

# 《民法典》中两种“土地经营权”的体系构造

李国强

(大连海事大学法学院, 辽宁大连 116026)

**摘要:**《民法典》规定了两种土地经营权:一种是土地承包经营权流转而设立的去除身份属性的次级用益物权,另一种是与土地承包经营权并列但无身份属性的农地用益物权。从设立规则看,两种权利所依据的权利来源虽不同,但都是直接支配农用地的权利。《民法典》没有规定土地承包经营权流转的土地经营权再流转的条件,只在第342条规定了其他方式承包的土地经营权流转的条件,需要适用《农村土地承包法》规定的再流转的条件,再流转的限制条件会影响到物权变动的后果。两种土地经营权设定的担保物权均属于抵押权,公示的效力分别为登记对抗和登记生效。

**关键词:**民法典;用益物权;土地承包经营权;土地经营权

**中图分类号:**DF521 **文献标志码:**A **文章编号:**1009-1505(2020)05-0026-12

**DOI:**10.14134/j.cnki.cn33-1337/c.2020.05.003

民法典编纂主要是进行体系整合,就具体制度多沿袭既有的单行立法,但就“土地承包经营权”一章的规定,《民法典》物权编与《物权法》相比却发生了较大变化。<sup>①</sup>土地承包经营权制度的变革在《农村土地承包法》2018年修正中就已经明确,主要是基于党和国家有关承包地“三权分置”政策引导,<sup>②</sup>家庭承包经营的“两权分离”(集体所有权—土地承包经营权)权利结构被重构为“三权分置”(集体所有权—农户承包权—经营者经营权)权利结构,修正后的《农村土地承包法》第二章新增了“土地经营权”一节,创设了土地承包经营权流转的土地经营权这一新权利类型,但在第三章又规定了另一种“土地经营权”。《物权法》和修正前的《农村土地承包法》规定了两种“土地承包经营权”(家庭承包方式承包的土地承包经营权、其他方式承包的土地承包经营权),修正后的《农村土地承包法》和《民法典》物

**收稿日期:**2020-08-02

**基金项目:**国家社会科学基金重大项目“农村集体产权制度改革的法治保障研究”(19ZDA156)

**作者简介:**李国强,男,大连海事大学法学院教授,博士生导师,法学博士,吉林大学财产法研究中心研究员,主要从事民商法学研究。

<sup>①</sup>该章的14个条文中,有3条是完全新增的内容,有4条做一定程度的修改,另有7条与《物权法》基本一致,修改或新增的条文占全部条文的一半,新增的3个条文和修改的1个条文用于规定“土地经营权”。

<sup>②</sup>以习近平总书记讲话和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》为起点,通过《关于完善农村土地所有权承包权经营权分置办法的意见》等一系列文件明确了承包地“三权分置”的政策,并根据政策内容修改《农村土地承包法》等相关立法,进而使农地权利结构发生了根本变化。

权编将其他方式承包土地的权利名称也称作“土地经营权”,《民法典》因此同时规定了两种“土地经营权”:一种是家庭承包方式承包的土地承包经营权流转的土地经营权,另一种是其他方式承包的土地经营权。名称相同而权利来源不同的两种土地经营权究竟有哪些异同,亟需理论进行细致的梳理。在《民法典》编纂完成前,学界主要从立法论的角度讨论承包地“三权分置”政策如何“入法”和“入典”;在《民法典》编纂完成后,则需要依据民法典体系解释土地经营权的权利构造和规则适用。《农村土地承包法》是具有强烈行政管理色彩的特别法,其修改时立法机关还没有想好土地经营权究竟应属何种性质,因此只是用规则简单重述承包地“三权分置”的政策内容。《民法典》编纂完成后,即使立法仍无明确规定,理论和实践也必须遵循体系思维,阐释出土地经营权在民法典体系中的权利定位及其适用的具体规则。

## 一、两种土地经营权的客体——物权客体还是债权客体?

在《民法典》颁布之前,学界关于承包地“三权分置”政策中土地经营权性质的讨论,既有“物权说”<sup>①</sup>也有“债权说”,<sup>②</sup>还有学者主张“债权物权化说”<sup>[1]</sup>等其他学说,争论一时难平。2018年修正的《农村土地承包法》虽然规定了土地经营权,但是淡化或者说回避了土地经营权是债权还是物权的问题。<sup>③</sup>笔者认为,《民法典》编纂完成,确立了物权和债权区分的财产权体系,规定于《民法典》物权编的“土地经营权”宜被认定是物权。但《民法典》并不会使诸多争议戛然而止,不同学说的争论反映了土地经营权很难简单定性,因为其表现出很多物债混淆的特征,与土地承包经营权类似,作为用益物权其具体内容还是表现出很多债权的特征。一般来说,某种权利应被确定为物权还是债权只需做立法政策的考量<sup>[2]</sup>,在立法论上可以任意阐释土地经营权属于物权还是债权,解释论则不然。与其从经验事实的角度讨论土地经营权是物权还是债权,不如从权利客体的角度阐释两种土地经营权属性,明确土地经营权人究竟是支配物还是请求债务人为或不为一定行为。

### (一) 两种土地经营权的客体均为土地<sup>[3]666</sup>

《物权法》颁布之前的农地流转实践中,家庭承包方式承包的土地承包经营权无论是出租还是入股,最初都是通过负担债权的形式来利用承包地,<sup>④</sup>在承包地“三权分置”政策的试点中,承包地的租赁

<sup>①</sup>参见宋志红:《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;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。还有学者提出土地经营权兼具用益物权与债权属性的观点,实质接近“物权说”。该观点有违物债二分的财产法体系逻辑。参见姜楠:《土地经营权的性质认定及其体系效应》,载《当代法学》2019年第6期。

<sup>②</sup>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;高海:《论农用地“三权分置”中经营权的法律性质》,载《法学家》2016年第4期。

<sup>③</sup>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。修正后的《农村土地承包法》并未明确“土地经营权”是物权还是债权,亦如修正前的《农村土地承包法》并未明确“土地承包经营权”是物权还是债权一样,即使当时民法理论普遍将土地承包经营权解释为用益物权,也只有2007年颁布的《物权法》才确定土地承包经营权是物权,因为在此之前立法并无真正的物权概念。《民法通则》没有完成物权与债权区分的体系构建,虽然《民法通则》时代的教材都按照用益物权来阐释土地承包经营权,但显然《民法通则》第80条缺乏用益物权的具体内容,学者也多是依据土地承包相关政策来阐释补足其用益物权内容。参见钱明星:《物权法原理》,北京大学出版社1994年版,第290页。

<sup>④</sup>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。需要说明的是,“流转”本不是标准法律用语,指商品或货币的流通和周转。“流转”在土地承包领域表达的内容是既包含变动物权也包括负担债权。

权也是典型的债权,但其权利行使却表现为不是指向债务人的履行行为,而是权利人对承包地的直接利用,但仍与物权不同,承包地的租赁权并不具有对世效力,也不能主张物权请求权来保护,涉及到第三人妨害承租人利用承包地,承租人只能按第三人侵害债权来主张保护。“三权分置”政策分置出土地经营权的宗旨就是为耕作者提供稳定的土地使用和投资预期<sup>[4]</sup>,权利属性的定位也应该服务于这一宗旨,所以“债权说”亦主张赋予土地经营权登记能力而获得对抗效力。<sup>①</sup>土地租赁权仍被认为属于债权的主要原因是租赁权规定在合同编“租赁合同”一章,但立法上亦可将出租法定化而成为设定物权的方式,既然土地经营权已经规定于物权编且必须具有某些物权的效力,就没有必要继续走“债权物权化”的解释路径。反之,按主张“债权物权化说”的学者评述民法典草案时所述,如将土地经营权界定为债权,《民法典》第342条即应删除,因为第十一章的章名为“土地承包经营权”,而“通过招标、拍卖、公开协商等方式承包农村土地”已经不产生土地承包经营权这种物权了,也就脱逸出《民法典》第十一章的调整范畴<sup>[5]</sup>。因此,现在《民法典》第342条对其他方式承包土地权利的处理恰反证了“土地经营权”应该还是物权。另外,即使是主张“债权物权化说”的学者,也在论述土地经营权的客体时认为权利客体是农户承包经营的农村土地<sup>[6]</sup>。如果说无论土地经营权是否是物权,土地承包经营权出租设定的权利都是以土地为客体的<sup>[7]</sup><sup>43</sup>,这与传统民法权利客体的理论逻辑不一致,物权的客体才是物。

承包地“三权分置”的政策是围绕家庭承包展开的,没有涉及其他方式承包土地。关于其他方式承包的土地经营权的性质,有学者认为,土地承包经营权被重新界定为限于家庭承包方式取得的用益物权,而其他方式承包的土地经营权就被重构为债权,无需《民法典》作出规定,直接适用《农村土地承包法》即可<sup>[8]</sup>。但是,以其他方式承包的土地经营权是从土地承包经营权改名而来,之所以去掉“承包”二字,是为了明确其内容并不包含集体成员的身份属性,这种土地经营权原来就是物权,修正后的《农村土地承包法》也没有弱化其权利效力<sup>[9]</sup>。在没有做任何体系和具体规则改变的情况下,仅因为“土地承包经营权”到“土地经营权”用语的变化就认为其权利属性改变没有道理。总而言之,土地承包经营权流转的土地经营权是限制土地承包经营权而产生的权利,其他方式的土地经营权是限制集体所有权而产生的权利,从用益物权的设立规则看,其所依据的权利来源是不同的,但都是直接作用于土地的权利。

## (二) 多重权利结构下土地经营权支配客体的表现

传统用益物权的设立模式是“所有权—用益物权”,仅解决民事主体无所有权而利用他人财产的有限需求,随着对物利用的多样化、多层次的需要,在用益物权的基础上再次设定用益物权的需求日益增多,出现了多重权利结构的用益物权制度。因此,也有学者认为土地经营权的客体是土地承包经营权而不是土地,理由是:《物权法》承认在土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权等权利上可以设定地役权,就是认定特定权利可以作为用益物权客体,设定土地经营权是权利人对土地承包经营权的处分而不是对客体物的处分<sup>[10]</sup>。但循此逻辑则土地承包经营权的客体也不是土地而是集体所有权,只有所有权的客体才可能是物,其他物权的客体都只能是权利,而且其他方式承包的土地经营权是在集体土地所有权的基础上设定的,难道其客体也是权利?因此,该观点难以在逻辑上自洽。民法理论一般认为,我国用益物权的客体以不动产为限,在动产和权利上不能设立用益物权<sup>[11]</sup><sup>169</sup>。而且根据《民法典》第115条的规定,权利作为物权客体只能是依据特别规定,《民法典》等法律均未规定权利可以作为用益物权的客体,地役权的客体也是供役地。依据《民法典》第340条的规定,土地承包经营权流转的土地经营权人可以自主开展农业生产经营并取得收益,土地经营权的支配内容为承包地,以实

<sup>①</sup>主张“债权说”的学者认为,应该借助于登记所具有的公示公信力使原来仅具有相对性的经营权具有对世性,实际上是按照物权的效力来解释土地经营权,形成自我矛盾的逻辑。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。

现承包地的用益为目的,所以其客体应为承包地而不是土地承包经营权<sup>[9]</sup>。由于在传统民法理论中,用益物权是单层结构的,有学者循此逻辑将用益物权理解为是以用益物权为客体的所有权,进而再次套用在所有权的基础上设定用益物权的逻辑,以用益物权为客体设定次级用益物权<sup>[10]</sup>。这种“多层权利客体”的观点试图将土地承包经营权流转的土地经营权纳入传统用益物权体系进行简单解释,其出发点值得肯定,但并不符合物权体系构造的现实,实际上多重权利结构并不是纯粹的新生事物,在封建时代的土地权利结构中就存在,但无论设置多少重权利,所有的权利均支配土地而不是支配权利。

以用益物权是一种限制物权的思路来考虑,土地所有权是全面支配土地的权利,用益物权是限制土地所有权而支配土地的使用价值的权利,次级的用益物权则是限制用益物权而支配土地的使用价值的权利,每一层权利都支配的是土地,但支配的内容有区别,限制物权要小于或等于被限制物权支配的范围,但并不是支配被限制的物权本身。认为土地经营权的客体是权利的“物权说”还受到“债权说”质疑,理由是多层权利客体理论违反“一物一权原则”<sup>[12]</sup>,权利用益物权是通过法定的间接的方式取得对土地的实际占有、使用和收益<sup>[13]</sup>,这无异于认为权利用益物权是与债权相一致的相对权,而且也表现为基于“一物”产生的内容相同、效力相同的权利。实际上,土地经营权客体也是土地,支配的内容是依据限制物权的理论而确定,即使在土地承包经营权的基础上设立了土地经营权,土地承包经营权仅仅是权利受限而已,表现为“三权分置”政策所述的“土地承包权”,其权能受限亦如设立了土地承包经营权的集体所有权一样。主张多层权利客体观点的学者认为其理论依据是德国法中地上权和次级地上权的关系,次级地上权是以地上权为客体设立的下级用益物权,<sup>①</sup>但仔细考查德国学者鲍尔等在其著述中的表达,“从土地所有权人的角度看,地上权为其土地上所负担的一项限制物权,但该限制物权的自身,在法律上又如同土地之对待……并受到土地所有权般的保护”<sup>[14]</sup>,可以看出,土地和土地所有权是被等同使用的,如果地上权的客体是土地而不是土地所有权,那么次级地上权的客体也应该是土地而不是地上权。因此,认为土地经营权的客体是权利观点的比较法依据只是一种误读而已。在家庭承包方式承包土地中,土地承包经营权和土地经营权均是以该宗土地为客体,二者客体为同一物<sup>[7]43</sup>,但并不是两个权利人同时对该宗土地进行占有和使用,而是当设立土地经营权后,只有土地经营权人可以行使对土地占有和使用的权能,土地承包经营权人虽然也有这些权能但被限制而不能发挥作用。如果土地经营权到期消灭,则土地承包经营权自动回复圆满支配状态,在此之前只是权能受到限制而已。

## 二、两种土地经营权的设立方式——设立物权还是负担债权?

《民法典》第339条规定的土地承包经营权人依法通过出租、入股或其他方式流转土地经营权,该条是对《农村土地承包法》第36条的重述,但删除了“向发包方备案”的管理性规定,另外,《农村土地承包法》第38条等还具体规定了流转的限制性原则等条件。《民法典》并未规定其他方式承包的土地经营权的设立方式,第342条只规定了其他方式承包土地“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”,设立只有《农村土地承包法》第49条的相关规定。因此,明确土地经营权的设立方式应从《民法典》与《农村土地承包法》相关规定的衔接入手。

### (一) 土地承包经营权流转的土地经营权的设立方式

#### 1. 出租设立土地经营权。《民法典》第339条关于“出租”的表述与《农村土地承包法》第36条不完

<sup>①</sup>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;蔡立东:《土地承包权、土地经营权的性质阐释》,载《交大法学》2018年第4期。

全一致,第36条的表述为“出租(转包)”,修正前的《农村土地承包法》区分出租和转包为两种形式,但并未具体明确两种形式的内容,只有《农村土地承包经营权流转管理办法》第35条具体表述了出租和转包的定义,虽然“出租”和“转包”用语差别较大,但仔细比较其定义发现大同小异,差别主要在于转包的对象限于同一集体经济组织的其他农户,而出租则既可以是同一集体经济组织内也可以是集体经济组织外的任何市场主体。有学者将出租的主体解释为除本集体经济组织的其他农户以外的主体<sup>[15]211</sup>,意在将出租和转包明确界分,但农户仅是民事主体的特殊类型而已,出租给同一集体的农户也并非不可以,事实上肯定会出现转包和出租适用范围的重叠,转包和出租只是经验表述习惯的不同,而从名称、期限长短等来区别,虽有事实基础却没有法律意义,出租实际上可以包含转包这种特殊情形。从《民法典》物权编的表述看,仅有出租而没有像《农村土地承包法》那样规定“出租(转包)”,意在明确民法意义上只有出租。

土地经营权与土地承包经营权一样,在立法上经历了一个将债权法定化为物权的过 程,<sup>①</sup>虽然其保留了很多物债混淆的特征,但土地经营权主要设立方式的“出租”并不是《民法典》合同编规定的“租赁合同”,土地经营权及作为其设立基础的土地承包经营权都是依据合同设立,且受身份属性的限制较多,土地经营权无需登记即可取得与《民法典》第208条表述的物权公示原则的要求也不一致,这些都是土地经营权作为物权的特殊性,土地经营权具有不同于租赁权的对物权的属性。至于土地经营权的登记对抗,这是延续土地承包经营权的登记对抗效力而来,符合农村土地承包领域的交易习惯,不能依据《民法典》物权编整体上属于形式主义的物权变动模式来解释,而应该作为物权编的特例按照债权意思主义的物权变动模式的理论来解释,土地承包经营权和土地经营权也因此都表现出一些债权的特点。土地经营权一旦确定被法定化为物权,则出租设立也不应受《民法典》第705条租赁期限不得超过20年的限制<sup>[16]</sup>,虽然《民法典》物权编并未规定土地经营权的最长期限,第340条只说“在合同约定的期限内”,但是由于土地承包经营权一般期限是30年,而土地经营权流转合同约定的期限不能超过土地承包经营权剩余的期限<sup>[3]668</sup>,因此并不会存在有太长期限的土地经营权存在。

2. 入股设立土地经营权。入股是将财产权利作为出资转让给公司、农民专业合作社等市场主体。土地承包经营权人通过为公司或农民专业合作社设定土地经营权的方式入股,<sup>②</sup>这有别于传统入股公司的转让权利方式,但区别更大的是“三权分置”政策之前的入股,完全是负担债权。依据《农村土地承包经营权流转管理办法》第35条的规定,土地承包经营权可以入股股份公司,但因为按照《公司法》以物权入股公司的需要发生物权变动,如果以土地承包经营权入股就需要转让土地承包经营权给公司,这与土地承包经营权基于身份属性的转让限制条件不符,因此现实中并不存在以家庭承包方式的土地承包经营权入股公司,土地承包经营权的入股主要表现为入股合作社。虽然2006年颁布的《农民专业合作社法》在修正之前并无土地承包经营权入股的具体规定,但现实中合作社成员以土地承包经营权入股合作社仅是为合作社提供承包地使用,土地承包经营权并没有成为合作社的法人财产,此种入股合作社实际上是一种负担债权入股的方式,因为合作社并未取得其物权,就导致现实中出现合作社对外负债时,土地承包经营权并不是可以用来清偿的财产的问题。2017年修正的《农民专业合作社法》第13条首次明确农民专业合作社成员可以用土地经营权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资,实现了从负担债权式入股到变动物权式入股的转变,《民法典》规定的“入股”亦应做同一解释。

<sup>①</sup>关于这一点可参照日本民法将地上权中属于物权属性的长期期限、稳定性与自由让与性等内容有限度的赋予了土地租赁权的历史。参见谢潇:《日本借地权法要义》,中国社会科学出版社2018年版,第42页。

<sup>②</sup>入股公司和入股合作社存在诸多差别。参见房绍坤、张旭昕:《“三权分置”下农地权利入股公司的路径与规则》,载《湖南大学学报(社科科学版)》2019年第6期。

3. 其他方式流转设立土地经营权。《民法典》第339条规定的其他方式流转可以明确的是《农村土地承包法》第40条第3款规定的代耕和第47条规定的土地经营权融资担保物权,土地经营权融资担保物权实现时受让土地者即取得土地经营权。这里着重讨论一下代耕,代耕是农民自发产生的一种行为,表现为不改变承包关系,农户将承包地委托给第三人(代耕方)暂时经营的行为。代耕通常表现为不收取费用,因此很难将之认为是一种交易行为。《农村土地承包法》第40条第2款规定代耕不超过一年的,可以不签订书面合同。如果超过一年的代耕而没有签订土地流转合同,应该认为只是一年期限的代耕,而超过一年且签订了书面合同的代耕,和出租设立的土地经营权没有本质的区别,代耕并不导致土地承包经营权人的变化,也是流转土地经营权的一种方式<sup>[15]</sup><sup>217</sup>,5年以上的代耕也可以通过登记对抗第三人,具有更强的对世效力。

其他方式流转还有哪些具体类型有赖于农地交易的实践来拓展。有学者提到承包地的赠与也是流转方式之一<sup>[17]</sup>,笔者认为赠与并不是一种独立的方式。赠与是一种典型的无偿负担债权的合同,履行赠与合同会转让权利,并不设立新的权利,但结合《农村土地承包法》的规定,通过赠与方式应该也可以设立土地经营权,这是因为《农村土地承包法》限定土地承包经营权的转让为本集体经济组织农户之间,如果符合土地承包经营权转让条件时赠与应解释为转让权利,否则赠与应被认定为相当于无偿的出租,从而可以为受赠人设立土地经营权。

## (二) 其他方式承包的土地经营权的设立方式

与土地承包经营权流转的土地经营权是次级用益物权不同,其他方式承包的土地经营权是限制土地所有权的初级用益物权,本来在《物权法》中也叫做“土地承包经营权”,但承包地“三权分置”政策的思维是以“承包权”强调集体成员的身份利益,因此不具有农户和集体成员身份依据的用益物权也被称为“土地经营权”。“承包”被限定为特定的身份含义,土地承包经营权与其流转而设立的土地经营权从权利内容上看也没有差别,只是土地承包经营权用“承包”来表达农村集体经济组织成员具有取得土地承包经营权的资格权<sup>[18]</sup>。在《农村土地承包法》修正之前,家庭承包方式承包的土地承包经营权和其他承包方式设立的权利名称虽然相同,但实质上存在区别:其一,不以集体成员身份为承包的条件,承包主体不限于农户;其二,客体是“不宜采取家庭承包方式的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等农村土地”。其他方式承包的土地经营权在《民法典》中只有第342条一个条文的规定,并没有规定其设立方式,《民法典》第342条规定“通过招标、拍卖、公开协商等方式承包农村土地”的表述并不是明确土地经营权有三种设立方式,因为招标、拍卖、公开协商都只是特殊的缔结合同方式而已,所谓“其他方式的承包”在设立土地经营权方面也可以表述为只是依据承包合同的“承包”方式。其他方式承包的土地经营权,虽然依据“承包”方式设立,此种“承包”已经不同于家庭承包方式的“承包”,此种“承包”没有集体成员身份的要求,而家庭承包方式必须具有集体成员身份并以农户为承包主体才能承包,但其名称不能包含“承包”就是要标明此种权利不是依据集体成员身份而取得。

## (三) 土地经营权的公示

两种土地经营权公示的规则不尽相同,需要区别解释:

第一,土地承包经营权流转的土地经营权依据登记对抗来解释其公示的效力。关于土地承包经营权流转的土地经营权的公示,《民法典》第341条基本重述了《农村土地承包法》第41条,但表达略有歧义需做整体解释。《农村土地承包法》第41条只规定了流转期限5年以上的土地经营权的登记对抗效力,而《民法典》第341条则一开始规定流转期限5年以上的土地经营权自合同生效时设立,这本是明确意思主义模式下的合意发生物权变动的问题,但产生的歧义却是不满5年的土地经营权就不是合意设立吗?一种解释是,不满5年的土地经营权也应该是合意设立,但不能发生登记对抗效力而已。另一种解释则是,不满5年的土地经营权是债权不是物权,甚至有学者提出以登记为标准确定土地经营权是

否是用益物权,不进行登记就依据合同保持其债权属性<sup>[9]</sup>。对此,有学者认为,不宜以土地经营权是否登记来区分是物权还是债权<sup>[8]</sup>,笔者也认为以能否登记来区分物权和债权是用错了标准。类比采取债权意思主义物权变动模式的日本法,即使没有登记也是可以明确区分物权和债权的,登记只是决定不动产物权的对抗效力,与日本法上的未登记不动产物权类似,土地经营权流转期限不足5年的不能登记并不是说此时土地经营权就是债权,与5年以上的土地经营权未经登记一样,只是不能对抗善意第三人而已,其仍然是对物支配的权利,可以主张物权请求权来保护,而不是只能对人主张权利。反之,如果在同一制度框架下规定可以有两种属性的土地经营权,则会出现法律适用上的混乱,民法学基本理论上也不存在既属物权又属债权的民事权利<sup>[19]</sup>。

第二,再流转之前的其他方式承包的土地经营权无需登记公示,再流转则需登记,进而明确公示效力为登记生效。关于其他方式承包的土地经营权的规定有限,有学者认为,其他方式承包的土地经营权应根据具体情形确定准用规则,如发包方的权利和义务、承包的原则和程序、承包合同,可准用关于土地承包经营权的规定,而土地经营权的权利内容、登记、限制,可准用关于土地承包经营权流转的土地经营权的规定<sup>[19]</sup>。此种观点基本值得赞同。其他方式承包的土地经营权设立不需要登记,仅签订承包合同即可发生物权效力,但依据《民法典》第342条规定由“经依法登记取得权属证书”的流转前置条件,应解释为再流转土地经营权则需遵循登记生效要件规则。

### 三、两种土地经营权再流转的条件

土地经营权的再流转具有一定的特殊性,《民法典》虽然只在第342条规定了其他方式承包的土地经营权再流转的限制条件,但是作为特别法的《农村土地承包法》规定的较为全面,而再流转的限制条件会影响到物权变动的效果。

#### (一) 土地承包经营权流转的土地经营权再流转的限制

《民法典》没有规定土地承包经营权流转的土地经营权一个原因是,作为用益物权的土地经营权的流转主要是通过变动物权的方式,主要表现为转让和设定担保物权,而这些方式法律一般对权利人均不做特别限制。但是因为土地经营权和家庭承包密切相关,为了保护承包方的身份利益,《农村土地承包法》第46条规定了土地经营权再流转需要经承包方同意,并向本集体经济组织备案。该条规定了两个条件,其中备案的目的是以备查询,备案与否并不对再流转的物权效力造成影响<sup>[15]302</sup>。重点的条件是“承包方同意”。如果界定土地经营权是债权,则可以解释该条等同于《民法典》第555条债权债务概括转让条件,债权人可以自由决定是否同意。但比照修正前《农村土地承包法》第37条规定的“转让土地承包经营权需经发包方同意”来看,所谓“同意”并不是一个权利人可以自由决定的内容,《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13条但书就表明“发包方无法定理由不同意或者拖延表态的除外”,也就是说不同意必须基于法定理由才行,并不是债权人通常可以自由行使权利,而是为了保护承包人利益的一种特别限制。当然,上述司法解释还是将没有发包方同意认定为合同无效的情形,表现出把土地承包经营权当成债权来看待的思维,在土地承包领域包括土地经营权作为物权也表现出比较强的对人性,相关规则都类似于债权的规定<sup>[20]</sup>。还有学者认为,土地承包经营权流转的“发包方同意”可以理解为土地承包经营权变动的公示途径,因为整个物权法体系都应该采纳了公示要件主义,而土地承包经营权对通常公示方法登记的效力是對抗主义,所以是通过“发包方同意”来代替不动产登记的公示作用<sup>[21]</sup>。此种把物权制度按照同一逻辑来解释的思路符合美学要求,但并不符合我国物权制度的实际状况。无论《物权法》还是《民法典》物权编都没有真正在体系上贯彻公示要件主义的思维,而是在根植于现实交易习惯的基础上,采取了公示对抗要件主义的

相关规则。因此,土地承包经营权虽然被规定为一种物权,但基本上仍按照合同债权发生的方式设定,从物权变动模式的归类上属于债权意思主义模式,承包合同签订即设立土地承包经营权,进而导致其流转的土地经营权也是按照债权意思主义的模式来规范的,“承包方同意”与“发包方同意”一样是为了保护集体的身份属性利益而存在的,会影响物权效力发生但并非替代登记的公示方法。

## (二) 其他方式承包的土地经营权的再流转

《民法典》第342条规定列举了其他方式承包的土地经营权再流转的方式,包括出租、入股、抵押等,列举的流转方式中并不包括转让,《农村土地承包法》第53条亦做同样的规定。有学者认为,现实中土地经营权转让在解释上仍应存在<sup>[15]348</sup>。因为作为一种市场化程度较高的用益物权,以直接转让物权的方式流转应是当然的方式,更何况此种土地经营权还可以抵押,在实现抵押权的时候,受让人基于实现抵押权取得土地经营权也构成一种转让。所以,没有规定转让并不能认为不允许转让,反而是此处的“出租”是设立物权还是负担债权颇有疑问。因为此种土地经营权已经可以自由转让,法律没有必要规定通过“出租”再次设定物权性的土地经营权,而负担债权的“出租”不应由物权编规定,只需适用合同编关于“租赁合同”的规定即可,但既然《民法典》第342条已经规定了出租,则应认为其他方式承包的土地经营权也可以通过出租再设定次级土地经营权方符合规范逻辑。

《民法典》第342条规定土地经营权再流转的限制条件是“经依法登记取得权属证书”,进而将此种没有身份属性的土地经营权的流转适用公示生效要件。根据《农村土地承包法》第49条规定,其他方式承包的土地经营权是承包合同签订即设立土地经营权,无需登记公示,但该法第53条和《民法典》第342条一致,规定再流转土地经营权的公示效力为登记生效要件,这与《民法典》物权编第208条原则性规定的公示生效要件主义一致,进而将出租等再流转方式纳入到不动产物权设立的逻辑中,例如,出租进行登记则成为设立次级土地经营权的方式,否则构成一般意义上负担债权方式的流转,即负担土地经营权的租赁权。同样,入股、抵押或其他方式如果不登记则不发生物权变动,而只是负担债权。

## 四、以土地经营权为基础设定担保物权

设定担保物权是土地经营权再流转方式之一,《民法典》只是在第342条列举了其他方式承包的土地经营权可以抵押,另外,《农村土地承包法》第47条规定了在土地承包经营权流转的土地经营权基础上设定融资担保物权。《农村土地承包法》没有明确土地经营权融资担保物权属于哪种典型担保方式,事实上是在抵押和质押之上来表达担保物权的概念,其目的仍然是避免性质之争影响立法进程<sup>[22]</sup>。因此,有必要在《民法典》的背景下对以土地经营权为基础设定担保物权的规则进行体系阐释。

### (一) 土地经营权融资担保物权应在体系上定位为抵押权

在《民法典》体系中,土地经营权融资担保物权可以循两条路径解释:其一,土地经营权融资担保物权属于抵押权。虽然《民法典》第395条并没有列举土地经营权是可以抵押的财产,但可以把土地经营权认为是第395条第1款第(七)项规定的“法律、行政法规未禁止抵押的其他财产”,同时根据第399条第1款第(二)项但书规定,集体土地使用权不能抵押但法律另有规定的除外,这里所说的“另有规定”既可以包括《民法典》第342条规定的其他方式承包的土地经营权的抵押,<sup>①</sup>也可以包括家庭承包方式流转的土地经营权的融资担保。其二,土地经营权融资担保物权属于权利质权。如果确定土地经

<sup>①</sup>《民法典》第395条没有列举土地经营权可以抵押,同时第399条仍然规定集体土地使用权不能抵押,而集体经营性建设用地、其他方式承包的土地可以抵押都已经明文规定了,所以这两条的规定显然缺乏体系上的考虑,只是把《物权法》的规范简单照搬过来而已。



营权是债权,则可以推导出土地经营权融资担保物权属于权利质权<sup>[20]</sup>,但《民法典》第440条并没有列举土地经营权,只能依据第440条第1款第(七)项规定的“法律、行政法规规定可以出质的其他财产权利”,将《农村土地承包法》第47条解释为土地经营权依据法律规定可以出质。上述两条路径看似都行得通,但比较而言只有以抵押权来解释土地经营权融资担保才合理,主要理由在于区分抵押权和权利质权应以担保物权设定后担保人是否丧失担保物的利用权为实质标准<sup>[6]</sup>。即使是持土地经营权是债权观点的学者,也有认为土地经营权融资担保应该认定为抵押,他们除了认为土地经营权融资担保物权设定后担保人并不丧失利用权外,还认为试点地区实践也一直是按照抵押来运作的<sup>[8]</sup>。

土地经营权融资担保物权的客体是土地还是权利也颇有争议。笔者认为土地经营权融资担保物权的客体是土地,理由在于:其一,抵押权的客体一般都是物而不是权利。虽然表面上看起来抵押权的客体既可以是物也可以是权利,《民法典》第395条是从两个角度来列举可以抵押的财产,有的是从物的角度,如第(一)项、第(四)项、第(五)项、第(六)项;有的是从物上权利的角度,如第(二)项、第(三)项,但如果从抵押权的实现来看交易的都是权利,从物的角度列举的3项财产设定的抵押权,在实现的时候交易的是所有权;从权利的角度列举的4项财产设定的抵押权,在实现的时候交易的是用益物权。循此逻辑,似乎可以推导出抵押权的客体都应该是权利,但不管交易所有权还是用益物权其实都反映了支配物的交换价值的属性,实际上作为物权客体的都是物而不是权利,这明显有别于支配的债权、知识产权等交换价值的权利质权。其二,将土地经营权融资担保物权的客体解释为权利存在逻辑上的问题。因为如果认为土地经营权融资担保物权的客体是土地承包经营权,实现担保物权就不能以土地承包经营权变价,而仅能为受流转方派生出土地经营权,承包户仍然保有土地承包经营权,最终得出担保物权的实现方式由变价转向强制管理之下的收益执行<sup>[15]306</sup>,这显然逻辑不通。而如果认为土地经营权融资担保物权的客体是土地经营权,面临的问题就是在担保之时并没有设立土地经营权的程序,换句话说,此时并没有土地经营权而只有土地承包经营权<sup>[23]</sup>,这就需要农户自己给自己设定土地经营权,而又违反了用益物权设定目的是使用他人之物的逻辑<sup>[9]</sup>。还有观点认为此时农户同时享有土地承包权和土地经营权,设定抵押是仅以土地经营权设定担保<sup>[24]</sup>,此种解释直接将土地承包经营权简单解读为两权相加,与法律规定不一致,作为土地承包经营权人的农户本来就可以利用自己的土地,没有必要同时享有两权。所以,只有将土地经营权融资担保物权的客体界定为土地才是准确的。

如果确认土地经营权融资担保物权的客体是承包地,则进一步阐释为土地承包经营权人以承包地为金融机构设定抵押权,实现抵押权是为受让人设定土地经营权,而且这也同时解决了《农村土地承包法》第38条规定的土地经营权流转的条件限制问题,通过拍卖也可以很好地保障本集体经济组织成员的优先权。另外,地上附着物和固定的农业设施并不当然包括在抵押物的范围之内,如果双方合同有约定,即可认定包括在抵押物范围内,但如果没有约定,考虑到两者之间的紧密关系,可以参照《民法典》第417条一并实现,但不能就承包地以外的物享有优先受偿权<sup>[25]</sup>。

## (二) 以土地经营权为基础设定担保物权的公示

对于土地承包经营权流转的土地经营权设定融资担保物权来说,《农村土地承包法》第47条第2款规定,担保物权自融资担保合同生效时设立。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。可以解读为该担保物权采公示对抗要件主义,从这一点看土地经营权融资担保物权也不属于权利质权,因为权利质权都是采取生效要件主义。权利质权是参照动产质权而创设的担保物权类型,其核心是转移对权利的控制以给出质人造成压力,所以不能采取公示对抗要件主义;而抵押权正好相反,抵押权人对财产进行控制,只要能支配财产的交换价值即可,在实现抵押权条件满足时,实现其交换价值来优先清偿即可。另外,依照前文所述,从财产法体系的角度解释,不能以是否登记为理由区分土地经营权是物权还是债权,土地经营权在体系上应属于物权,并不是不满5年的土地经营

权是债权而不能设定担保<sup>[25]</sup>,不能进行登记的不满5年的土地经营权之上也可以设定融资担保物权,同样是登记对抗要件。只是因为此种土地经营权本身不能登记,且流转期限较短而市场价值较小,事实上不太适合设定担保物权而已。

在其他方式承包的土地经营权基础上设定抵押权,除《民法典》第342条做列举式规定之外,并无其他具体规定;但通过援引《民法典》第395条、第399条的规定,适用抵押权的一般规则即可。唯一需要注意的是,其他方式承包的土地经营权设立时是合意生效,并无必须登记公示的规定,但在该权利基础上设定抵押权却需要登记公示,就设定抵押的公示效力来说,既然《民法典》第342条规定土地经营权需要先登记取得权属证书才能抵押,可以推论此种抵押权的设立也需要登记生效,与一般不动产抵押权的公示效力相同。

## 五、两种土地经营权对《民法典》物权体系构造的影响

《民法典》在“土地承包经营权”一章事实上规定了两种不同的土地经营权,创设了不同于传统物权体系的构造。

### (一) 用益物权的多层权利结构

不同于传统用益物权“所有权—用益物权”的两层权利结构,“土地承包经营权”一章出现了“所有权—用益物权—次级用益物权”的多层权利结构,并且多层权利结构与两层权利结构并存。土地经营权改变了传统用益物权的权利结构,但反对的观点则认为应维护传统物权体系,认为用益物权作为他物权是建立在所有权之上的,土地承包经营权派生出用益物权属性的土地经营权是把土地承包经营权置于“准所有权”的位置,难免有取代所有权或者致使其虚置的风险<sup>[26]</sup>。此种观点并无明确的法律传统依据,仅是从经验事实的角度得出该结论,两层权利结构的用益物权虽为常态,但并不是用益物权结构的必然状态。实际上多层权利结构是现代物权制度体系发展的必然,主要理由如下:其一,以德国民法为代表的传统民法体系中用益物权和所有权的简单结构是建立在私人所有权的基础之上的,所有权是一个可以自由交易的权利,而集体所有权是公有制经济基础上的权利类型,并不能自由交易,集体所有权表现出不同于私人所有权的强烈的公共利益属性,集体所有权的行使也不同于私人所有权,现代民法对所有权的解读已经超越了近代个人主义的绝对所有权观念<sup>[27]</sup>。就农地集体所有权来说,其私益的目的多通过设定土地承包经营权等他物权来实现。其二,他物权也并非只能从所有权派生,除了上文提到的德国的次级地上权以外,我国的地役权当然可以在用益物权的基础上设定。对用益物权中的“他人之物”不能仅理解为他人所有之物,还应该包括他人享有使用权(主要指用益物权)之物<sup>[117]</sup>。

多层权利结构支配的内容虽然有重合,但基于限制物权的逻辑,最后一重权利的支配内容要小于或等于其所限定的权利,同时其效力要强于其所限定的权利,进而使其所限定的权利的权能不能发生作用,唯有等待限制物权消灭方能回复圆满的支配状态<sup>[28]</sup>。正如有学者的观点,土地承包经营权是土地所有权之上的权利负担,土地经营权是土地承包经营权之上的权利负担,土地所有权和土地承包经营权均不因其上设定了权利负担而改变其权利名称和性质<sup>[6]</sup>。另外,用益物权的多层结构也是有限的,并不是无限分离下去。有学者认为,如果确认土地经营权是由土地承包经营权分离出的,则土地经营权还会再产生次级土地经营权,例如入股农民专业合作社,合作社不自己经营土地,而是再次入股其他企业或出租,由此产生新的次级用益物权。<sup>①</sup>这在逻辑上两点不通:其一,再次流转中需要区分

<sup>①</sup>参见高海:《论农用地“三权分置”中经营权的法律性质》,载《法学家》2016年第4期;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。

两种方式,一种是物权变动的方式,即转让土地经营权,另一种是负担债权的方式。因为土地经营权已经是物权,受让方欲获得对世效力只需受让物权即可,而如果仅是依据合同的使用,依据物权法定原则并不发生物权效力。其二,土地承包经营权流转土地经营权是法定的,法律并未规定土地经营权再分离土地经营权的内容。如果经济领域有此需求,当然亦可再做分离,但需要知道的是,承包地“三权分置”政策只是要将身份属性的承包权和经济属性的经营权做分置,失去了身份属性的土地经营权已经可以自由交易,就没有需求再以土地经营权为基础设定用益物权,只需转让物权和负担债权即可满足需求。所以,用益物权的多层权利结构是可以合理存在的,但是依据经济社会的需求和物权法定原则的要求,并不是越多层越好。

## (二) 两种土地经营权并存需遵循体系化思维

民法体系要求民法的各种规范和制度依据民法自身的逻辑形成内在和谐统一的系统<sup>[29]</sup>。《民法典》的编纂和适用均需遵循体系化的思维方法,所谓体系化,其本质在于对内关联或亲和性进行认识和描述,由此将个别的法律概念和法律规定形成为一个大的统一体,这首先要求体系无矛盾<sup>[30]</sup>。但体系构造依赖简单类型化的方法,体系无矛盾可能只是法律秩序构建过程中追求的一个理想目标,而不是简单可以实现的现实,这从请求权竞合的处理到各具体制度适用中协调关系都可以看出来。《民法典》物权编“土地承包经营权”一章规定的两种土地经营权本身就存在规则适用上的不一致,但解释的底线是土地经营权的规则适用不应该存在矛盾。

可以明确的是,《民法典》物权编第十一章实际上规定了三种用益物权:土地承包经营权、土地承包经营权流转的土地经营权、其他方式承包的土地经营权。其体系逻辑本就难以解释,何况各种争论加剧了问题。由于权利结构层次、设定方式、公示效力方面的具体差异,两种土地经营权成为并列的用益物权。两种土地经营权虽为物权,但都表现出或多或少的债权性特征,以债权性来解释表面看起来符合《农村土地承包法》规定的内容,却会凸显体系化的矛盾问题,使土地经营权的体系构造趋向崩溃。笔者认为,只能简单解释《民法典》规定了两种统属在“土地承包经营权”概念之下的用益物权:一种是土地承包经营权流转而产生的次级用益物权,一种是与土地承包经营权并列但无身份属性的特殊的农地用益物权。两种土地经营权在民法典体系中的共同特征为:都是利用集体土地的用益物权,权利客体都是土地,都不是土地承包经营权那样具有身份内容的福利性和保障性的权利,都表现出去除身份属性的特征。但也存在具体的区别:土地承包经营权流转的土地经营权受土地承包经营权身份属性的影响表现出诸多的特殊性,主要表现为再流转(包括设定抵押权)条件的限制,且在公示效力方面,土地承包经营权流转的土地经营权再流转的公示为登记对抗效力,其他方式承包的土地经营权再流转为登记生效效力。

### 参考文献:

- [1]高圣平. 承包地三权分置的法律表达[J]. 中国法学, 2018(4): 261-281.
- [2]鈴木祿弥. 物權法講義[M]. 東京: 創文社, 1994: 344.
- [3]黃薇. 中華人民共和國民法典釋義[M]. 北京: 法律出版社, 2020.
- [4]劉守英, 高聖平, 王瑞民. 農地三權分置下的土地權利體系重構[J]. 北京大學學報(哲學社會科學版), 2017(5): 134-145.
- [5]高聖平. 土地經營權制度與民法典物權編編纂——評《民法典物權編(草案二次審議稿)》[J]. 現代法學, 2019(5): 45-57.
- [6]高聖平. 論農村土地權利結構的重構——以《農村土地承包法》的修改為中心[J]. 法學, 2018(2): 12-24.
- [7]崔建遠. 物權: 規範與學說——以中國物權法的解釋論為中心[M]. 北京: 清華大學出版社, 2011.
- [8]高聖平. 農地三權分置改革與民法典物權編編纂[J]. 華東政法大學學報, 2019(2): 14-24.

- [9]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[J].中州学刊,2019(3):45-54.
- [10]蔡立东.土地承包权、土地经营权的性质阐释[J].交大法学,2018(4):20-30.
- [11]房绍坤.用益物权基本问题研究[M].北京:北京大学出版社,2006.
- [12]高海.论农用地“三权分置”中经营权的法律性质[J].法学家,2016(4):42-52.
- [13]蔡立东,姜楠.承包权与经营权分置的法构造[J].法学研究,2015(3):31-46.
- [14]鲍尔,施蒂尔纳.德国物权法:上册[M].张双根,译.北京:法律出版社,2005:648.
- [15]高圣平,王天雁,吴昭军.《中华人民共和国农村土地承包法》条文理解与适用[M].北京:人民法院出版社,2019.
- [16]宋志红.三权分置下农地流转权利体系重构研究[J].中国法学,2018(4):282-302.
- [17]丁关良.土地承包经营权基本问题研究[M].杭州:浙江大学出版社,2007:204.
- [18]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)》[J].法商研究,2018(3):3-14.
- [19]高圣平.农村土地承包法修改后的承包地法权配置[J].法学研究,2019(5):44-62.
- [20]于飞.从农村土地承包法到民法典物权编:“三权分置”法律表达的完善[J].法学杂志,2020(2):69-77.
- [21]蔡立东,姜楠.论土地承包经营权转让中的发包方同意[J].吉林大学社会科学学报,2014(4):19-27.
- [22]刘振伟.巩固和完善农村基本经营制度[J].农村工作通讯,2019(1):20-24.
- [23]高圣平.民法典视野下农地融资担保规则的解释论[J].广东社会科学,2020(4):212-225.
- [24]黄薇.中华人民共和国农村土地承包法释义[M].北京:法律出版社,2019:200.
- [25]房绍坤,林广会.解释论视角下的土地经营权融资担保[J].吉林大学社会科学学报,2020(1):5-17.
- [26]单平基.“三权分置”中土地经营权债权定性的证成[J].法学,2018(10):37-51.
- [27]李国强.相对所有权的私法逻辑[M].北京:社会科学文献出版社,2013:189.
- [28]席志国.民法典编纂中的土地权利体系再构造[J].暨南学报,2019(6):43-52.
- [29]孙宪忠.我国民法立法的体系化与科学化问题[J].清华法学,2012(6):46-60.
- [30]朱虎.法律关系与私法体系:以萨维尼为中心的研究[M].北京:中国法制出版社,2010:7.

## The Construction of Two Land Operating Right Systems in Civil Code

LI Guoqiang

(Law School, Dalian Maritime University, Dalian 116026, China)

**Abstract:** In the Civil Code there are two types of the land operating rights. One is based on the circulation of the conventional usufruct on rural land for agriculture operations, which is the secondary usufruct with identity attribute removed. The other is juxtaposed with the conventional usufruct on rural land for agriculture operations, which is the agricultural land usufruct without identity attribute. From the rules of the establishment, these two kinds of right are based on different sources, but both are the right of the direct control over agricultural land. There is no provision for the recirculation of the land operating right in the *Civil Code*, and it only stipulates the conditions for the circulation contracted by other means in article 342. It is necessary to apply the conditions for the recirculation in accordance with the provisions of laws on the contracting of rural land. This will influence the effect of real right change. The security interests created by these two kinds of right are both included in mortgage, and the effect of demonstration respectively are registration confrontation and registration validity.

**Key words:** Civil Code; usufruct; the conventional usufruct on rural land for agriculture operations; the land operating right



(责任编辑 张伟 郑英龙)