

## 聚焦民法典编纂

# 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)》

高 圣 平\*

摘要:在“三权分置”所引发的承包地产权结构调整中,不存在“土地承包权”这一权利,民法典物权编应当保留“土地承包经营权”这一用益物权类型,无须将其改造为“土地承包权”。土地承包经营权是仅有本集体经济组织成员才能取得和保有的财产权利,其主体范围相较于《中华人民共和国物权法》更为狭窄。在适度规模经营的政策目标之下,应明确登记对于土地承包经营权物权变动的法律意义,将其定位于对抗要件,由当事人参酌具体情事选择是否登记。承包农户供作融资担保的土地权利仍然是土地承包经营权,但土地承包经营权抵押权的实现,不宜采取就土地承包经营权直接变价的方式,而只能采取强制管理或收益执行的方法,就土地经营权的流转价款优先受偿。

关键词:土地承包经营权 承包地“三权分置” 登记对抗主义 土地承包经营权抵押

### 一、问题的提出

《中共中央、国务院关于建立健全城乡融合发展体制机制和政策体系的意见》(2019年4月15日)将“改革完善农村承包地制度”作为“建立健全有利于城乡要素合理配置的体制机制”的主要内容之一,指出要“完善农村承包地‘三权分置’制度,在依法保护集体所有权和农户承包权前提下,平等保护并进一步放活土地经营权”。承包地“三权分置”改革带来承包地产权结构的调整,也直接导致《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》)规定的土地承包经营权相关规则的修改。为及时确认既有改革成果,并引领下一步改革的发展,民法典物权编编纂中应反映承包地产权结构的调整。就此,学界已基本达成共识。<sup>①</sup>

第十三届全国人民代表大会常务委员会议第五次对《民法典各分编(草案)》(以下简称《一审稿》)进行了审议,其中物权编第十一章(第125条—第136条)对土地承包经营权作了专章规定,维系了《物权法》既定的体系安排,反映了承包地“两权分离”和“三权分置”之下的产权结构;第十三届全国人民代表大会常务委员会议第十次对《民法典物权编(草案二次审议稿)》(以下简称《二审稿》)进行了审议,第十一章“土地承包经营权”章的条文仍然是第125条—第136条,但《二审稿》“暂按民法典各分编草案的条文顺序编

\* 中国人民大学民商事法律科学研究中心专职研究员、中国人民大学法学院教授、博士生导师  
基金项目:教育部人文社会科学重点研究基地重大项目(16JJD820013)

① 参见崔建远:《民法分则物权编立法研究》,《中国法学》2017年第2期;谭启平:《“三权分置”的中国民法典确认与表达》,《北方法学》2018年第5期;彭诚信、畅冰蕾:《“三权分置”中土地经营权的立法论思考》,《河南社会科学》2018年第8期;等等。

排”,该章实际上增设了两条。虽然民法典草案在总结有关改革试点实践经验的基础上对物权的用益物权制度、担保物权制度作了相应修改,但与《物权法》和第十三届全国人民代表大会常务委员会第七次会议第二次修正通过的《中华人民共和国农村土地承包法》(以下简称新《农村土地承包法》)相比,《二审稿》未作多大的修改,尚未充分反映新一轮土地制度改革成果。

## 二、承包农户利用承包地的法律表达

《二审稿》第126条规定:“土地承包经营权人依法对其承包经营的耕地、林地、草地等享有占有、使用和收益的权利,有权从事种植业、林业、畜牧业等农业生产。”该规定与《物权法》第125条内容相同。在《物权法》中,土地承包经营权的主体被表述为“土地承包经营权人”,包括以下3类主体:其一,本集体经济组织的承包农户,是以家庭承包方式取得的土地承包经营权的主体;其二,农业生产经营者,是以招标、拍卖、公开协商等承包方式取得的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等“四荒”农村土地的土地承包经营权(以下简称为“以其他方式取得的土地承包经营权”)的主体;其三,其他从事农业生产经营的农户,是通过受让而继受取得的土地承包经营权的主体。<sup>①</sup>由此可见,土地承包经营权的权利主体因其类型不同而异其规格,<sup>②</sup>“用‘承包经营户’的概念不足以概括所有的承包经营权利人”,因此,“《物权法》采用‘土地承包经营权人’的概念,不仅更具包容性,而且为未来的变化预留了空间”。<sup>③</sup>在承包地“三权分置”所引发的承包地产权结构调整中,《二审稿》第126条应作修改。

学说上虽就承包地“三权分置”的法律表达多有争议,但在新《农村土地承包法》已作政策选择的情形之下,《二审稿》应予维系。就新《农村土地承包法》上承包地的产权结构,学界仍有争议。多数学者认为,承包地产权由“土地所有权+土地承包经营权+土地经营权”等三权构成;<sup>④</sup>少数学者认为,承包地产权由“土地所有权+土地承包权+土地经营权”等三权构成。<sup>⑤</sup>主要争议在于新《农村土地承包法》第9条的解释。该条规定:“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。”这是新《农村土地承包法》中唯一出现“土地承包权”的条文,正是这一条引发了由承包地“三权分置”所引发的承包地产权结构中是否包括“土地承包权”的争议。

就该条的理解,直接参与立法的专家存在两种截然不同的观点。第一种观点是,“土地承包权是承包地流转后从土地承包经营权中分置出来的……在承包地未流转的情况下,承包方拥有土地承包经营权,既承包又经营……在承包地流转的情况下,承包方拥有土地承包权,只承包不经营,经营权流转给了第三方……流转是土地承包权设立的前提。如果承包方与第三方的土地流转合同到期,承包方仍享有土地承包经营权”。<sup>⑥</sup>如此,新《农村土地承包法》明确了农村集体土地所有权、土地承包权、土地经营权“三权分置”。<sup>⑦</sup>第二种观点是,“从法律性质上讲,土地承包经营权人流转土地经营权后,其所享有的土地承包经营权并未发生改变……只是承包方行使土地承包经营权的方式发生了改变而已,从直接行使转变为间接行使”。<sup>⑧</sup>如此,“三权分置”只是在土地所有权与土地承包经营权“两权分离”的基础上,“从土地承包经营

<sup>①</sup> 参见王利明:《物权法研究》(下卷)(第4版),中国人民大学出版社2018年版,第53~54页;梁慧星、陈华彬:《物权法》(第6版),法律出版社2016年版,第233页;崔建远:《物权:规范与学说——以中国物权的解释论为中心》,清华大学出版社2011年版,第507~508页;房绍坤:《物权法用益物权编》,中国人民大学出版社2007年版,第42页。

<sup>②</sup> 参见崔建远:《物权:规范与学说——以中国物权的解释论为中心》,清华大学出版社2011年版,第507页。

<sup>③</sup> 王利明:《物权法研究》(下卷)(第4版),中国人民大学出版社2018年版,第53~54页。

<sup>④</sup> 参见张素华、张雨晨:《〈农村土地承包法〉修订背景下土地经营权的法律内涵与制度供给》,《广西大学学报》(哲学社会科学版)2019年第1期;高海:《“三权”分置的法构造——以2019年〈农村土地承包法〉为分析对象》,《南京农业大学学报》(社会科学版)2019年第1期;等等。

<sup>⑤</sup> 参见刘禹宏、杨凯越:《三权分置:农地产权制度创新的权能分离之法理考量》,《财贸研究》2019年第1期;杨敬之、王天铮:《“三权分置”改革下农地承包权的法律思考》,《农村经济》2019年第3期;等等。

<sup>⑥</sup> 刘振伟:《巩固和完善农村基本经营制度》,《农村工作通讯》2019年第1期。

<sup>⑦</sup> 参见刘振伟:《巩固和完善农村基本经营制度》,《农村工作通讯》2019年第1期。

<sup>⑧</sup> 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44页。

权中分离出土地经营权”。<sup>①</sup>之所以规定“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”,主要是因为要消除承包农户就流转土地经营权之后其土地承包经营权是否失去保障、流转期限届满后是否还享有土地承包经营权的疑虑,“这么规定,也是为了落实党中央提出的要保持农村土地承包关系长期稳定并长久不变的政策”。<sup>②</sup>

笔者赞成第二种观点,理由如下:其一,从新《农村土地承包法》的民法典结构来看,在第二章“家庭承包”章之中,第四节“土地承包经营权的保护和互换、转让”与第五节“土地经营权”相并而称。在体系解释之下,如将“土地承包权”作为流转了土地经营权之后的新生权利,民法典中自应专门规定土地承包权,其中就其权利性质、权利内容及权利行使规则等作出规范,但新《农村土地承包法》并未作如此处理。其二,从立法史来看,《中华人民共和国农村土地承包法修正案(一审稿)》中第二章第四节名为“土地承包权的保护和转让”,同时第一章“总则”第6条就土地承包经营权分置为土地承包权和土地经营权并对两者的定义作了规定,但如此安排使得同一民法典内部“土地承包权”的含义在总、分则之间出现不一致,并且使得未发生流转土地经营权时承包农户的权利无处安放,无法同时反映“两权分离”与“三权分置”并存之下的生产关系,受到学界的广泛质疑。<sup>③</sup>从《中华人民共和国农村土地承包法修正案(二审稿)》开始,立法机关摒弃了这一结构安排。其三,如将土地承包权理解为集体经济组织成员依法享有的承包土地的权利,则属于本集体经济组织成员所享有的身份权、资格权,<sup>④</sup>这一权利来自集体土地所有权,无法自土地承包经营权中分离出来;<sup>⑤</sup>如将土地承包权理解为一种自土地承包经营权或土地所有权派生出的实实在在的财产权,<sup>⑥</sup>“其实质内涵是权利人对承包土地的使用和支配,而并非是具有身份权性质的集体成员取得承包土地的某种资格”,<sup>⑦</sup>但此种意义上的土地承包权与实定法上的土地承包经营权同其意义,直接导致“两权分离”之下的“土地承包经营权”与“三权分置”之下的“土地承包权”之间的区分徒具形式上的说明价值。

如此看来,虽然政策文件采用了“土地承包权”的提法,但贯彻中央文件不能拘泥于个别词句,而应领会和贯彻其精神实质。<sup>⑧</sup>在体系解释上,新《农村土地承包法》第44条规定,“承包方流转土地经营权的,其与发包方的承包关系不变”,而“承包方与发包方的承包关系”在法律上的表达即为土地承包经营权,“承包关系不变”即意味着土地承包经营权不变,这就表明承包方流转土地经营权后依然享有土地承包经营权。<sup>⑨</sup>因此,新《农村土地承包法》第9条中的“土地承包权”,只是派生出土地经营权之后的土地承包经营权的简称,并不表明承包地产权结构中还存在着一个所谓的“土地承包权”,<sup>⑩</sup>其目的主要在于落实承包地“三权分置”政策中“保留土地承包权”的要求。新《农村土地承包法》第二章第四节关于土地承包经营权的规定,也就既适用于“两权分离”之下的土地承包经营权,也应适用于“三权分置”之下流转土地经营权之后的土地承包经营权,<sup>⑪</sup>只是后者在行使时受到土地经营权的限制。

由此可见,在“三权分置”所引发的承包地产权结构调整中,不存在“土地承包权”这一权利。从私权生

① 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43页。

② 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44页。

③ 参见高圣平:《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》,《法学》2018年第2期;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》,《清华法学》2018年第5期。

④ 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》,《法学研究》2014年第4期;丁文:《论“三权分置”中的土地承包权》,《法商研究》2017年第3期。

⑤ 参见高圣平:《承包地三权分置的法律表达》,《中国法学》2018年第4期。

⑥ 参见潘俊:《农村土地“三权分置”:权利内容与风险防范》,《中州学刊》2014年第11期;蔡立东、姜楠:《承包权与经营权分置的法构造》,《法学研究》2015年第3期。

⑦ 蔡立东、姜楠:《农地三权分置的法实现》,《中国社会科学》2017年第5期。

⑧ 参见孙宪忠:《推进农地三权分置经营模式的立法研究》,《中国社会科学》2016年第7期。

⑨ 参见高海:《“三权”分置的法构造——以2019年〈农村土地承包法〉为分析对象》,《南京农业大学学报(社会科学版)》2019年第1期。

⑩ 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》,《华东政法大学学报》2019年第2期。

⑪ 参见高海:《“三权”分置的法构造——以2019年〈农村土地承包法〉为分析对象》,《南京农业大学学报(社会科学版)》2019年第1期。

成逻辑、制度变革成本、农地法权秩序等角度,民法典物权编应当保留“土地承包经营权”这一用益物权类型,无须将其改造为“土地承包权”。<sup>①</sup>但是,在承包地“三权分置”之下,“土地承包经营权”兼具财产功能和保障属性,蕴涵着或承载着“耕者有其田”的成员权功能,<sup>②</sup>是实现承包农户不因流转而失去保障这一基本政策目标的工具。如此,土地承包经营权就具备了身份属性,只有本集体经济组织成员才能取得和保有这一权利。这一“三权分置”之下产权结构的调整必将影响到“两权分离”之下的土地承包经营权。前述《物权法》之下土地承包经营权3类主体的归纳,已经表明“两权分离”之下的土地承包经营权并不一定具有身份属性。同一部法典中土地承包经营权的意义应当前后一致,“两权分离”之下的土地承包经营权也就应当依“三权分置”的产权结构予以重构。正是基于这一认识,新《农村土地承包法》为维系承包地“三权分置”的体系效应,在保留前述第一类土地承包经营权主体的基础上,对《农村土地承包法》作了两处重大修改。

其一,删除前述第二类土地承包经营权主体,将以其他方式取得的土地承包经营权重构为土地经营权,维系了创设取得的土地承包经营权的身份属性。《农村土地承包法》原就土地承包经营权的创设取得采取二元化构造,其中,“对家庭承包的土地实行物权保护……对其他形式承包的土地实行债权保护,当事人的权利义务、承包期和承包费等,均由合同议定,承包期内当事人也可以通过协商予以变更”。<sup>③</sup>基于原法第49条确立的“登记后可流转规则”,有学者主张,以其他方式取得的土地承包经营权兼具债权和物权的双重属性:经登记的,是物权;未经登记的,是债权。<sup>④</sup>在“三权分置”之下,土地承包经营权具有身份属性,其主体均为本集体经济组织的农户,而《农村土地承包法》所规定的以其他方式取得的土地承包经营权,其主体已不限于本集体经济组织成员。<sup>⑤</sup>如此,这种“土地承包经营权”已经不能由“两权分离”和“三权分置”并存之下的土地承包经营权概念所能涵盖,新《农村土地承包法》第49条将其重构为土地经营权。这既维系了土地承包经营权的保障属性,还原了以其他方式取得的“土地承包经营权”的市场化属性,又在一定程度上消弭了此种权利“经登记的是物权,未经登记的是债权”的学术争议。<sup>⑥</sup>

其二,限缩前述第三类土地承包经营权主体,将土地承包经营权的受让对象由“其他从事农业生产经营的农户”限缩为“本集体经济组织的其他农户”,维系了移转取得的土地承包经营权的身份属性。《农村土地承包法》第41条将土地承包经营权的受让对象规定为“其他从事农业生产经营的农户”,有其特殊的政策目标:“保证土地的农业生产用途,满足其他农户对土地这一生产资料的需求”,由此,“从事工业、商业、服务业生产经营的人不得成为土地承包经营权的受让方”;“投资开发农业的工商企业、城镇居民、外商不能成为受让方”。<sup>⑦</sup>但是,“其他从事农业生产经营的农户”可以是本集体经济组织的农户,也可以是本集体经济组织以外的农户。<sup>⑧</sup>为维系土地承包经营权的身份属性,新《农村土地承包法》第34条对土地承包经营权的受让对象进行了限缩。但是这一修改并没有限制承包农户的流转自由,“如果承包方不想继续经营土地,也不转让给本集体经济组织的其他农户的,可以采取根据本法相关规定向他人流转土地经营权”。<sup>⑨</sup>实际上,就土地承包经营权的流转对象而言,新《农村土地承包法》规定的范围更为广泛,只不过采取的技术路径和法律工具不一样而已。

① 参见单平基:《〈民法典各分编(草案)〉之土地承包经营权的评析和完善》,《山东社会科学》2019年第2期。

② 参见焦富民:《“三权分置”视域下承包土地的经营权抵押制度之构建》,《政法论坛》2016年第5期。

③ 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》,《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号。

④ 参见丁关良:《土地承包经营权基本问题研究》,浙江大学出版社2007年版,第132页;辛正郁:《农村土地承包纠纷案件审判实践中的若干疑难问题》,《法律适用》2010年第11期;李延荣、李艳科:《关于“四荒”土地承包经营权流转问题的探讨》,《法学杂志》2011年第5期。

⑤ 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210页。

⑥ 参见王立争、齐恩平:《“一地数包”的效力规则重构——兼评法释[2005]6号第20条》,《南京农业大学学报(社会科学版)》2010年第1期。

⑦ 胡康生主编:《中华人民共和国农村土地承包法释义》,法律出版社2002年版,第103页。

⑧ 参见胡康生主编:《中华人民共和国农村土地承包法释义》,法律出版社2002年版,第100页。

⑨ 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146页。

综上,民法典物权编应维系土地承包经营权的身份属性,明确限定土地承包经营权的主体。基于此,笔者建议将《二审稿》第126条修改为:“承包农户依法对其承包经营的耕地、林地、草地等享有占有、使用和收益的权利,有权从事种植业、林业、畜牧业等农业生产”。这里明确将土地承包经营权的主体规定为“承包农户”,以与新《农村土地承包法》第16条保持一致;同时,这里不采取“承包方”这一概念,因为在新《农村土地承包法》之下,“承包方”既包括家庭承包方式之下的承包农户,也包括其他承包方式之下的市场主体(农业生产经营者)。

### 三、土地承包经营权的物权变动

就土地承包经营权的物权变动规则,《二审稿》主要规定了两条:其一,第128条第1款规定:“土地承包经营权自土地承包经营权合同生效时设立。”第2款规定:“登记机构应当向土地承包经营权人发放土地承包经营权证、林权证等证书,并登记造册,确认土地承包经营权。”本条与《物权法》第127条内容相同,其中,登记对于土地承包经营权的设立而言,几无意义,既不是生效要件,也不是对抗要件。其二,第130条规定:“土地承包经营权互换、转让的,当事人可以向登记机构申请登记;未经登记,不得对抗善意第三人。”本条与《物权法》第129条内容相同,其中,登记对于土地承包经营权的互换和转让而言,是對抗要件。由此可见,在《二审稿》内部,登记对于土地承包经营权物权变动的法律意义并未统一,但均属债权意思主义物权变动模式范畴。<sup>①</sup>

#### (一)“登记”和“颁证”的不同法律意义

“提升农业适度规模经营水平”是实施乡村振兴战略的重要一环,<sup>②</sup>而适度规模经营的展开以土地经营权的流转为前提。为维护交易安全、降低交易成本,土地经营权的“母权”——土地承包经营权,应是权属清晰的、明确的。如此,土地承包经营权的登记就显得尤为重要。

《二审稿》第128条第2款直接来源于《物权法》第127条,而后者又来源于《农村土地承包法》第23条。该条第1款规定:“县级以上地方人民政府应当向承包方颁发土地承包经营权证或者林权证等证书,并登记造册,确认土地承包经营权。”新《农村土地承包法》第24条第1款将其修改为:“国家对耕地、林地和草地等实行统一登记,登记机构应当向承包方颁发土地承包经营权证或者林权证等证书,并登记造册,确认土地承包经营权。”这些规定明确了以下几个问题:

第一,强调“颁证”在确认土地承包经营权中的意义,“土地承包经营权证书、林权证等证书,是承包方享有土地承包经营权的法律凭证”。<sup>③</sup>“登记造册”在性质上只是一种行政备案或行政确认,不是民法意义上的不动产物权登记,<sup>④</sup>并不具有创设土地承包经营权的效力。<sup>⑤</sup>就土地承包经营权证书、林权证等证书的性质,有学者认为,这些证书的记载事项和内容重新表达了承包合同的主要条款,<sup>⑥</sup>使之具有承包合同的性质;这些证书是国家确认承包方享有土地承包经营权的法律凭证,土地承包经营权又是物权,这些证书也就同时构成物权凭证。<sup>⑦</sup>

第二,土地承包经营权的“颁证”和“登记”不采取当事人申请原则。《二审稿》第7条规定:“当事人申请登记,应当根据不同登记事项提供权属证明和不动产界址、面积等必要材料。”本条与《物权法》第11条

<sup>①</sup> 有学者认为,土地承包经营权自土地承包经营权合同生效时设立,采取的是“合同生效主义(登记对抗主义)”。参见王立争、齐恩平:“一地数包”的效力规则重构——兼评法释[2005]6号第20条,《南京农业大学学报》(社会科学版)2010年第1期。其实,合同生效主义和登记对抗主义均属债权意思主义的表现形式。参见马特:《物权变动》,中国法制出版社2007年版,第55~56页。

<sup>②</sup> 参见韩长赋:《大力实施乡村振兴战略》,载《党的十九大报告辅导读本》编写组编著:《党的十九大报告辅导读本》,人民出版社2017年版,第214页。

<sup>③</sup> 胡康生主编:《中华人民共和国农村土地承包法释义》,法律出版社2002年版,第66页。《农村土地承包经营权证管理办法》第2条第1款也对此作了明确规定。

<sup>④</sup> 参见陈文学、高圣平:《土地承包经营权流转视野下的土地承包经营权登记制度:困境与出路》,《学术探索》2010年第3期。

<sup>⑤</sup> 参见房绍坤:《物权法用益物权编》,中国人民大学出版社2007年版,第82页。

<sup>⑥</sup> 《农村土地承包经营权证管理办法》第6条规定:“农村土地承包经营权证应包括以下内容:(一)名称和编号;(二)发证机关及日期;(三)承包期限和起止日期;(四)承包土地名称、坐落、面积、用途;(五)农村土地承包经营权变动情况;(六)其他应当注明的事项。”

<sup>⑦</sup> 参见房绍坤:《物权法用益物权编》,中国人民大学出版社2007年版,第83页。

相同,明确了不动产登记的当事人申请原则。有学者认为,《二审稿》第128条第1款与第2款之间在法律逻辑上存在矛盾:依第1款的规定,土地承包经营权依土地承包经营权合同生效而设立,登记并非其设立的必备要件,这就意味着,承包方既可选择向登记机构申请权属登记并取得权属证书,也可选择不申请登记;如承包方选择不申请登记,即无登记机构发放权属证书的问题。<sup>①</sup>但是,就土地承包经营权这一不动产物权而言,“考虑到我国农村土地承包的实际情况,应当认可实践中已完成的确权发证和登记造册工作,不宜再由承包方主动向人民政府申请登记发证”。<sup>②</sup>由此可见,虽然土地承包经营权登记是首次登记、初始登记,但具有总登记性质,不以当事人申请为前提。<sup>③</sup>

就“不动产登记簿”与“不动产权属证书”之间的关系,《二审稿》第128条第2款与《二审稿》第12条和第13条大相径庭。无论是《二审稿》,还是《物权法》,不动产登记簿都是物权归属和内容的根据,而不动产权属证书只是权利人享有该不动产物权的证明。在时间顺序上,是先有不动产登记(即将不动产的自然状况、权利状况及其他事项记载于不动产登记簿<sup>④</sup>),再有从不动产登记簿的记载事项中导出并交由权利人收执的不动产权属证书;在效力层次上,不动产权属证书记载的事项应与不动产登记簿相一致,记载不一致的,除有证据证明不动产登记簿确有错误外,以不动产登记簿为准,“不动产权属证书只是不动产登记簿的‘副本’,仅为证明当事人享有不动产物权的一种证据,权属证书的遗失、损毁,对于权利的享有并无任何影响”。<sup>⑤</sup>由此可见,就不动产权属判断而言,不动产登记簿比不动产权属证书的证明效力更高。虽然有学者认为,仅具确认与证明权利的土地承包经营权登记,仍然具有物权公示的效力,<sup>⑥</sup>土地承包经营权的登记亦应向物权公示的基本规则靠拢,但《二审稿》第128条第2款忽略了“颁证”与“登记”之间的关系。其正常的表述应是:“登记机构应当将土地承包经营权记载于不动产登记簿,并向土地承包经营权人发放土地承包经营权证、林权证等证书,确认土地承包经营权。”

## (二)土地承包经营权物权变动模式的选择

就现行法上土地承包经营权的物权变动模式,多数学者认为系采债权意思主义,<sup>⑦</sup>且认为此模式与我国农村实际情况相契合。<sup>⑧</sup>但亦有学者认为,在解释论之下,《物权法》第9条第1款所称“法律另有规定的除外”,指的是不动产物权变动的登记公示方式的例外规定,并不表明土地承包经营权的物权变动无须公示。土地承包经营权的公示具体表现为:“召开村民会议,讨论通过已公布承包方案;公开组织实施承包方案,交付承包地;签订书面形式的承包合同并将其与农村土地承包合同的管理制度紧密结合,由《农村土地承包法》第19条、第21条将这些公示方式规定于土地承包经营权合同的成立要件当中。”<sup>⑨</sup>如此一来,就土地承包经营权的物权变动而言,我国现行法奉行的仍然是“公示要件主义”(债权形式主义)的立法模式。无论采纳哪种观点,其立足点都在于:在城乡分治的背景之下,封闭的“熟人社会”决定了,承包方案的讨论、公布和实施、承包合同的签订以及占有承包地的事实,已经足以公示承包地的利用关系,无须借助于登记。

然而,日益频繁的承包地流转现实提出了新的制度需求。现有的土地承包经营权物权变动模式并不足以明晰承包地的权利现状,给适度规模经营的展开带来了技术上的障碍,不利于稳定土地承包关系,也不利于维护承包地流转的交易安全。在农村土地承包法修正和民法典编纂过程中,多数学者主张就土地

① 参见单平基:《〈民法典各分编(草案)〉之土地承包经营权的评析和完善》,《山东社会科学》2019年第2期。

② 胡康生主编:《中华人民共和国农村土地承包法释义》,法律出版社2002年版,第66页。

③ 参见王小映:《“三权分置”产权结构下的土地登记》,《农村经济》2016年第6期。

④ 参见程啸:《不动产登记法研究》(第2版),中国人民大学出版社2018年版,第59页。

⑤ 尹田:《物权法》(第2版),北京大学出版社2017年版,第145页。

⑥ 参见王小映:《论不动产统一登记中承包地登记的特殊性》,《农村经济》2017年第11期。

⑦ 参见王利明:《物权法研究》(下卷)(第4版),中国人民大学出版社2018年版,第67页;梁慧星、陈华彬:《物权法》(第6版),法律出版社2016年版,第77页;崔建远:《物权:规范与学说——以中国物权法的解释论为中心》,清华大学出版社2011年版,第75页。

⑧ 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;房绍坤:《物权法用益物权编》,中国人民大学出版社2007年版,第79~80页;郭继:《家庭土地承包经营权设立模式的立法选择——以法经济学和法社会学交叉为视角》,《安徽大学学报》(哲学社会科学版)2010年第1期。

⑨ 蔡立东、王宇飞:《论土地承包经营权的变动模式》,《当代法学》2011年第5期。

承包经营权的物权变动应改采登记生效主义,土地承包经营权的设立、转让、互换和变更概莫能外。其主要理由在于:其一,基于农村经济发展的现实考虑。承包地“三权分置”已由政策转化为法律,承包地流转规模和流转范围必将扩大,新型经营主体的引入必将给传统农村“熟人社会”带来冲击,<sup>①</sup>“如果没有严格的公示方式,将会对交易安全和当事人的权利保护产生不利影响”。<sup>②</sup>其二,农地确权登记实践为登记生效主义奠定了基础。<sup>③</sup>2013年《中共中央、国务院关于加快发展现代农业 进一步增强农村发展活力的若干意见》提出“全面开展农村土地确权登记工作”以来,各政策文件不断强调“健全土地承包经营权登记制度”“推进土地承包经营权确权登记颁证工作”。<sup>④</sup>在此背景下,“《民法典》规定土地承包经营权不经登记不具有物权效力,符合我国农村的特点,有利于维护农民的合法权益”。<sup>⑤</sup>其三,基于统一不动产物权变动模式的需要。<sup>⑥</sup>土地承包经营权的物权变动规则是登记生效主义这一不动产物权变动基本模式的例外,而且土地承包经营权的设立和移转也采取不同的物权变动规则,不利于法律的统一,改采登记生效主义有利于“减少基于法律行为的物权变动模式的类型”。<sup>⑦</sup>

笔者认为,土地承包经营权的物权变动模式应采登记对抗主义,理由如下:

第一,在“三权分置”之下,承包地流转的对象已经不局限于本集体经济组织成员,基于交易安全和交易便捷的考虑,不宜将承包方案、承包合同以及承包地的占有作为土地承包经营权的公示方法。承包方案、承包合同均属于内部文件,市场主体不易查询,且容易伪造、变造、毁损、灭失,可靠性、准确性和权威性也不足;<sup>⑧</sup>在交易日益频繁的背景之下,对于承包地的占有,可能是承包农户基于其土地承包经营权的占有,也可能是其他经营主体基于土地经营权的占有,由此可见,承包地的占有事实已经不足以达到公示效果。将登记作为土地承包经营权的公示方法,有利于明确特定承包地之上的权利归属,从而降低交易成本和交易风险。

第二,在承包地产权结构中,土地承包经营权既可能反映“两权分离”之下土地所有权的“子权利”,也可能表达“三权分置”之下土地经营权的“母权利”。土地承包经营权的登记公示虽然有稳定土地承包关系的作用,但主要还是充当促进土地经营权流转、发展适度规模经营的重要技术工具。统计数据表明,目前承包地流转仅占1/3左右。这就意味着,在我国农村经济发展不平衡的背景下,承包地的流转规模在不同的地区差异较大,通过登记来维护交易安全对经济欠发达地区的农民意义不大,“对承包土地使用、占有、排他性的保护往往通过习惯法就能达到,登记在此作用不大”,<sup>⑨</sup>一律采取登记生效主义会增加没有承包地流转或流转不频繁地区的承包农户和地方财政的负担。<sup>⑩</sup>就农村土地总登记或地籍调查而言,即使是试点地区,土地承包经营权确权颁证工作也没有完成,“制约农村承包土地流转……影响其抵押融资功能的实现”。<sup>⑪</sup>如此看来,受登记机构行政和技术能力的限制,短期内完成土地承包经营权的首次登记存在困难,而且“二轮”承包到期还面临着部分承包地的调整,一律采取登记生效主义也不现实。因此,在坚持登记作为土地承包经营权的公示方法的前提之下,将登记作为土地承包经营权对抗第三人的要件,是契合

① 参见单平基:《〈民法典各分编(草案)〉之土地承包经营权的评析和完善》,《山东社会科学》2019年第2期。

② 温世扬:《从〈物权法〉到“物权编”——我国用益物权制度的完善》,《法律科学(西北政法大学学报)》2018年第6期。

③ 参见崔建远:《物权法》(第4版),中国人民大学出版社2017年版,第278页;单平基:《〈民法典各分编(草案)〉之土地承包经营权的评析和完善》,《山东社会科学》2019年第2期。

④ 参见中共中央办公厅、国务院办公厅先后发布的《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》《深化农村改革综合性实施方案》《关于完善农村土地所有权承包经营权分置办法的意见》等。

⑤ 单平基:《〈民法典各分编(草案)〉之土地承包经营权的评析和完善》,《山东社会科学》2019年第2期。

⑥ 参见崔建远:《民法分则物权编立法研究》,《中国法学》2017年第2期;温世扬:《从〈物权法〉到“物权编”——我国用益物权制度的完善》,《法律科学(西北政法大学学报)》2018年第6期;单平基:《〈民法典各分编(草案)〉之土地承包经营权的评析和完善》,《山东社会科学》2019年第2期。

⑦ 崔建远:《物权:规范与学说——以中国物权的解释论为中心》,清华大学出版社2011年版,第516页。

⑧ 参见崔建远:《物权:规范与学说——以中国物权的解释论为中心》,清华大学出版社2011年版,第516页。

⑨ 邓建宇、刘志鹏:《关于“土地承包经营权”登记发证之若干思考》,《安徽农业科学》2007年第15期。

⑩ 参见高圣平:《承包地三权分置的法律表达》,《中国法学》2018年第4期。

⑪ 参见《国务院关于全国农村承包土地的经营权和农民住房财产权抵押贷款试点情况的总结报告——2018年12月23日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第七次会议上》,《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号。

目前实际的便宜之举。

第三,在《物权法》和未来的民法典物权编中,债权形式主义和债权意思主义并存,物权并不完全是一种具有绝对排他效力的对世权。即使在不动产用益物权体系内部,也只有建设用地使用权奉行登记生效主义,非经登记,建设用地使用权不设立;地役权采取登记对抗主义;土地承包经营权的移转奉行登记对抗主义;宅基地使用权依审批而设立,不要求登记。由此可见,可以预见的是,未来民法典物权编中亦不大可能统一不动产物权变动的模式。虽然物权变动模式上采取登记生效主义是物权具有绝对对世效力的必然要求,<sup>①</sup>但如土地承包经营权未经登记即不设立,将意味着很多承包农户事实上行使着的“土地承包经营权”得不到法律的确认和保护,与普通农户的法感情不合。

综上,就土地承包经营权的物权变动,民法典中应选择采用登记对抗模式。登记对抗主义本于私法自治的理念,尊重当事人的意思自由,一方面使土地承包经营权容易设立和移转,维持了土地承包经营权设立和移转交易上的便捷;另一方面,各地方和当事人可根据具体情况,决定是否登记。为便于流转和融资担保,可以选择登记;没有流转和融资担保需求的,亦可选择不登记。对于已登记者,第三人可通过查阅登记簿而明了承包地的实际权利状况,由此维护交易安全;对于未登记者,土地承包经营权的物权变动效力也不受影响,只是不能对抗第三人而已。如此,条文可设计为:“土地承包经营权的设立、变更、互换和转让自合同生效时发生效力,但未经登记,不得对抗善意第三人”。

#### 四、土地承包经营权的担保规则

为有效盘活农村资源、资金、资产,增加农业生产中长期和规模化经营的资金投入,促进农民增收致富和农业现代化加快发展,在深化农村金融改革创新的大背景之下,党的十八届三中全会确定了农村承包土地的经营权和农民住房财产权等“两权”抵押贷款试点这一重要改革任务。为使试点工作于法有据,第十二届全国人民代表大会常务委员第十八次会议通过决定,授权国务院在部分试点县(市、区)行政区域分别暂时调整实施《物权法》等关于集体所有的耕地使用权不得抵押的规定。《国务院关于开展农村承包土地的经营权和农民住房财产权抵押贷款试点的指导意见》(以下简称《试点指导意见》)以及中国人民银行、中国银行业监督管理委员会、中国保险监督管理委员会、财政部、农业部联合发布的《农村承包土地的经营权抵押贷款试点暂行办法》(以下简称《试点暂行办法》)对试点工作作了具体部署。农村承包地土地经营权担保融资试点取得了良好的绩效,<sup>②</sup>新《农村土地承包法》及时地反映了这一改革成果。

##### (一)“承包地的土地经营权”融资担保的标的

承包农户为加大农业生产投入、扩大农业生产规模、提升农业生产能力等,也有融资需求。在政策金融无法满足这一需求的情况下,商业金融就成了正规金融中的必然选择。农村信贷担保物的匮乏直接影响着信贷实践的展开,“两权”抵押贷款试点即旨在释放农村主要资产的金融价值。在《试点指导意见》中,“农村承包土地的经营权”就成了融资担保的标的,但无论是当时的实定法,还是“三权分置”的政策文件,都无这一权利。其所指向的究竟是土地经营权,还是包括土地承包经营权在内,不无疑问。新《农村土地承包法》第47条第1款中规定:“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”,将政策文件中的“农村承包土地的经营权”明确为“承包地的土地经营权”。有学者据此认为,这里的融资担保标的即为土地经营权,承包方也是土地经营权的主体;<sup>③</sup>如此规定就“意味着融资担保无论是采取质押还是抵押,担保客体都是土地经营权,需要土地经营权在采取质押或抵押的方式流转前即已产生,即需肯认承包方享有土地经营权”。<sup>④</sup>还有学者虽然主张“在土地不发生流转的情况下并不产生‘土地经营

<sup>①</sup> 参见蔡立东、王宇飞:《论土地承包经营权的变动模式》,《当代法学》2011年第5期。

<sup>②</sup> 参见《国务院关于开展农村承包土地的经营权和农民住房财产权抵押贷款试点情况的总结报告——2018年12月23日在第十三届全国人民代表大会常务委员第七次会议上》,《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员公报》2019年第1号。

<sup>③</sup> 参见房绍坤、林广会:《土地经营权的权利属性探析——兼评新修订〈农村土地承包法〉的相关规定》,《中州学刊》2019年第3期。

<sup>④</sup> 高海:《“三权”分置的法构造——以2019年〈农村土地承包法〉为分析对象》,《南京农业大学学报(社会科学版)》2019年第1期。

权””,但仍然坚持认为“当农户进行抵押时,其抵押的标的物是不具有身份属性的‘土地经营权’”。<sup>①</sup>在技术路线上,“土地承包经营权人未为他人设定经营权场合,其可以为自己在土地承包经营权上设定经营权,再以经营权作为标的,为债权人设定抵押权”。<sup>②</sup>笔者对此不敢苟同。

其一,《试点指导意见》中“农村承包土地的经营权”涵盖了两种不同类型的“经营权”:未流转土地经营权时,承包方自行行使的“经营权”;流转土地经营权时,受让方行使的“经营权”。其中前者的法权表达是“土地承包经营权”;后者的法权表达是“土地经营权”。这一解释得到了《试点暂行办法》的印证。该办法第5条规定,“通过家庭承包方式依法取得土地承包经营权和通过合法流转方式获得承包土地的经营权”均可抵押。《试点指导意见》和《试点暂行办法》中“农村承包土地的经营权”,实为旨在概括两类不同的抵押财产的便宜之举。由此可见,承包农户供作融资担保的仍然是土地承包经营权,<sup>③</sup>否则,全国人大常委会就不会授权国务院在试点地区暂时调整实施《物权法》《担保法》“关于集体所有的耕地使用权不得抵押”的规定。因为《物权法》第184条第2项、《担保法》第37条第2项所称的“耕地……等集体所有的土地使用权”在解释上即为耕地之上的土地承包经营权,而土地经营权并不由该条文义所能涵盖,也就不在禁止抵押的财产范围之列,而属于《物权法》第180条第1款第7项“法律、行政法规未禁止抵押的其他财产”,也就成了允许抵押的财产。

其二,在承包地产权结构之中,土地承包经营权与土地经营权是两个彼此联系而又相互独立的权利类型。在未派生出土地经营权之前,土地承包经营权的(占有、使用、收益)权能均由承包方享有,在解释上,承包农户行使这些权能仅为实现其土地承包经营权的方式,并不能得出承包农户同时还享有一个别异于土地承包经营权的土地经营权的结论。由此可见,承包农户自己经营之时,并不发生“三权分置”,其所享有的仍然是土地承包经营权,而不是土地经营权。“由于承包方并未将承包地的土地经营权向外流转,承包方的土地承包权与土地经营权没有分离,因此,作为担保物的土地经营权实际上还未现实存在。”<sup>④</sup>

将承包农户以“承包地的土地经营权”融资担保理解为土地经营权担保,是受到以土地承包经营权融资担保“也是一种设立土地经营权的方式”<sup>⑤</sup>这一说法的影响。《试点暂行办法》第6条“通过家庭承包方式取得土地承包经营权的农户以其获得的土地经营权作抵押”,以及新《农村土地承包法》第47条第1款“承包方……用承包地的土地经营权向金融机构融资担保”,即被解释为向金融机构流转土地经营权。实际上,无论是出租(转包)、入股,还是抵押,均属承包方处分其土地承包经营权的方式,只不过产生的法律效果不同而已。出租(转包)、入股是债权性的处分方式,仅使受让方取得土地经营权这一债权;<sup>⑥</sup>抵押是物权性的处分方式,产生创设抵押权的法律效果,并不是先使抵押权人取得土地经营权这一债权,再在土地经营权上创设取得抵押权这一物权。金融机构并不是农业经营主体,其所追求的并不是利用承包地的使用价值,并不以使用收益为目的;而是对承包地交换(信用)价值的利用,以担保信贷债权的实现为目的。由此可见,与农业经营主体通过流转取得土地经营权不同,金融机构并无意取得土地经营权。承包方以“承包地的土地经营权”向金融机构融资担保之时,“承包方是用将来的土地经营权融资担保,到需要实现担保物权时,土地经营权才从土地承包经营权中分离出来,作为优先受偿的财产出现”。<sup>⑦</sup>如此看来,新《农村土地承包法》第47条关注的只是在金融机构作为抵押权人实现抵押权之时仅得就土地经营权进行变价,就此,该条第3款已作明确。

① 李长健、兰馨:《农村土地经营权抵押的法律适用及运行保障》,《吉首大学学报》(社会科学版)2018年第5期。

② 蔡立东、姜楠:《承包权与经营权分置的法构造》,《法学研究》2015年第3期。

③ 参见高圣平:《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》,《法商研究》2016年第1期。

④ 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200页。

⑤ 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152页。不过,这种解释值得怀疑,承包农户供作融资担保的标的物仍然是土地承包经营权。

⑥ 关于《中华人民共和国农村土地承包法》之下土地经营权性质的讨论,参见高圣平:《完善农村基本经营制度之下农地权利的市场化路径》,《社会科学研究》2019年第2期。

⑦ 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200页。

综上,承包农户用以担保融资的仍然是土地承包经营权,承包地“三权分置”所改变的并不是担保财产,而是担保物权实现的方式。至于前述技术路线采行承包农户在其土地承包经营权上为自己先设定土地经营权,再以土地经营权为金融机构设定担保物权的观点,则值得商榷:一是就自己之物设立他物权,仅在例外的情形之下予以承认,而在将土地经营权界定为债权的情形之下,就成了在土地承包经营权之上承包农户为自己设定债权性的承包地利用权,增加了解释上的困难;二则增加了登记成本,本可以就土地承包经营权抵押权办理一次设立登记,即可达到目的,但若先设定土地经营权,就意味着相应担保物权须进行两次登记,先有土地经营权设立登记,后有土地经营权担保物权设立登记。这“不仅没有必要,而且,操作上也不可行”。<sup>①</sup> 如此看来,这一路径较为迂回,也不便于人民群众理解。

## (二)土地承包经营权融资担保的体系定位

新《农村土地承包法》第47条就“承包方……用承包地的土地经营权向金融机构融资担保”之时,所设定的是抵押权还是质权,并未作出明确规定。“这主要是考虑到,实践中农地抵押担保融资的情况较为复杂,操作方式多样,加之土地经营权在性质上存在差异,在本法中使用‘融资担保’的概念,包括了抵押和质押等多种情形。”<sup>②</sup>在区分承包农户与受让方供作担保的财产之后,这一政策选择即值得质疑。正如前述,承包农户供作担保的财产是土地承包经营权,受让方供作担保的财产是土地经营权。即使因为土地经营权的定性带来了其上担保物权体系定位上的困难,也不影响土地承包经营权上担保物权的体系定位。无论是“两权分离”,还是“三权分置”,其中土地承包经营权都属于物权,就此并无疑义,由“三权分置”所引发的承包地产权结构的调整,仅仅是强化了土地承包经营权的身份属性,而并未改变土地承包经营权的用益物权性质。

土地承包经营权在性质上属于用益物权,是不适于出质的财产权利,其上所设定的担保物权只能是抵押权。就此而言,《物权法》第180条第1款第(三)项规定“以招标、拍卖、公开协商等方式取得的荒地等土地承包经营权”可以抵押。虽然新《农村土地承包法》已将此类土地承包经营权重构为土地经营权,但其所依循的基本法理可资遵循。即:就权利担保物权的体系定位而言,如设定担保物权之后,原权利人仍可行使其权利,即为抵押权;如设定担保物权之后,原权利人已不能行使其权利,即为质权。如此看来,不动产利用权以利用特定不动产为设立目的,其上的担保物权应定位为抵押权,相反,动产性权利的体系定位,应依是否丧失权利的准占有的具体情形分别定位为抵押权或质权,正如动产抵押权和动产质权并存于担保物权体系中一样。<sup>③</sup> 但《物权法》采取了便宜的做法,但凡不动产权利,则为抵押权的标的,而动产性权利则为质权的标的。准此,就土地承包经营权担保物权的体系定位而言,抵押权应属当然的结论。

《二审稿》第186条删去了“以招标、拍卖、公开协商等方式取得的荒地等土地承包经营权”,但并未明确土地承包经营权可以抵押;第190条删去了“耕地……集体所有的土地使用权”不得抵押的规定,结合第186条第1款第(七)项“法律、行政法规未禁止抵押的其他财产”可以抵押的规定,应能得出土地承包经营权可以抵押的结论;第209条规定:“以集体所有的土地使用权依法抵押的,实现抵押权后,未经法定程序,不得改变土地所有权的性质和土地用途”。在解释上,土地承包经营权属于集体所有土地上的使用权,亦在该条的文义所能涵盖的范围之内。由此可见,《二审稿》明确了土地承包经营权担保物权的体系定位——抵押权。但《二审稿》所采取的立法方法是,先列举抵押财产的范围,再规定登记在各类抵押财产上所设定的抵押权的意义(如第193条规定“本法第一百八十六条第一款第一项至第三项规定的财产或者第五项规定的正在建造的建筑物”上的抵押权采行登记生效主义;第194条规定动产抵押权采行登记对抗主义),由于《二审稿》没有正面列举土地承包经营权作为抵押财产,因此也就不能由第193条的文义所能涵盖。如此,《二审稿》就土地承包经营权抵押权的设定规则没有作出规定,只能在新《农村土地承包法》中寻找规范基础。但新《农村土地承包法》除了规定登记对抗主义之外,并未明确土地承包经营权担保物权的

<sup>①</sup> 许明月:《农村承包地经营权抵押融资改革的立法跟进》,《比较法研究》2016年第5期。

<sup>②</sup> 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179~181页。

<sup>③</sup> 参见高圣平:《民法典中担保物权的体系重构》,《法学杂志》2015年第6期。

体系定位,还得求诸民法典物权编。如此来回穿梭的“找法”过程实不足取。

笔者建议,《二审稿》第186条的列举性规定中应明定“土地承包经营权”可以作为抵押财产,置于建设用地使用权之后,作为第1款第(三)项,以发挥正面列举的指引性功能。土地承包经营权抵押权是民法典物权编应予明确的担保物权种类,该编中自应规定其物权变动规则。例如,改行登记生效主义,则将第193条“以本法第一百八十六条第一款第一项至第三项规定的财产或者第五项规定的正在建造的建筑物抵押的,应当办理抵押登记。抵押权自登记时设立”修改为“以本法第一百八十六条第一款第(一)项至第(四)项规定的财产或者第(六)项规定的正在建造的建筑物抵押的,应当办理抵押登记。抵押权自登记时设立”。如坚持登记对抗主义,则在第193条的最后增加“法律另有规定的除外”,转介至新《农村土地承包法》第47条。

### (三)土地承包经营权抵押权的实现规则

“抵押物处置可能导致的农民失地……失去生活保障等社会问题”,<sup>①</sup>一直是土地承包经营权担保规则设计时着力关注和解决的一大难题。《试点指导意见》指出:“因贷款人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形需要实现抵押权时,允许金融机构在保证农户承包权……前提下,依法采取多种方式处置抵押物。”《试点暂行办法》规定:“因贷款人不履行到期债务,或者按借贷双方约定的情形需要依法行使抵押权的,贷款人可依法采取贷款重组、按序清偿、协议转让、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。”这些规则均表明,土地承包经营权抵押权的实现作为流转的特殊情形,不得导致承包方失去土地承包经营权这一基本保障。

新《农村土地承包法》第47条第3款反映了这一政策导向:“实现担保物权时,担保物权人有权就土地经营权优先受偿。”由此可见,在土地承包经营权抵押权实现之时,抵押权人是在土地承包经营权之上为别人流转土地经营权,并以流转价款优先受偿。此际,土地承包经营权还属于抵押人,达到“保证农户承包权”的公共政策目标。这一实现方式改变了《物权法》上抵押权的实现规则。在《物权法》第195条和《二审稿》第201条(内容同于《物权法》第195条)之下,抵押权的实现方式无论是折价,还是拍卖、变卖,都系以抵押财产的交换价值为执行对象,均就抵押财产进行变价,抵押人丧失抵押财产,第三取得人取得抵押财产。就土地承包经营权抵押权的实现而言,直接适用上述变价实现方式,将意味着土地承包经营权的转移,抵押人将丧失土地承包经营权,此结果与“三权分置”的政策目标不合。

新《农村土地承包法》第47条第3款增设的规定属于强制执行法上的强制管理或收益执行的执行措施。<sup>②</sup>以强制管理的方式实现土地承包经营权抵押权,不就土地承包经营权本身进行变价,而着眼于土地承包经营权的使用价值与收益,系以土地承包经营权的收益为执行对象,亦即执行法院将土地承包经营权所生收益本身作为执行标的物,强制取得抵押人对于土地承包经营权的收益权能,<sup>③</sup>而使受让方取得土地经营权,以流转土地经营权的收益清偿债务。在强制管理期间,虽然抵押人仍然保有土地承包经营权,但限制抵押人直接支配承包地的权利,其转让、设定担保物权或以其他方式处分其土地承包经营权的权利亦受限制。<sup>④</sup>这一特殊的实现方式与经典意义上的强制管理有所区别。在强制执行法上,所谓强制管理,“指执行法院对于已查封之不动产,选任管理人实施管理,以其所得收益清偿债权之执行行为……乃将不动产所生收益之整体为执行之标的物,亦即使债务人丧失其收益权能,而将其移由管理人行使,以其所得收益,充清偿债权之用”。<sup>⑤</sup>管理人是强制管理这一执行措施中的核心要素。但就新《农村土地承包法》第47条第3款规定的实现方式而言,虽然在解释上土地经营权的受让方即为管理人,但用以优先受偿的并

① 《国务院关于全国农村承包土地的经营权和农民住房财产权抵押贷款试点情况的总结报告——2018年12月23日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第七次会议上》,《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号。

② 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》,《华东政法大学学报》2019年第2期。

③ 参见赖来焜:《强制执行法各论》,台湾元照出版有限公司2007年版,第406页。

④ 参见董少谋:《民事强制执行法学》(第2版),法律出版社2016年版,第235页。

⑤ 杨与龄:《强制执行法论》,中国政法大学出版社2002年版,第429页。

非管理土地承包经营权的经营收益(天然孳息),而是土地经营权的流转价款(法定孳息)。即便如此,该实现方式也仍不失为强制管理的一种亚类型。

就强制管理,我国实定法上除新《农村土地承包法》之外并未予以明确。<sup>①</sup>《二审稿》就这一新增的实现方式应有所反映,以确保民法典物权编规则的周延性。虽然强制执行法已经纳入立法规划,但我国实行执行措施法定主义,在实体法上没有规定的情形之下,程序法上增设强制管理这一执行措施即无实体法支撑。《二审稿》第201条所规定的抵押权实现方式仍然以变价为唯一路径,对于《新农村土地承包法修正案》第47条第3款涵盖性不足,应增加“强制管理”这一方式。

## 五、结语

《物权法》就承包地产权结构所作的制度安排,以“两权分离”的基本思想为基础,所反映的是农村家庭联产承包责任制改革的成果。承包地“三权分置”是党中央、国务院针对当前农村的经济现实提出的重大决策,经数年的实践,取得了良好的绩效。准确把握“三权分置”的政策精神,将实践中行之有效的经验上升为法律规范,实为民法典物权编编纂时的重大任务。作为同时反映“两权分离”和“三权分置”之下承包地利用关系的主要权利,土地承包经营权既具有财产属性,又负载着保障功能。由此而决定,民法典物权编中关于土地承包经营权的主体、内容和物权变动规则等的规定,均须对《物权法》的现有规定作出修改。至于“三权分置”之下新增的土地经营权,因其性质上属于债权,<sup>②</sup>民法典物权编中无须专章规定这一新生的权利。<sup>③</sup>不过,自土地承包经营权为他人派生土地经营权,实为土地承包经营权的行使方式,作为土地承包经营权的处分权能之一,在民法典物权编中作出原则性规定,未尝不可。

应当注意的是,民法典编纂之时,应妥善处理其与新《农村土地承包法》之间的关系。既有的观察和研究表明,因两部法律分由不同部门主导起草,彼此之间并未很好地处理规则之间的协调关系。<sup>④</sup>例如,土地承包经营权的主体,新《农村土地承包法》称为“承包农户”或“承包方”,《物权法》和《二审稿》称为“土地承包经营权人”;产生土地承包经营权的合同,前者称为“承包合同”,后者称为“土地承包经营权合同”等等。笔者并不赞成将新《农村土地承包法》整体性地植入民法典物权编、与用益物权分编之下“土地承包经营权”章合二为一的动议。理由在于,一是新《农村土地承包法》调整的并不仅限于土地承包经营权,还包括土地经营权,甚至包括公法关系(如争议的解决、行政责任和刑事责任);二是其条文数量与民法典用益物权分编的其他各章并不对称。因此,就土地利用关系的私法调整而言,新《农村土地承包法》属于“补充型民法”,<sup>⑤</sup>但民法典物权编也绝不是简单地复述新《农村土地承包法》的既有规则。

责任编辑 温世扬

<sup>①</sup> 参见乔宇、牛正浩:《农村集体土地使用权的执行问题》,《人民司法》2014年第7期。虽然《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第492条规定:“被执行人的财产无法拍卖或者变卖的,经申请执行人同意,且不损害其他债权人合法权益和社会公共利益的,人民法院可以将该项财产作价后交付申请执行人抵偿债务,或者交付申请执行人管理;申请执行人拒绝接收或者管理的,退回被执行人”,但该规则与经典意义上的强制管理相去甚远。

<sup>②</sup> 参见张素华、张雨晨:《〈农村土地承包法〉修订背景下土地经营权的法律内涵与制度供给》,《广西大学学报》(哲学社会科学版)2019年第1期;高圣平:《完善农村基本经营制度之下农地权利的市场化路径》,《社会科学研究》2019年第2期。

<sup>③</sup> 参见陈小君:《土地改革之“三权分置”入法及其实现障碍的解除——评〈农村土地承包法修正案〉》,《学术月刊》2019年第1期;高圣平:《土地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)〉》,《现代法学》2019年第5期。

<sup>④</sup> 参见陈小君:《土地改革之“三权分置”入法及其实现障碍的解除——评〈农村土地承包法修正案〉》,《学术月刊》2019年第1期。

<sup>⑤</sup> 参见谢鸿飞:《民法典与特别民法关系的建构》,《中国社会科学》2013年第2期。