

# 农村土地承包法修改后的 承包地法权配置

高圣平\*

---

**内容提要：**巩固和完善农村基本经营制度是推进体制机制创新、强化乡村振兴制度性供给的重要方面，也是修改农村土地承包法的基本出发点。在“三权分置”政策的指导下，2018年农村土地承包法将承包地的产权结构确定为“土地所有权→土地承包经营权→土地经营权”，其中前者派生出后者；原农村土地承包法中“以其他承包方式取得的土地承包经营权”被重构为土地经营权。土地承包经营权是具有身份属性的用益物权，承包方可以出租（转包）、入股或者以其他方式为他人派生土地经营权。土地经营权是市场化的财产权利，在性质上属于债权，经登记的土地经营权具有类似于物权的效力。土地承包经营权和土地经营权均可充任抵押财产，但土地承包经营权上之抵押权实现时，抵押权人仅得以土地经营权的流转价款优先受偿，不得以土地承包经营权变价受偿。

**关键词：**农村基本经营制度 三权分置 土地承包经营权 土地经营权

---

## 引 言

在农村土地集体公有制之下，如何经由农村基本经营制度的巩固和完善提高农业生产的效率和效益，是农村改革的永恒主题。从土地改革时期的土地私有化基础上的农民家庭经营、农业合作化时期和人民公社时期的集体土地所有基础上的集体统一经营、改革开放之后的“包产到户”“包干到户”到“以家庭联产承包为主的责任制和统分结合的双层经营体制”，农村基本经营制度发生了重大改变，〔1〕也带来了承包地产权结构的调整。2002年

---

\* 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。

本文系教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“中国农村土地权属制度改革研究”（16JJD820013）的阶段性成果。

〔1〕 农村基本经营制度的变迁过程，参见陈锡文、罗丹、张征：《中国农村改革40年》，人民出版社2018年版，第32页以下；谭贵华：《农村双层经营体制法律问题研究》，法律出版社2015年版，第23页以下。

农村土地承包法将稳定和完善的宪法规定的农村基本经营制度——“以家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制”确立为立法宗旨，并以集体土地所有权和土地承包经营权“两权分离”为理论基础，构建了具有中国特色的土地承包经营权制度。

随着农村生产力的发展，该法所反映的生产关系已经不能满足农业、农村的实际需要。党的十九大报告明确提出，要“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”。“把实践检验行之有效的农村土地承包政策和成功经验及时转化为法律规范是立法首要考虑的问题”，“适应农村生产力发展的新要求，稳定和完善的适合国情的农村基本经营制度，是修改农村土地承包法的基本出发点”，〔2〕揭示了农村土地承包法本次修改的问题意识和目标导向。〔3〕

农村土地承包法经本次修改，法律条文从65条变为70条，其中新增加10条、修改32条、条文合并后减少1条、删去4条，涉及超过2/3的法条，修改幅度之大已经远远超过了“小修小补”的既定方案。〔4〕但是，为了及时推动立法进程，本次修法搁置了部分争议，给其中相关规则的解释适用带来了困难；即使已经定为明文的规则，也仍然存在检讨的必要。因此，对于新法确立的承包地法权配置予以系统阐释，不仅有利于实践中“三权分置”政策的具体贯彻执行，也有利于厘清如何借民法典编纂进一步完善农村基本经营制度。

## 一、巩固和完善农村基本经营制度的理论基础

习近平总书记指出：“完善农村基本经营制度，需要在理论上回答一个重大问题，就是农民土地承包权和土地经营权分离问题”，“要好好研究农村土地所有权、承包权、经营权三者之间的关系”。〔5〕由此可见，巩固和完善农村基本经营制度的理论基础就是“三权分置”。所谓“三权分置”，就是要“落实集体所有权、稳定农户承包权、放活土地经营权”，〔6〕这一农村经济的改革思想被2014年以来的政策文件具体化。“三权分置”政策正是在巩固和完善农村基本经营制度的背景之下提出的，其意旨在于，在承认土地承包经营权具有身份属性、负载社会保障功能的前提之下，通过一定的法技术路径，从土地承包经营权中派生出一种市场化的权利，以使经营主体取得稳定的经营预期，并允许经营主体以其取得的经营农村土地的权利担保融资，从而达到以下目标：“促进土地资源合理利用，构建新型农业经营体系，发展多种形式适度规模经营，提高土地产出率、劳动生产率和资源利用率，推动现代农业发展。”〔7〕

〔2〕 刘振伟（全国人大农业与农村委员会副主任委员）：《关于〈中华人民共和国农村土地承包法修正案（草案）〉的说明——2017年10月31日在第十二届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议上》，《全国人民代表大会常务委员会公报》2019年第1期，第16页。

〔3〕 参见陈小君：《〈农村土地承包法修正案（草案）〉要义评析》，《中国土地科学》2018年第5期，第2页。

〔4〕 如此规模的修改应当采取“大修”模式。参见耿卓：《承包地“三权分置”政策入法的路径与方案——以〈农村土地承包法〉的修改为中心》，《当代法学》2018年第6期，第6页。

〔5〕 习近平：《在中央农村工作会议上的讲话（2013年12月23日）》，载《十八大以来重要文献选编》上册，中央文献出版社2014年版，第670页。

〔6〕 同上文，第669页。

〔7〕 2016年10月30日《中共中央办公厅、国务院办公厅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“完善三权分置意见”）之“一、重要意义”。

“落实‘三权分置’制度，是本次修改农村土地承包法的主要任务。”〔8〕但如何将“三权分置”政策转化为法律，学界存在巨大争议。有观点认为，“三权分置”政策所欲达到的目标，只需丰富土地承包经营权的权能即可达到，无需修改农村土地承包法上的既定承包地产权结构。〔9〕但更多的主张是，“三权分置”政策必将导致承包地权利结构的调整，需要采行新的法律工具（派生出新的土地权利）来达到统分结合双层经营体制中的“统”的功能，诸如“土地所有权+土地承包权+土地经营权”、〔10〕“土地所有权+土地承包权+土地承包经营权”、〔11〕“土地所有权+土地承包经营权+土地经营权”〔12〕等各种学说都在一定程度上反映了“三权分置”政策带来的制度变迁。各种学说的争议主要体现在如何处理政策与法律的关系。就此，较为一致的观点认为，政策与法律在规范表达、形成程序等方面的差异，决定了法律应以自身的话语体系来传达政策思想，不宜直接将政策语言转述为法律语言。〔13〕

在同时调整“两权分离”和“三权分置”所产生的法律关系的前提下，本次修改后的2018年农村土地承包法将“三权分置”下的承包地产权结构表达为：在土地所有权和土地承包经营权“两权分离”的基础上，“从土地承包经营权中分离出土地经营权”。〔14〕但新法还是在一个条文中出现了“土地承包权”，其第9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。”如此，再次引发了承包地产权结构是由“土地所有权、土地承包经营权、土地经营权”等“三权”抑或“土地所有权、土地承包经营权、土地承包权、土地经营权”等“四权”构成的争议。新法通过后，直接参与立法的专家即认为，“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，农户拥有土地承包权是农村基本经营制度的基础。实践中，取得承包权有两个条件：具有本集体经济组织成员资格（成员属性）；与发包方签

〔8〕 胡可明（全国人大宪法和法律委员会副主任委员）：《全国人民代表大会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》，《全国人民代表大会常务委员会公报》2019年第1期，第19页。

〔9〕 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；吴义龙：《“三权分置”论的法律逻辑、政策阐释及制度替代》，《法学家》2016年第4期，第34页；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，第121页。

〔10〕 参见韩长赋：《土地“三权分置”是中国农村改革的又一次重大创新》，《农村工作通讯》2016年第3期，第19页以下；韦鸿、王琦玮：《农村集体土地“三权分置”的内涵、利益分割及其思考》，《农村经济》2016年第3期，第40页；马俊驹、丁晓强：《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》，《法律科学》2017年第3期，第146页；等等。

〔11〕 参见丁文：《论土地承包权与土地承包经营权的分离》，《中国法学》2015年第3期，第159页。

〔12〕 参见蔡立东、姜楠：《承包权与经营权分置的法构造》，《法学研究》2015年第3期，第36页；孙宪忠：《推进农村土地“三权分置”需要解决的法律认识问题》，《行政管理改革》2016年第2期，第25页；刘恒科：《“三权分置”下集体土地所有权的功能转向与权能重构》，《南京农业大学学报（社会科学版）》2017年第2期，第111页；高圣平：《农地三权分置视野下土地承包权的重构》，《法学家》2017年第5期，第2页；等等。

〔13〕 参见许中缘、夏沁：《农村集体土地“三权分置”中财产权利的法律归位》，《烟台大学学报（哲学社会科学版）》2017年第4期，第27页；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，第162页；孟勤国：《论新时代农村土地产权制度》，《甘肃政法学院学报》2018年第1期，第18页；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，第95页。

〔14〕 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。

订了承包合同，获得了承包地（财产属性）。”“土地承包权权能中的收益权和受限定的处分权（可以收回土地经营权但不能买卖承包地）是现实存在的，不是虚置的权利。”<sup>[15]</sup> 这一观点是全国人大农业与农村委员会起草农村土地承包法修正案之“一审稿”时直接转述政策语言的基本思路的反映，<sup>[16]</sup> 自“二审稿”开始，法律文本尽量遵循自身逻辑来传达政策思想。这一观点已不足取。

第一，从2018年农村土地承包法的内容来看，除了第9条之外，并无“土地承包权”这一新生权利的性质和内容的规定。从立法过程来看，法律文本自“二审稿”开始就尽量避免出现“四权”结构，不仅法律的篇章结构不再专节规定“土地承包权”，而且第一章“总则”的宣示性条文中也仅在第8条规定“土地承包经营权”的保护，第10条规定“土地经营权”的保护，并没有保护“土地承包权”的宣示性规定。第四章“争议的解决和法律责任”规定的也是对于“土地承包经营权”“土地经营权”的救济，并无关于侵害“土地承包权”的法律责任的规定。尤其是新法第56条规定，“任何组织和个人侵害土地承包经营权、土地经营权的，应当承担民事责任”，其中并未提及土地承包权。可见，2018年农村土地承包法并无意将土地承包权作为一种新生的民事权利来对待。

第二，依权利生成法理，从集体土地所有权派生出土地承包经营权之后，土地所有权仍然是浑然一体的权利，其名称并未因派生出土地承包经营权而发生改变；从土地承包经营权派生出土地经营权之后，土地承包经营权也仍然是浑然一体的权利，其名称也不应因派生出土地经营权而发生改变。正如在派生出土地承包经营权之后，土地所有权的权能虽然发生变化，但法律上无须就土地所有权的剩余权利单独规定其名称和内容一样，土地承包经营权派生出土地经营权之后，法律上同样无须就土地承包经营权的剩余权利单独规定其名称和内容。<sup>[17]</sup> 如此看来，“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>[18]</sup> 法律也就无须专门设置“土地承包权”来反映承包农户的剩余权利，而是只需就新生的土地经营权作出专门规定即可。第9条规定的“土地承包权”，也只能理解为权利行使受到土地经营权限制的土地承包经营权的便宜称谓。

第三，如依前引专家的理解，“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”，产生土地承包权的条件也应当是土地承包经营权人与土地经营权人签订土地经营权合同，流转土地经营权，而不是所谓“具有本集体经济组织成员资格（成员属性）；与发包方签订了承包合同，获得了承包地（财产属性）”。前引所谓取得土地承包权的两个条件，实际上是取得土地承包经营权的两个条件。同时，所谓“收益权和受限定的处分权”，也不是土地承包权的权能，而是土地承包经营权的权能。土地承包经营权派生出土地经营权之后，土地经营权人的权利均来源于土地承包经营权。占有、使用承包地并取得收益的权利

[15] 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，第21页。

[16] 对于“一审稿”的批评意见，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，第12页以下；前引〔3〕，陈小君文，第1页以下；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）〉》，《法商研究》2018年第3期，第3页以下；等等。

[17] 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，第269页。

[18] 前引〔14〕，黄薇主编书，第44页。

已由土地经营权人行使，土地承包经营权人已无法行使，其收益权主要体现为土地经营权流转价款的给付请求权。

综上，2018年农村土地承包法在既有土地所有权和土地承包经营权“两权分离”的基础上，在维系土地承包经营权的保障功能的前提下，派生出市场化的土地经营权，以促进适度规模经营，实现双层经营体制下“统”的功能。如此，在“三权分置”之下，承包地的产权结构由土地所有权、土地承包经营权和土地经营权这“三权”构成。依体系解释，只宜将新法第9条中的“土地承包权”解释为流转了土地经营权之后的土地承包经营权的简称。在法典中保留“土地承包权”的表述，进一步体现了将政策转化为法律之时的争议，所带来的分歧需经由解释来加以消除。在编纂民法典中进一步明确承包地的产权结构，彻底消除其中的解释分歧，应为立法论上的最优选择。

## 二、农村基本经营制度下的土地承包经营权

农村基本经营制度以家庭承包经营为基础，“在将来较长一段时期内，家庭承包经营的基础性地位应予维持”。<sup>[19]</sup>统分结合的双层经营体制中的“分”，指的是承包农户分散经营，即以集体土地所有权为基础，以地区性合作经济组织（农村集体经济组织）为依托，通过将家庭承包经营引入合作经济（集体经济），从而形成合作经济的两个经营层次。<sup>[20]</sup>“坚持家庭经营的基础性地位和遵循家庭承包的土地承包经营权属于农户是农村基本经营制度的核心内容。”<sup>[21]</sup>家庭承包经营关系的法权表达即为土地承包经营权。2002年农村土地承包法和2007年物权法以将其界定为物权的方式来达到稳定农村基本经营制度的政策目标。虽然土地承包经营权作为物权种类的名称在“三权分置”之下并未发生改变，但却成为共存于“两权分离”和“三权分置”中的一类用益物权。新一轮农村土地制度改革赋予了土地承包经营权特定的意义，原农村土地承包法中的相关规则即应修改，以实现农村基本经营制度的巩固和完善。

### （一）土地承包经营权身份属性的确立

土地承包经营权是否具有身份属性，即土地承包经营权的取得和保有是否以权利人具有本集体经济组织成员身份为前提，学界素有争议。肯定说认为，原农村土地承包法第15条（新法第16条第1款）规定，家庭承包的承包方是本集体经济组织的农户，由此可见，土地承包经营权的主体须具有特定身份，以此彰显土地承包经营权的社会保障功能。<sup>[22]</sup>“三权分置”之下，“土地承包经营权的权利内容中包含部分成员权内容，无需另行诉诸成员权制度，也符合农民长期以来对土地承包经营权的认知”。<sup>[23]</sup>否定说认为，土地承包经营权的取得以权利人具有本集体经济组织成员身份为前提，并不等于基于该特定身份取得

[19] 杨一介：《论“三权分置”背景下的家庭承包经营制度》，《中国农村观察》2018年第5期，第92页。

[20] 参见前引〔1〕，谭贵华书，第58页。

[21] 丁关良：《巩固和完善农村基本经营制度》，《中国党政干部论坛》2018年第9期，第50页。

[22] 参见叶兴庆：《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10页；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，第28页；前引〔10〕，马俊驹等文，第148页。

[23] 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，第11页。

的土地承包经营权必然具有身份属性；“增人不增地、减人不减地”政策和土地承包经营权流转制度的构建等，使土地承包经营权的社会保障功能的实现形式发生了重大变化，即承包地从农民生存的实物保障转变为价值保障，土地承包经营权的财产属性完全取代了其保障属性。<sup>[24]</sup>此外，原农村土地承包法规定有两类土地承包经营权，即“以家庭承包方式取得的土地承包经营权”和“以招标、拍卖、公开协商等方式承包取得的土地承包经营权”（以下简称“以其他承包方式取得的土地承包经营权”），即使从创设取得的视角，后者的取得并不要求权利人具有本集体经济组织成员身份，已经不具有身份属性，<sup>[25]</sup>笼统概称土地承包经营权具有身份属性，属于以偏概全。

笔者认为，在“三权分置”之下，土地承包经营权负载着特定的政策目标，即“农村集体土地由作为本集体经济组织成员的农民家庭承包，不论经营权如何流转，集体土地承包权都属于农民家庭”。<sup>[26]</sup>如此，“土地承包经营权”已经被纯化为只有本集体经济组织的承包农户才能取得和享有的兼具财产属性和保障属性的权利，以实现巩固和完善农村基本经营制度之下“分”的目标。

2018年农村土地承包法遵循了这一制度变迁逻辑，在维系仅有本集体经济组织成员才能创设取得土地承包经营权的现行规则之外，主要从以下几个方面强化了土地承包经营权的身份属性：其一，将土地承包经营权的互换和转让局限在本集体经济组织内部（第33条、第34条），强调即使是土地承包经营权移转取得的受让人，也应具有本集体经济组织成员身份。新法将原第41条规定的土地承包经营权的受让对象“其他从事农业生产经营的农户”修改为现第34条的“本集体经济组织其他农户”。虽然这一修改限制了权利主体对权利本身的处分权能，<sup>[27]</sup>但新法在转让之外，另为承包农户提供了流转土地经营权的可选路径，由其参酌具体情事加以确定，并没有降低权利流转的效率，也不构成对于优化土地资源配置的妨碍。其二，明定土地经营权人通过流转取得土地经营权之后，承包农户的土地承包经营权不发生改变。新法第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。”这里，“承包方与发包方的承包关系”的法权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>[28]</sup>其三，将以“招标、拍卖、公开协商等方式承包”“荒山、荒沟、荒丘、荒滩等农村土地”的权利重构为土地经营权，将原第44条规定的“以其他承包方式取得的土地承包经营权”修改为现第49条“以其他方式承包农村土地的……承包方取得土地经营权”，进一步维系土地承包经营权的身份属性。

值得注意的是，从长远来看，剥离土地承包经营权的身份属性，促进其自由流转，应是市场经济背景下优化资源配置的必然选择。但在渐进式的农村土地制度改革政策之下，对土地承包经营权身份属性的坚守，就成为维系目前社会经济背景之下农村社会稳定的基

[24] 参见高飞：《寻找迷失的土地承包经营权制度——以农地“三权分置”政策的法律表达为线索》，《当代法学》2018年第6期，第18页。

[25] 参见陈小君：《“三权分置”与中国农地法制变革》，《甘肃政法学院学报》2018年第1期，第32页。

[26] 前引〔7〕，“完善三权分置意见”“三、逐步形成‘三权分置’格局”之“（二）严格保护农户承包权”。

[27] 参见前引〔23〕，彭诚信等文，第10页。

[28] 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，第101页。

本政策工具。如此看来,2018年农村土地承包法所反映的承包地产权结构仍然只是契合目前现实的(中间)方案,随着乡村振兴战略的实施、农业产业化发展,承包地产权结构将朝日益市场化的方向发展。

## (二) 土地承包经营权的权能完善

完善土地承包经营权的权能是巩固和完善农村基本经营制度之下“分”的主要路径,也是党的十八届三中全会以来一直坚持的政策目标。2018年农村土地承包法主要从以下几个方面体现了实践探索的成熟经验:放宽土地承包经营权的转让限制,取消承包方应“有稳定的非农职业或者有稳定的收入来源”的条件,进一步限定土地承包经营权的受让人范围(第34条);明定承包方得以出租(转包)、入股或者其他方式向他人流转土地经营权(第17条第3项、第36条),明确转包是出租的一种特殊形式,在一定程度上解决了学界对于出租和转包之间关系的争议;<sup>[29]</sup>删去了土地承包经营权入股从事农业合作生产的规定(原第42条),将入股的法律效果明确为向他人(包括公司、合作社、股份合作企业等)派生出土地经营权,并增加了此种情形下的“向发包方备案”这一管理措施(第36条);明确土地承包经营权的担保能力,对于土地承包经营权上担保物权的设立采取登记对抗主义,其实现方式限定于就土地经营权优先受偿(第47条)。这些修改均涉及土地承包经营权处分权能的完善。

第一,“流转”含义的重新界定。2018年农村土地承包法将原法第16条第1项所规定的承包方依法享有流转土地承包经营权的权利,分拆为两项:“依法互换、转让土地承包经营权”和“依法流转土地经营权”(第17条第2项和第3项),实际上是将原法规定的土地承包经营权的流转依其法律效果在“三权分置”之下作了区分。就其中具有移转土地承包经营权效果的,因不涉及“三权分置”,即不发生是否派生出土地经营权的问题,而规定于第二章第四节“土地承包经营权的保护和互换、转让”,不再以“流转”称之;就其中产生债权性移转效果的,因涉及“三权分置”,即发生自土地承包经营权派生出土地经营权的后果,而规定于第二章第五节“土地经营权”。这一安排符合体系化的要求。

不可否认的是,2018年农村土地承包法限缩了原法中“流转土地承包经营权”涵摄的范围,将之局限于“出租(转包)、入股和其他方式”。在解释上,这里的“其他方式”自不包括“互换”和“转让”的情形。如此,“流转”仅指承包方处分其土地承包经营权且派生出土地经营权的情形,第45条和第47条所规定的“通过流转取得(的)土地经营权”,即属此意。“转让”“互换”与“流转”的关系“由之前公认的种属关系而因此次修法变得模糊不清了”。<sup>[30]</sup>原法中一体调整所有流转方式的共通规则被新法置于第二章第五节“土地经营权”,由此也出现了该规则是否适用于被新法置于第二章第四节的土地承包经营权的互换、转让行为的问题,即第38条关于土地经营权流转原则的规定、第39条关于土地经营权流转收益的规定、第40条关于土地经营权流转合同的规定,是否适用于土地承

[29] 关于出租和转包之间关系的争议,参见崔建远:《土地承包经营权的修改意见》,《浙江社会科学》2005年第6期,第67页;胡吕银:《土地承包经营权的物权法分析》,复旦大学出版社2004年版,第157页;孟勤国等:《中国农村土地流转问题研究》,法律出版社2009年版,第73页;高圣平:《论承包地流转的法律表达——以〈农村土地承包法〉的修改为中心》,《政治与法律》2018年第8期,第25页。

[30] 前引[4],耿卓文,第10页。

经营权的互换、转让。在解释上,土地承包经营权的“转让”“互换”虽然与“出租(转包)”“入股”在法律效果存在差异,但均属权利主体处分其土地承包经营权的方式,自可准用原一体调整所有处分(流转)方式的规定。

第二,土地承包经营权转让规则的修改。2018年农村土地承包法保留了“经发包方同意”这一程序性要件。就此要件的法律意义,学界争议不断。<sup>[31]</sup>《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》(法释〔2005〕6号)第13条明确了“发包方同意”的规范属性——效力性强制性规定。<sup>[32]</sup>但司法实践中普遍认为,“发包方不同意转让土地承包经营权的法定理由是承包方不具有稳定的非农职业或者稳定的收入来源。换言之,只要承包方有稳定的非农职业或者稳定的收入来源,发包人无法定理由不同意或者拖延表态,都不影响土地承包经营权转让合同的效力。”<sup>[33]</sup>既然新法删去了承包方具有稳定的非农职业或者稳定的收入来源的限制性条件、明确限定了受让人为本集体经济组织成员,保留“经发包方同意”要件即仅具有宣示意义,不宜再将这一要件理解为效力性强制性规定。

第三,土地承包经营权担保规则的确立。在“两权分离”政策的影响之下,原农村土地承包法不允许以家庭承包方式取得的土地承包经营权抵押,其主要理由在于抵押权的实现会使承包农户丧失具有保障功能的土地承包经营权。但在“三权分置”之下,土地承包经营权抵押权的实现可以采取收益执行的方法,即为他人派生出土地经营权,以土地经营权的流转价款优先受偿,承包农户仍然保有土地承包经营权,上述障碍即可破除。同时,如仍禁止土地承包经营权抵押,但由其所派生的土地经营权却可担保融资,赋予后者以前者尚不具有的权能,这本身就是一个悖论。<sup>[34]</sup>在此背景下,2018年农村土地承包法第47条就担保财产、担保物权的设定和实现作了特别规定,但该条规定并不明确,尚待解释。

其一,新法第47条第1款规定:“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。”这里,承包方供作担保的是“承包地的土地经营权”,维系了2014年以来政策文件中的提法——“允许承包土地的经营权向金融机构抵押融资”。但在未派生土地经营权的情形之下,承包农户如何以“承包地的土地经营权”向金融机构融资担保?

土地承包经营权与土地经营权相对而称,在“两权分离”之下,“经营”不过是土地承包经营权的权能而已,并不存在所谓“承包地的土地经营权”。承包农户自己经营承包地,其权源仍然是土地承包经营权,而不是土地经营权。抵押权人在实现条件成就之前的地位与在实现条件成就之后的地位迥然有异。<sup>[35]</sup>抵押权的设定不以移转标的权利为前提,抵押权人无须取得标的权利,此时无须从土地承包经营权派生出土地经营权。<sup>[36]</sup>“由于承包方

[31] 参见朱虎:《土地承包经营权流转中的发包方同意——一种治理的视角》,《中国法学》2010年第2期,第70页;前引〔9〕,高圣平文,第89页;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26页。

[32] 参见武亦文、杨勇:《论土地承包经营权处分之限制性规范的科学配置——基于司法裁判文书的整理和分析》,《中国农村观察》2017年第6期,第29页。

[33] 《山东省高级人民法院关于印发全省民事审判工作会议纪要的通知》(2011年11月30日,鲁高法〔2011〕297号)。

[34] 参见单平基:《“三权分置”理论反思与土地承包经营权困境的解决路径》,《法学》2016年第9期,第58页;肖鹏:《“三权分置”下的农村土地权利结构研究》,《中国土地科学》2018年第4期,第26页。

[35] 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2006年版,第157页。

[36] 参见单平基:《“三权分置”中土地经营权债权定性的证成》,《法学》2018年第10期,第44页。

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>[37]</sup>在抵押权实现条件成就之时,则可流转土地经营权并以流转价款优先受偿。“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>[38]</sup>第47条第1款如此表述实际上是为了与同条第3款“实现担保物权时,担保物权人有权就土地经营权优先受偿”的规定相衔接,在担保物权实现之时,不能使承包农户丧失土地承包经营权,仅得派生出土地经营权以优先受偿。这实际上改变了物权法上担保物权的实现方式,由变价执行转向强制管理或收益执行。这也是“三权分置”对于农地金融带来的实质影响。如此看来,承包农户设定担保的标的仍然是土地承包经营权,并不是土地经营权。农地融资担保试点也秉承这一法理,如2016年3月15日中国人民银行、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、农业部印发的《农村承包土地的经营权抵押贷款试点暂行办法》将此时的担保财产规定为“通过家庭承包方式依法取得的土地承包经营权”。

其二,新法第47条并未界定以土地承包经营权设定的担保物权的种类。在物权法定主义之下,将以“承包地的土地经营权”为标的的担保权利径称为上位的物权种类——“担保物权”,并不符合物权种类法定的要求。第47条笼统地规定为“担保物权”,将直接导致具体规范的缺失,在2018年农村土地承包法仅作原则性规定的情形之下,担保物权的具体规则尚需在物权法中寻找,极易导致法律适用上的困难。在解释上,承包农户以土地承包经营权设定担保物权之后,仍在行使这一权利,并未移转这一权利的“准占有”,在体系定位上应属抵押权。

其三,新法第47条第2款就土地承包经营权上的抵押权采取登记对抗主义,与物权法上不动产权利抵押权的登记生效主义大相径庭。从立法说明中尚无法得出2018年农村土地承包法改采登记对抗主义的理由。可能的考虑是,新法第35条明定土地承包经营权的互换、转让采登记对抗主义。“无论是从正义的规则(同者相同、异者相异)要求,还是‘举重以明轻’等法技术推论,土地承包经营权抵押都似乎应当采用‘登记对抗主义’。”<sup>[39]</sup>这一政策选择值得质疑,土地承包经营权的物权变动采债权意思主义,并不排斥就土地承包经营权上的抵押权采取债权形式主义,即登记生效主义。抵押权人为保全自己的权利,自当在不动产登记簿上就土地承包经营权登记抵押权负担,在先登记原则之下,<sup>[40]</sup>土地承包经营权自得先行登记。由此可见,这一不同于物权法的制度安排,并未反映金融实践的真实需求。

### (三) 稳定和保護土地承包经营权的相关规则的修改

“要稳定和完備农村基本经营制度,必须稳定农村的土地承包关系。”<sup>[41]</sup>2018年农村土地承包法即涉及稳定和保護土地承包经营权的相关规则的修改,举其要者有:

[37] 前引[14],黄薇主编书,第200页。

[38] 同上。

[39] 吴国喆:《“三权分置”背景下农地抵押的规则设计》,《北方法学》2018年第5期,第22页。

[40] 先登记原则是指不动产权利的各项变动均应以初始登记作为基础。参见孙宪忠:《不动产登记基本范畴解析》,《法学家》2014年第6期,第17页。

[41] 前引[1],陈锡文等书,第49页。

第一，保存土地承包关系稳定并长久不变的法律表达。2018年农村土地承包法除了在总则第1条中将立法宗旨“赋予农民长期而有保障的土地使用权”修改为“保持农村土地承包关系稳定并长久不变”之外，主要是在第21条增设第2款：“前款规定的耕地承包期届满后再延长三十年，草地、林地承包期届满后依照前款规定相应延长。”这一规则旨在“给予农民稳定的土地承包经营预期”，<sup>[42]</sup>“巩固和完善农村基本经营制度”，<sup>[43]</sup>体现了党的十九大报告的精神，也落实了物权法第126条第2款“前款规定的承包期届满，由土地承包经营权人按照国家有关规定继续承包”的规定。这一延长承包期规则的新设，也在一定程度上解决了关于“长久不变”的法律表达的学说争议，<sup>[44]</sup>但也带来了一些尚需解释才能得以确定的问题。

其一，第二轮土地承包期届满后再延长30年，是否需要续签承包合同或土地承包经营权合同，抑或如住宅建设用地使用权届期后的规则一样解释为“自动续期”而无须承包方提出申请？采纳需要续签的观点，不仅在实践中难以操作，加重了农民的负担，也增加了行政管理的成本。<sup>[45]</sup>如此看来，“自动续期”的观点更切实际。

其二，草地、林地承包期届满后的延长期限如何确定？“保持农村土地承包关系长期稳定，应当包括草地和林地的承包关系”，<sup>[46]</sup>新法第21条第2款后段的规则在本次修改农村土地承包法的“二审稿”中得以确定。与耕地30年承包期属于法定期限、不允许当事人之间作出相反约定<sup>[47]</sup>不同，草地的承包期可由当事人参酌具体情况在30年至50年之间进行约定，林地的承包期可以在30年至70年之间进行约定。在解释上，“草地、林地承包期届满后依照前款规定相应延长”，应是在上一轮承包合同约定的承包期的基础上，再延长相同的承包期，也就是说，第三轮的承包期与第二轮的承包期相同。自动续期的期限，应当自上一轮承包期届满时起算。

其三，承包期届满后的自动续期应以承包农户仍然保有本集体经济组织成员身份，且其土地承包经营权没有消灭为前提。如该承包农户自愿交回或被强制收回承包地，承包地因自然灾害等原因已经灭失或被征收，均导致土地承包经营权的消灭，原承包农户自无法再延长承包期。即使原承包农户在第三轮承包中从集体经济组织重新承包农村土地，也是设立新的土地承包经营权，而非原土地承包经营权的延续。<sup>[48]</sup>

其四，实践中有些流转合同约定的期限超过了“二轮”承包的剩余期限，<sup>[49]</sup>此前对此

[42] 前引〔2〕，《关于〈中华人民共和国农村土地承包法修正案（草案）〉的说明》，第17页。

[43] 前引〔15〕，刘振伟文，第20页。

[44] 关于“保持长久不变”期限设定上的争议，参见朱广新：《土地承包关系长久稳定的制度建构》，《河南财经政法大学学报》2013年第4期，第123页；高帆：《农村土地承包关系长久不变的内涵、外延及实施条件》，《南京社会科学》2015年第11期，第12页；前引〔12〕，高圣平文，第9页。

[45] 参见肖鹏：《承包期届满的自动续期制度研究——“第二轮土地承包到期后再延长30年”的法律表达》，《中国农业大学学报（社会科学版）》2018年第6期，第80页；全国人大常委会法制工作委员会民法室：《〈中华人民共和国物权法〉条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社2017年版，第314页。

[46] 前引〔8〕，《全国人民代表大会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》，第20页。

[47] 参见最高人民法院民事审判第一庭：《最高人民法院农村土地承包纠纷案件司法解释理解与适用》，人民法院出版社2005年版，第118页以下。

[48] 参见前引〔45〕，肖鹏文，第83页。

[49] 参见前引〔19〕，杨一介文，第87页。

的主张均为超过的部分无效。<sup>[50]</sup>在解释上,承包方此际处分了其本来没有的权利,构成无权处分。<sup>[51]</sup>但在土地承包经营权期限届满后再予延长的情况下,就超过原承包期的剩余期限,承包方仍然保有土地承包经营权,也就嗣后取得了处分其土地承包经营权的权利。此时,流转合同应为有效,受流转方能够取得流转的权利。

第二,稳定土地承包关系的技术路径。2018年农村土地承包法除了在第24条明定“国家对耕地、林地和草地等实行统一登记”之外,对现有土地承包经营权设立规则并未作实质性修改。在我国实定法上,基于法律行为的不动产物权变动主要采用“合同+登记”的债权形式主义模式,但土地承包经营权不适用这一模式,改采债权意思主义模式,仅依当事人之间的承包合同即产生设定土地承包经营权的效力。<sup>[52]</sup>2018年农村土地承包法第24条所规定的“登记”,并不属于物权变动意义上的“登记”,仅为行政法意义上的行政确权,<sup>[53]</sup>既不是土地承包经营权的生效要件,也不是土地承包经营权的对抗要件,难以起到公示作用,与土地承包经营权交易的日益市场化并不相合。土地承包经营权登记不仅是稳定土地承包关系、维护农民土地权益的迫切需要,<sup>[54]</sup>也是降低土地承包经营权流转交易成本、促进土地经营权流转、发展适度规模经营的重要基础性工作。<sup>[55]</sup>在政策上,2015年11月2日中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《深化农村改革综合性实施方案》要求“明确和提升农村土地承包经营权确权登记颁证的法律效力”,本次修法并没有达到这一政策目标。

### 三、农村基本经营制度下的土地经营权

农村基本经营制度强调“统分结合”。在1984年中央一号文件正式提出双层经营体制之时,所谓“统”指的是集体统一经营。2008年党的十七届三中全会召开,“统分结合”中“统”的内涵发生了重大改变,不再局限于集体统一经营,而是“要采取多种形式来实现‘统’的能力,既包括发挥集体经济组织,也包括农民自身的合作与联合组织、各种农业社会化服务组织,以及农业产业化经营中的龙头企业的作用”。<sup>[56]</sup>由此,这里的“统”,“从农村集体经济组织的统一经营发展为农村集体经济组织、农民专业合作社、农业企业、社会化服务组织等多元主体、多种形式并存的多方位统一经营”。<sup>[57]</sup>如此,“赋予经营主体更有保障的土地经营权,是完善农村基本经营制度的关键”。<sup>[58]</sup>2014年以来,政策文件一

[50] 参见前引〔45〕,全国人大常委会法制工作委员会民法室书,第274页;前引〔19〕,杨一介文,第87页。

[51] 参见王利明:《物权法研究》下卷,中国人民大学出版社2016年版,第834页。

[52] 同上书,第815页;梁慧星、陈华彬:《物权法》,法律出版社2016年版,第77页;崔建远:《物权:规范与学说——以中国物权的解释论为中心》,清华大学出版社2011年版,第75页。

[53] 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;前引〔51〕,王利明书,第823页以下;前引〔45〕,全国人大常委会法制工作委员会民法室书,第269页。

[54] 参见徐绍史:《健全严格规范的农村土地管理制度》,载本书编写组:《〈中共中央关于推进农村改革发展若干重大问题的决定〉辅导读本》,人民出版社2008年版,第141页。

[55] 2014年11月20日中共中央办公厅、国务院办公厅《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》(以下简称“土地经营权流转意见”)“二、稳定完善农村土地承包关系”之“(三)健全土地承包经营权登记制度”。

[56] 前引〔1〕,陈锡文等书,第54页。

[57] 前引〔21〕,丁关良文,第48页。

[58] 前引〔7〕,“完善三权分置意见”“三、逐步形成‘三权分置’格局”。

直以“土地经营权”指称自土地承包经营权派生出的市场化权利。虽然这一称谓在语义学上并不具有以利用用途为标准而区分土地权利的意义，<sup>[59]</sup>虽然学界建议采用“耕作权”或“耕作使用权”这些更为明确的术语，<sup>[60]</sup>2018年农村土地承包法还是采纳了这一政策上的权利术语，并通过定义性法条明定其权利主体、客体和内容来避免该术语的模糊性。新法第37条规定：“土地经营权人有权在合同约定的期限内占有农村土地，自主开展农业生产经营并取得收益。”这里，土地经营权的权利主体为“土地经营权人”，有别于土地承包经营权的权利主体“承包方”，前者对权利主体没有身份限制，只要具有农业经营能力或者资质即可（新法第38条第4项），后者是“本集体经济组织的农户”（新法第16条第1款），具有身份属性；权利客体为“农村土地”；权利内容为“自主开展农业生产经营并取得收益”，以传达“农地农用”的用途管制目标。

### （一）土地经营权的性质

2018年农村土地承包法第41条赋予流转期限在5年以上的土地经营权以登记能力。直接参与立法的专家就土地经营权的性质的解读并不一致。有的认为，本次修法“以解决实践需要为出发点，只原则界定了土地经营权权利，淡化了土地经营权性质”；<sup>[61]</sup>有的认为，本次修法“关于登记的规定，同时在法律上也是一个关于土地经营权物权效力的表述”。<sup>[62]</sup>为便于配套规定的制定和法律的准确适用，尚需在解释论上明确土地经营权的性质。笔者认为，新法规定的土地经营权应属债权，理由如下：

第一，土地利用关系既可定性为物权，也可定性为债权，端赖政策选择。只有在政策目标上需要稳定土地利用关系时，才有必要将之定性为物权。稳定、长期的土地利用关系宜表达为物权，借由物权的排他支配性和对世性固定当事人的权利；临时、短期的土地利用关系宜定性为债权，在契约自由的观念下当事人自可依法自由安排相互之间的权义分配。从“三权分置”政策来看，“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”，<sup>[63]</sup>“鼓励采用土地股份合作、土地托管、代耕代种等多种经营方式，探索更多放活土地经营权的有效途径”。<sup>[64]</sup>在鼓励以多种形式进行土地经营权流转的背景下，土地利用关系在各种形式之间的稳定性需求也就存在差异，例如短期租赁、代耕代种等，当事人之间本就无意稳定土地利用关系，但长期租赁、入股等，稳定土地利用关系的意愿则甚为明显。新法将这些流转形式定为明文——“出租（转包）、入股或者其他方式”（第36条），一体地以土地经营权反映这些形式之下的土地利用关系，鼓励土地经营权流转的创新实践的用意至为明显，自无法统一确定其稳定性需求。将新法规定的土地经营权定性为债权，更符合立法原意。

[59] 参见前引〔16〕，高圣平文，第21页。正是因为这一概念的模糊性，政策文件和学界主张中至今还有观点认为，“土地经营权”同时包括承包农户享有的经营承包地的权利。如前引〔28〕，高海文，第103页；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，第49页。

[60] 参见前引〔13〕，孙宪忠文，第162页；吴国喆：《“三权分置”背景下耕作权的法律规则设计》，《行政管理改革》2018年第4期，第18页。

[61] 前引〔15〕，刘振伟文，第22页。

[62] 于浩：《农村土地承包法修改：保障农民土地权利不受侵害》，《中国人大》2019年第1期，第44页。

[63] 《深化农村改革综合性实施方案》“二、关键领域和重大举措”之“（一）深化农村集体产权制度改革”。

[64] 前引〔7〕，“完善三权分置意见”“三、逐步形成‘三权分置’格局”之“（三）加快放活土地经营权”。

第二,新法第36条明确规定了产生土地经营权的三种方式,即“出租(转包)、入股或者其他方式”。在新法没有作出例外规定的情况下,依体系解释,承包方以“出租(转包)”方式所派生的土地经营权自当定性为债权,因为我国现行法和民法典合同编第二次审议稿均将因租赁合同所产生的租赁权或承租权界定为债权。“没有必要为了一种对承包地的承租经营权方式就非得规定土地经营权为用益物权。”〔65〕承包方以“入股或者其他方式”所派生的土地经营权,与出租(转包)方式相当,自得作同样解释。〔66〕如此,从体系解释的视角,土地经营权应定性为债权。

值得注意的是,新法第36条使用“出租(转包)”这一表述,原因在于“转包”是历史上形成的特殊流转方式。1984年中央一号文件〔67〕鼓励承包地逐步向种田能手集中,但又不允许出租,文件中即使用“转包”概念。其时,承包地都负有完成国家征购、缴纳集体提留的任务,“转包”法律关系中,转入户必须替承包户完成上述两项任务,同时考虑到粮食统购统销的实际,转入户还应为承包户提供一定数量的平价口粮。在国家取消农业税之后,“转包”这种形式实际上已经不存在了。〔68〕在“出租”之后括注“转包”,只是为了反映历史上曾经存在并可能在现实中仍然使用的流转方式。〔69〕在解释上,可以将“转包”作为“出租”的一种特殊形式,“转包”仅指受流转方是本集体经济组织成员的“出租”。但这种区分已无意义。民法典物权编草案第二次审议稿已经在流转方式中删去了“转包”的表述,即属此意。

第三,赋予部分土地经营权以登记能力,并不能得出登记的土地经营权即属物权、未登记的土地经营权即属债权的结论。一则,“土地经营权”一体反映非承包方的经营主体对农村土地的利用关系,不宜作不同的定性,两种性质的土地经营权的内容基于其效力上的差异很难抽象,〔70〕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。〔71〕从2018年农村土地承包法所规定的土地经营权的内容来看,土地经营权人投资改良土壤、建设农业生产附属和配套设施、再流转土地经营权、向金融机构融资担保,均需取得承包农户的同意或书面同意(第43条、第46条、第47条),债权性质至为明显。二则,并非所有登记在不动产登记簿上的不动产权利都是物权,只要具有对抗效力的不动产权利均可赋予其登记能力。〔72〕赋予部分土地经营权以登记能力,仅仅表明立法者意欲借由登记赋予此部分土地经营权以对抗效力,以此稳定土地经营权人的经营预期,并使土地经营权人能够以其权利担保融资。土地经营权的登记实际上是给予其物权化保护的技术路径,经由登记,原

〔65〕前引〔9〕,韩松文,第125页。

〔66〕参见朱广新:《土地承包权与经营权分离的政策意蕴与法制完善》,《法学》2015年第11期,第93页。

〔67〕《中共中央关于一九八四年农村工作的通知》(中发〔1984〕1号)。

〔68〕参见前引〔1〕,陈锡文等书,第59页以下。

〔69〕仍然有效的《农村土地承包经营权流转管理办法》(农业部2005年1月19日公布,农业部令47号)即具体规定了“转包”这一流转方式。但该办法中的“转包”的含义已经不同于历史上的“转包”,受流转方不再负有完成国家征购、缴纳集体提留的任务。其与“出租”相并而称,区分标准在于受流转方是否属于本集体经济组织成员,如属于,就是“转包”;如不属于,就是“出租”。

〔70〕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,第18页。

〔71〕参见谭启平:《“三权分置”的中国民法典确认与表达》,《北方法学》2018年第5期,第13页。

〔72〕参见前引〔35〕,鲍尔等书,第292页以下。

本仅具相对效力的土地经营权具有了对世性，可以对抗第三人。<sup>[73]</sup> 此时的土地经营权具有了类似于物权的效力，相当于租赁权的物权化。不过，2018年农村土地承包法中就土地经营权登记能力的区别规定，值得商榷。登记对抗主义之下，当事人是否登记本由其自主选择；针对短期的土地经营权流转，当事人自可选择登记。但第41条剥夺了流转期限5年以下的土地经营权的登记能力，限制了当事人的行为自由，缺乏正当性。

## （二）土地经营权的体系化

在“三权分置”的体系效应之下，原农村土地承包法中“以其他承包方式取得的土地承包经营权”被重构为土地经营权。如此一来，土地经营权既可由土地承包经营权派生而来，也可在土地所有权之上设定，但两者的权利设定、权利内容及其限制、权利效力及行使等规则应作同一处理。理想的模式应是将第二章章名修改为“土地承包经营权”、第三章章名修改为“土地经营权”，在第三章中先“提取公因式”，规定两类土地经营权的一般规则，再分节规定各自的特殊规则。<sup>[74]</sup> 但新法将前者置于第二章“家庭承包”，将后者置于第三章“其他方式的承包”，割裂了两者之间的联系，会造成不必要的解释困境，举其要者有：

其一，新法第41条规定了土地经营权的登记。在本次修改前，“以其他承包方式取得的土地承包经营权”为可登记的权利，且采取的是债权意思主义模式，<sup>[75]</sup> 但在修改之后，直接自土地所有权派生的土地经营权的登记的效力是否可以类推适用第41条采行登记对抗模式，是否只有流转期限在5年以上的才有登记能力，存在解释空间。

其二，新法第45条规定了工商企业等社会资本的资格审查、项目审核和风险防范制度。这一新设规定旨在规范工商企业等社会资本从事农业生产经营的准入和监管，理应准用于直接自土地所有权派生的土地经营权，但在立法过程中就此仍存争议。

其三，新法第47条规定了土地经营权担保的具体规则。在解释上，该条第1款前句是否可以涵盖直接自土地所有权派生的土地经营权，不无疑问。同时，该条所定担保物权包括了抵押权和质权（对此的解释意见，容后详述），而第53条所定仅限于抵押权；该条采取的是登记对抗模式，而自土地所有权派生的土地经营权上的担保在修改前依物权法第180条第1款第3项和第187条奉行的是登记生效主义。如此出现了解释冲突。

就上述问题，在本次修法之前，“以其他承包方式取得的土地承包经营权”在原法第三章未作规定的情形下，其权利内容及其限制自可准用第二章关于“以家庭承包方式取得的土地承包经营权”的规定。但在修法之后，此类土地经营权是准用关于自土地承包经营权派生的土地经营权的的规定，还是准用土地承包经营权的的规定，不无疑问。笔者以为，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，可准用第二章关于土地承包经营权的的规定，而土地经营权的权利内容、登记、限制，可准用第二章关于土地经营权的的规定。

[73] 参见温世扬、吴昊：《集体土地“三权分置”的法律意蕴与制度供给》，《华东政法大学学报》2017年第3期，第79页；前引[17]，高圣平文，第281页；前引[36]，单平基文，第51页。

[74] 参见前引[16]，高圣平文，第19页。

[75] 参见前引[53]，房绍坤书，第82页；前引[51]，王利明书，第822页以下；石冠彬：《土地承包经营权设立要件的理论及实证研究》，《社会科学》2016年第11期，第104页。

此外,新法第54条规定了土地经营权的继承。在解释上,土地承包经营权基于其身份属性,不能由不具有本集体经济组织成员身份的继承人继承,但土地经营权属于市场化的权利,自可由继承人继承。该条前句规定即值商榷。同时,第二章第五节没有规定派生于土地承包经营权的土地经营权的继承规则,在解释上,既可准用第54条,也可直接适用继承法的规定。

同时,对于两类土地经营权分两章加以规定,还造成了规则之间的重复和冲突。例如,第38条第5项与第51条关于本集体经济组织成员优先权的规则彼此重复;第46条和第53条关于土地经营权的处分规则相互矛盾,前者以“经承包方书面同意”为前提,并应“向本集体经济组织备案”,后者以“经依法登记取得权属证书”为条件;前者不限制土地经营权的处分方式,在解释上,转让、出租、入股、抵押等均无不可,而后者在本次修法中删除了转让方式。这些都不无可议之处。

### (三) 土地经营权的入股流转方式

就土地承包经营权的入股规则而言,原法第42条和第49条分别规定了以家庭承包方式和其他承包方式取得的土地承包经营权的入股流转方式,但前者仅限于入股合作社、股份合作社或股份合作企业等合作经济载体。为落实党的十八届三中全会提出的“允许农民以承包经营权入股发展农业产业化经营”的精神,2018年农村土地承包法将前者入股的法律效果明确为使接受入股的主体取得土地经营权,将接受入股的主体扩及包括企业法人在内的所有市场主体;<sup>[76]</sup>将后者重构为土地经营权,在解释上,土地经营权人以土地经营权入股的,自是移转土地经营权。至于入股后土地经营权的行使方式,就入股合作社而言,农户仍然依合作社的安排自行行使;就入股公司而言,则由公司行使。<sup>[77]</sup>

鉴于土地经营权入股发展农业产业化经营尚处于探索阶段,实践中的做法也不尽相同,2018年农村土地承包法对此只作出原则性规定,具体可依实践发展需要由行政法规予以规范,<sup>[78]</sup>并注意与公司法等相关法律相衔接。<sup>[79]</sup>土地经营权被定性为债权,是否可以债权出资,在公司法、《公司登记管理条例》上并无明确规定,但学说上认为,可用货币估价并可依法转让的财产权利均可出资。<sup>[80]</sup>土地经营权符合这两个要件。其一,土地经营权既属法律明定的财产权,自可以货币计价。土地经营权评估作价应考虑土地数量质量、入股期限长短、不同要素比价等因素,参考有关部门发布的土地经营权流转指导价格,由承包方与接受入股的主体协商确定。<sup>[81]</sup>其二,承包方享有以入股方式向他人流转土地经营权的权利,且无需经发包方同意,只需向发包方备案。如此,入股土地经营权即无法律上的障碍。农民专业合作社法2017年修改之时,正是基于此规定了土地经营权可以作为合作社的出资方

[76] 参见前引〔15〕,刘振伟文,第23页。

[77] 参见前引〔66〕,朱广新文,第93页;张毅、张红、毕宝德:《农地的“三权分置”及改革问题:政策轨迹、文本分析与产权重构》,《中国软科学》2016年第3期,第20页;前引〔12〕,高圣平文,第10页。

[78] 参见前引〔2〕,《关于〈中华人民共和国农村土地承包法修正案(草案)〉的说明》,第18页。

[79] 参见前引〔15〕,刘振伟文,第24页。

[80] 参见王保树、崔勤之:《中国公司法原理》,社会科学文献出版社2006年版,第63页;施天涛:《公司法论》,法律出版社2006年版,第170页。

[81] 参见农业农村部、国家发展和改革委员会、财政部、中国人民银行、国家税务总局、国家市场监督管理总局联合发布的《关于开展土地经营权入股发展农业产业化经营试点的指导意见》(2018年12月19日,农产发〔2018〕4号)。

式。<sup>[82]</sup>工商登记机关依照公司法、农民专业合作社法的规定,就土地经营权出资予以登记。至于土地经营权入股实践中的各种探索,如让承包农户在让渡公司经营决策权的同时享有优先分红权的“优先股”,让承包农户先出租土地,在接受入股的主体具有稳定良好的经济效益之后再入股的“先租后股”,让农民特别是贫困户在土地经营权入股中有稳定收益的“保底收益+按股分红”等等,<sup>[83]</sup>都重在构建入股风险防范制度,有待试点地方的经验总结。

#### (四) 土地经营权的担保规则

在现代社会,财产权已由注重对标的物现实支配的具体权利,演变为注重收取对价或者获取融资的价值权。在“三权分置”之下,土地经营权是不再具有身份属性的市场化的财产权,自可作为担保财产,在市场自由流通。<sup>[84]</sup>2018年农村土地承包法第47条在总结试点经验的基础上,就土地经营权担保规则作了规定。但由于立法过程中回避了学说争议,直接导致条文表述的不明确,增加了解释上的困难。

第一,土地经营权的融资担保是设定抵押权还是质权?《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》(国发〔2015〕45号)、《农村承包土地的经营权抵押贷款试点暂行办法》(银发〔2016〕79号)等试点政策文件均规定的是抵押权。在本次修法过程中,“由于各方面对继受取得的土地经营权是物权还是债权有争议,是作为用益物权设定抵押,还是作为收益权进行权利质押,分歧很大。立法以不陷入争论、以服务实践为目的,使用了土地经营权融资担保概念,这是抵押、质押的上位概念,将两种情形都包含进去”。<sup>[85]</sup>但以“担保物权”这一上位的物权种类界定金融机构就土地经营权取得的担保权利,并不符合物权法定原则的基本要求。

上述所谓“收益权”,乃现行物权法第223条第6项规定的“应收账款”,土地经营权收益权上的担保物权应定位于权利质权,并非由2018年农村土地承包法第47条调整,应无疑义。而第47条规定的是土地经营权本身的担保,并不涵盖所谓土地经营权收益权担保。就土地经营权担保而言,无论将土地经营权定性为物权还是债权,均属抵押权的范畴。若将土地经营权定性为(用益)物权,在体系定位上应属物权法第180条第1款第7项所称“法律、行政法规未禁止抵押的其他财产”,这里的“其他财产”自当包括财产权利,在民法典物权编中另行将“土地经营权”明列为抵押财产即可。主要争议在于,在将土地经营权定性为债权的情形下,是设定抵押权还是质权。大多数学者主张:“债权性的租赁经营权并不具备成为抵押权客体之条件。”<sup>[86]</sup>笔者认为,我国现行法并存着权利抵押权和权利质权,两者在公示方法上趋于一致——主要都是登记,两者的区分主要在于标的权利的类型。

[82] 参见陈建国、陈光国、韩俊主编:《中华人民共和国农民专业合作社法解读》,中国法制出版社2018年版,第48页以下。

[83] 参见前引〔81〕,《关于开展土地经营权入股发展农业产业化经营试点的指导意见》。

[84] 参见前引〔23〕,彭诚信等文,第12页。

[85] 前引〔15〕,刘振伟文,第23页。

[86] 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,第12页。相同观点,参见宋志红:《“三权分置”关键是土地经营权定性》,《中国合作经济》2016年第10期,第13页;陶钟太朗、杨环:《论“三权分置”的制度实现:权属定位及路径依赖》,《南京农业大学学报(社会科学版)》2017年第3期,第91页。

学说上认为,权利质权的标的须为与质权性质不相抵触的财产权利。<sup>[87]</sup>土地经营权人以其土地经营权设定担保之后仍得行使其土地经营权,已与质权性质相抵触,因为如若设定质权,土地经营权人必不得行使其土地经营权。如此,土地经营权之上设定的是抵押权。<sup>[88]</sup>此外,2018年农村土地承包法第53条已经明定,自土地所有权派生的土地经营权之上所设定的担保物权是抵押权。自土地承包经营权所派生的土地经营权上的担保,自应作同样的解释。

第二,设定抵押权的土地经营权是否以先登记为前提?2018年农村土地承包法第47条第1款后段仅规定:“受让方通过流转取得的土地经营权,经承包方书面同意并向发包方备案,可以向金融机构融资担保。”这里,“经承包方书面同意”进一步体现了土地经营权的债权属性,否则如属物权,就会如同条前段一样,无须承包方同意即可以土地承包经营权设定抵押权;“向发包方备案”体现了发包方的事后监管措施,但是否备案对土地经营权抵押权的设定不发生影响。依第47条第2款的规定:“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。”土地经营权抵押权的登记以土地经营权先登记为前提,而土地经营权的登记以土地承包经营权先登记为条件。但新法第41条仅赋予流转期限为5年以上的土地经营权以登记能力,这就意味着流转期限为5年以下的土地经营权无从登记。这是否意味着流转期限为5年以下的土地经营权就无法进入融资担保领域?金融机构为保全其信贷资产的安全,大多会要求办理土地经营权抵押权登记,那么信贷实践的开展结果可能就是不接受流转期限为5年以下的土地经营权作为担保财产。但在解释上,因第47条第2款并未采行抵押权登记生效模式,亦即并不强制要求办理抵押权设立登记,流转期限为5年以下的土地经营权虽未登记,亦可作为担保财产,只要金融机构认为风险可控。此外,就流转期限为5年以下的土地经营权,土地经营权人自可以土地经营权收益权为金融机构设定应收账款质权。

第三,虽然2018年农村土地承包法将“以其他承包方式取得的土地承包经营权”重构为土地经营权,但正如前述,第47条关于土地经营权的担保规则,位于第三章“其他方式的承包”之前,且在物权法之下,“以其他承包方式取得的土地承包经营权”上的抵押权采登记生效主义。那么,由集体土地所有权派生的土地经营权设定抵押权时,究竟适用新法第47条,还是适用物权法关于抵押权的一般规定?第47条第1款前段规定“承包方可以用承包地的土地经营权向金融机构融资担保”,在文义上,由集体土地所有权派生的土地经营权的主体也称为“承包方”,这一类土地经营权也可由第47条第1款前段所涵盖,但就土地经营权抵押而言,该条后段要求“经承包方书面同意并向发包方备案”,前段仅要求“向发包方备案”,这一区别规定主要源于前段土地承包经营权和后段土地经营权的不同权利性质。如此即造成由集体土地所有权派生的土地经营权设定抵押时法律适用上的困境。

笔者认为,从修法过程来看,第47条未将由集体土地所有权派生的土地经营权考虑在内,因为此类土地权利的抵押问题在现行法上已经有明确规定。基于此,由集体土地所有

[87] 参见谢在全:《民法物权论》,中国政法大学出版社2011年版,第1012页;郑冠宇:《民法物权》,台湾新学林出版股份有限公司2014年版,第638页。

[88] 参见高圣平:《民法典担保物权制度修正研究——以〈民法典各分编(草案)〉为分析对象》,《江西社会科学》2018年第10期,第8页。

权派生的土地经营权的抵押规则应适用物权法，至于两类土地经营权之间抵押规则的冲突和矛盾，可以在编纂民法典物权编时予以一体考虑。可以修改物权法第180条和第187条，明定债务人或者第三人有权处分的土地承包经营权和土地经营权均可设定抵押权，并明定此两类抵押财产上的抵押权采取登记对抗主义，未经登记，不得对抗善意第三人。

#### （五）工商企业流转土地经营权的准入、监管规则及其评价

近年来，一些工商企业“长时间、大面积租赁农地，容易挤占农民就业空间，加剧耕地‘非粮化’‘非农化’倾向，存在不少风险隐患”。<sup>〔89〕</sup>“对于工商企业进行农业产业化经营，一方面要鼓励，一方面要求严格工商企业流转土地经营权的准入监管。”<sup>〔90〕</sup>在吸收“土地经营权流转意见”以及“租赁农地监管意见”的实施经验的基础上，2018年农村土地承包法第45条第1款概括地规定：“县级以上地方人民政府应当建立工商企业等社会资本通过流转取得土地经营权的资格审查、项目审核和风险防范制度。”这一规则的主要目标是防止土地过度集中和确保农地农用。

工商企业等社会资本流转土地经营权的准入制度，涉及新增行政许可，<sup>〔91〕</sup>实际上已经改变了试点文件中规定的监管模式。新增行政许可是对土地经营权流转这一民事交易的强行干预。为达到“防止土地过度集中和确保农地农用”的目的，是否一定要通过增设行政许可的方式？对于确保农地农用、防止耕地“非粮化”“非农化”而言，土地用途管制制度可兹解决，新法关于土地经营权的定义本身所包含的用途管制的内容可以达到这个目标。至于“防止土地过度集中”是否属于行政许可法第12条规定的可以设定行政许可的事项，值得研究。它不属于该条所定第1—5项的情形，只能属于第6项“法律、行政法规规定可以设定行政许可的其他事项”，应属新法的特定政策考量。

行政许可法第18条规定：“设定行政许可，应当规定行政许可的实施机关、条件、程序、期限。”但2018年农村土地承包法第45条除了规定行政许可的实施机关之外，“具体办法由国务院农业农村、林业和草原主管部门规定”（第3款）。虽然行政许可法第16条第3款规定，“规章可以在上位法设定的行政许可事项范围内，对实施该行政许可作出具体规定”，但如上位法对行政许可的基本条件不作规定，将直接导致部门规章制定时的“恣意”。例如，2018年农村土地承包法第45条第1款规定的“资格审查”“项目审核”之间是什么关系？审查和审核是签订土地经营权流转合同之前的程序，还是在签订土地经营权流转合同之后的程序？如果说“资格审查”尚可通体系解释明确其含义，即根据新法第38条第4项“受让方须有农业经营能力或者资质”的规定，审查工商企业等社会资本的主体资质、农业经营能力，那么“项目审核”包括哪些内容，解释空间很大，具体可能包括流转用途、流转面积、经营项目是否符合当地产业布局和现代农业发展规划、风险防范等事项。<sup>〔92〕</sup>这一新增行政许可的具体实施机关、条件、程序、期限等尚待明确。

〔89〕 2015年4月14日农业部、中央农办、国土资源部、国家工商总局《关于加强对工商资本租赁农地监管和风险防范的意见》（农经发〔2015〕3号，以下简称“租赁农地监管意见”）之“一、充分认识加强工商资本租赁农地监管和风险防范的重要性”。

〔90〕 前引〔15〕，刘振伟文，第24页。

〔91〕 参见刘振伟：《完善农村土地承包制度》，载全国人大农业与农村委员会法案室：《农村土地承包法律制度研究》，中国法制出版社2017年版，第20页。

〔92〕 前引〔89〕，“租赁农地监管意见”“三、加强工商资本租赁农地规范管理”。

## 结 语

习近平总书记在2013年中央农村工作会议上提出的“三权分置”改革思路,是继家庭承包责任制之后农村改革的重大制度创新,旨在通过市场法则解决农业适度规模经营、集约化经营及发展现代农业问题。<sup>[93]</sup>2018年农村土地承包法从法律上比较准确地传达了“三权分置”思想,全面修正了土地承包经营权规则,构建了土地经营权规则,实现了承包地产权结构的制度变迁,以达到巩固和完善农村基本经营制度的政策目标。但“我国仍处在人口从农村向城镇转移的社会结构调整期”,“一个符合国情的农村土地制度的最终完善,将是一个历史过程,不可能毕其功于一役”。<sup>[94]</sup>不可否认的是,2018年农村土地承包法的相关规定还比较原则和抽象,其中,有些规则还有待制定配套规定加以贯彻,有些制度的落实还有待民法典物权编的编纂和相关法律、行政法规的修改,有些规则还不无商榷的必要。在新法已经实施的背景之下,更多的作业应当是经由解释论明确新规则的法律意义,并消解可能存在的体系冲突。

---

**Abstract:** Consolidating and improving the basic rural management system is an important aspect of promoting institutional innovation and strengthening the institutional supply of rural revitalization, as well as the basic starting point of the revision of the Rural Land Contracting Law. Under the guidance of the policy of “the Separation of Three Rights”, the Rural Land Contracting Law (as amended in 2018) defines the property right structure of rural land as “land ownership→land contracted management right→land management right”, in which the latter is derived from the former. The land contracted management right is a kind of usufructuary rights of identity nature. The contractor may derive the land management right for others by leasing (subcontracting), becoming a shareholder or by other means. The land management right is a kind of marketized property rights belonging to the category of right in personam. The registered land management right has the effect similar to right in rem. Both the land contracted management right and the land management right can be used as mortgaged property, but when the mortgage right of the land contracted management right is realized, the mortgagee can only have priority to receive compensation from the transfer price of the land management right, and cannot transfer the land contracted management right by auction or private sale.

**Key Words:** the basic rural management system, the Separation of Three Rights, the land contracted management right, the land management right

---

[93] 参见前引[91],刘振伟文,第3页。

[94] 前引[15],刘振伟文,第24页。