

# 土地承包权、土地经营权的性质阐释

蔡立东\*

目次	
一、土地承包权、土地经营权性质阐释的指向与基础	(一) 用益物权客体理论支撑了土地承包权、土地经营权的性质阐释
(一) 土地承包权、土地经营权性质阐释的指向	(二) 登记技术信息化支持了土地承包权和土地经营权的性质阐释
(二) 土地承包权、土地经营权性质阐释的基础	四、对土地承包权、土地经营权性质其他既有阐释的回应
二、土地承包权、土地经营权的发生逻辑与其性质阐释	(一) 对土地承包权“成员权说”的回应
三、土地承包权、土地经营权性质阐释的理论与技术支撑	(二) 对土地经营权性质既有阐释的回应
	结论

**摘要** 着眼于农地“三权分置”改革的政策目标,以既有土地承包经营权制度为基础,通过对“所有权—用益物权”之他物权生成逻辑的拓展,土地经营权得以建立源自“用益物权—次级用益物权”的权利架构。土地经营权是土地承包经营权人设定的次级用益物权,其生成是土地承包经营权人行使其用益物权的结果,分置出土地经营权的土地承包经营权即为土地承包权。通过扩大解释《物权法》第117条中“动产”的含义以及登记技术信息化对物权类型和内容的扩容,物权法完全可以容纳土地经营权这一新型物权。“成员权说”对土地承包权性质的阐释,“总括权利说”“两权说”“债权说”对土地经营权性质的阐释都有偏颇之处,并可能引发实践中的现实问题。

**关键词** 土地承包权 土地经营权 权利用益物权

农地“三权分置”改革旨在以保障农地集体所有制为前提,清除农地权利流转障碍,释放农地权利的融资功能。《物权法》对于集体土地所有权的主体、性质及内容已经做出明确规定,在我国既存农地权利体系中,土地承包权与土地经营权则仍尚付阙如。全国人民代表大会农业与农村委员会向全国人民代表大会常务委员会提请审议的《农村土地承包法修正案(草案)》[以下简称“修正案(草案)”],明文对土地承包权与土地经营权的法律内涵做出界定。但是理论界关于土地承包权与土地经营权的法律性质及其与土地承包经营权关系的认识仍然存在较大分歧。按照党的十九大要求,落实农地“三权分置”这一全面深化改革任务,需要构建系统完备、科学规范、运行有效

\* 吉林大学法学院教授、法学博士。

的制度体系。这其中的关键在于破除一切不合时宜的思想观念和体制机制弊端,突破利益固化的藩篱,依托信息技术,利用既有制度资源,揭示土地承包权与土地经营权生成的制度逻辑,明确土地承包权与土地经营权的法律性质。

## 一、土地承包权、土地经营权 性质阐释的指向与基础

### (一) 土地承包权、土地经营权性质阐释的指向

肇始于 1978 年的改革开放以农地制度改革为发端,通过建立联产承包责任制破题,实行“以家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制”,以农地集体所有为前提,农地可以由农民集体经营,亦可以分配给农户经营。为巩固农地制度改革成果,《民法通则》《农村土地承包法》赋予农户以土地承包经营权,实现了家庭联产承包责任制由政策向法律制度的跨越。《物权法》进一步明确土地承包经营权的物权性质,强化了其公示性和对世性。土地承包经营权以其用益物权的法律地位,实现了与土地所有权的分离,形成了“两权分离”的农地制度。作为土地所有权人的农民集体也不得随意干预土地承包经营权人对农地的自主利用,土地承包经营权的用益物权属性虽得以最终确立,但其流转依然受到一定程度的限制,并未实现权利的财产化。<sup>〔1〕</sup> 随着农业生产力的进一步发展,既有“两权分离”的权利结构难以适应农地规模化经营的现实需求,其弊端逐渐显露。<sup>〔2〕</sup>

为在新时期实现农业的跨越式发展,新一轮土地制度改革势在必行。党的十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》将以农地权利财产化推动农业适度规模经营确定为农业和农村改革的方向。沿着这一方向,2014 年 11 月中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《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。”由此农地“三权分置”被确立为农地规模化经营的制度机制和实现方式。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》确认了土地经营权的可流转性。由于土地经营权是可流转的财产权,2015 年 8 月国务院印发《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》,明确了在试点地区允许权利人对农地经营权进行抵押。2015 年 11 月中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《深化农村改革综合性实施方案》则对深化农村土地制度改革的基本方向和实现机制做出了具体阐释,明确了“落实集体所有权”“稳定农户承包权”“放

〔1〕 土地承包经营权转让的受让主体受到限制,即必须具备农业经营能力(《农村土地承包法》第 33 条)。出让条件也有限制,即转让土地承包经营权必须经过发包方同意(《农村土地承包法》第 37 条)。满足上述条件实现土地承包经营权的转让极为困难。同时,限制土地承包经营权转让的条件过于笼统,不具有可操作性。参见蔡立东、姜楠:《论土地承包经营权转让中的发包方同意》,载《吉林大学社会科学学报》2014 年第 4 期,第 22 页。

〔2〕 首先,以家庭为生产单位的农业生产经营模式使得农地始终处于碎片化状态,农地经营的规模效益难以形成;其次,农业生产单位的个体化使得各个生产单位之间的协调成本过高,不利于大型农业机械化作业的推广,间接阻碍了农业生产效率的提高。事实证明,在地理条件、自然环境允许的情况下,农业规模化经营比农户个体经营更具效率优势,集体土地所有权与土地承包经营权相分离的农地权利结构难以继续发挥促进农业生产效率提高的积极作用。

活土地经营权”的主要内涵。<sup>〔3〕</sup> 2016年10月中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于完善农村土地所有权承包权经营权分置办法的意见》，在政策面明确了农地“三权”关系，“三权分置”的政策获得全面阐释，提出“三权分置”政策的实施要“始终坚持农村土地集体所有权的根本地位；严格保护农户承包权；加快放活土地经营权；逐步完善三权关系”。我国的农地制度开始了“农地归集体所有、归农户自主用益，农业实行规模化经营”的根本转向。在此基础上，党的十九大则明确将“巩固和完善农村基本经营制度，深化农村土地制度改革，完善承包地‘三权’分置制度”作为实施乡村振兴战略的重要举措。

在我国既存农地法律制度框架下，农地权利流转多通过债权机制实现。权利主体对土地承包经营权的物权性处分存在诸多制度障碍。相应地，土地承包经营权的融资担保功能亦被因此剪除。立法者的担心是一旦放开农地权利抵押，会造成大量农民与土地失去法权关系，进而威胁社会稳定。基于此，《物权法》第184条也沿袭了禁止农地权利抵押的立场。与此适成对照的是，随着我国城镇化水平的不断提高，农村人口大量进入城市生活，农地流转规模不断扩大。目前，农村已有30%以上的承包农户在流转承包地，流转面积4.79亿亩。<sup>〔4〕</sup> 据农业部统计，目前全国经营规模50亩以上的农户超过350万户，家庭农场、农民专业合作社等各类新型经营主体超过280万家。<sup>〔5〕</sup> 由此产生的问题是，法律认定的农地权利主体与农地的实际经营主体错位，土地承包经营权人与土地的经营者在实践中发生了事实上的分离。这导致一方面，既有土地承包经营权流转及融资障碍限制了农业生产率的提高，亟须新的农地权利突破这一制度困局；另一方面，不参与农地经营的土地承包经营权人、农地实际经营者的权利边界及其相互关系难以确定。由此引发的问题是，如何在保障农民土地权利的前提下便利农地权利流转，发挥农地权利的融资功能？土地承包权与土地经营权的分置正是以解决上述问题为圭臬的对应性制度安排。

作为协调农地利益分配的新型制度安排，作为对既有集体土地所有权与土地承包经营权“两权分离”的优化，以土地承包权与土地经营权分置为核心的“三权分置”，在兼顾初始权利分配公平的基础上，更加注重财产权利流转的效率。土地承包权与土地经营权分置，首先要“稳定承包权”，土地承包权将有效维持农民与农地的法权关系，继续承载土地承包经营权的社会保障功能。农民即使离开土地，通常也不愿、国家亦不鼓励其放弃土地承包经营权，这决定了土地承包权趋向于非流通化的性质。在此基础上，实现农业的适度规模经营，必须要“放活经营权”，以完全财产化的土地经营权为载体实现农地的无障碍流转，释放农地的融资担保功能。

## （二）土地承包权、土地经营权性质阐释的基础

能够迅速并低成本地获得正当性的法律制度无不充分利用、甚至依赖既有制度资源，土地承包权与土地经营权分置的制度安排渊源于对“两权分离”制度的优化，而不是独辟蹊径的另起炉灶。《物权法》《农村土地承包法》《土地管理法》等法律均使用土地承包经营权这一概念，并以其为枢纽建立了相应制度。这已经成为中国特色农地权利制度的基本元素，并将构成构造中国新型农

〔3〕 落实集体所有权，就是做实“‘农民集体所有的不动产和动产，属于本集体成员集体所有’”的法律规定，明确界定农民的集体成员权，明晰集体土地产权归属，实现集体产权主体清晰”。稳定农户承包权，就是要“依法公正地将集体土地的承包经营权落实到本集体组织的每个农户”。放活土地经营权，就是“允许承包农户将土地经营权依法自愿配置给有经营意愿和经营能力的主体，发展多种形式的适度规模经营”。

〔4〕 《权威解读：农村土地承包法修正案草案解读》（[http://www.npc.gov.cn/npc/lfzt/rlyw/2017-11/02/content\\_2031363.htm](http://www.npc.gov.cn/npc/lfzt/rlyw/2017-11/02/content_2031363.htm)，最后访问时间 2017-12-25）。

〔5〕 董峻、王立彬：《稳定土地承包关系 保障农民财产权益——聚焦农村土地承包法修正案草案》（[http://news.xinhuanet.com/2017-10/31/c\\_1121886258.htm](http://news.xinhuanet.com/2017-10/31/c_1121886258.htm)，最后访问时间 2017-12-25）。

地制度的正当性支撑。正是基于此,《农村土地承包法》修改的总体思路是:全面贯彻党的十八大、十九大和历次中央全会精神,围绕处理好农民和土地关系这条主线,坚持农村基本经营制度不动摇,进一步赋予农民充分而有保障的土地权利,为提高农业现代化水平,推动实施乡村振兴战略和城乡融合发展,保持农村社会和谐稳定提供制度保障。

相反,如果关于土地承包权、土地经营权的制度安排完全摒弃既有土地承包经营权制度,势必引发我国农村土地权利制度基本架构的根本性变革。这不仅会提高立法成本,而且可能打乱农民已经形成的、对农地权利制度的稳定预期,影响农业发展和农村社会稳定。事实上,中央也把“加快推进土地承包经营权确权工作”作为推行农地“三权分置”政策的前提,以土地承包经营权制度为基础,构造土地承包权、土地经营权的政策指向至为明确。<sup>〔6〕</sup>

无论基于对农地制度历史和农村现实的尊重,还是对现行政策的正确理解,土地承包权、土地经营权的构造都只能建基于实行已久的土地承包经营权制度。正是基于对“三权分置”制度之构造基础的正确理解,修正案(草案)再次确认了农村集体经济组织成员对土地承包经营权主体的垄断,即使经营权流转给第三方,承包方的土地承包权也保持不变,借此稳定承包方与发包方的承包关系。试图完全脱离土地承包经营权制度,构造土地承包权与土地经营权分置制度的做法,既违背我国农地制度发展的历史规律,又不符合中国农村和农业的现实需求,当然不能成为立法的现实选择。构造土地承包权、土地经营权制度的科学态度是:立足于土地承包经营权制度,以“三权分置”政策改革目标为指导,合理阐释土地承包权与土地经营权的性质及其与土地承包经营权的关系。

## 二、土地承包权、土地经营权的 发生逻辑与其性质阐释

无论是基于中国农地制度的演进逻辑,还是基于中央政策的鲜明导向,关于土地承包权、土地经营权的制度安排必须以土地承包经营权制度为基础。由此,土地承包经营权、土地承包权、土地经营权三者的关系则是立法和学理需要共同面对的焦点问题。

依据《物权法》第125条,土地承包经营权为用益物权。既有“两权分离”制度采取了大陆法系物权法“所有权—用益物权”的权利架构解释土地承包经营权的发生及其与集体所有权的关系。罗马法时代,“所有权—用益物权”的权利架构已经形成,所有权具有整体性,不能视为各种权能简单的组合。所有权人行使该权利,得设定用益物权。所有权具有物权的一切权能,是最完全的物权,可据以全面支配所有物,属于自物权。罗马法虽然没有完整的所有权定义,但却赋予所有权至高无上的地位:一方面,所有权是对物最为一般而全面的支配;另一方面,他人不得对所有物为任何未经所有权人许可的行为。用益物权属于他物权,是对他人之物所享有的物权,派生和依附于自物权。自物权与他物权的关系是一种完全权与不完全权的关系。<sup>〔7〕</sup>也即用益物权一般由所有权人基于法律行为设定,所有权人与用益物权人达成设定用益物权的合意,双方均受这一意思表示的拘束。所有权人不得干扰、侵害用益物权人对物的占有、使用和收

〔6〕 2014年11月中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《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。”“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。”

〔7〕 参见周相:《罗马法原论》(上册),商务印书馆1994年版,第321、388页。

益,其负有容忍用益物权人利用物的义务。用益物权人对物的占有、使用、收益的权利优先于所有权人。同时,用益物权人对物的占有、使用、收益的行为不得侵害所有权人的合法权益。其中的逻辑是将既存的权利视为母权,将由分置出的权能所形成的权利视为子权。子权和母权虽然形式一样,但内容不同。子权只是行使母权的一部分权能。子权在开始设定时,虽然与母权有着密切的关系甚至有着共同的命运,但是自其设定行为完成的瞬间之后,就与母权完全分离,成为一种独立的、新的、不同种类的权利。拥有子权的子权人,不是作为代理人在行使他人的权能,而是在行使自己的权能。另一方面,母权依然留在设定人之处,本体没有受到损害,仅仅是部分权能被分割(置)出去而作为了子权内容的权能,母权人在行使母权的各项权能时,遇到构成子权内容的特定权能时,将暂时地受到限制。<sup>〔8〕</sup>用益物权获得独立物权地位,所有权的性质并未因此而发生改变。因此,所有权人设定用益物权,本质上是对该权利、而不是物的处分,构成所有权行使的一种方式。<sup>〔9〕</sup>

大陆法系物权法“所有权—用益物权”的权利架构为多样化、多层次利用物质资源提供了有效的制度支持。本来,欲利用物质资源,原则上即应取得其所有权。唯所有权之取得,通常须支付相当的代价,使无资力者往往望而却步。于是遂感有利用他人之物的必要。另一方面,拥有物资者,也未必悉能利用,与其搁置,以听其荒废,不如使人利用,以坐收其利益,如此恰好以有余补不足。社会经济亦赖以获得繁荣。<sup>〔10〕</sup>基于以上考量,“所有权—用益物权”的权利架构满足了人们提高物质资源利用效率的现实需要。

20世纪之后,大陆法系物权法传统的“所有权—用益物权”权利结构已然不能完全胜任对多样化、多层次物质资源利用关系的规制,遂有将该权利架构延伸至用益物权行使领域的理论与实践。承接“所有权—用益物权”的权利架构,用益物权人在其权利之上得再次设定用益物权,这亦可以视为在以用益物权为客体的所有权之上设定用益物权。<sup>〔11〕</sup>这一次级用益物权的发生逻辑也得到了司法实践的任许。<sup>〔12〕</sup>基于此,具有用益物权性质的土地承包经营权之上设定土地经营权无理论上和逻辑上的障碍。根据修正案(草案),以家庭承包方式取得的土地承包经营权因流转而分置为土地承包权和经营权。由此可见,设定土地经营权是土地承包经营权行使的结果。土地承包经营权、土地承包权与土地经营权三者的关系可以阐释为:土地经营权是土地承包经营权人行使其权利、基于对其权利的处分设定的次级用益物权。土地承包经营权人可以自由选择是否设定土地经营权,其可以选择流转农地,设定土地经营权,亦可以选择自己经营农地。设定土地经营权是土地承包经营权人行使其权利的结果,设定土地经营权后,土地承包经营权的性质没有发生变化。区别于未设立土地经营权的土地承包经营权,分置出土地经营权的土地承包经营权称为土地

〔8〕 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55页。

〔9〕 参见高圣平、梅夏英:《物权法教程》,中国人民大学出版社2010年版,第178页。

〔10〕 参见陈华彬:《物权法原理》,国家行政学院出版社1997年版,第503页。

〔11〕 参见王利明、尹飞、程啸:《中国物权法教程》,人民法院出版社2007年版,第522页。这一对用益物权享有支配效力的“准物权”,实质上是以用益物权为客体的所有权。事实上,大陆法系一些国家在法典中已经确认这一事实。例如,《智利共和国民法典》第583条明确规定:“对于无体物,也有一种所有权。因此,享有用益权者对其用益权拥有所有权。”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646页;《智利共和国民法典》,徐涤宇译,北京大学出版社2014年版,第95页。

〔12〕 德国联邦最高法院以判例的方式承认所有权人也可以为自己设定地上权,地上权人亦可以设定下级地上权,即在土地上权上设定次级地上权。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652页。

承包权。<sup>〔13〕</sup>

土地承包权与土地经营权的分置并不意味着对土地承包经营权本体的分解。<sup>〔14〕</sup>分置出土地经营权后,土地承包经营权依然由承包方享有,该权利本体没有受到减损,仅仅是部分权能被分置出去而成为土地经营权的权能。在土地经营权的期限内,只是承包方对土地承包经营权各项权能的行使,受到土地经营权的暂时限制。将土地经营权界定为在土地承包权之上设定的次级用益物权,有效地解决了土地经营权与既有法律体系融合的问题,抓住了农地“三权分置”改革的主旨和关键,回应了实践需求,有其合理性,值得赞同。<sup>〔15〕</sup>

土地承包权的主体限于集体成员,基于身份性、封闭性的特征,权利人对土地承包权的处分(转让、抵押)受到法律严格的限制,以保存农地权利对农民的生活保障功能。修正案(草案)亦持同一立场,其明确规定,土地承包权的主体为集体经济组织成员。土地经营权的权利主体不限于集体组织成员,其他自然人、法人及组织均可以取得土地经营权,但根据修正案(草案),工商企业等社会资本参与土地经营权流转,需经资格审查、项目审核。

土地经营权的法律性质为设立于土地承包经营权之上的次级用益物权,具有绝对性和对世性。立足于权利行使的用益物权发生逻辑,设定在后的用益物权是在先权利行使的结果,其相应权能将优先于后者。具体言之,土地经营权对农地占有、使用及收益优先于集体土地所有权、土地承包权的相应权能。在设定土地经营权场合,集体土地所有权、土地承包权的行使受到土地经营权的制约。但集体土地所有权、土地承包权作为土地经营权产生的基础,又对土地经营权的行使设定了明确的边界,土地经营权的行使不得侵害集体土地所有权、土地承包权。<sup>〔16〕</sup>

### 三、土地承包权、土地经营权性质阐释的理论与技术支撑

#### (一) 用益物权客体理论支撑了土地承包权、土地经营权的性质阐释

作为次级用益物权的土地经营权,以土地承包经营权而非以农地为权利客体。<sup>〔17〕</sup>土地经营权的设定是土地承包经营权的实现方式,土地经营权人对农地享有占有、使用及收益的权利构成了土地承包经营权相应权能的限制,这一权利架构完全可以镶嵌于现行物权制度体系。

首先,特定权利可以作为用益物权客体。根据《物权法》第 117 条,动产与不动产均可作为用益物权的客体。尽管《物权法》没有规定具体的动产用益物权,但这不排除动产之上可以设定用益物权。不仅如此,《物权法》还承认在建设用地使用权、土地承包经营权以及宅基地使用权等权利之上可以设定地役权。因此,《物权法》不仅承认动产,而且认可特定权利作为用益物权客体。特

〔13〕 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 39 页;蔡立东、姜楠:《农地三权分置的法实现》,载《中国社会科学》2017 年第 5 期,第 102 页。

〔14〕 参见潘俊:《新型农地产权权能构造——基于农村土地所有权、承包权和经营权的权利体系》,载《求实》2015 年第 3 期,第 90 页。

〔15〕 参见耿卓:《农地三权分置改革中土地经营权的法理反思与制度回应》,载《法学家》2017 年第 5 期,第 18 页。

〔16〕 参见孙宪忠:《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 页;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。

〔17〕 相同观点参见高飞:《土地承包权与土地经营权分设的法律反思及立法回应——兼评〈农村土地承包法修正案(草案)〉》,载《法商研究》2018 年第 3 期,第 3 页。

定权利作为用益物权客体的实践亦得到人民法院相关判例的支持。<sup>[18]</sup> 房屋租赁后,承租人对于建筑区分所有权的公共部分取得使用权,该使用权被法院认定为用益物权,具有对抗第三人的效力。<sup>[19]</sup> 司法实践中,《物权法》第117条中的“动产”不仅仅指有体物(动产),而且被扩大解释,涵括了特定权利。比较法亦有将特定权利视为动产的先例。例如,《日本民法典》第86条将无记名债权视为动产。<sup>[20]</sup> 从制度逻辑来看,土地经营权是以土地承包经营权为客体,属于以有体物与特定权利为客体的用益物权,完全见容于《物权法》第117条的内在意蕴。

其次,处分其自身是权利内含的内在权能,用益物权概莫能外。依照《物权法》第117条,用益物权的权能包括占有、使用和收益,处分不在其中。但是依据该法第143条,用益物权中的建设用地使用权可以转让、互换、出资、赠与或者抵押,具有可处分性。《物权法》第117条之所以没有赋予用益物权以处分权能,原因在于用益物权不能包括对用益物权客体物的处分权能,<sup>[21]</sup>该条从用益物权中剪除的处分权能仅仅为针对客体物的处分。用益物权人不能对客体物加以处分,不影响用益物权人可以处分用益物权自身。<sup>[22]</sup> 建设用地使用权的转让、抵押等处分行为指向该权利本身,而非其客体物(国有土地)。<sup>[23]</sup> 土地承包经营权为用益物权,该权利同样具有可处分性(转让、互换)。因此,土地承包经营权人设立土地经营权这一处分行为亦只指向该权利本身,而非客体物(农地),土地经营权的客体为土地承包经营权而非农地。土地承包经营权人设定土地经营权是对其权利、而不是客体物的处分,并不与《物权法》第117条关于用益物权的权能的规定相抵牾。

事实上,土地经营权以土地承包经营权为客体,保障了农地的融资担保功能。抵押权人就土地经营权设定及行使抵押权场合,其效力只能及于土地经营权本身,而不能及于土地承包经营权,更不能影响集体土地所有权,抵押权人只能通过拍卖、转让土地经营权,并优先受偿,实现抵押权。这一结构一方面赋予了土地经营权以抵押功能,另一方面,土地承包权人又不会因此丧失土地权利。因为土地承包经营权仍由承包方享有,执行程序中的受让人仅仅只是取得土地承包经营权之上的土地经营权,而且只是土地承包经营权剩余使用期限内的土地经营权。<sup>[24]</sup> 因此,将土地经营权的性质阐释为以土地承包经营权为客体的权利用益物权,具备理论及实践上的比较优势。

## (二) 登记技术信息化支持了土地承包权和土地经营权的性质阐释

信息技术的迅猛发展推动了权利登记的变革:一是登记模式的变革。纸质记载媒介登记方式具有信息储存量有限且不易保存等天然缺陷,信息化登记方式则实现了登记信息的无边界记载和永久保存。二是登记类型的丰富及登记内容的扩展。信息化登记方式辅之以人工智能处理方式能够记载内容更为繁杂的登记事项,登记类型亦随之丰富,极大地拓展了可登记事项。三是登记信息的录入、查询更为便利。以计算机网络为平台,登记事项的录入更加便捷,同时,通过(移

[18] 《最高人民法院公报》1998年第2期的“汇通支行诉富利达公司用益物权抵押合同纠纷案”中,法院将合作建房一方对某商贸城享有的长期管理权定性为用益物权,这里的商贸城是个模糊的概念,其中包括了债权、商誉、商业渠道等无体物。房屋所有权人在公房改造协议中约定第三人为安置对象的,该第三人对该房屋享有居住权,该权利具有对抗房屋受让人的效力。参见北京市东城区人民法院(2015)东民初字第11240号民事判决书。

[19] 参见上海市第一中级人民法院(2015)沪一中民二(民)终字第24号民事判决书。

[20] 参见渠涛编译:《最新日本民法》,法律出版社2006年版,第23页。

[21] 参见孙宪忠:《中国物权法总论》,法律出版社2014年版,第150页。

[22] 参见崔建远:《物权:规范与学说——以中国物权法的解释论为中心》(下册),清华大学出版社2011年版,第488页;房绍坤:《用益物权基本问题研究》,北京大学出版社2006年版,第191页。

[23] 参见王利明:《物权法研究》(下卷),中国人民大学出版社2013年版,第768页。

[24] 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》,载《法商研究》2016年第1期,第9页。

动)网络终端设备随时可以对登记信息进行查询。

科学技术的发展甚至会促使一套全新的制度的产生。<sup>[25]</sup> 物权是以物的支配和利用为内容的权利,具有对抗除权利人以外的其他第三人的效力。这种独立事实上便是以国家公权力认可的手段(物权公示)对物权客体进行分配。因此,物权属于一种定分权。<sup>[26]</sup> 国家对物权种类的控制仅仅在于是否提供合法的登记手段,登记技术的革新完全可以引发物权类型与内容的实质性变化。随着登记技术的信息化,可登记的权利必然越来越多,经过登记公示的权利具有获得对抗第三人效力的正当性基础。权利的多样性可以为登记技术所包容,这种多样性通过登记技术传导给物权,进而不断丰富物权类型。<sup>[27]</sup>

基于登记技术的信息化变革,当事人间合同的内容经过登记公示,便可具有对抗效力,<sup>[28]</sup> 相应的合同权利即可物权化,基于此,土地经营权完全可以上升为法定的用益物权。无独有偶,依照《物权法》第 158 条、159 条及 160 条,当事人约定内容经过登记,就可产生作为法定物权的地役权。供役地权利人所负担的义务、需役地权利人所享有的权利均来源于经过登记的合同,地役权的性质即为经过登记后的合同权利。与此相应,土地承包经营权人设定土地经营权后,土地经营权人可以将其与土地承包经营权人有关设定土地经营权的合同内容申请登记,但此种登记并不一定是独立的权利登记,而完全可能将合同内容附属登记于相应登记簿。若土地经营权人将土地经营权转让给他人,受让人可以申请登记其与原土地经营权人间的转让合同,进而该权利转让获得对抗第三人的效力。有了登记信息化的支持,在登记簿中记载合同权利内容,不存在技术上的壁垒,登记簿完全可以载明当事人间的具体约定。<sup>[29]</sup>

## 四、对土地承包权、土地经营权性质其他既有阐释的回应

### (一) 对土地承包权“成员权说”的回应

关于土地承包权,“成员权说”不失为有力说。该说认为,权利人取得土地承包经营权的必要条件是集体成员资格,只有具备集体成员资格才能向集体申请承包土地,取得土地承包经营权。因此,土地承包权就是以特定身份为核心要素的成员权。该权利是取得土地承包经营权的基础,与土地承包经营权有着本质区别,具有相当的独立性。<sup>[30]</sup> 但农民集体成员身份具有以下明显特征:一是平等性。只要农民个体取得成员资格,就与其他成员享有平等的法律地位。二是伸张性。进入该集体成员集中居住之特定区域者,经过特定时限并取得其他成员认可,即可以取得成员资格。在本集体辖区内的集体成员子女基于出生这一事实便可取得成员资格。<sup>[31]</sup> 比照成员权的性

[25] 参见苏力:《制度是如何形成的》,中山大学出版社 1999 年版,第 113 页。

[26] 物权的本质为一种定分性的权利是由德国学者哈里·韦斯特曼教授提出的。有关该观点的具体论述参见苏永钦:《寻找新民法》,北京大学出版社 2012 年版,第 119 页。

[27] 参见常鹏翱:《体系化视角中的物权法定》,载《法学研究》2006 年第 5 期,第 12 页。

[28] 参见朱虎:《物权法自治性观念的变迁》,载《法学研究》2013 年第 1 期,第 153 页。

[29] 张鹏:《物权法定原则的肯定与否定——评〈物权法草案〉对物权法定原则的新近修改》,载《法学》2006 年第 12 期,第 22 页。

[30] 参见高飞:《农村土地“三权分置”的法理阐释与制度意蕴》,载《法学研究》2016 年第 3 期,第 3 页;吴义龙:《“三权分置”论的法律逻辑、政策阐释与制度替代》,载《法学家》2016 年第 4 期,第 30 页。

[31] 参见胡康生主编:《中华人民共和国物权法释义》,法律出版社 2007 年版,第 141 页。



质和特征,将农地“三权分置”改革中的土地承包权认定为成员权存在以下体系性障碍。

首先,将土地承包权理解为成员权,并作为取得土地承包经营权的前提,不符合土地承包权的发生逻辑。无论着眼于权利发生的时间顺序,还是立法的具体制度安排,都是土地承包经营权发生在先,而不是相反。土地承包经营权自2003年《农村土地承包法》施行,就已经成为法律确认的用益物权,而土地承包权概念的提出则已经是10年以后的事情了,把10年后才产生的权利,作为10年前就已存在之法定权利的前提,着实是一件令人匪夷所思的事情。修正案(草案)正是基于对“三权分置”政策的科学理解和对权利发生逻辑和顺序的尊重,毫不含糊地承接有关农地政策,明确规定,“以家庭承包方式取得土地承包经营权在流转中分为土地承包权和土地经营权”。这也意味着,土地承包经营权发生于土地承包权之先,且二者具有同体关系,有土地承包权必然有土地承包经营权,反之亦然。由此,成员权与土地承包经营权的离散实践导致了“成员权说”无法破解的难题。具备成员资格的集体成员并不能当然取得土地承包经营权,在未与集体经济组织签订承包合同之前,其只享有获得土地承包经营权的期待利益而非土地承包经营权本身。<sup>[32]</sup>一方面,成员权主体完全可能不享有土地承包经营权。<sup>[33]</sup>由于大部分农民集体并无存量机动地,集体也无法通过收回其成员的承包地,取得可发包耕地,具备集体成员资格的新增人口事实上难以获得土地承包经营权。另一方面,非成员权主体却可能享有土地承包经营权。实践中,已经就业的大学毕业生在有些地区依然享有土地承包经营权,<sup>[34]</sup>这些曾经的集体经济组织成员户籍已经迁出,不再属于农业人口,也就不享有成员权,但依然享有土地承包经营权。按照“增人不增地、减人不减地”,稳定土地承包关系的现行政策,土地承包经营权已与其既有权利主体完全“绑定”,而与成员权的有无无涉。

其次,将土地承包权理解为成员权,并以其作为取得土地承包经营权的前提,有悖于土地承包经营权的主体资格要求。依据《农村土地承包法》第15条,以家庭承包方式取得土地承包经营权,承包方并非集体成员,而是农户。修正案(草案)延续了这一制度安排,也就是说,家庭承包方式取得土地承包经营权,其主体为农户而非集体成员。与此相应,土地承包经营权证或林权证等证书应当将具有土地承包权的全部家庭成员列入。依据该法第26条第3款,只要承包户未整体迁入设区的市转为非农业户口,只要作为承包方的农户依然存在,发包方便不能终止或调整该农户作为承包方取得土地承包经营权。<sup>[35]</sup>而集体成员资格的主体是农民个体,而非为农户。由此可见,成员权对应的是集体成员个体,土地承包经营权的主体是承包户,二者存在无法消弭的错位。与此适成对照的是,由于强调土地承包权与成员权主体的一致性,而土地承包权与土地承包经营权的主体又必然一致,“成员权说”必然陷入无法消解的张力之中,无法自圆其说。

第三,将土地承包权认定为成员权,并作为取得土地承包经营权的前提,不利于稳定土地承包关系。集体成员权的内容、取得及效力等内容在我国现行法中并无明确规定。判断成员权的有无,需要诉诸成员身份或资格的认定。实践中,集体经济组织或村委会对于本集体成员资格认定

[32] 参见丁文:《论土地承包权与土地承包经营权的分离》,载《中国法学》2015年第3期,第161页。

[33] 《最高人民法院关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》第1条第2款规定:“集体经济组织成员因未实际取得土地承包经营权提起民事诉讼的,人民法院应当告知其向有关行政主管部门申请解决。”

[34] 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511页。

[35] 参见吴兴国:《集体组织成员资格及成员权研究》,载《法学杂志》2006年第2期,第92页。

缺乏明确的标准,并未形成该项集体或村委会自治权力行使的统一尺度。<sup>[36]</sup>这意味着,以成员权的享有作为取得土地承包经营权的基础,集体经济组织可能以权利主体不具备成员资格为由,否定其享有土地承包经营权,进而侵害农民个体的合法权益。同时,集体经济组织或村委会亦可能通过调整成员资格标准,改变土地承包经营权的既有配置,威胁承包关系的稳定。

## (二) 对土地经营权性质既有阐释的回应

既有集体所有权和土地承包经营权“两权分离”法律制度下,土地经营权只能是约定权利,而非法定权利。学理上如何认定土地经营权的性质存在较大争议,在解释论意义上,形成了三种比较具影响力的学说:其一为“总括权利说”。该说认为,对土地经营权性质的认识应当突破农地权利的限制,该权利应当泛指我国土地权利体系中存在的各种土地使用权。<sup>[37]</sup>其二为“两权说”。该说认为,不应当笼统地看待土地经营权的性质,土地经营权的性质取决于农地权利流转方式。农地的转让、互换实质上是土地承包经营权的互换、转让。此时的土地经营权具有物权性质。农地的转包、出租实质上是土地承包经营权的转包、出租。此时的土地经营权具有债权性质。<sup>[38]</sup>此外还有认为,如果土地经营权已经登记,则该权利具有物权性质。如果没有登记,则该权利的性质为债权。<sup>[39]</sup>其三为“债权说”。该说认为,土地经营权本质上是一种债权,而并非是物权。但是这种债权具有一定物权化倾向。<sup>[40]</sup>在农地“三权分置”改革的背景下,以上三种学说均不能准确阐释土地经营权的性质。

首先,“总括权利说”将土地经营权阐释为土地使用权没有推进对土地经营权性质的研究。《土地管理法》中的“土地使用权”乃是着眼于权利的功能而厘定的描述性概念,并非性质清晰、权能明确的法定权利类型。其是一个属概念,泛指具有使用权能的多种土地权利,如集体建设用地使用权、国有建设用地使用权。即使就农村土地而言,也有农业生产用地与建设用地之分,土地使用权无法揭明两种类型土地上权利的具体区别,使用土地使用权阐释土地经营权并没有直面厘定土地经营权性质要解决的真问题。<sup>[41]</sup>因此,《物权法》没有沿袭《土地管理法》的体例,未将土地使用权作为法定的权利类型。将土地经营权阐释为涵盖多种土地权利类型的土地使用权,无异于同义反复式的文字游戏,显然没有在实质上推进对土地经营权性质的研究。在农地“三权分置”政策的背景下,土地经营权认定为土地使用权不仅没有解决任何实践问题,而且也无助于形成清晰的

[36] 司法实践中,对于集体组织成员资格认定主要采取两大标准:一是户籍标准,即以户籍未迁出所在集体经济组织为认定标准;二是事实标准,综合居住时间、是否履行成员义务等因素判断是否具备成员资格。相关案例参见广西壮族自治区钦州市中级人民法院(2015)钦民一终字第240号民事判决书,载中国裁判文书网([http://wenshu.court.gov.cn/content/content?DocID=29ced3c-b7a5-4b6e-948d-2d826fa6fa22&KeyWord=\(2015\)钦民一终字第240号](http://wenshu.court.gov.cn/content/content?DocID=29ced3c-b7a5-4b6e-948d-2d826fa6fa22&KeyWord=(2015)钦民一终字第240号),最后访问时间2016-06-03);浙江省高级人民法院(2015)浙民申字第676号民事裁定书,载中国裁判文书网([http://wenshu.court.gov.cn/content/content?DocID=e1bb189b-3d35-4efc-b544-a56cc2fb18fe&KeyWord=\(2014\)浙杭民再终字第3号民事判决](http://wenshu.court.gov.cn/content/content?DocID=e1bb189b-3d35-4efc-b544-a56cc2fb18fe&KeyWord=(2014)浙杭民再终字第3号民事判决),最后访问时间2016-06-08)。

[37] 参见高飞:《农村土地“三权分置”的法理阐释与制度意蕴》,载《法学研究》2016年第3期,第18页。

[38] 参见孙中华:《关于农村土地“三权分置”有关政策法律性问题的思考》,载《农业部管理干部学院学报》2015年第3期,第4页。

[39] 参见赖丽华:《基于“三权分置”的农村土地经营权二元法律制度构造》,载《西南民族大学学报(人文社会科学版)》2016年第11期,第112页。

[40] 参见吴兴国:《承包权与经营权分离框架下债权性流转经营权人权益保护研究》,载《江淮论坛》2014年第5期,第126页;温世扬、吴昊:《集体土地“三权分置”的法律意蕴与制度供给》,载《华东政法大学学报》2017年第3期,第74页。

[41] 参见陈甦:《土地承包经营权物权化与农地使用权制度的确立》,载《中国法学》1996年第3期,第92页。

权利谱系,产生知识增量。

其次,“两权说”将土地经营权性质与土地承包经营权流转方式挂钩,缺乏问题意识,且是罔顾体系强制和制度逻辑的放肆。在“两权说”的视域下,因土地承包经营权流转方式的不同,将生成性质不同的土地经营权,由此土地经营权将具有多重法律性质。这不仅无助于清晰界定土地经营权的性质,反而进一步模糊了该权利的性质。“两权说”以直观反映论的思维方式,以土地经营权指称土地承包经营权流转的法律后果,只是给出了对土地承包经营权流转后果的描述,不构成对于土地经营权法律性质的阐释,也没有任何规范意义。

再次,在农地“三权分置”改革背景下,“债权说”将土地经营权界定为债权亦有不合目的性。其一,债权性的土地经营权制度安排无助于推动农业规模化经营。实现农业规模化经营,需要充分保障经营主体的权利。债权性的土地经营权不具备对抗第三人的效力,经营主体即使享有土地经营权,土地承包经营权人完全可能实施机会主义行为,将已经设定土地经营权的农地再次为他人设定土地经营权,从而将土地经营权人的利益置于不安定状态。这不利于经营主体形成农业生产的稳定预期,激励其对农地的投入,也容易诱发粗放经营等机会主义行为。其二,债权性的土地经营权制度安排有碍于农地权利融资功能的发挥。债权之上可以设定的担保物权只能是质权,发挥债权性土地经营权的融资担保功能,只能借助债权质押。但依照《物权法》,权利质权以权利凭证的交付或办理质权登记为成立要件。如果土地经营权仅为债权,则既没有登记,亦没有具有公信力的权利凭证证明其存在,以土地经营权为客体的权利质权难以有效设立,阻断了土地经营权的融资担保功能。但遗憾的是,根据修正案(草案),土地经营权人再次流转土地经营权,需征得承包方或其委托代理人的同意,并向本集体经济组织备案,这减损了土地经营权对抗土地承包经营权人的物权效力,此种立场殊值商榷。其三,将土地经营权认定为债权,使农地“三权分置”改革的现实意义大打折扣。农地租赁制度已经为现行法律所认可,如果将土地经营权认定为债权,现行农地租赁完全可以替代土地经营权的制度功能,创设土地经营权制度将失去意义。与之相反,既然看重土地经营权的可流转性、可抵押性,<sup>[42]</sup>土地经营权的法律性质必然不能止于债权,而必须上升为物权。

## 结 论

以既有的土地承包经营权制度为基础,以农地“三权分置”改革的政策目标为依归,合理阐释土地承包权、土地经营权的性质及其与土地承包经营权的关系,是农地“三权分置”政策能否转化为运行有效之法律机制的关键所在。设置土地经营权的目的即为实现农地的交换价值,以此为指针,土地经营权必须充分物权化、财产化,具有流转、抵押功能。与之相对,土地承包(经营)权的目的在于维持农地的保障功能。以大陆法系传统“所有权—用益物权”权利架构的制度逻辑及对《物权法》第117条的解释为依托,以家庭承包方式取得的土地承包经营权在流转中分置为土地承包权与土地经营权。土地经营权是土地承包经营权人基于对其权利的处分,设定的次级用益物权。在以设定土地经营权的方式流转承包农地场合,分置出土地经营权的土地承包经营权即为土地承包权。

(责任编辑:肖俊)

<sup>[42]</sup> 将土地经营权的性质认定为物权有利于实现其融资担保功能。具体论述参见焦富民:《“三权分置”视域下承包土地的经营权抵押制度之构建》,载《政法论坛》2016年第5期,第29页。