

## 论承包地流转的法律表达 ——以我国《农村土地承包法》的修改为中心

高圣平

(中国人民大学民商事法律科学研究中心,北京 100872)

摘要: 承包地流转方式不同,产生的法律效果也不同。承包地的转让与互换导致土地承包经营权主体的改变,不发生是否设定土地经营权问题,自可在土地承包经营权章中作出规定,但现行法上对于转让的限制性规定中,除了明确受让人为本集体经济组织的其他农户之外,其余均应删除。承包地的出租、转包、入股,是使经营主体取得土地经营权,一体规定于土地经营权章。土地经营权在性质上属于物权化的债权,并可在不动产登记簿上登记。承包地的抵押,既可以是土地承包经营权的抵押,也可以是土地经营权的抵押,只不过土地承包经营权抵押权实现之时应采取强制管理的方式,以使承包农户不因此失去承包地。

关键词: “三权”分置; 土地承包经营权; 土地经营权; 承包地流转

中图分类号: DF522 文献标识码: A 文章编号: 1005-9512-(2018)08-0013-16

DOI:10.15984/j.cnki.1005-9512.2018.08.002

在我国实定法上,农村土地属于集体成员集体所有,可由本集体农户承包经营;为反映这种承包地的利用关系,土地承包经营权经由我国《农村土地承包法》和我国《物权法》加以确立,并被定性为一种用益物权。不可否认的是,这一“两权分离”的法人结构安排与小农经济相适应,切断了土地与资本等生产要素的联系,制约着农业产业化和规模化经营的发展。<sup>①</sup>虽然我国实定法亦允许承包地的流转,但流转方式、条件、程序等均受到较多的限制,所反映的仍然只是小规模流转关系。经营主体依流转所取得的权利定性不清、内容模糊、效力较弱,<sup>②</sup>直接影响到了适度规模经营的发展。“实践证明,土地流转和适度规模经营是农业现代化的必由之路”,<sup>③</sup>当下,发展规模化、集约化的现代农业经

作者简介: 高圣平,中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员,中国人民大学法学院教授、博士研究生导师,法学博士。

\* 本文系研究阐释党的十九大精神国家社科基金专项课题“农地三权分置的实践探索与法律表达”(项目编号:18VJ061)和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”(项目编号:16JJD820013)的阶段性成果。

① 参见温世扬《农地流转:困境与出路》,《法商研究》2014年第2期。

② 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。

③ 《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》)序言。

营模式已成为国家的政策选择,现有的制度设计已经不能满足生产力发展的要求,“土地所有权、土地承包权、土地经营权”“三权”分置思想被提出,并被确定为新一轮农村土地制度改革的指导思想和相关法律修改的重要理论基础。<sup>④</sup>“三权”分置思想的核心意旨,就是促进承包地的有序流转,发展农业适度规模经营,“更好地用活土地经营权,优化土地资源配置”。<sup>⑤</sup>在党的十八届三中全会作出的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》的政策指引之下,中共中央办公厅、国务院办公厅先后发布了《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与意见》(以下简称《土地经营权流转意见》)、《深化农村改革综合性实施方案》《关于完善农村土地所有权承包权经营权分置办法的意见》(以下简称《三权分置意见》)在不同层面反映并深化了这一思想。正是在此基础上,第十二届全国人大常委会第三十次会议对《中华人民共和国农村土地承包法修正案(草案)》(以下简称《农村土地承包法修正案草案》)进行了初步审议,并在中国人大网公布了该草案,公开征求意见,该草案主要对承包地的流转制度作了重新设计。笔者不揣浅薄,拟于本文中就此问题一陈管见,以求教于同仁。

### 一、“三权”分置之下承包地流转法律表达的学说争议及其评价

我国承包地流转政策经历了从“禁止”“放松”“允许”到“鼓励”的过程。<sup>⑥</sup>在“三权”分置之下,“鼓励承包农户依法采取转包、出租、互换、转让及入股等方式流转承包地”,<sup>⑦</sup>“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>⑧</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>⑨</sup>从政策文件的表述来看,这些都是承包地的流转方式,且都是“放活土地经营权”的路径。在立法回应上,学术界就承包地流转的法律表达存在较大争议,首先体现为,是不是所有的流转方式都是使经营主体取得土地经营权?<sup>⑩</sup>换言之,这些流转方式是否都是设定土地经营权的法律行为?

在“三权”分置之下,“农村土地集体所有权是土地承包权的前提,农户享有承包经营权是集体所有的具体实现形式,在土地流转中,农户承包经营权派生出土地经营权”。<sup>⑪</sup>这里所要传达的意义有两方面。其一,仅在发生承包地流转关系之时,才有生成“土地经营权”这一新型权利的必要。若不发生承包地流转关系,则“承包土地的经营权”属于农户,权利表现形式仍然是土地承包经营权,土地经营权隐而不彰,<sup>⑫</sup>并无土地经营权独立和产生之必要。<sup>⑬</sup>如此,“两权”分离和“三权”分置这两种权利结构将在承包地权利体系中长期并存。其二,土地经营权是派生于土地承包经营权的一类新生的

<sup>④</sup>参见《土地经营权流转意见》“一、总体要求”之“(一)指导思想”;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》,《农业部管理干部学院学报》2015年第1期;《中共中央、国务院关于加大改革创新力度加快农业现代化建设的若干意见》(2015年2月)。

<sup>⑤</sup>韩长赋《土地“三权分置”是中国农村改革的又一次重大创新》,《光明日报》2016年1月26日,第001版;张红宇《准确把握农地“三权分置”办法的深刻内涵》,《农村经济》2017年第8期。

<sup>⑥</sup>参见孔祥智《“三权分置”的重点是强化经营权》,《中国特色社会主义研究》2017年第3期。

<sup>⑦</sup>《土地经营权流转意见》“三、规范引导农村土地经营权有序流转”之“(五)鼓励创新土地流转形式”。

<sup>⑧</sup>《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”。

<sup>⑨</sup>《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”。

<sup>⑩</sup>笔者于本文中使用的“经营主体”一语不包括自行行使土地承包经营权的承包农户。

<sup>⑪</sup>《三权分置意见》“三、逐步形成‘三权分置’格局”之“(四)逐步完善‘三权’关系”。

<sup>⑫</sup>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》,《法学家》2017年第5期;高圣平《承包土地的经营权抵押规则之构建——兼评重庆城乡统筹综合配套改革试点模式》,《法商研究》2016年第1期。

<sup>⑬</sup>参见刘云生、吴昭军《政策文本中的农地三权分置:路径审视与法权建构》,《农业经济问题》2017年第6期。

权利,土地承包经营权是其“母权”。结合《三权分置意见》的其他内容可顺理成章地得出这样的结论<sup>⑭</sup>即“土地经营权”是经营主体依流转所取得的权利的统称,“土地经营权”的提出是为了克服经营主体依现行承包地流转规则所取得的权利性质不明、内容模糊、经营预期不高等弊端,以达到促进承包地流转、稳定经营主体的经营预期、探索承包地担保融资的目标。为此,现实要求经由修改法律科学地界定其内涵,并明确其与土地所有权和土地承包经营权的权利边界及相互关系。不过,在体系效应上,就未实行家庭承包的农村土地而言,亦可由集体作为土地所有人和经营主体直接依土地经营合同设定土地经营权<sup>⑮</sup>,但这已经不属于本文的讨论范围。

学术界就“土地经营权”是否涵盖经营主体依所有的流转方式所取得的权利,存在不同认识。第一种观点认为,“土地经营权是通过土地承包经营权流转,并从其中分离出来的一个特殊权利”<sup>⑯</sup>,只要发生承包地土地流转关系,就存在着“三权”分置问题。从本质上看,承包地流转“就是承包权和经营权的分离,就是承包人把属于自己的经营权以有偿的方式让渡给他人的过程”<sup>⑰</sup>。土地经营权则在不同的流转方式下,呈现出不同的权利属性,在转让和互换流转方式之下为物权性质,在转包、出租和入股流转方式之下为债权性质<sup>⑱</sup>。第二种观点认为,不是所有的承包地流转关系均表达为土地经营权。以互换、转让方式流转承包地就不发生“三权”分置问题;以出租、转包、入股方式流转承包地的结果是使经营主体取得土地经营权;以抵押方式流转承包地在抵押权实现时发生“三权”分置问题<sup>⑲</sup>。第三种观点虽然亦认为,不是所有的承包地流转关系均表达为土地经营权,但其主张以转让方式流转承包地使经营主体取得土地经营权,以出租、转包等方式流转承包地仅使经营主体取得承包地租赁权,并不发生“三权”分置问题<sup>⑳</sup>。

承包地的“流转”并非严格意义上的法律术语,从实定法的内容上看,是指在不改变土地用途的前提下,承包农户处分其土地承包经营权的各种行为的总称,包括转包、出租、互换、转让、入股等<sup>㉑</sup>。各种流转方式之间在法律效果上存在差异。学说上一般认为,承包地的转让和互换发生移转土地承包经营权的法律效果,以转让或互换的方式流转承包地就意味着原承包农户丧失了土地承包经营权;承包地的抵押发生创设土地承包经营权抵押权的法律效果,以抵押方式流转承包地就意味着在抵押权实现之时,原承包农户可能丧失土地承包经营权(以拍卖、变卖方式实现抵押权),也可能不丧失土地承包经营权(以强制管理方式实现抵押权);承包地的转包和出租仅发生债权性地利用承包地的法

<sup>⑭</sup>如《三权分置意见》指出“现阶段深化农村土地制度改革,顺应农民保留土地承包权、流转土地经营权的意愿,将土地承包经营权分为承包权和经营权,实行所有权、承包权、经营权(以下简称‘三权’)分置并行,着力推进农业现代化,是继家庭联产承包责任制后农村改革又一重大制度创新”“土地经营权人对流转土地依法享有在一定期限内占有、耕作并取得相应收益的权利。在依法保护集体所有权和农户承包权的前提下,平等保护经营主体依流转合同取得的土地经营权,保障其有稳定的经营预期。”

<sup>⑮</sup>参见陈耀东《农地“三权”分置怎样与现行法律衔接》,《人民论坛》2017年第4期;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。

<sup>⑯</sup>同前注④,孙中华文。

<sup>⑰</sup>同前注⑥,孔祥智文。

<sup>⑱</sup>参见前注④,孙中华文;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。

<sup>⑲</sup>参见陶钟太郎、杨遂全《农村土地经营权认知与物权塑造——从既有法制到未来立法》,《南京农业大学学报(社会科学版)》2015年第2期;潘俊《农村土地承包权和经营权分离的实现路径》,《南京农业大学学报(社会科学版)》2015年第4期;李国强《论农地流转中“三权分置”的法律关系》,《法律科学》2015年第6期;同前注②,朱广新文;张占锋《农地流转制度的现实困惑与改革路径》,《西北农林科技大学学报(社会科学版)》2017年第1期。各文献之间在观点上还略有差异。

<sup>⑳</sup>参见前注⑫,耿卓文。

<sup>㉑</sup>参见陈小君《我国农村土地法律制度变革的思路和框架——十八届三中全会〈决定〉相关内容解读》,《法学研究》2014年第4期;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;前注②,朱广新文。

律效果,以转包或出租的方式流转承包地就意味着承包农户并不丧失土地承包经营权。<sup>22</sup>由此可见,从“土地经营权派生于土地承包经营权”的既有判断出发,土地经营权的设立并不能传达所有的承包地流转关系,至少不能涵盖承包地的转让和互换,因为于此际,原承包农户的土地承包经营权已经丧失,无从产生土地经营权。将所有的承包地流转关系笼统地表达为土地经营权,抹杀了承包地流转方式的多元性。由此可见,第一种观点虽然基于政策文件而展开,但并未考虑到承包地流转方式中的转让和互换。党的十八届三中全会以来的政策文件对于土地承包经营权的转让和流转已经作了相应区分,如《三权分置意见》指出“承包农户转让土地承包权的,应在本集体经济组织内进行,并经农民集体同意;流转土地经营权的,须向农民集体书面备案。”这些政策文件中的“土地经营权流转”“土地流转”“承包地流转”主要针对的还是除转让和互换之外的其他流转方式。

有学者主张“土地承包经营权人在转让权利后即意味着完全退出原有的承包关系,彻底失去土地承包经营权。而这与中央保持土地承包关系长期稳定、长久不变的精神相违背;反之,又不利于形成受让人长期经营的稳定预期,影响农业生产的发展。”<sup>23</sup>然而,所谓稳定土地承包关系并保持长久不变,指的是农村土地集体所有制和家庭承包经营制度长久不变,<sup>24</sup>《深化农村改革综合性实施方案》指出“稳定农户承包权,就是要依法公正地将集体土地的经营权落实到本集体组织的每个农户。”由此可见,“中央保持土地承包关系长期稳定、长久不变的精神”只涉及土地承包经营权的设定行为,指向的是土地所有权人与承包农户之间的关系,而不涉及承包农户取得土地承包经营权之后的转让问题,后者仅调整承包农户和受让人之间的关系。“中央保持土地承包关系长期稳定、长久不变的精神”与承包地的转让之间并不构成相互排斥的关系。即使在“三权分置”之下,土地承包经营权同样可以有条件地转让,<sup>25</sup>为进城农民彻底摆脱土地羁绊提供了一种选择。<sup>26</sup>《三权分置意见》指出“在完善‘三权’分置办法过程中,要充分维护承包农户使用、流转、抵押、退出承包地等各项权能”,承包农户“有权通过转让、互换、出租(转包)、入股或其他方式流转承包地并获得收益,任何组织和个人不得强迫或限制其流转土地”。<sup>27</sup>据此,“三权”分置下,转让的客体仍是土地承包经营权,而不是土地经营权。同时,将出租等现行法上的债权性流转方式排斥在“三权”分置之外,也与政策导向不合。目前,以出租、转包方式流转承包地占据承包地流转规模的 78.6%,<sup>28</sup>“三权”分置思想所欲解决的正是这部分承包地流转的情形,“土地适度规模经营能够依赖的权利形式在很大程度上只有转包与出租”。<sup>29</sup>由此可见,第三种观点虽然另辟蹊径,将承包地转让所可能带来的不利后果经由土地经营权制度加以解决,但将出租、转包等承包地流转形式排除于土地经营权制度之外,值得商榷。

综上,第二种观点比较准确地反映了“三权”分置的思想,也符合法理,值得赞同。在此观点之下,承包地流转的法律效果不同,其法律表达方式自当不同,以此避免不同流转方式之间内涵与外延的紊乱。<sup>30</sup>《农村土地承包法修正案草案》将我国《农村土地承包法》第二章第五节“土地承包经营权的流转”拆分成两个部分,分别置于第二章第四节“土地承包权的保护和转让”(其中规定转让和互换两种流转方式)、第五节“土地经营权的保护和流转”[其中规定出租(转包)、入股、融资担保等几种

<sup>22</sup>参见前注<sup>21</sup>,高圣平文;前注<sup>2</sup>,朱广新文。

<sup>23</sup>前注<sup>12</sup>,耿卓文。

<sup>24</sup>参见前注<sup>4</sup>,孙中华文。

<sup>25</sup>参见前注<sup>13</sup>,刘云生、吴昭军文。

<sup>26</sup>参见前注<sup>19</sup>,张占锋文。

<sup>27</sup>《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”。

<sup>28</sup>参见前注<sup>4</sup>,孙中华文。

<sup>29</sup>同前注<sup>2</sup>,朱广新文。

<sup>30</sup>参见前注<sup>19</sup>,张占锋文。

流转方式]。这种分别规定的立法方法值得赞同,但同时也带来了以下问题。其一,承包地流转的一般规则置于何处?《农村土地承包法修正案草案》是将承包地流转的一般规则(如流转的原则、流转之后的土地用途管制等)置于第五节“土地经营权的保护和流转”,但土地承包经营权的转让、互换置于此前的第四节“土地承包权的保护和转让”。如此安排极易引发土地承包经营权的转让和互换是否是承包地的流转方式以及是否适用承包地流转的一般规则的争议。其二,在“三权”分置之下,土地经营权作为新生的权利类型,在我国《农村土地承包法》的修正案中应当占据重要位置,以独立成章为宜。如此,在法典结构上,第二章章名应修改为“土地承包经营权”;<sup>③②</sup>第三章章名应修改为“土地经营权”。其中,土地承包经营权是连接和统合“两权分离”和“三权”分置的中间权利。“三权”分置在法律上表达为“土地所有权→土地承包经营权→土地经营权”,土地承包经营权并不因派生出了土地经营权而改变其性质和名称,即无须因权利分置而将土地承包经营权改称“土地承包权”,但承包农户因其土地承包经营权派生出了土地经营权而使其行使土地承包经营权受到限制。

## 二、“三权”分置之下承包地流转所产生的土地经营权的定性

“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>③③</sup>经营主体所取得的土地经营权是否比现行法更有保障,取决于《农村土地承包法修正案》中对于土地经营权的定性。学术界就此存在较大争议,有以下四种主要观点。

第一,“总括权利说”。此说认为,土地经营权并非具体化的单一权利,而是包括土地承包经营权在内的各种农地使用权的总称。<sup>③④</sup>土地经营权只是权能,既可以来自土地所有权,也可以来自土地承包经营权等用益物权,还可以来自租赁权,因此,土地经营权不是独立的民事权利,不是法律语言,也无法通过立法成为法律概念。<sup>③⑤</sup>

在“三权”分置之下,“土地经营权”是具有主体、客体、内容的独立权利,并以此与土地承包经营权等其他权利相区分,我国《行政诉讼法》和我国《农民专业合作社法》并已就此定为明文,此说值得质疑。土地经营权与土地承包经营权的权利内容虽均为从事农业生产并取得收益,但两者之间存在差异。此说的提出大抵是受到“土地经营权”一语的语义模糊性的影响,因为既然是“经营”,自应包括所有的农地利用,“土地经营权”也就应当反映所有的“农地农用”的土地利用关系。然而,在“三权”分置之下,科学界定土地所有权、土地承包经营权和土地经营权等“三权”内涵、权利边界及相互关系后,“土地经营权”的内涵和外延指称明确,“总括权利说”的基础即已丧失。

第二,“物权说”。此说主张,土地经营权派生于土地承包经营权,从权利的稳定性 and 对抗性出

<sup>③①</sup>我国《农村土地承包法》第三章“其他方式的承包”已为土地经营权所涵盖,该部分内容便应当在《农村土地承包法修正案》的土地经营权章中设专节规定。

<sup>③②</sup>《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”。

<sup>③③</sup>参见高飞《农村土地“三权分置”的法理阐释与制度意蕴》,《法学研究》2016年第3期。

<sup>③④</sup>参见申惠文《法学视角中的农村土地主权分离改革》,《中国土地科学》2015年第3期。

发,应将其确立为物权,<sup>⑤</sup>可以是独立平行的用益物权,<sup>⑥</sup>也可以是次级用益物权(耕作权)。<sup>⑦</sup>依循多层权利客体的法理,土地经营权是承包农户与经营主体依土地经营合同所设定的、以土地承包经营权为标的的用益物权,其与土地承包经营权属于不同层次客体上所设定的用益物权。<sup>⑧</sup>经营主体所取得的权利如定性为债权,则“效力和稳定性较弱,不利于长期投入,无法进行抵押融资扩大生产,进而影响土地利用效率乃至农业的现代发展”。<sup>⑨</sup>

此说是目前学术界的主流观点。将土地经营权定性为物权,确实能稳定土地利用关系,充分保障经营主体的权利,有利于农地规模化经营的发展,有利于土地经营权抵押融资的展开,但存在无法完整全面地反映目前的承包地流转实践要求的弊端。在“三权”分置的推进过程之中,“坚持农民主体地位,维护农民合法权益,把选择权交给农民”,<sup>⑩</sup>流转方式如何,流转期限多长等,均应尊重承包农户的自主意愿。政策上也仅仅只是“鼓励有条件的地方制定扶持政策,引导农户长期流转承包地并促进其转移就业”。<sup>⑪</sup>将期限长短不同的土地经营权一概确定为物权,物权本身所具备的强行法属性将在一定程度上限制承包农户的自由选择。例如,短期的转包、出租承包地或土地托管、代耕代种就无须构造为物权,强行将农户的短期流转稳定为物权关系,正当性不足。再如,土地经营合同大多约定租金分期支付,若将土地经营权界定为物权,在不动产登记簿上予以登记,并将其期限登记为约定的租期(如10年),在10年租金未付的情形之下,金融机构基于对土地经营权10年租期的信赖,评估其价值并据以放款,在经营期间土地经营权人如遭遇经营风险,选择解除土地经营合同,因租金未付,原承包农户不同意处置土地经营权,金融机构的抵押权无法经由变价而实现,信贷资产即面临巨大的危险。<sup>⑫</sup>可以说,“租金年付制是流转型土地经营权不稳定的原因”。<sup>⑬</sup>我国实定法上界定为用益物权的土地利用权利中,建设用地使用权的出让金是一次性支付,土地承包经营权和宅基地使用权无须支付对价,地役权虽可约定分期支付对价,但其从属性决定了其与土地经营权尚不可同日而语。

第三,“债权说”。此说认为,若将土地承包经营权中分离出的土地经营权定性为物权,则违反了“一物一权”原则。因为“同一物上不能并存两个以上内容相近的用益物权,在用益物权之上再设相近用益物权的安排,是人为地将法律关系复杂化,在存在物权和债权区分的情况下,这种安排是立法

<sup>⑤</sup>参见郑志峰《当前我国农村土地承包权与经营权再分离的法制框架创新研究——以2014年中央一号文件为指导》,《求实》2014年第10期;前注⑩,陶钟太郎、杨遂全文;前注⑫,高圣平文;高富平《农地三权分置改革的法理分析及制度意义》,《社会科学辑刊》2016年第5期;韩学平《“三权分置”下农村土地经营权有效实现的物权逻辑》,《社会科学辑刊》2016年第5期;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;崔建远《民法分则物权编立法研究》,《中国法学》2017年第2期;前注⑥,孔祥智文;前注⑮,陈耀东文;管洪彦、孔祥智《农村土地“三权分置”的政策内涵与表达思路》,《江汉论坛》2017年第4期;蔡立东、姜楠《农地三权分置的法实现》,《中国社会科学》2017年第5期;前注⑫,耿卓文;齐恩平《“农地经营权”权能界定及体系化构造》,《甘肃社会科学》2018年第2期。

<sup>⑥</sup>参见前注⑩,潘俊文;康纪田、师军惠《论土地承包经营权分置的产权结构关系》,《辽宁师范大学学报(社会科学版)》2015年第5期;前注⑩,李国强文。

<sup>⑦</sup>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;前注②,朱广新文;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;朱继胜《“三权分置”下土地经营权的物权塑造》,《北方法学》2017年第2期。

<sup>⑧</sup>参见上注,蔡立东、姜楠文;孙宏臣《论土地承包经营权的二元结构属性》,《江西财经大学学报》2015年第5期;上注,朱继胜文。

<sup>⑨</sup>陈小君《我国涉农民事权利入民法典物权编之思考》,《广东社会科学》2018年第1期。

<sup>⑩</sup>《三权分置意见》“二、总体要求”之“(二)基本原则”。

<sup>⑪</sup>《土地经营权流转意见》“三、规范引导农村土地经营权有序流转”之“(五)鼓励创新土地流转形式”。

<sup>⑫</sup>试点实践中已经出现这种情形,参见王成龙《农村土地经营权抵押贷款发展探析》,《金融时报》2017年3月27日。有人主张抵押权作为物权应予优先保护,参见孟光辉《承包土地经营权的抵押登记问题探析》,《中国农村经济》2016年第10期。

<sup>⑬</sup>汪险生、郭忠兴《流转型土地经营权抵押贷款的运行机制及其改良研究——基于对重庆市江津区及江苏新沂市实践的分析》,《经济体制改革》2017年第2期。

技术的倒退”。<sup>④④</sup> 土地经营权“是通过合同方式取得的,属于债权,不属于物权”。<sup>④⑤</sup> “经营权人与承包人是一种债权法律关系,更多地受《合同法》约束。经营权的本权是基于土地流转合同意定原因而产生的,因而其本权是债权,为意定本权,不是物权。”<sup>④⑥</sup> 随着今后对经营主体保护的重视,土地经营权物权化属性可以得到加强,但其债权的“底色”和本质不会变。<sup>④⑦</sup>

笔者不赞成此说主张者所持部分理由。由合同创设的权利并不总是债权,在我国实定法上,建设用地使用权、土地承包经营权、地役权、抵押权、质权等物权无不是基于合同而创设。就土地承包经营权而言,我国《物权法》明定,当事人之间土地承包经营合同生效,土地承包经营权设定。虽然土地承包经营权是依合同创设的权利,但它却是物权。由此可见,某一权利是定性为物权还是债权,并不取决于其发生原因是否是合同(合意),而是在法政策上是否应当给予其强势的保护。

第四,“两权说”。此说主张,土地经营权的性质因承包地流转形式的不同而存在差异,其中转让、互换产生土地承包经营权的让渡,具有物权性质,而转包、出租不产生土地承包经营权的让渡,具有债权性质。<sup>④⑧</sup> “既允许债权属性的土地经营权,又允许物权属性的土地经营权。”<sup>④⑨</sup>

此说是在维系目前既有的承包地流转方式之下提出的。如前所述在“三权”分置之下,土地经营权制度并不能涵盖上述所有的土地承包经营权流转方式,只是指上述债权性质的流转。至于转让、互换等移转物权性质的流转,《三权分置意见》使用的表述是“承包农户转让土地承包权”,以及“有权依法依规……自愿有偿退出承包地”,<sup>⑤⑩</sup> 并未涵盖于所谓“土地经营权流转”之中;就抵押等创设物权性质的流转,《三权分置意见》使用的表述是“充分维护承包农户……抵押……承包地等各项权能”以及“有权依法依规就承包土地经营权设定抵押”,<sup>⑤⑪</sup> 其未置于“加快放活土地经营权”之中。由此可见,就土地经营权的定性而言,无须考虑我国现行法上所有的流转方式,依流转方式的不同界定土地经营权的性质的“两权说”即值得商榷。

笔者主张,宜将土地经营权定性为物权化的债权。土地经营权同样反映着对他人土地的利用关系。在立法政策上,土地利用关系既可以反映为物权性土地使用权(用益物权),也可以表现为债权性土地使用权,两者均有增进物尽其用的经济效用,即承包农户自己不亲自行使土地承包经营权,而由他人行使,以收取其对价。土地经营权的定性,实际上是一个政策选择问题,定性为物权性土地使用权或债权性土地使用权均无不可。物权和债权的区分并非绝对,其间并不存在不可逾越的鸿沟。正如苏永钦先生所言“物权的本质,就是把一个原来属于甲与乙之间的关系,通过登记公示,然后就被绝对化了。”<sup>⑤⑫</sup> 如前所述,为使土地经营权制度一体反映期间长短不同的承包地流转关系,宜将土地经营权定性为债权。这也与我国法上就不动产租赁权的定性形成体系上的贯通,毕竟土地经营权主要还是反映着承包地出租、转包等流转方式所形成的法权关系。

不过,在土地经营权债权属性之下,其确定性不足,主要表现为权利归属主体和权利实现方式两大方面的不稳定因素。<sup>⑤⑬</sup> 经由承包农户与经营主体之间的土地经营合同而生的土地经营权只是债法上的权利,不如物权般稳定,经营主体无法形成稳定的经营预期,直接影响到其增加农业投入的积极

<sup>④④</sup>同前注<sup>②①</sup> 陈小君文。

<sup>④⑤</sup>最高人民法院行政审判庭《中华人民共和国行政诉讼法及司法解释条文理解与适用》,人民法院出版社2015年版,第91页。

<sup>④⑥</sup>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。

<sup>④⑦</sup>参见李伟伟、张云华《土地经营权流转的根本属性与权能演变》,《改革》2015年第7期。

<sup>④⑧</sup>参见前注<sup>④</sup> 孙中华文;前注<sup>⑬</sup> 张毅、张红、毕宝德文。

<sup>④⑨</sup>同前注<sup>④</sup> 申惠文文。

<sup>⑤⑩</sup>《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”。

<sup>⑤⑪</sup>同上注。

<sup>⑤⑫</sup>苏永钦:《中国需要什么样的民法典》,载易继明主编《私法》(2013年第1卷),华中科技大学出版社2013年版,第12页。

<sup>⑤⑬</sup>参见宋宗宇、何贞斌、陈丹《农村土地经营权的确定化及其制度构建》,《农村经济》2015年第7期。

性,更为有效合理地利用土地资源的政策目标无法达致。同时,债权的隐蔽性决定了第三人无从知道土地经营权的权利主体和权利内容,直接影响到金融机构基于土地经营权担保贷款的展开。登记制度的引入在一定程度上可以解决土地经营权确定性不足的问题。土地经营权虽非物权,但可被赋予一定的支配和排他效力。不动产登记簿上记载的不动产权利并不仅限于物权,土地经营权只有经由登记对其进行确权,才使之具有真正的法律和经济意义。<sup>⑤4</sup> 是否登记全凭当事人参酌具体情况自由选择,对于短期的承包地流转完全可以不登记。经登记的土地经营权不仅在当事人之间发生法律效力,而且还可以对抗第三人,<sup>⑤5</sup>切断第三人在相关承包地交易中的“善意”,能够更为充分地保障经营主体的土地经营权。同时,土地经营权先登记,以土地经营权设定抵押权时,土地经营权抵押权登记才能展开。<sup>⑤6</sup>

相关政策文件已就土地经营权的定性做出政策选择。例如,《三权分置意见》指出,鼓励“探索更多放活土地经营权的有效途径”,其本意就在于不就土地经营权的设立方式、权利内容等作出不合理的限制,以使当事人之间自主自愿地达成土地经营合同。如此,将土地经营权界定为债权,更具有合理性。《国务院办公厅关于引导农村产权流转交易市场健康发展的意见》也指出,农村产权(包括土地经营权)流转交易市场“具有明显的资产使用权租赁市场的特征”,依体系解释,土地经营权也应为因租赁而生的债权。然而,《三权分置意见》同时指出“提倡通过流转合同鉴证、交易鉴证等多种方式对土地经营权予以确认。”这虽然维系了土地经营权的债权性质,但与现行法一样存在着经营主体的经营预期不稳定、土地经营权难以担保融资等问题。唯有经由登记,仅具债权性质的土地经营权,才能达到“不断健全归属清晰、权能完整、流转顺畅、保护严格的农村土地产权制度”的政策目标,并“形成层次分明、结构合理、平等保护的格局”。<sup>⑤7</sup>

总之,将土地经营权定性为物权化的债权,既可克服因定性为物权所带来的固化流转关系、增加流转交易成本,从而无法包含多样化的流转关系的问题,也可避免单纯定性为债权所带来的没有赋予经营主体更有保障的土地经营权,从而无法实现“三权”分置的政策目标等问题,应为当下的妥当选择。《农村土地承包法修正案草案》第 39 条第 1 款规定“土地经营权采取出租(转包)、入股或者其他方式流转,当事人双方应当签订书面合同,并向发包方备案。”这里并未采行基于法律行为引起的不动产物权变动模式的通常做法即“书面合同+登记”,足以表明该草案是将土地经营权定性为债权,这与《三权分置意见》等政策文件保持着高度一致。与我国《农村土地承包法》第 37 条第 1 款相比,本款将互换和转让排除于土地经营权的设定行为之外,明确入股为土地经营权的设定行为之一,与出租、转包一样,仅为债权性承包地流转方式,并不导致物权变动。然而,这一处理方法与现行法相比并未产生实质性变化。基于前述理由,建议将《农村土地承包法修正案草案》第 39 条第 1 款分为以下两款。该条第 1 款表述为“以出租、转包、入股或者其他方式设立土地经营权的,当事人双方应当签订书面土地经营合同,并向发包方备案。土地经营权期限不超过一年的,可以不签订书面合同。”该条第 2 款表述为“土地经营权自合同生效时设立,但未经登记,不得对抗善意第三人。”这样,可进一步实现以下目的。其一,我国《农村土地承包法》该条原文中的土地经营权流转,是目前政策文件中通常使用的术语,但语义表述并不准确,其字面意义的理解是已经设立的土地经营权的流转或处分,《农村土地承包法修正案草案》将此种情形称为“再流转”,而将依土地承包经营权流转派生出土地经营权称之为土地经营权流转。这一表述明显不当。为避免造成解释冲突,排除非法言法语的

<sup>⑤4</sup>参见前注<sup>⑤3</sup>,宋宗宇、何贞斌、陈丹文文。

<sup>⑤5</sup>参见朱虎《物权法自治性观念的变迁》,《法学研究》2013 年第 1 期;前注<sup>⑤3</sup>,蔡立东、姜楠文。

<sup>⑤6</sup>参见前注<sup>⑤5</sup>,高圣平文。

<sup>⑤7</sup>《三权分置意见》“二、总体要求”之“(一)指导思想”、“三、逐步形成‘三权分置’格局”。



“流转”表述,建议使用“土地经营权的设立”和“设立土地经营权”加以替代。<sup>⑤③</sup>其二,我国《农村土地承包法》第39条第2款就代耕期限不超过1年的情形作了书面合同的例外规定。该款位置不当。建议将其置于本条第1款后段,同时就所有土地经营权的设定行为均适用这一规则,而限于代耕。其三,明定土地经营权的登记能力,为不动产登记簿记载土地经营权提供法律依据。

### 三、承包地物权性流转的法律表达

在我国现行法和政策文件之中,土地承包经营权可依转让、转包、出租、互换、抵押等方式流转,其中,转让、互换导致土地承包经营权的主体变化,属于移转物权性质的流转;抵押设定时并不导致土地承包经营权主体的变化,但创设了一个新类型的物权即土地承包经营权抵押权,属于创设物权性质的流转。<sup>⑤④</sup>这几种情形均属承包地物权性流转。如前所述,以互换、转让方式流转承包地不发生“三权”分置问题,以抵押方式流转承包地在抵押权设定之时也不发生“三权”分置问题,但在抵押权实现之时则可能出现为第三人设立土地经营权的问题。

#### (一) 承包地互换规则的修正

互换是我国现行法上明确承认的承包地流转的一种方式,系指“承包方之间为方便耕作或者各自需要,对属于同一集体经济组织的承包地块进行交换,同时交换相应的土地承包经营权”。由此可见,互换的仍然是土地承包经营权,“是土地承包经营权在同一集体经济组织之内互相交换的一种易货交易,实质上是土地承包经营权终局性地转让于他人之时又于他人之处受让土地承包经营权的两种处分行为的叠加”。<sup>⑤⑤</sup>在政策导向上,《土地经营权流转意见》指出“鼓励农民在自愿前提下采取互换并地方式解决承包地细碎化问题。”<sup>⑤⑥</sup>

《农村土地承包法修正案草案》第32条规定“承包方之间为方便耕种或者各自需要,可以对属于同一集体经济组织的承包地进行互换。”与我国《农村土地承包法》第40条相比,本条将互换的标的由“土地承包经营权”修改为“承包地”。笔者建议将该条修改为“土地承包经营权人之间,可以将其全部或部分土地承包经营权在本集体经济组织内部进行互换。”其一,将“承包方”这一非法律术语修改为“土地承包经营权人”,从而与我国《物权法》保持一致。其二,将互换的标的明确为“全部或部分土地承包经营权”,反映物的编成主义之下同一土地承包经营权中的部分互换问题,以与流转实践相契合,同时明确互换的是“土地承包经营权”。其三,删去“为方便耕种或者各自需要”这一无法律意义的赘语,“可以”一语足以表达“互换”是基于当事人之间的自主意愿,至于其“互换”的目的和原因,自无须在法律上予以表达。

#### (二) 承包地转让规则的完善

转让也是我国现行法上明确承认的一种流转方式,根据《农村土地承包经营权流转管理办法》第35条第3款的规定,它是指“承包方有稳定的非农职业或者有稳定的收入来源,经承包方申请和发包方同意,将部分或全部土地承包经营权让渡给其他从事农业生产经营的农户,由其履行相应土地承包合同的权利和义务。转让后原土地承包关系自行终止,原承包方承包期内的土地承包经营权部分或全部灭失”。即使在“三权”分置之下,承包地的转让仍具意义,在法律效果上是转让人的土地承包经营权全部或部分消灭,受让人取得相应的土地承包经营权,这不能被解读为使经营主体取得土地经营权,理由如前所述。

<sup>⑤③</sup>参见前注⑮,高圣平文。

<sup>⑤④</sup>参见前注⑳,高圣平文。

<sup>⑤⑤</sup>同前注㉑,朱广新文。

<sup>⑤⑥</sup>《土地经营权流转意见》“三、规范引导农村土地经营权有序流转”之“(五)鼓励创新土地流转形式”。

我国现行法上就承包地的转让作了相应限制,这种立场有待修正。

第一,将转让人限定为“有稳定的非农职业或者有稳定的收入来源的”承包农户。这是为了防止“因随意转让而丧失赖以生存的土地”而对土地承包经营权“转让的条件作严格限制”。<sup>⑫</sup>然而,何谓“稳定的非农职业”,何谓“稳定的收入来源”,在实践中均难以认定。同时,这一限制性条件有违民事行为能力的民法理,是否“有稳定的非农职业或者有稳定的收入来源”,不应成为限制转让人行为能力的依据。<sup>⑬</sup>《三权分置意见》指出“在完善‘三权’分置办法过程中,要充分维护承包农户……退出承包地等各项权能。”保留这一限制性条件只能“成为用来阻碍承包地转让的借口”。<sup>⑭</sup>

第二,将受让人限定为“其他从事农业生产经营的农户”,但不限于同一集体经济组织的其他农户。在同等条件下,本集体经济组织成员享有优先受让权。<sup>⑮</sup>在“两权分离”和“三权”分置并行的农地产权结构之中,土地承包经营权被赋予严格的身份属性,<sup>⑯</sup>仅有本集体经济组织成员才能取得和保有土地承包经营权,非本集体经济组织成员的经营主体不得享有土地承包经营权。由此可见,虽然承包地的转让不会涉及“三权”分置的问题,但因“三权”分置所引发的权利体系重构中,土地承包经营权的受让人应仅限于本集体经济组织成员。为此,《土地经营权流转意见》指出“以转让方式流转承包地的,原则上应在本集体经济组织成员之间进行。”<sup>⑰</sup>

第三,在程序上要求转让须“经发包方同意”。“承包方未经发包方同意,采取转让方式流转其土地承包经营权的,转让合同无效。但发包方无法定理由不同意或者拖延表态的除外。”<sup>⑱</sup>这一规则进一步明晰了“发包方同意”的规范属性——效力性强制性规定。<sup>⑲</sup>相关政策文件坚持了这一程序性要件。例如,《土地经营权流转意见》指出“以转让方式流转承包地的……需经发包方同意。”<sup>⑳</sup>有学者主张,“发包方同意”是发包方对承包地享有所有权的体现,同时,对于当事人之间的承包地转让行为起着见证及公示作用。<sup>㉑</sup>在“三权”分置思想提出之后,亦有人认为,承包地有内部转让与外部转让之分,内部转让时无需经发包方同意,但外部转让“意味着土地承包经营权不再处于该集体组织的管控下,甚至使集体所有权失去意义,不利于集体整体利益保护”,“集体作为发包方则享有同意权”。<sup>㉒</sup>

笔者坚持认为应当取消“经发包方同意”这一程序性要件。其一,流通性和可处分性是土地承包经营权作为用益物权的应有属性。<sup>㉓</sup>集体作为土地所有人的意志体现在土地承包经营权设定之时,一旦土地所有权之上设定了土地承包经营权,土地所有权的权能就体现在“调整、监督、收回”等方面,这里的监督主要表现为“对承包农户和经营主体使用承包地进行监督,并采取措施防止和纠正长期抛荒、毁损土地、非法改变土地用途等行为”,<sup>㉔</sup>集体组织在为其成员设定了土地承包经营权之后再对承包地转让行为行使同意权有违土地承包经营权的用益物权属性。其二,物权变动的公示方法宜

<sup>⑫</sup>参见顾昂然《全国人大常委会关于〈中华人民共和国农村土地承包法(草案)〉修改情况的汇报——2002年6月24日在第九届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议上》,《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2012年第5期。

<sup>⑬</sup>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。

<sup>⑭</sup>尹飞《物权法·用益物权》,中国法制出版社2005年版,第329页。

<sup>⑮</sup>参见《农村土地承包法》第33条第5项;前注⑫,朱广新文。

<sup>⑯</sup>参见马俊驹、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;高圣平《农地三权分置视野下的土地承包权》,《法学家》2017年第5期。

<sup>⑰</sup>《土地经营权流转意见》“三、规范引导农村土地经营权有序流转”之“(五)鼓励创新土地流转形式”。

<sup>⑱</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》第13条。

<sup>⑲</sup>参见前注⑬,武亦文、杨勇文。

<sup>⑳</sup>《土地经营权流转意见》“三、规范引导农村土地经营权有序流转”之“(五)鼓励创新土地流转形式”。

<sup>㉑</sup>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。

<sup>㉒</sup>同前注⑲,张占锋文。

<sup>㉓</sup>参见郭明瑞《土地承包经营权流转的根据、障碍与对策》,《山东大学学报(哲学社会科学版)》2014年第4期。

<sup>㉔</sup>《三权分置意见》“三、逐步形成‘三权分置’格局”之“(一)始终坚持农村土地集体所有权的根本地位”。

由法律作出明文规定,即使对土地承包经营权采用债权意思主义物权变动模式的我国《农村土地承包法》亦在第38条规定登记是土地承包经营权转让的公示方法,并明确登记是土地承包经营权转让的对抗要件。此际,再将“经发包方同意”解释为土地承包经营权转让的公示方法和生效要件,正当性不足。其三,政策导向上已经明确了承包地的转让限于本集体经济组织内部。即使主张保留“经发包方同意”要件的学者也认为,“阻碍转让自由的是法律所规定的转让方和受让方主体资格条件,而非‘发包方同意’这一要件”。<sup>⑤</sup>既然删去了转让人的限制性条件、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”要件自无必要。

《农村土地承包法修正案草案》第33条规定“经发包方同意,承包方可以将全部或者部分承包的土地转让给本集体经济组织的其他农户,由该农户同发包方确立新的承包关系,原承包方与发包方在该土地上的承包关系即行终止。”与我国《农村土地承包法》第41条相比,本条取消了“承包方有稳定的非农职业或者有稳定的收入来源”的限制性条件;将转让的标的由“土地承包经营权”修改为“承包的土地”;将受让人由“其他从事农业生产经营的农户”修改为“本集体经济组织的其他农户”。笔者建议,本条应修改为“土地承包经营权人可以将土地承包经营权全部或者部分转让给本集体经济组织的其他农户。在转让期间内,原土地承包经营权人的土地承包经营权相应消灭。”作这样修改的理由主要有以下方面。其一,进一步取消“经发包方同意”这一程序性要件,还原土地承包经营权的用益物权属性,完善土地承包经营权的权能。其二,将“承包方”修改为“土地承包经营权人”,可以与我国《物权法》保持一致。其三,将转让的标的明确为“土地承包经营权全部或部分”。其四,保留转让对象为“本集体经济组织的其他农户”,反映“三权”分置带来的制度变迁。其五,明确转让的效果仅及于“转让期间”内。在解释上,承包农户仅是将剩余期限的土地承包经营权转让予受让人,并未将期限届满后承包土地的权利也转让给受让人。其六,将转让的效果明确为“原土地承包经营权人的土地承包经营权相应消灭”,以体现物权转让的一般法理。原表述“由该农户同发包方确立新的承包关系,原承包方与发包方在该土地上的承包关系即行终止”,明显属于债权让与的规则设计,带有土地承包经营权债权属性的痕迹。受让人如何同发包方确立新的承包关系?在解释上即由受让人与发包方重新签订土地承包经营合同。用益物权的转让无须受让人与原设定人重新确立该物权据以产生的基础交易关系,如建设用地使用权的转让就无须受让人与土地所有人确立新的土地利用关系,也无须受让人与土地所有人重新签订建设用地使用权出让合同。

### (三) 承包地互换、转让的公示规则的修改

我国《农村土地承包法》第38条和我国《物权法》第129条就承包地互换、转让采取登记对抗主义。“登记的主要目的在于将土地承包经营权变动的事实予以公示,使他人明确土地承包经营权的权利人”,<sup>⑥</sup>“以保护善意第三人”。<sup>⑦</sup>《农村土地承包法修正案草案》第34条规定“承包的土地在本集体经济组织内部互换、转让后,当事人要求登记的,应当向县级以上地方人民政府申请登记。未经登记,不得对抗善意第三人。”与我国《农村土地承包法》第38条相比,本条将互换和转让的标的由“土地承包经营权”修改为“承包的土地”,并明确将互换和转让的主体限定为“在本集体经济组织内部”。笔者建议将本条修改为“土地承包经营权互换、转让,应当向不动产登记机构申请登记。未经登记,不得对抗善意第三人。”这样修改理由有以下几个方面。其一,明确互换和转让的标的是“土地承包经营权”。其二,取消“在本集体经济组织内部”的范围表述,前述两条已经规定了互换、转让的范围,本条不应再重复规定。其三,取消“当事人要求登记”的赘语。不动产登记所采用的即为当事

<sup>⑤</sup>同前注<sup>③</sup>,武亦文、杨勇文。

<sup>⑥</sup>全国人大常委会法制工作委员会《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94页。

<sup>⑦</sup>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》(第2版),北京大学出版社2017年版,第276页。

人申请主义,登记的程序问题自应由不动产登记规则加以调整,本条无须规定,以免挂一漏万。其四,明确登记机构。在统一的不动产登记制度之下,登记机构已经不是县级以上地方人民政府,按照《不动产登记暂行条例》的表述,应改为“不动产登记机构”。

#### (四) 土地承包经营权抵押规则的增设

在提高生产效率的政策背景之下,农业生产同样需要资金投入,但政策金融、合作金融并不能满足这一资金需求,商业金融即渐入人们的视野。为保全信贷资金的安全,金融机构大多要求承包农户提供适格的担保物,农户的土地承包经营权作为其主要财产就有了金融化的必要。我国《物权法》第 184 条明文禁止“耕地……等集体所有的土地使用权”设定抵押权,这里的“耕地……等集体所有的土地使用权”在解释上即为耕地上设立的土地承包经营权。这一规则的立法意旨是防止农民因抵押土地承包经营权而失去土地,丧失基本生活保障。<sup>78</sup> 如此,承包地金融的展开遇到了法律上的障碍。

《土地经营权流转意见》指出“按照全国统一安排,稳步推进土地经营权抵押、担保试点,研究制定统一规范的实施办法,探索建立抵押资产处置机制。”<sup>79</sup> 《三权分置意见》进一步指出,承包农户“有权依法依规就承包土地经营权设定抵押”。<sup>80</sup> 为了推进农村金融改革创新,全国人民代表大会常务委员会决定,授权国务院在试点地区暂时调整实施我国《物权法》和我国《担保法》关于集体所有的耕地使用权不得抵押的规定。<sup>81</sup> 《农村承包土地的经营权抵押贷款试点暂行办法》并就土地承包经营权抵押权的相关规则作了具体规定。这一安排有利于搞活土地生产要素、缓解融资难。<sup>82</sup>

为了落实这一改革成果,除了删除我国《物权法》第 184 条关于禁止耕地等集体土地使用权抵押的规定之外,在《农村土地承包法修正案草案》中应作出一般规定。《农村土地承包法修正案草案》第 42 条明确规定“承包方可以用承包土地经营权向金融机构融资担保。”笔者建议将其修改为“土地承包经营权人可以其依法取得的土地承包经营权向金融机构抵押融资。”这样修改的理由有以下几个方面。其一,将土地承包经营权的权利主体明确为“土地承包经营权人”,可以与我国《物权法》的表述和本法的其他修正保持一致。其二,明确抵押权的客体为“土地承包经营权”。“承包土地经营权”的表述不符合物权法定原则的要求,至于因抵押权的实现可能导致承包农户失去土地承包经营权的问题,可以通过增加“强制管理”的实现方式,使管理人取得土地经营权,以管理该土地承包经营权所得收益清偿债务来加以解决。<sup>83</sup> 其三,将“融资担保”的表述进一步明确为“抵押融资”。此外,本条本部分在体系上的位置也值得商榷。本条现位于该草案第二章第五节“土地经营权的保护和流转”,但上引内容明显属于土地承包经营权的权利内容,应将该规定移至同章第一节“发包方和承包方的权利和义务”(第 16 条),作为承包方的权利之一加以规定。<sup>84</sup>

### 四、承包地债权性流转的法律表达

在现行法和政策文件之中,土地承包经营权可依转包、出租、入股等方式流转,这几种情形均属承包地债权性流转。在“三权”分置之下,这些流转方式的法律效果是使经营主体取得土地经营权。土

<sup>78</sup> 参见前注<sup>55</sup> 蔡立东、姜楠文。

<sup>79</sup> 《土地经营权流转意见》“三、规范引导农村土地经营权有序流转”之“(五) 鼓励创新土地流转形式”。

<sup>80</sup> 《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”。

<sup>81</sup> 2015 年 12 月 27 日,第十二届全国人民代表大会常务委员会第十八次会议通过《关于授权国务院在北京市大兴区等 232 个试点县(市、区)、天津市蓟县等 59 个试点县(市、区)行政区域分别暂时调整实施有关法律规定的决定》。

<sup>82</sup> 参见前注<sup>4</sup> 孙中华文。

<sup>83</sup> 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;高圣平《农地金融化的法律困境及出路》,《中国社会科学》2014 年第 8 期。

<sup>84</sup> 参见前注<sup>66</sup> 高圣平文。

地经营权是《农村土地承包法修正案》中增设的一类权利,是本次修正我国《农村土地承包法》的重点和难点。<sup>⑤</sup>

#### (一) 土地经营权转包和出租设立之间的取舍

《农村土地承包法修正案草案》第35条规定“土地经营权可以依法采取出租(转包)、入股或者其他方式流转。”这里将土地经营权的设定行为明确规定为“出租(转包)、入股”,同时以“或者其他方式”作为兜底规定,避免了使用“等方式”所可能带来的“等内等”“等外等”的解释冲突。值得讨论的是,“出租”和“转包”之间是什么关系、为什么要使用“出租(转包)”这样的表述、入股所产生的法律效果究竟是土地承包经营权的转让还是设立土地经营权等问题。

在现行法之下,转包是指“承包方将部分或全部土地承包经营权以一定期限转给同一集体经济组织的其他农户从事农业生产经营。转包后原土地承包关系不变,原承包方继续履行原土地承包合同规定的权利和义务。接包方按转包时约定的条件对转包方负责。承包方将土地交他人代耕不足1年的除外”。<sup>⑥</sup>出租是指“承包方将部分或全部土地承包经营权以一定期限租赁给他人从事农业生产经营。出租后原土地承包关系不变,原承包方继续履行原土地承包合同规定的权利和义务。承租方按出租时约定的条件对承包方负责”。<sup>⑦</sup>两者都传达着同样的法律效果,即承包地流转后承包农户仍然保有土地承包经营权、受流转人仅取得一定期间的占有、使用承包地的权利。两者唯一的区别在于受流转人的不同,转包时是本集体经济组织的其他农户,而出租时没有这一限制,以出租方式流转土地经营权的主体在解释上应为除“本集体经济组织的其他农户”之外的经营主体。

学者间就“出租”和“转包”之间的关系存在较大争议。有观点认为,“出租”和“转包”之间具有质的同一性,将两者分别规定,人为割裂了一项法律制度,造成了“准用”或类推适用的现象,<sup>⑧</sup>“不仅不能丰富流转方式,而且因未作严格区分将会导致重复规定”,<sup>⑨</sup>完全可以“将转包视为一种接包人资格受到限制的特殊租赁”。<sup>⑩</sup>也有观点认为应保留“转包”,删除“出租”。如允许承包地的“出租”,容易架空土地所有权,使土地承包经营权“所有权化”或承包方变为事实上的“二地主”,也容易出现以出租名义规避法律的行为。<sup>⑪</sup>还有观点认为,两者之间有分别规定的必要,应将转包定性为在土地承包经营权之上设定次级土地承包经营权的法律行为。<sup>⑫</sup>

我国《农村土地承包法》制定之后的法律和政策文件就“转包”“出租”之间的关系在表述上也颇不一致。我国《物权法》第128条就土地承包经营权的债权性流转方式仅规定了“转包”,而没有规定“出租”。《土地经营权流转意见》将“转包”“出租”并称为承包地的流转方式。<sup>⑬</sup>《国务院办公厅关于引导农村产权流转交易市场健康发展的意见》(国办发〔2014〕71号)指出“以家庭承包方式承包的耕地、草地、养殖水面等经营权,可以采取出租、入股等方式流转交易。”这里仅用了“出租”,没有提及“转包”,可能与该文件指导农村产权流转交易市场的构建与运行的市场化背景相关,在这里受流转人原则上不受限制——“凡是法律、法规和政策没有限制的法人和自然人均可以进入市场参与流转交易”,自然无须规定限制受流转人范围的“转包”。然而,《三权分置意见》中又使用“出租(转包)”

<sup>⑤</sup>本文仅在承包地流转的框架之下讨论设定土地经营权的行为,不考虑“三权”分置所带来的以招标、拍卖、公开协商等承包方式取得的土地承包经营权的体系重构问题。

<sup>⑥</sup>《农村土地承包经营权流转管理办法》第35条第2款。

<sup>⑦</sup>《农村土地承包经营权流转管理办法》第35条第5款。

<sup>⑧</sup>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。

<sup>⑨</sup>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。

<sup>⑩</sup>前注②,朱广新文。

<sup>⑪</sup>参见孟勤国、黄莹、段晓红《中国农村土地流转问题研究》,法律出版社2009年版,第73页。

<sup>⑫</sup>参见袁震《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。

<sup>⑬</sup>《土地经营权流转意见》“三、规范引导农村土地经营权有序流转”之(五)鼓励创新土地流转形式中指出,“鼓励承包农户依法采取转包、出租、互换、转让及入股等方式流转承包地”。

的表述,<sup>94</sup>意在将转包作为出租的一种特殊形式。

笔者认为,是否将“出租”和“转包”并列为土地经营权的设定行为,取决于是否具有类型化上的意义。除了受流转人的范围不同之外,有可能对两者作出不同的制度安排。例如,在重构承包地流转收益分配机制之时,对国家、集体、农户之间的分配格局和比例就可能依流转方式的不同作出相应的设计。<sup>95</sup>果若如此,并列规定“出租”和“转包”就有了必要。至于规则设计问题,《农村土地承包法修正案》中自可就两者的设立、效力等规则作出统一规定,仅就受流转人的不同作出分别规定即可。

基于此,建议将《农村土地承包法修正案草案》第 35 条修改为以下两款“土地经营权可以采取出租、转包、入股或者其他方式设立。”“土地经营权人须有农业经营能力。”其一,明确将“出租”“转包”分列为两种不同的土地经营权设定行为。其二,该草案将土地承包经营权流转作了两种区分,对于产生物权移转效力的互换和转让方式,在土地承包经营权章中予以规定;对于产生债权效力的出租等置于本章,作为土地经营权予以规定。土地经营权流转应指已经设立的土地经营权的流转,而该草案本条的文义并非如此,是土地承包经营权流转所形成的土地经营权。其三,该草案原在第 36 条第 4 项将“受让方须有农业经营能力”作为土地经营权流转应当遵循的原则之一加以规定,但该项并非原则。建议将其作为倡导性规范,规定在土地经营权设立这一条中,或单列一条。

## (二) 土地经营权入股设定的争议

在现行法之下,入股是指“实行家庭承包方式的承包方之间为发展农业经济,将土地承包经营权作为股权,自愿联合从事农业合作生产经营;其他承包方式的承包方将土地承包经营权量化为股权,入股组成股份公司或者合作社等,从事农业生产经营”。<sup>96</sup>这里区分接受入股的主体而作了不同的规定,体现着不同类型的土地承包经营权在法政策上的不同限制。“以土地承包经营权入股,涉及到入股成立的公司破产后,农户可能失去承包经营的土地,需要进一步研究。”<sup>97</sup>上述规则实际上仅承认了以家庭承包方式取得的土地承包经营权入股合作社。

关于入股的法律效果,一直存在物权流转说与债权流转说之分。<sup>98</sup>“三权”分置思想提出之后,有学者主张,以家庭承包方式取得的土地承包经营权入股合作社,土地承包经营权的主体并未变化,以其他承包方式取得的土地承包经营权入股,土地承包经营权的主体变更为接受入股的主体,均不发生设立土地经营权的问题。<sup>99</sup>不过,此后的政策文件与此观点大相径庭。《土地经营权流转意见》规定,“允许农民以承包经营权入股发展农业产业化经营”;<sup>100</sup>《三权分置意见》指出,“土地经营权入股农业产业化经营”;<sup>101</sup>《关于引导农村产权流转交易市场健康发展的意见》指出,“农户承包土地经营权”采取“出租、入股等方式”,“流转交易的受让方原则上没有资格限制(外资企业和境外投资者按照有关法律、法规执行)”。2015 年中央一号文件《关于加大改革创新力度加快农业现代化建设的若干意见》进一步提出引导农民以土地经营权入股合作社和龙头企业。新修正的我国《农民专业合作社法》也规定农民专业合作社成员可以以土地经营权作价出资。由此可见,在法律效果上,入股类似于转包、出租,实际上也是承包农户在其土地承包经营权之上为接受入股的主体设立土地经营权,入股后,

<sup>94</sup>《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”中指出,承包农户“有权通过转让、互换、出租(转包)、入股或其他方式流转承包地并获得收益,任何组织和个人不得强迫或限制其流转土地”。

<sup>95</sup>参见前注<sup>21</sup>,高圣平文。

<sup>96</sup>《农村土地承包经营权流转管理办法》第 35 条第 4 款。

<sup>97</sup>同前注<sup>22</sup>,顾昂然报告。

<sup>98</sup>参见高海《土地承包经营权入股的法律性质探析》,《法学论坛》2011 年第 3 期;温世扬、张永兵《土地承包经营权入股之法律性质辨析》,《河南财经政法大学学报》2014 年第 1 期。

<sup>99</sup>参见前注<sup>19</sup>,陶钟太郎、杨遂全文。

<sup>100</sup>《土地经营权流转意见》“四、加快培育新型农业经营主体”之“(十三)加快发展农户间的合作经营”。

<sup>101</sup>《三权分置意见》“四、确保‘三权分置’有序实施”之“(四)完善‘三权分置’法律法规”。

原承包关系不发生改变,承包农户的土地承包经营权并不丧失。<sup>⑩</sup>

### (三) 土地经营权抵押规则的增设

经营主体可以以其依法取得的土地经营权担保融资,是“三权”分置的主要政策目标之一。对于土地经营权这一新生的权利能否作为担保财产,现行法上未置明文,但政策上予以肯定。例如,《三权分置意见》指出“经营主体再流转土地经营权或依法依规设定抵押,须经承包农户或其委托代理人书面同意,并向农民集体书面备案。”<sup>⑪</sup>《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》和《农村承包土地的经营权抵押贷款试点暂行办法》并就土地经营权抵押贷款的相关规则作了具体规定。

基于这些改革成果,《农村土地承包法修正案草案》第42条规定“第三方通过流转取得的土地经营权,经承包方或其委托代理人书面同意,可以向金融机构融资担保。具体由国务院有关部门规定。”其立法理由是,“鉴于实践中抵押担保融资的情况复杂,操作方式多样,加之各方面对土地经营权的性质认识分歧较大,草案使用了‘融资担保’的概念,包含了抵押和质押等多种情形,既解决农民向金融机构融资缺少有效担保物的问题,又保持了与担保法等法律规定的一致性”。<sup>⑫</sup>笔者认为,这一条文失当之处颇多,建议将该条修改为三款。该条第1款为“土地经营权人依法登记的土地经营权,可以向金融机构抵押融资担保。”该条第2款为“土地经营权抵押权未经登记,不生效力。”该条第3款为“土地经营权抵押融资的具体办法由国务院有关部门规定。”这样修改的理由有以下几方面。其一,土地经营权作为担保财产进入融资担保领域之时,并不因其在性质上属于债权就当然地归入质押的范畴。用益型权利设定担保之后,担保人仍然行使着该权利,因此,用益型权利上设定的担保物权即为抵押权;非用益型权利设定担保之后,担保人已不得行使该权利,因此,非用益型权利设定的担保物权应属质权。<sup>⑬</sup>此为以担保物权设定之后担保人是否仍然行使被设定担保的权利为分类标准所得出的妥当结论。土地经营权是就他人土地的利用权,属于用益型权利,其上设定担保物权之后,土地经营权人仍得行使其土地经营权。如此,土地经营权之上设定的担保物权应属抵押权。该条第1款对此予以明确。其二,土地经营权抵押权是我国《物权法》上未予规定的一类抵押权,加之按照立法规划,中国民法典的颁布应在《农村土地承包法修正案》通过之后,为使经试点实践而展开的土地经营权抵押贷款工作持续“有法可依”,该条应明定土地经营权抵押权的公示方法和效力,而不能交由国务院有关部门作出规定。其三,土地经营权抵押融资的具体操作问题,诸如登记程序、审贷流程、风险控制等,可由国务院有关部门作出规定。

## 五、结 论

“三权”分置所引发的承包地流转规则的修正是本次修改我国《农村土地承包法》的重心。承包地流转规则的政策底线是,“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”,<sup>⑭</sup>“坚持依法、自愿、有偿,以农民为主体,政府扶持引导,市场配置资源,土地经营权流转不得违背承包农户意愿、不得损害农民权益、不得改变土地用途、不得破坏农业综合生产能力和农业生态环境”。<sup>⑮</sup>《农村土地承包法修正案草案》增设或修改了承包地流转的相关规则,在一定

<sup>⑩</sup>参见前注②,朱广新文;前注⑥,高圣平文。

<sup>⑪</sup>《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”。

<sup>⑫</sup>刘振伟《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》。

<sup>⑬</sup>参见高圣平《民法典中担保物权的体系重构》,《法学杂志》2015年第6期。

<sup>⑭</sup>《土地经营权流转意见》“一、总体要求”之“(一)指导思想”。

<sup>⑮</sup>《土地经营权流转意见》“一、总体要求”之“(二)基本原则”。

程度上反映了“三权”分置实践中的成熟经验,解决了理论上和实践中的部分争议问题。例如,将现行法上的土地承包经营权流转方式中具有移转物权效果的转让、互换,从土地经营权规则中分离出来,纳入土地承包经营权的保护范畴,使土地经营权的相关规则更为清晰;结合土地经营权入股发展产业化经营的实践,明确将入股纳入土地经营权的设立方式之中,承包农户入股只是为经营主体设定土地经营权,而不是移转土地承包经营权,使“不论承包经营权如何流转,集体土地承包权都属于农民家庭”的政策目标得以进一步落实。<sup>⑩</sup>然而,目前《农村土地承包法修正草案》中的一些规定还没有充分反映“三权”分置思想的本来面目,对实践中的疑难问题并未作出有效回答,亟待改进。例如,就土地经营权这一新设权利,该草案只是在现行法土地承包经营权流转规则之上作了简单的修改,并未就实践中争议最大的登记问题和担保融资问题作出明确规定,有损通过修改法律指导和调整今后实践的价值。

(责任编辑:陈历幸)

## The Legal Expression of the Circulation of Contracted Land

— Focusing on the Revision of the Law of the Rural Land Contracting

Gao Shengping

**Abstract:** As the modes of the circulation of contracted land are different, the legal effect is also different. The transfer and exchange of contracted land lead to the change of the holder of the right to the contracted management of rural Land, without giving rise to the issue whether the right to the contracted management of rural land is created. This can be set forth in the Chapter of Right to the Contracted Management of Rural Land. However, the relevant restriction rules on the transfer other than the provision that the transferee shall be a farmer of the same collective economic organization as the transferer's should be deleted. The lease, subcontracting and equity investment of contracted land make the operation subject acquire the management right of rural land, which shall be also stipulated in the Chapter of Right to the Contracted Management of Rural Land. The management right of rural land is a kind of right in personam with the nature of right in rem and can be registered in the real estate register. The mortgage of contracted land can be either on the right to the contracted management of rural land, or on the management right of rural land. However, the mode of mandatory management shall be adopted at the time of realizing the mortgage on the right to the contracted management of rural land, so that the contracting farmers will not lose the contracted land.

**Keywords:** “Separation of Three Rights”; The Right to the Contracted Management of Rural Land; The Management Right of Rural Land; The Circulation of Contracted Land

<sup>⑩</sup>《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”。