

承包权与经营权分置的法构造

蔡立东 姜楠*

内容提要：承包权与经营权分置，建立所有权、承包权及经营权“三权分置”的农地权利体系，是中国农地权利制度的既定政策选择。这种新型农地权利体系既能承载“平均地权”的功能负载，又能实现农地的集约高效利用，兼顾了农地的社会保障功能和财产功能，为建立财产型的农地权利制度、发挥农地的融资功能提供了制度基础。我国现行物权法关于用益物权客体范围的界定过于狭窄和僵硬，阻碍了对物的多维利用。依循多层权利客体的法理，经营权乃是土地承包经营权人设定的、以土地承包经营权为标的的权利用益物权，其与土地承包经营权属于不同层次客体上存在的用益物权，可以同时成立而并不冲突。通过认可权利用益物权，承包权与经营权分置的制度设计完全可为用益物权体系所容纳。以设定经营权这一方式行使和实现土地承包经营权，将导致现行农地使用权流转方式类型的结构性整合以及农地融资方式、农地使用权继承的结构性变动。

关键词：承包权 经营权 权利用益物权 农地流转

提高农业生产效率，实现农地规模化经营，提高农地融资能力，需要赋予农民对农地更多的财产性权利。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》（下称《决定》）提出承包权与经营权分置，建立所有权、承包权、经营权三权并行分置的农地权利体系。但实践中，与此相适应的农地用益物权类型尚未形成定于一尊的结论。^{〔1〕} 物权法所确认的，则是土地所有权与土地承包经营权的二元农地权利结构。更有学者认为，以“三权分离论”建构农地产权的结构，无法在法律上获得表达。^{〔2〕}

* 蔡立东，吉林大学教授、长春理工大学教授；姜楠，吉林大学法学院民法专业博士研究生。

本文系2014年度国家社会科学基金项目“中国法人制度构造的私法逻辑研究”（项目编号：14BFX073）、国家法治与法学理论研究项目重点课题“团体法制的中国模式”（12SFB1004）的阶段性成果之一。

〔1〕《国务院办公厅关于金融服务“三农”发展的若干意见》（国办发〔2014〕17号）中，抵押权的标的就有土地承包经营权、承包土地收益权两种提法。“2015年中央1号文件”则将抵押权的标的表述为承包土地的经营权。

〔2〕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》，《法学研究》2014年第4期，第85页。

《关于加大改革创新力度加快农业现代化建设的若干意见》(中发[2015]1号,下称“2015年中央1号文件”)提出,抓紧修改农村土地承包方面的法律,明确现有土地承包关系保持稳定并长久不变的具体形式,界定农村土地集体所有权、农户承包权、土地经营权之间的关系。中共中央的这一政策取向,得到了各界的积极回应。^[3] 践行全面推进依法治国,修改农村土地承包法,^[4] 实现农地制度改革的政策目标,必须厘清三权的关系,特别是要明确承包权与经营权分置的法律逻辑,建立可以有效运作的法权结构。本文拟在分析承包权与经营权分置之制度功能的基础上,以物权法确立的制度框架为背景,以确证土地承包经营权的用益物权地位为前提,遵循用益物权的变动逻辑,厘定承包权与经营权分置的法构造,梳理两种权利的各自权能及其相互关系,设计承包权与经营权变动的具体机制,进而提出由此生发的新型农地权利体系。

一、承包权、经营权分置与农民农地权利的财产化

现行农村土地承包法通过以农民集体成员资格为判准分配土地承包经营权的方式,确立了以家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制,赋予了农民长期而有保障的土地使用权。这种具有身份色彩和保障功能的农地权利制度延续而不是中断了中国农地制度的平均主义传统。在几千年的历史长河中,“平均”、“均等”、“大同”的观念,经由传统文化诸多流派的演绎及历史上不胜枚举的土地变革和农民起义实践,逐渐沉淀下来,并日渐渗透到民众心理、社会习俗、道德规范和价值观的各个层面,最终成为一种影响制度安排的价值观和方法论。^[5] 从建国初期实行的“耕者有其田”的农地私有制,到人民公社时期的土地利益高度平均化分配,无不蕴含着平均主义的政策取向。“平均地权”的思想始终贯穿于党的土地政策及中国的农地法律制度安排之中并逐渐积淀下来,成为型构中国农地法律制度的传统因素和伦理标准。^[6] 以集体成员身份为依凭取得农地使用权的承包经营制度,只是清除了“一大二公”农地经营制度的弊端,通过农地经营机制的改变,激发了农民的生产积极性,客观上提升了农业生产经营效率,但并未从根本上改变奉行平均主义思想的农地权利分配规则。加之农村土地承包经营制度的初衷在于解决粮食短缺与农民温饱,实现农业人口的生存保障,^[7] 这一制度目标亦加持了现行农地权利制度的平均主义价值取向。

[3] 民革中央副主席修福金2015年2月28日透露,今年全国两会,民革中央在《关于完善我国农村土地承包经营权确权中相关法律的提案》中提出,农村土地承包经营权确权工作存在法律缺位、法律之间不一致、效力不足、内容不合理等问题,应加快制定、修改、完善农村土地承包相关法律法规,明确农村土地承包经营权登记、抵押担保以及农村集体经济组织和成员资格界定等相关规定。参见《民革中央提案关注农村土地制度改革》,《中国国土资源报》2015年3月2日第1版。

[4] 十二届全国人大三次会议2015年3月15日通过的《全国人民代表大会常务委员会工作报告》,将修改农村土地承包法作为完善社会主义市场经济法律制度的核心内容。

[5] 参见高海燕:《20世纪中国土地制度百年变迁的历史考察》,《浙江大学学报(人文社会科学版)》2007年第5期,第128页。

[6] 罗斯科·庞德认为:“一种发达的法律律令体乃是由这样两种要素构成的:一是立法颁布的或命令的要素,另一是传统的或习惯的要素。此外,法律律令也具有两方面:一是命令的方面,另一是伦理的方面。”见[美]罗斯科·庞德:《法理学》第2卷,邓正来译,中国政法大学出版社2007年版,第8页。

[7] 参见郑尚元:《土地上生存权之解读——农村土地承包经营权之权利性质分析》,《清华法学》2012年第3期,第81页。

随着我国城市化进程的加快,大量农村人口流向城市,农地流转规模不断扩大,^[8]农业劳动力数量日渐萎缩(参见表1)。一家一户单独耕种的农地经营模式导致农地经营的细碎化,无法满足现代农业对土地进行规模集约利用的需求,现行农地权利制度的低效率弊端逐步显现:基于对农地保障功能的强调以及公平分配目标的恪守,法律对完整产权意义上的农地流转予以限制,^[9]导致农地流转具有相当的不稳定性^[10]和封闭性,^[11]难以为大规模集中经营提供产权保障。但是,如果法律对农地流转彻底解禁,随之而来的可能是不可逆的农地高度集中,无地农民失去基本保障,进而诱发社会危机。尽管随着农民生活水平的不断提高,土地承包经营权的保障功能逐渐弱化,但土地承包经营收入在农民家庭总收入中仍居支配地位,^[12]农地的保障功能依然是法律制度演进过程中不容忽视的考量因素。

表1 全国乡村人口和乡村就业人员情况^[13]

年份	乡村人口		乡村(年末)	第一产业	第一产业
	人口数(万人)	占总人口比重(%)	就业人员数(万人)	(万人)	所占人员比重(%)
2003	76851	59.5	47506	36204	76.2
2004	75705	58.2	46971	34830	74.2
2005	74544	57.0	46258	33442	72.3
2006	73160	55.7	45348	31941	70.4
2007	71496	54.1	44368	30731	69.3
2008	70399	53.0	43461	29923	68.9
2009	68938	51.7	42506	28890	68.0
2010	67113	50.1	41418	27931	67.4
2011	65656	48.7	40506	26594	65.7
2012	64222	47.4	39602	25773	65.1

[8] 截至2013年底,全国农户承包土地流转面积达3.4亿亩,占家庭承包耕地面积的26%。数据来源:叶兴庆:《从“两权分离”到“三权分离”——我国农地产权制度的过去与未来》,《中国党政干部论坛》2014年第6期,第9页。

[9] 现行法律规范中,对农村土地承包经营权权利处分的限制主要集中在两个方面:一是对土地承包经营权转让的限制:权利人的转让行为须经发包方同意、受让方必须是从事农业生产经营的农户、转让人必须已经具有稳定的非农职业或者有稳定的收入来源(农村土地承包法第41条);二是土地承包经营权的互换只限于同一集体经济组织成员之间(农村土地承包法第40条)。

[10] 例如,在农地代耕场合,双方没有约定流转期限的,承包经营权人可以随时要求返还农地,终止流转关系(参见南京市六合区人民法院(2013)六程民初字第149号、第152号判决书);发包方对承包方农地流转加以干涉(参见广西壮族自治区贵港市中级人民法院(2012)贵民二终字第61号判决书、广西壮族自治区平南县人民法院(2012)平民初字第109号判决书);农地转包合同未经承包户其他成员认可而被确认无效(参见辽宁省沈阳市中级人民法院(2004)沈中民三合终字第1131号判决书)。上述案例来源于北大法宝网站农村土地承包法第32条项下“法宝联想”中所载“案例与裁判文书”中检索内容, http://www.pkulaw.cn/fulltext_form.aspx?Db=chl&Gid=41762&keyword=&EncodingName=&Search_Mode=accurate#menu6。

[11] 以湖南省为例,在4500个调研的村庄中,90.1%的土地流转农户都是自发流转,且绝大多数发生在村集体内部的村民之间,甚至很大一部分是亲戚关系或朋友关系。参见罗迈钦:《我国农地流转瓶颈及其破解——基于湖南省225792农户家庭土地流转情况的调查分析》,《求索》2014年第6期,第78页。

[12] 参见李先玲:《基于农民收入结构的农村土地流转分析》,《特区经济》2010年第10期,第164页。

[13] 数据来源:《中国农村统计年鉴-2013》, <http://tongji.cnki.net/kns55/navi/YearBook.aspx?id=N2013120095&floor=1###>。原数据索引年份为1978-2012年,本文选取其中部分年份的数据。

因应农地制度的以上局限及现实约束,“稳定农村土地承包关系并保持长久不变,在落实农村土地集体所有权的基础上,稳定农户承包权,放活土地经营权”的政策选择应运而生。在农地法律制度层面,这一政策选择将导致我国现有的集体所有权与土地承包经营权分置的“二元权利结构”演变为所有权、承包权、经营权并置的“三元权利结构”。

承包权与经营权分置后,土地的集体所有权并未改变,农村一定社区的成员集体仍然在对本集体土地不可分割地共同所有基础上实现成员的个人利益。所谓不可分割,就是不可将土地所有权分割为单独的个人私有权,从而保障每个集体成员都能够对集体土地享有利益,实现耕者有其田。^[14]土地承包经营权则分置为承包权和经营权,承包权这种取决于农民身份的权利与农民集体成员资格同其命运,保障农民与土地的法权联系,承载着“平均地权”的功能负载。享有承包权,即使农民不再享有对承包土地的经营权,其与土地的关系也不会被不可逆地斩断,对土地的权利依然或至少在观念上可以作为农民生活的基本保障。经营权则为财产权,可以自由处分,并可以成为抵押权的客体,这将在制度上革除对农地财产权利流转的束缚,为集约利用土地和土地权利金融化提供制度支持。具体言之:

承包权与经营权分置是建立财产型农地权利制度的需要。《决定》关于农村土地制度改革的设计以增强农地权利财产属性为主线,以便利农村土地使用权的流转为核心,既升华了我国正在开展的农地确权和地方农地使用权流转实践,又体现了使农民分享发展成果、建立现代高效集约农业的改革宗旨。农地权利财产属性的强化表征着农地权利有了变现的顺畅途径,这就要求农民的农地权利回归用益物权的本真:权利主体可以依法占有、使用农地获取收益,并可以独立处分农地权利自身。^[15]权利依法获得的对世性可以对抗来自国家、所有权人以及第三人的不当干涉。农地权利财产属性的强化意味着作为权利主体的农民可以基于自己的意志,遵循市场交易的规则,独立地行使土地上权利,获得收益。这使农地权利主体的目标可以区隔于国家、集体的目标而具有独立性,为通过市场机制配置农地资源奠定了基础。“中央把经营权从承包经营权中单独分置出来,允许抵押担保,但承包权作为物权依然不许抵押。”^[16]承包权与经营权分置的制度设计则既可保障农民和土地的稳定联系,又能实现农地权利的财产化。

承包权与经营权分置可以发挥农地权利的融资功能,发展农村金融。^[17]在现代社会中,物权由本来注重对标的物的现实支配的实体权,演变为注重于收取代价或者获得融资的价值权。^[18]《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,下称“2014年中央1号文件”)明确了“允许承包土地的经营权向金融机构抵押融资”。“2015年中央1号文件”再次重申要“做好承包土地的经营权和农民住房财产权抵押

[14] 参见韩松:《坚持农村土地集体所有权》,《法学家》2014年第2期,第37页。

[15] 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。

[16] 《农村土地制度改革,底线不能突破——专访中央农村工作领导小组副组长、办公室主任陈锡文》,《人民日报》2013年12月5日第2版。

[17] 《国务院办公厅关于金融服务“三农”发展的若干意见》(国办发[2014]17号)提出,“创新农村抵(质)押担保方式。制定农村土地承包经营权抵押贷款试点管理办法……推广以农业机械设备、运输工具、水域滩涂养殖权、承包土地收益权等为标的的新型抵押担保方式。”

[18] 参见梁上上:《物权法定主义:在自由与强制之间》,《法学研究》2003年第3期,第49页。

担保贷款的试点工作”。现代农业离不开金融的支持，破解农业融资难，需要创设能为农业经营者信用增级、保障债权实现的担保品。集体所有权不能流转，土地承包经营权流转也有较大障碍，而具有财产属性的经营权因可以自由流转，适于作为抵押权等担保物权的客体，为农业经营者融资提供支撑，“为破解农地抵押困局创造最为关键的制度基础。承包权和经营权分离后，经营权人可以自身持有的、相对独立的经营权为客体来设定抵押，还土地以资产要素的原本属性，更好地发挥经营价值。经营权人到期不能偿还抵押债务，金融机构或其他债权人也不能取得承包权人的地位，只能是以土地经营获得的农产品收入或地租收入优先受偿”。〔19〕

承包权与经营权分置以不斩断农民集体成员与农地的法权关系为前提，为非土地承包经营权人利用农地提供了更为稳定、可靠的制度支持，既稳定了农地承包关系，又克服了对农地权利流转的限制，既迎合了中国农地制度的平均主义价值传统，又满足了现代农业发展的现实需求。否定承包权与经营权分置的制度创新价值，主张“在土地公有制之下，无论是国有土地还是集体土地，均不能进入交易领域，但其上所设定的用益物权却可以交易，这是农村土地承包法和物权法为农业经营体系创新所提供的法律路径。也就是说，以从事农业生产为目的而设立的土地承包经营权可以进入市场进行流转，充分发挥市场在农地资源配置中的决定性作用”，〔20〕固然坚守了法律的既有逻辑，但试图通过流转土地承包经营权包打农地资源市场化配置的天下，〔21〕不仅失于对我国农地政策兼顾农地权利财产属性与保障功能之价值取向的周到考量，也有过于僵化之嫌。流转土地承包经营权无疑是市场机制在农地资源配置中发挥作用的体现，但给土地承包经营权人多一种行使和实现权利的选择，不仅不会抑制市场机制的作用，反而会给其创造更大的可能空间。认为“以所有权权能分离论证‘三权分离’的正当性，不合他物权设立的基本法理；将土地承包经营权分离为土地承包权和土地经营权，缺乏法理支撑；‘三权分离论’曲解了稳定土地承包关系与土地承包经营权流转之间的关系；‘三权分离’后无法说明和体现土地承包权的内容”的观点，〔22〕也大有商榷的余地。

二、承包权与经营权分置是土地承包经营权的行使和实现方式

土地制度改革的基本主线是在所有权和使用权分离上做文章。土地制度结构的第一层次是所有制，第二层次是权利构成。由于第一层次是锁定的，改革只能在第二个层面寻求突破，即扩大使用权的权能，发挥产权的激励和稳定预期的功能，调动土地使用者的积极性，以提高土地利用效率。〔23〕承包权与经营权分置的政策取向已经勾勒出中国农地权利制度变革的理想图景，法学的任务在于检视承包权与经营权分置的法律构造，把这一既定政策转换成由权利义务生成及变动逻辑驱动的、可以有效运作的法律机制。循此思路，合理的选择是以土地承包经营权为支点，厘定承包权和经营权的关系。本文主张，承包权与经

〔19〕 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》，《江淮论坛》2014年第5期，第124页。

〔20〕 前引〔2〕，高圣平文，第85页。

〔21〕 土地承包经营权流转可能产生的问题，可参见前注〔14〕，韩松文，第38页。

〔22〕 前引〔2〕，高圣平文，第84页。

〔23〕 参见刘守英：《中国土地制度改革的逻辑与出路》，《财经》2014年第14期，第39页。

经营权分置是行使土地承包经营权的方式，经营权是设定于土地承包经营权之上的权利用益物权，承包权则为其行使受到经营权限制的土地承包经营权的代称。这种选择的合理性在于：

第一，土地承包经营权是农地权利创新的原点。任何权利都非凭空产生，而是人类社会既有规则、习惯、历史文化传统及群体正义观念等因素综合作用的结果。土地承包经营权是物权法及农村土地承包法设定的物权类型，而承包权与经营权并不是法定的权利类型，二者分置是对现行农村土地承包经营权制度顺时应变的调适和发展，而不是对该制度的否定。党的十一届三中全会原则上通过《中共中央关于加快农业发展若干问题的决定（草案）》（十一届四中全会正式通过），确立了农村土地承包经营权制度，揭开了农地权利制度改革的序幕。民法通则明确规定，农村土地承包经营权属于公民的合法权利，依法受到保护。物权法正式将土地承包经营权确立为一种用益物权。土地承包经营权成为土地公有制背景下农民个体分享、保有和转让土地利益的调节器，在土地的公共性与土地经营的私人性——土地属性谱系的两个极端中，^[24] 为以坚持土地集体所有制这一公有制形式为前提，赋予农民排他性的土地权利提供了制度空间，是“最具中国特色的法律制度之一，理论创新与实践价值不言而喻”。^[25] 该制度不仅体现了执政党对中国农民的政治承诺，而且已经成为中国农村政治、社会秩序稳定的基础，只能加强，不能削弱。

第二，农民个体权利的强化是我国农地权利制度改革的总趋势。农地权利制度改革不能忽略甚至削弱农民因土地承包经营权取得的既得利益，这是一条政治伦理底线。^[26] 维护个体农民利益是农地权利制度改革的根本出发点，任何改革都只能强化而不能减损农民已经获得的权利。不仅如此，承包权与经营权分置的运作只能以尊重农民意愿为前提，农民在事实上是农地的实际控制者，承包权与经营权分置如果抛开土地承包经营权另起炉灶，势必减损农民依凭土地承包经营权取得的利益，自然无法获得农民的积极回应，缺乏来自农民的回音，理论上再合理的农地权利制度也无法达其目的。

第三，做实土地承包经营权是中国农地权利政策的既定路径。“2015年中央1号文件”重申，对土地等资源性资产，重点是抓紧抓实土地承包经营权确权登记颁证工作，扩大整省推进试点范围，总体上要确地到户，从严掌握确权确股不确地的范围。^[27] 中央的部署正逐步在各地的实践中变为现实。^[28] 这意味着今后的农地权利制度变革路径已经被锁定，即依然要进一步强化土地承包经营权的物权效力，增强其财产属性。土地承包经营权这一法定权利当然是我国农地权利制度的支点，对于农地权利的创新，只能以农户已经取得的土地承包经营权为前提。作为制度创新产物的经营权等新型农地权利，只有嫁接在土地承包

[24] 参见党国英：《论我国土地制度改革现实与法理基础》，《新视野》2012年第5期，第12页。

[25] 赵万一、汪青松：《土地承包经营权的功能转型及权能实现——基于农村社会管理创新的视角》，《法学研究》2014年第1期，第74页。

[26] 参见陈锡文：《应准确把握农村土地制度改革新部署》，《中国党政干部论坛》2014年第1期，第31页。

[27] “2014年中央1号文件”早就肯定了这一政策选择，明确提出：“切实加强组织领导，抓紧抓实农村土地承包经营权确权登记颁证工作，充分依靠农民群众自主协商解决工作中遇到的矛盾和问题，可以确权确地，也可以确权确股不确地，确权登记颁证工作经费纳入地方财政预算，中央财政给予补助。”

[28] 2015年3月9日，辽宁省农村土地承包经营权确权登记颁证工作视频会议上提出，今年辽宁省确定的土地承包经营权确权登记颁证面积为1000万亩，是去年的2.9倍。到2017年，全省要基本完成土地承包经营权确权登记颁证工作，妥善解决农户承包地块面积不准、四至不清等问题。参见《我省千万亩土地承包经营权确权颁证》，《辽宁日报》2015年3月10日第1版。

经营权之上，才能存活。

承包权与经营权相分置的物权法效果表现为，在土地承包经营权之外创设具有物权效力的经营权。土地承包经营权人在其权利上设定经营权这一用益物权后，其依然享有土地承包经营权，经营权的设定只是其行使并实现土地承包经营权的方式。但问题是，物权法第117条将用益物权的客体限定为不动产与动产，不仅如此，由土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权和地役权构成的我国用益物权体系，仅仅包括以不动产为客体的用益物权。^[29] 物权具有排他性，一物之上不可存在两个以上所有权，也不可存在两个以上种类一致、效力相同的用益物权或者担保物权。^[30] 如果土地承包经营权与经营权同为一般意义上的用益物权，其客体必然只能同时指向农地这一不动产，两者势必冲突甚至排斥，无法同时成立。如果土地承包经营权与经营权虽同属用益物权，但其客体相异，则两者排斥的矛盾就会迎刃而解，土地承包经营权与经营权作为不同用益物权的制度安排便能够成立。

民事权利的客体有层次和顺位之分，其“得以物、精神上创造或权利为其支配的客体，是为第一阶层的权利客体。权利本身则得作为权利人处分的对象，乃第二层的权利客体”。^[31] 详言之，“法律规定之外的，但是事实存在的，而且只要它们存在就可以作为支配权的客体，作为第一顺位的权利客体，而把只能在法律上才成为‘客体’的权利客体称为第二顺位的权利客体。所有权和所有其他的支配权属于第二顺位的权利客体，它们是把第一顺位的权利客体作为自己的客体的”。^[32] 承包权与经营权分置，土地承包经营权与经营权各自成为独立的用益物权，需要以用益物权客体范围的扩展为前提。事实上，我国物权法关于用益物权客体范围的界定失于过窄，限制了土地承包经营权等权利发挥效能的可能途径。适当放宽用益物权客体的范围，将土地承包经营权等权利纳入用益物权的客体范围，具有正当性。

首先，扩展用益物权的客体范围具有现实合理性。在不动产的利用上，现行用益物权因种类的法定性和有限性，不能为多样态的不动产利用模式提供充分的权利选择空间，不能满足社会生活中不断增加、种类繁多的物的新型使用形态。^[33] 用益物权的功能在于支配客体的使用价值，其核心内容为权利人对客体的使用、收益。特定权利亦可成为用益物权的客体，但与以有体物为客体的用益物权不同的是，权利用益物权是在一定期限内行使客体权利并取得收益的权利，而作为客体的权利的作用对象则是特定的有体物。因此，权利用益物权是通过法定的间接方式取得对物的实际占有、使用和收益的权利。权利用益物权的确立，能够扩大用益物权制度的适用范围，提供更有效的权利行使方式，促进财产的利用效率。这类物权可以通过有效的公示方法，被赋予对世效力。尽管在现行法律制度下，农地经营权只能以租赁、转包等债权形式设定，但值得注意的是，各级司法机关在民事审判实践中，通过审判经验的积累和典型案例的示范，不断丰富和完善农地经营权法律适用

[29] 具体的用益物权种类包括土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权、地役权、海域使用权、探矿权、采矿权、取水权、养殖权、捕捞权。既然物权法第117条规定的用益物权体系包括动产，那么当社会生活出现某个或者某些以动产为客体的以用益为内容的权利时，其物权效力应当被予以承认。参见前引〔15〕，崔建远书，第488页。

[30] 参见孙宪忠：《中国物权法总论》，法律出版社2014年版，第259页。

[31] 王泽鉴：《民法总则》，中国政法大学出版社2001年版，第205页。

[32] [德] 卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》上册，王晓晔等译，法律出版社2003年版，第404页。

[33] 参见宋刚：《论收益权能的用益物权化》，《法商研究》2013年第6期，第13页。

规则体系，以判例的方式确认了农地经营权的物权效力（参见表2）。〔34〕

表2 经营权的物权化表现〔35〕

案件	经营权的物权化表现
广东省佛山市中级人民法院（2006）佛中法民五终字第379号判决；重庆市永川市人民法院（2006）永民初字第236号、第238号、第239号判决	二次转包后次承包人债权具有对抗承包经营权的效力
重庆市第三中级人民法院（2005）渝三中民终字第486号判决；江苏省盱眙县人民法院（2013）盱桂民初字第0370号判决；北京市平谷区人民法院（2009）平民初字第02263号判决；广西壮族自治区扶绥县人民法院（2012）扶民初字第381号判决；河南省滑县人民法院（2009）滑民初字第1106号判决	土地承包经营权出租后，出租人、第三人侵害承租人利益的行为被认定为侵权行为
河南省南阳市中级人民法院（2009）南民商终字第214号判决	出租人（土地承包经营权人）不得擅自交回承包林地，租赁合同具有对抗承包经营权的效力
甘肃省张掖市甘州区人民法院（2013）甘民初字第1156号判决；北京市延庆县人民法院（2009）延民初字第01765号判决	承包经营权出租后，出租人于合同履行期间内死亡，承租人的权利依然受到合法保护，可以对抗发包方及农地权利继承人
浙江省嘉善县人民法院（2007）善民一初字第115号判决	农地流转期限未约定的情况下，流转期限视为承包经营权存续期间

其次，扩展用益物权的客体范围符合物权法演进的理论逻辑和历史逻辑。“处分作为支配物的一种表现形式，不为所有权所独有，用益物权和担保物权也应具有处分权能。”〔36〕权利人应当享有对用益物权的处分权，这种处分即为权利的转让、权利的消灭、在权利上设定负担或变更权利的内容。〔37〕用益物权人可以用益物权为客体为他人设定次级用益物权。〔38〕这一理论逻辑实现了与历史逻辑的统一。古罗马时期，基于用益权人不得损坏标的物以保证日后返还原物的考虑，法律最初将用益权的客体限定为不可消费物及有体物。但当时的习俗往往以使用收益财产的一部分作为遗赠。依市民法的原则，凡财产中消费物的用益权部分应属无效，这显然不符合遗嘱人的意愿。故帝政初期，元老院作出决议，规定用益权可适用于消费物，与消费寄托一样，用益权人即享有所有人的权利，可以将这一部分消费物处分掉，而在用益权终止时，用同种类、同品质、同数量的物品返还。这种用益权称为准用益权。奥古斯都时期，用益权必须为有体物的限制亦被突破，无体物如债权亦

〔34〕 尽管物权法第5条实行了严格的物权法定原则，但是，2006年10月26日物权法草案第六次审议稿第5条规定：“物权的种类和内容，由法律规定；法律未作规定的，符合物权特征的权利，视为物权。”有学者主张，物权法定原则缓和的具体措施之一便是总结司法审判的经验，完善非法定物权的体系。参见杨立新：《物权法定原则缓和与非法定物权》，《法学论坛》2007年第1期，第13页。

〔35〕 上述案例来源于北大法宝网站农村土地承包法第32条项下“法宝联想”中所载“案例与裁判文书”中检索内容，http://www.pkulaw.cn/fulltext_form.aspx?Db=chl&Gid=41762&keyword=&EncodingName=&Search_Mode=accurate#menu6。

〔36〕 房绍坤：《用益物权基本问题研究》，北京大学出版社2006年版，第192页。

〔37〕 参见〔德〕迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2001年版，第168页。

〔38〕 参见钱明星：《我国用益物权体系的研究》，北京大学2001年博士学位论文，第8页，第12页。

可成为用益权的客体。^[39]至此,罗马法上,用益权客体的范围经历了逐渐扩大的演进过程,其客体不仅包括消费物,亦包含权利。近代以来,大陆法系国家立法已经不再将物权的客体限于特定的有体物,权利作为物权客体逐渐为各国立法所承认。依据德国民法典第90条,物权的客体只能为有体物,但这导致了“物权概念的有限性”,^[40]该法第1273条、第1068条第1款规定了以权利为客体的权利质权与权利用益权制度。^[41]德国联邦最高法院更是以判例的形式确认了在土地上设定次级地上权的合法性。^[42]瑞士民法则扩张了对土地的解释,于物权编第655条第2款规定:“本法所指土地为:不动产;不动产登记簿上已登记的独立且持续的权利;矿山;土地的共有部分。”^[43]这意味着土地上设定的他物权可以成为其他物权的客体。可以说,以权利作为用益物权客体的立法,不仅存在历史传承,而且还有当代范本,具有相当的合理性。

认可承包权与经营权分置是土地承包经营权的行使方式,则经营权是基于土地承包经营权人的意愿、以土地承包经营权为客体创设的用益物权。而土地承包经营权是基于农地所有权人的意愿、以农地为客体创设的用益物权,设定该权利是农地所有权的行使方式。在土地承包经营权上设定经营权,则前者对农地的占有、使用、收益权能在一定期限内转由经营权人行使。经由此种行使方式,土地承包经营权的价值得到了实现,并由于负担的设定和权能的分置,可以形象地简称为“承包权”。至于“承包权与经营权分离,事实上是对农地所有权用益权能的再分割,有悖所有权的整体性特征”^[44]等质疑“三权分置”农地权利体系的观点,没有看到权利用益物权的客观存在及其正当性依据,不能构成否定承包权与经营权分置这一农地权利体系创新的法理依据。当然,依解释论立场,物权法第5条规定的物权法定的“法”,限于法律,不包括行政法规、部门规章及地方性法规和政府规章,也不应包括党的政策。只有法律才能赋予经营权以物权效力,承包权与经营权分置这一制度创新要通过修改农村土地承包法等有关农村土地承包的法律,才能最终定型。

三、承包权与经营权分置的法律结构

土地承包经营权人与农地所有权人签订承包合同,取得的农地使用权为土地承包经营权。土地承包经营权人对农地享有占有、使用、收益、处分的权能,可以自行耕种,保持土地承包经营权权能的完整性,也可以行使其处分权能,依照法定条件转让该土地承包经营权,或在該土地承包经营权上为他人设定经营权。经营权以土地承包经营权为客体,其内容为在特定期限内行使土地承包经营权,取得后者的占有、使用、收益权能,其权能具体体现为对特定农地的占有、使用和收益。经营权设定后,其效果等同于土地承包经营权在时间维度上被分割,并予以部分转让。^[45]经营权因期限届满等原因消灭后,土地承包经

[39] 参见周枬:《罗马法原论》上册,商务印书馆1994年版,第399页。

[40] 孙宪忠:《德国当代物权法》,法律出版社1997年版,第20页。

[41] 《德国民法典》,陈卫佐译注,法律出版社2015年版,第421页,第377页。

[42] 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。

[43] 《瑞士民法典》,殷生根、王燕译,中国政法大学出版社1999年版,第182页。

[44] 前引[2],高圣平文,第82页。

[45] 权利上用益权的设立不过就是权利的部分转让(用益之分割:赫克语)。参见[德]鲍尔、施蒂尔纳:《德国物权法》下册,申卫星、王洪亮译,法律出版社2006年版,第727页。

营权当然恢复圆满，权利人直接行使对农地的占有、使用、收益权能。

经营权设立后，土地承包经营权的占有、使用、收益权能将受到前者的限制。且用益权不能为设定负担权利之所有人的处分所损害，^[46] 如果土地承包经营权人转让土地承包经营权，只要受让人不具备善意取得的条件，则该权利上的经营权不因该转让而受影响，依然可以向受让人主张。设定经营权后，土地承包经营权人的收益权已经通过收取经营费用的方式实现，以此种方式实现土地承包经营权并未妨碍该权利保障功能的发挥。需明确的是，受到经营权限制的土地承包经营权的处分权能依然不完整。该权利转让仍然需要履行法定程序，即转让应当经过发包方同意（农村土地承包法第41条）。这种同意并非只是形式审查，而是受制于法定因素。^[47] 鉴于农村土地承包法第33条和第41条规定了土地承包经营权转让的法定条件，完善负担经营权之土地承包经营权的转让的约束条件仍应以这些规定为基础，但应作必要的改进。应保留的限制条件包括：其一，不得改变农业用途。保持耕地的农业用途既是公共政策及法律规范的强制性要求，又是农地用益物权设定的根本目的。保持耕地的农业用途是土地承包经营权人的基本义务。其二，转让期限不得超过剩余的承包期限。基于“不得将大于自身权利的权利让与他人”的基本原理，超期转让土地承包经营权属于无权处分。其三，不得侵犯其他集体成员的优先受让权。为了维护集体经济组织的人合性，保障集体土地公有公用，保护社区居民的利益和维护农村社会的稳定，^[48] 侵犯其他集体成员优先受让权的农地流转，将不发生权利转让效力。至于受让人须有农业生产经营能力、转让人须有稳定的非农职业或者有稳定的收入来源以及受让人必须是从事农业生产经营的农户三项内容，不应当作为转让的限制条件。首先，受让人具有农业经营能力、转让人须有稳定的非农职业或者稳定的收入来源两项标准，过于抽象且无恒定性，难以从中演绎出有效的判断。其次，受让人限定为从事农业生产经营的农户，其范围过于模糊、狭窄。农户并非标准的民事权利主体，因而在权利享有与义务承担方面具有一定的模糊性。事实上，土地承包经营权主体应为村集体的成员，农户只是土地承包经营权的形式主体。土地承包经营权受让主体限于农户，必将成为发展多元化农业经营方式的法律障碍，难以满足现代农业的发展要求。^[49]

与土地承包经营权不同，经营权是一种纯粹的财产性权利，其制度功能在于破解农地流转的障碍，实现农地规模经营，发掘农地的融资潜力。^[50] 因此，经营权应具备以下特

[46] 前引[45]，鲍尔等书，第729页。

[47] 自土地承包经营权人的角度观之，用益物权具有保障生存利益的功能。限制权利转让的主要目的在于防止权利人在没有获得稳定的生存保障的情况下，轻易转让土地承包经营权。从维护社会秩序及安全的角度分析，限制土地承包经营权的转让主要是防止失地农民生活无着落而引起社会动荡。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119页。

[48] 参见王卫国：《中国土地权利研究》，中国政法大学出版社1997年版，第196页。

[49] 参见蔡立东、姜楠：《论土地承包经营权转让中的发包方同意》，《吉林大学社会科学学报》2014年第4期，第22页。

[50] 根据德国民法典第1059条，用益权具有不可转让性，这使得用益权没有获得在民法典中的全面规定所期望的实际意义。虽然德国民法典第1059a至1059e条规定法人和有权利能力的合伙享有的用益权原则上可以转让，但转让必须符合一些限制性的前提条件，它没有为实际的需要留下空间。同时，用益权的使用权限几乎不用来作为商业经营的基础，用益权用于担保借款的情况非常少见。用益权主要表现为权利人生前的供养用益权。该权利也经常出于税收原因而约定，以使用获得的收益转移给他人，特别是转移给家属，从而节省所得税或者遗产税。总之，权利用益权未发挥应有的实际效用，其适用范围十分有限。对德国用益权制度的评价，参见[德]曼弗雷德·沃尔夫：《物权法》，吴越、李大雪译，法律出版社2002年版，第473页。德国学界对其用益权制度的批评，说明必须强化经营权的财产属性即可处分性，才能发挥其制度功能。

征：其一，权利取得的平等性与非身份性。经营权的取得不再受制于集体经济组织成员这一特定身份，其设定乃为依法律行为的物权变动，体现的是土地承包经营权人与经营权人的意思自治。其二，独立性。尽管经营权以土地承包经营权为客体，但一经设定，即具有物权效力，可以对抗包括土地承包经营权人在内的一切人，土地承包经营权的变动不影响经营权的存续。其三，排他性。经营权的行使不受他人干预，受到他人妨害时，权利人可以通过行使物权请求权获得救济。为了保证经营权的稳定，防止土地承包经营权人基于自身优越地位，对经营权造成不当侵害，法律应当明确土地承包经营权人单方终止经营权的法定事由。只有在经营权期限届满；经营权人擅自改变农地用途；经营权人违背诚实信用原则，采用破坏性手段利用农地，妨害农地的永续利用；所有权或土地承包经营权消灭（这里的消灭是指权利的绝对消灭，而非权利的相对消灭）；经营权人欠缴经营费用，经催缴且在宽限期内仍不缴纳等情形下，土地承包经营权人才得单方终止已设立的经营权。其四，完全的可处分性。经营权的变动依当事人的合意即可实现，不需要经过发包方及土地承包经营权人的同意；转让人具有转让的自由，不必首先必须具有稳定的非农收入；转让人享有选择受让人的完整权利，不仅受让人无需具有农业经营能力，而且本集体组织成员也没有优先受让权；经营权存续期间，具有完全的可继承性；经营权人可以在权利之上设定担保物权，实现融资目的。

土地承包经营权与经营权同属用益物权，必然涉及两种权利的公示方式和存续期限的协调问题。首先，依据农村土地承包法第 22 条，承包合同自成立之日起生效，承包方自承包合同生效时取得土地承包经营权。“承包方无需办理其他审批、登记手续，承包经营权即告成立。”^[51]而该法第 23 条规定的土地承包经营权的登记属于确权的行政行为，^[52]虽然不发生物权设立的效力，但是客观上仍然可以起到权利公示作用。在权利变动方面，就土地承包经营权变动，物权法第 129 条、农村土地承包法第 38 条采用了登记对抗主义物权变动模式。主要理由在于土地承包经营权的流转对象大部分是附近的农民，互相比较熟悉，从公示的意义上看，登记的必要性不大。^[53]在承包权与经营权分置场合，土地承包经营权依然具有生存保障功能，权利稳定性的内在要求决定了该权利流转的封闭性。因此，土地承包经营权的变动模式不应因经营权的设定而发生改变。而经营权作为完全意义上的财产权，作为生产要素，其变动必然突破“熟人社会”而通过公开市场实现。从维护交易安全与市场秩序的因素考虑，经营权的设立及权利变动均应采取登记生效主义模式。^[54]物权法第 126 条规定土地承包经营权的期限为 30 年；承包期限届满，权利人可以按照国家有关规定继续承包。承包权与经营权分置对土地承包经营权的法定期限不生影响，但问题是如何理解“承包期限届满，按照国家有关规定继续承包”的含义。事实上，除物权法外，我国其他法律未涉及期限届满后土地承包经营权的存续问题。由此推定，该引致规范所指引的

[51] 何宝玉主编：《中华人民共和国农村土地承包法释义及实用指南》，中国民主法制出版社 2012 年版，第 50 页。

[52] 同上书，第 51 页。

[53] 同上书，第 74 页。

[54] 关于不登记承包权，如何登记经营权的疑问，首先，土地承包经营权的设定采债权意思主义，合同签订即产生物权效力，即可作为经营权的客体，其是否登记不影响其是否可以作为权利客体。其次，经营权是与土地承包经营权相独立的物权，二者变动模式无需绑定。此外，目前的颁证确权登记主要是登记土地承包经营权，2017 年所有土地承包经营权都可登记，因此这一问题不影响本文结论的成立。

适用对象应当不限于法律,党和国家政策规定当属“国家有关规定”之列。如前所述,党的文件已经明确要“保证农地承包经营关系稳定,并长久不变”。^[55]“长久不变”的私法含义应当为:如果承包期限届满,土地承包经营权人有权请求发包方延长承包期限。无法定的正当理由,发包方不得拒绝。承包权与经营权分置场合,土地承包经营权人同样具有上述权利。但经营权为有期限的定限物权,权利存续期限由土地承包经营权人与经营权人约定。经营权的期限不能超过土地承包经营权的剩余期限,具体到当前,也就是不得超过二轮承包的最后期限——2026年,超过该期限的期间,不发生经营权设定的效果。^[56]

在农地被征收场合,农地所有权消灭,土地承包经营权与经营权亦失去存在的基础。土地承包经营权与经营权转化为对征收人的债权性补偿请求权。依据土地管理法第47条,征收补偿费包括土地补偿费、安置补偿费及地上附着物及青苗补偿费。依据《土地管理法实施条例》第26条,土地补偿费归农村集体经济组织所有。实践中,征收补偿费向作为所有权人的集体经济组织以及承包合同所记载的土地承包经营人发放,而且各部分补偿合并计算一体发放,不明确到具体的权利人。集体经济组织往往将其所得的征收补偿费在其内部成员中平均分配。但承包权与经营权分置场合,安置补偿费及土地补偿费究竟归属何人,不无疑问。事实上,土地补偿费是对征收造成的土地所有权丧失所给予的补偿,为农民集体的财产。对集体财产的分配请求权应当归属于集体成员,因而土地补偿费应当归属于土地承包经营权人。而安置补偿费是对以农业生产为业的土地权利人失业后的生活及再就业等费用的补偿。土地征收致使土地承包经营权人不能再获得地租性收益,经营权人亦不再可能利用土地从事农业生产,两者均可能就此失去经营收入,土地承包经营权人与经营权人应当共同享有获得安置补偿的权利。法律必须划定土地承包经营权与经营权在征收补偿费用中各自所占份额。本文认为,安置补偿费用应先扣除经营权人已支付的剩余年限经营费用,再以经营权人与土地承包经营权人各自需要安置的人口为基数,按人头分配。至于地上附着物及青苗补偿费,则应归各自的所有人所有。

四、承包权与经营权分置的体系效应

大陆法系法典化的法律体系以概念为基本元素和建构基础,概念与概念之间基于构成元素的抽象程度不同而形成科层式的结构。上位概念是对下位概念的进一步抽象,进而形成金字塔式的完整体系。任何概念的变化及新概念的产生,必然对与之相关的法律规则产生体系性影响。从宏观角度观察,承包权与经营权分置的制度设计,体现了物权法发展的基本趋势。为了达到物质资源利用的最大化效果,物权立法呈现两大趋势:一是个人本位到社会本位;二是实体本位到价值本位。^[57]前者以对传统所有权之绝对自由的正当化限制

[55] 《决定》以及2014年中央1号文件、2105年中央1号文件均强调了“稳定农村土地承包关系,并保持长久不变”的政策立场。

[56] 依据《不动产登记暂行条例》第22条,如果经营权存续期限超过土地承包经营权,登记机关对该权利将不予登记。同时,经营权采取登记生效主义模式,未登记则不发生权利设定的法律效力。由此,合法设定的经营权,其存续期间不可能超出土地承包经营权的权利期限。经营权属于新型物权,现行《不动产登记暂行条例》未明确规定经营权作为法定物权种类予以登记。经营权未来应当纳入《不动产登记暂行条例》的规范之中。

[57] 参见高富平:《物权法原论》,法律出版社2014年版,第719页。

为手段,明确所有权行使范围,进而预防个体权利行使过程中矛盾冲突的发生,保证物质资源利用的有序、和谐。后者则表现为物权法律关系中,权利的作用对象不断扩充,“物权利能分化现象越来越复杂,在同一物上可以产生多种新的物权,从而对物的利用更有效率”。^[58]承包权与经营权分置的制度设计,在维护农地承包关系稳定的基础上,修补了农地物权化流转的法律缺陷,凸显了农地权利的财产价值,实现了农地“实体利用”到“价值利用”的根本跨越。从微观层面分析,承包权与经营权分置,将对现有农地权利体系产生影响。这种影响具体表现为,现行法定农地流转方式的类型可予结构性整合,农地融资方式及农地使用权继承将发生结构性变动。

(一) 承包权与经营权分置与农地权利流转

依据农村土地承包法第32条、第39条以及第42条,土地承包经营权流转的法定方式包括转包、出租、互换、转让、入股、代耕。其中,既有物权流转模式(如互换和转让),又有债权流转模式(如出租)。农村土地承包法制定之时,土地承包经营权的物权性质尚未最终确立。考虑到农地的社会保障功能,土地承包经营权的物权性处分受到种种限制。正是为了平衡限制物权性处分的不利后果,农村土地承包法扩大了债权流转模式的适用范围。以今天的情势观之,债权流转模式与物权流转模式相杂糅的立法选择已不符合农地权利制度发展的实际,其弊端已至为明显:其一,将转包、代耕、出租并列为三种不同的流转方式,似有重复规定之嫌。关于转包和代耕的法律性质,均存在争议。^[59]事实上,出租、转包、代耕三者均属于债权流转形式,只是在表现形式和具体称谓上有所不同而已。农村土地承包法以直观反映论的认识方法将三者并列加以规定,显得极为混乱,人为地使同一性质的法律关系复杂化。其二,土地承包经营权的性质为用益物权,其流转应当遵循物权变动的规则。债权流转模式不生物权变动效力,并未为受让人创设物权,其具体流转方式无须法定。农村土地承包法将土地承包经营权的债权流转模式与物权流转模式同炉冶之,违背了债权与物权区分的基本原则,甚至可能弱化土地承包经营权的物权属性。其三,从功效角度出发,农地使用权的债权流转方式大有值得检讨之处。首先,以债权方式流转农地,不具有对抗第三人的法律效力。承租人基于租赁关系不稳定风险的考虑,往往追求短期效益,甚至进行破坏性、掠夺性经营,更不会对获租农地进行长期投资以促进其生产力。长此以往,债权模式下的农村土地承包经营权流转,势必阻碍农业生产率的提高。其次,债权模式下的农地流转没有具有权利识别功能的公示制度与之配套。农地几经流转后,由于权利主体难以有效确定,法律关系过于复杂,极易导致纠纷的产生。2010年新修订的我国台湾民法第850条之3规定:“农育权人得将其权利让与他人或设定抵押权。”第850条之5规定:“农育权人不得将土地或农育工作物出租于他人。”法律仅认许农地以物权方式流转而否定债权性流转,其基本理由在于“债权性流转与土地所有人设定农育权之原意不

[58] 王利明:《民商法研究》第7辑,法律出版社2009年版,第138页。

[59] 参见陈小君等:《农村土地立法问题研究》,经济科学出版社2012年版,第195页;罗大钧:《农村家庭土地承包经营权流转中的法律关系辨析——以对〈中华人民共和国农村土地承包法〉的分析为视角》,《河南省政法管理干部学院学报》2006年第6期,第96页;袁震:《农村土地承包经营权流转形式之法理分析》,《河北法学》2011年第8期,第121页;前引[51],何宝玉主编书,第76页;周应江:《家庭承包经营权:现状、困境与出路》,法律出版社2010年版,第140页。

符,避免农地利用关系复杂化”。〔60〕此理由可资参考。再次,经营权作为用益物权,权利人和义务人完全可以就权利期限进行约定,亦可以就权利终止事由作出约定,其灵活性丝毫不逊于债权流转模式。

承包权与经营权分置,经营权成为完全独立且能够自由流转的用益物权,土地承包经营权人可以通过设定经营权的方式,使经营权人取得物权人的法律地位,农地流转就此纳入物权变动的规制范围,农地流转关系趋于稳定,经营权人追加农业生产投资、提高农业生产效率就有了制度保障。以设定经营权的方式实现农地使用权的物权化流转,并不等于对农地使用权债权流转模式的彻底否定。土地承包经营权人依然可以通过转包、出租等债权方式实现农地使用权流转。但这一流转关系应交由合同机制调整,而无须法定化、制度化。如此一来,农地使用权的物权流转模式与债权流转模式的界限得以明确,两者相杂糅的体系矛盾得以消除。

(二) 承包权与经营权分置与农地权利抵押

物权法第184条和担保法第37条第2款明文禁止土地承包经营权抵押。现行法律制度之所以严格限制承包经营权的抵押,重要原因在于考虑到土地承包经营权的社会保障功能,抵押人一旦无法清偿到期债务,土地承包经营权便发生转移,抵押人将失去可经营性农地,其基本生活无法维系,必然有害于农村社会的基本稳定。〔61〕而有学者则认为,土地承包经营权作为一种法定物权,其应当具备完全的处分权能。土地承包经营权的抵押,只是为农民提供一种融资渠道,农民有能力理性地对待抵押的相应风险。法律没有必要对土地承包经营权抵押予以绝对限制。农地的集体所有制已经为农地保障制度提供了坚实的后盾,对于土地承包经营权抵押权能的限制显属多余。此外,随着农村社会及经济的发展,农民需要以资产性收益为支撑参与市场性商业经营,扩大农业生产投资。限制土地承包经营权的融资权能的制度设计已经不符合现实需求,阻碍了农村经济的发展。〔62〕

承包权与经营权分置的制度设计,以经营权作为抵押权的客体,土地承包经营权不受经营权抵押的影响,〔63〕既可以解除农民担心失去农地的后顾之忧,又能够有效实现农地的融资功能,两种观点的争议随之化解:其一,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。当土地承包经营权人不能清偿到期债务时,抵押权人可以就经营权的拍卖所

〔60〕 参见谢在全:《民法物权论》下册,中国政法大学出版社2011年版,第1356页,第1358页。

〔61〕 参见孟勤国:《中国农村土地流转问题研究》,法律出版社2009年版,第65页。

〔62〕 参见温世扬:《农地流转:困境与出路》,《法商研究》2014年第2期,第12页;郭继:《土地承包经营权抵押的实践困境与现实出路——基于法社会学的分析》,《法商研究》2010年第5期,第35页;庞敏英、张生旭:《土地承包经营权抵押可行性探究》,《河北法学》2004年第4期,第127页。

〔63〕 抵押权的客体只能为农地经营权而不包括承包权。因为法律规定,农村土地家庭承包的承包方是本集体经济组织的农户,同时《决定》也明确要求:“稳定农村土地承包关系并保持长久不变”。这都说明,农户对本集体经济组织土地的承包权,是他作为本集体经济组织成员权的体现,是不能被任何其他主体所取代的。但允许农户以承包土地的经营权抵押、担保或入股,即使经营失利,农户也不会失去土地的承包权,更不会影响土地的集体所有制。物权法第179条将一般抵押权的客体限定为“财产”,事实上为权利抵押权成为法定物权种类预留了解释与法律修订的空间。陈锡文:《关于解决“三农”问题的几点考虑——学习〈中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定〉》,《中共党史研究》2014年第1期,第12页;另参见房绍坤:《论土地承包经营权抵押的制度构建》,《法学家》2014年第2期,第42页。

得优先受偿。经抵押权人同意，土地承包经营权人可以转让经营权。依据抵押权的追及效力，抵押权人依然可以就转让后的经营权拍卖所得优先受偿。无论如何，抵押权的设定，不会影响土地承包经营权的存在。其二，土地承包经营权为他人设定经营权场合，基于经营权的完全独立性与可处分性，经营权完全可以作为抵押权的客体，即使经营权人不能清偿到期债务，抵押权人实现抵押权，仅仅发生经营权变动的效果，土地承包经营权不受任何影响。

有学者认为，依据现行土地承包经营权制度，“在符合特定条件的情况下，当事人之间设立的债权质押仍可发挥担保作用”，^[64]没有必要通过设定独立的经营权，保障农地融资担保功能的实现。毫无疑问，这一方案旨在以土地承包经营权人不丧失其物权为前提，实现农地的融资担保功能。但由于土地承包经营权不能作为担保物权的客体，权利质权只能以现实存在且有效的农地债权为标的，只能实现已经通过债权方式流转之农地的融资功能，而非处于债权流转模式中的农地排除在外，适用范围过于狭窄。如果承包权与经营权分置，如前所述，经营权成为抵押权的标的，就可以顺利实现农地的融资担保功能，从而跨越权利质权机制下先设定债权再设定质权实现融资担保功能的繁琐程序。由此可见，如确认经营权为独立物权，无论是处于静态还是流转状态之下的农地，均具有融资担保功能，其比较优势甚为明显。

（三）承包权与经营权分置与农地权利继承

有学者从法律解释论的角度，阐明了以家庭承包方式设定的土地承包经营权的可继承性。^[65]但《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第4条、农村土地承包法第31条仅仅承认了被继承人投入的劳动、资金、土地增值利益、孳息及承包收益作为继承的客体。对于土地承包经营权得否作为一项独立的财产权由继承人继承，法律并未定有明文。司法判例亦认为，农村土地承包法第31条仅仅规定林地承包人死亡后，其继承人可以在承包期内继续承包。事实上，以户作为土地承包经营权主体的法律制度与以个人为调整对象的继承法律关系无法有效衔接：由于户是一个集体概念，即使户内有成员死亡，只要户内尚有集体成员存在，即不发生土地承包经营权继承问题。若承包户的所有成员死亡，该土地承包经营权应由集体经济组织收回，也不发生继承问题。同时，土地承包经营权具有一定的身份性和保障承包人基本生活之功能，不具有完全的财产属性，难以作为继承权的客体。^[66]但在承包权与经营权分置场合，由于经营权的取得主体不限于农户，同时该权利脱离了身份属性的限制，完全可以作为继承权的客体。土地承包经营权人也可以通过设立遗嘱的方式，在承包期限内为继承人设定经营权，从而在事实上实现农地使用权的继承。可以说，承包权与经营权分置的制度设计能够有效克服土地使用权继承特别是遗嘱继承的制度障碍。

[64] 参见陈小君：《我国农村土地法律制度变革的思路与框架》，《法学研究》2014年第4期，第12页。

[65] 参见朱广新：《论土地承包经营权的主体、期限和继承》，《吉林大学社会科学学报》2014年第4期，第36页；刘敏：《土地承包经营权继承的解释论——兼评〈最高人民法院公报〉所载“李维祥诉李格梅继承权案”》，《政治与法律》2014年第11期，第126页；刘凯湘：《论农村土地承包经营权的可继承性》，《北方法学》2014年第2期，第23页。

[66] 司法实践对于土地承包经营权是否具有继承性的观点，参见汪洋：《土地承包经营权继承问题研究——对现行规范的法构造阐释与法政策考量》，《清华法学》2014年第4期，第129页。

随着农村经济、社会的快速发展，土地承包经营权统合公平与效率的制度优势已释放殆尽。通过认可权利用益物权，承包权与经营权分置的制度设计完全可为用益物权体系所容纳。承包权与经营权分置，经营权成为独立于所有权和土地承包经营权的用益物权，从而农地的社会保障功能与财产功能亦相对分置，既解除了因农地权利流转引发的土地承包经营权人丧失最终保障之虞，又能够实现农地的财产价值及融资担保功能，其比较优势显而易见。

Abstract: It is an established policy imperative of China's rural land rights regime to separate the contractual (tenure) and managerial rights of land, and to establish a tripartite system to effectively distinguish the rights of ownership, tenure, and management in land contracts. This new kind of rural land rights system could not only bear the important function of equalizing land rights, but also achieve highly efficient and intensified rural land usages. By giving due consideration to both the social security and property functions of rural land, it provides a solid institutional foundation for establishing a rural land property rights system and accelerating the financing function of rural land. The scope of the object of usufructary rights in China's current property law is rather narrow and rigid, hindering the multi-dimensional use of concerned objects. According to the principle of multi-levelled objects of rights, the management right of land is a kind of right-based usufruct, set by the person having the contractual (tenure) and management rights of land, taking the contractual (tenure) and management rights of land as relevant objects. Since the management rights and the contractual (tenure) and management rights of land are based on different objects at different levels, they could co-exist without generating any conflict. Upon the recognition of right-based usufructs, the systematic design of separating the contractual (tenure) rights and the management rights could be well accommodated within the usufructary right system. Furthermore, exercising and realizing the contractual (tenure) and management rights of land through an effective construction of management rights would lead to a structural integration of the current circulating modes of the right to rural land usage provided by laws, as well as structural transformations of rural land financing methods and the inheritance of the right to rural land usage.

Key Words: contractual rights of land, management rights of land, right-based usufruct, circulation of land rights
