Contracting Law (2018 Revision)

(责任编辑:肖俊)