



农村土地经营权认知与物权塑造

——从既有法制到未来立法

陶钟太朗^{1,2}, 杨遂全¹

(1. 四川大学 法学院, 四川 成都 610064; 2. 福特汉姆大学 法学院, 美国 纽约 10023)

摘要:对农村土地经营权的定位和规制, 需要从既存法制出发。在当前制度背景下, 仅有部分土地承包经营权流转方式能够产生新的权利, 而这种权利与《意见》所提出的土地经营权并不契合。将土地经营权作物权化塑造以使其表征土地承包经营权流转形成的新权利, 具有必要性和现实可能性, 应该在《物权法》用益物权章中对土地经营权进行相应的制度设置。

关键词:土地经营权; 土地承包经营权; 农村土地承包法; 物权法; 用益物权

中图分类号:D922.3; F301.1 **文献标志码:**A **文章编号:**1671-7465(2015)02-0073-07

《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》(下称《意见》)就农村土地权利配置问题, 作出了巨大的理论创新, 首倡土地所有权、承包权、经营权“三权分置”。这种新的地权配置, 无疑是对当前农村土地制度改革过程中出现的新问题、新情况的积极应对。放活土地经营权是农村土地制度的一次重大创新, 是新一轮农村生产关系调整的核心所在^[1]。

但是, 既然是创新, 就有许多现实问题亟待解决。土地经营权和农村地权“三权分置”的提出, 是对现有法律制度的突破, 尚无既存法律规范对其规制。尽管土地承包经营权流转中“保留(土地)承包权、移转土地经营权(土地使用权)”观点已成为经济学界的主要观点。^[2-3]但保守的法学界却基于对概念的严苛认识和对物权法定原则的坚守, 认为这种提法是与现行法律不相容的。^[4]然而, 正如《意见》中所提到的那样, 要“抓紧修订完善相关法律法规”, 以确保该权利在实际运行中有法可依。在现行法制缺位的情况下, 我们可以通过修法来赋予其正当性。

事实上, 土地经营权也并非凭空产生。首先, 从可能创设该权利的法律行为考察, 有转包、出租、互换、转让、入股等几种^①, 而《农村土地承包法》和《农村土地承包经营权流转管理办法》明晰地规定了这几种法律行为; 其次, 从权利来源考察, 土地经营权的权源有二: 一是根本性权源——农民集体土地所有权; 二是直接权源——土地承包经营权。对这两种权利, 我国相关法律如《土地管理法》《物权法》等有详细规定。因此, 对土地经营权的定位与规制, 并非完全“无法可依”, 而应秉承“严格按照中央政策和国家法律法规办事”的理念, 从既存法律体系中追根溯源, 并结合该权利设置所想要实现的社会目标, 找出土地经营权应然的权利表达, 科学认识土地经营权并进行合理规范。

收稿日期: 2014-12-19

基金项目: 国家社会科学基金重点项目“农村房地产权城乡间流转与遗产继承研究”(13AJY013)

作者简介: 陶钟太朗, 男, 四川大学法学院、福特汉姆大学法学院联合培养博士生, 讲师, 主要研究方向为农村土地制度改革、物权法。E-mail: 76739499@qq.com。

杨遂全, 男, 四川大学法学院教授, 博士生导师, 主要研究方向为农村土地制度改革、物权法。

① 《决定》列举了5种能够产生土地经营权的方式, 但这5种方式所产生的权利性质或形成的法律关系, 是不尽相同的, 故而, 以“可能”产生来表示一种或然性, 更加准确。

一、土地经营权的实然认知——以既存法制的解释论为中心

根据《意见》,现阶段土地流转的形式包括转包、出租、互换、转让及入股5种。这与《农村土地承包法》所确立的土地流转形式相同,我们可以以《意见》为依据,以现有法制的解释论为中心逐一确定上述5种流转方式是否能产生土地经营权以及所产生的土地经营权的性质。

“转包”是发生在同一集体经济组织内部的土地流转行为,由转包人(土地承包经营权人)将其承包的全部或者部分土地在一定期限内转给同一集体经济组织内的其他农户从事农业生产经营。这种流转方式,并不影响固有的土地承包经营权法律关系。而是在转包人和受转包人之间发生了一个新的法律关系,产生了一个新的权利,我们可以将其称为“土地转包权”。鉴于该权利以从事农业生产经营为目的,我们亦不妨将其称为土地经营权。

与转包类似的流转方式是“出租”,出租也不影响原土地承包关系,而是出租人与承租人之间就土地生产经营新设了一个权利,我们可以将其称为“土地租赁权”,亦可称之为土地经营权,承租人享有此权利而向出租人支付一定的土地租金。其与转包的区别在于,承租人和受转包人的身份要求不同。出租对承租人没有身份要求,承租人既可以是本集体经济组织成员,又可以是非本集体经济组织成员;而转包则要求受转包方必须是集体经济组织的内部人员。

“互换”与转包一样,都是发生在同一集体经济组织之内的土地承包经营权流转形式。土地承包方之间为了耕作的方便或者各自的需要,将彼此承包的土地相互交换,并交换相应的土地承包经营权。这样一种土地流转方式,实际就是互换双方概括继受对方的土地承包经营权法律关系,并就此形成的新的土地承包经营权对发包人负责。这种流转方式,并不产生独立于土地承包经营权的新权利。

“转让”这种土地流转方式要求较为特殊,需要转让方(土地承包经营权人)有稳定的非农职业或稳定的收入来源,并且转让还需得到发包方(集体土地所有权人)同意。转让的对象,必须是从事农业生产经营的农户,原则上还需要是本集体经济组织成员。转让后的法律效果,是转让人从原土地承包经营关系中脱离出来,而受让人概括承袭其原土地承包经营合同中的权利义务,成为新的土地承包经营权人。这样一种流转方式,也不产生独立于土地承包经营权的新权利。

以“入股”的方式进行土地承包经营权流转分为两种形式,一种是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,这种入股只是一种生产形式的创新,而没有产生新的经营主体,土地承包经营权既未发生主体变更,也没有派生出新的权利;一种是采用其他承包方式的承包方^①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。这种流转形式变更了土地承包经营权主体,权利主体从原土地承包经营权人变更为股份公司或者合作社了。

通过上文分析,我们可以对不同流转方式所形成的法律效果进行分类和定性化。“互换”和“转让”两种形式所产生的法律效果是土地承包经营权法律关系的概括继受,不会在土地承包经营权中产生新的权利,也即没有新权利从“土地承包经营权”中分离出来。“入股”需要分别讨论,实行家庭承包方式的承包方“入股”实际是一种合作经营,权利主体未发生变更,也没有创设新的权利;而以其他方式承包的承包方入股所产生的法律效果是土地承包经营权本身入股,也并非新创设权利入股。因此上述流转方式,均未在土地承包经营权基础上产生新的权利,故而不可能产生土地经营权。

能够在土地承包经营权中产生新权利的流转方式只有“转包”“出租”两种形式,其实质是土地承包经营权人将其承包经营权中的部分权能让与了受转包方或者承租方,这部分权能以及由此可能带来的收益形成了新的权利,这种由受转包方和承租方所享有的权利,我们可以将其称为土地经营权。有一个问题需要特别强调,如果“入股”形式能够允许采用家庭承包方式的土地承包经营权入股农业

^① 参见《物权法》第133条:通过招标、拍卖、公开协商等方式承包荒地等农村土地,依照农村土地承包法等法律和国务院的有关规定,其土地承包经营权可以转让、入股、抵押或者以其他方式流转。

公司,则通过一定的技术设计,也可使土地承包经营权人以土地经营权形式入股。实现土地经营权从土地承包经营权中的剥离。

无论何种流转方式产生的土地经营权,其都以土地承包经营权的存在为前提。因此,对土地经营权的进一步认知,我们需要从土地承包经营权着手。

二、土地经营权与土地承包经营权——以《物权法》的解释论为中心

根据《意见》和上文的分析,土地经营权来源于土地承包经营权,而现有法制对土地承包经营权有全面而详尽的规制。由于法律制度演进是一个渐进的过程,所以在法律适用上有一个“从新”原则。最近一部对土地承包经营权进行系统性规范的法律是2007年颁布实施的《物权法》,故而,对土地承包经营权的认识,我们应从《物权法》着手。《物权法》在第三编用益物权的第十一章中专章规定了土地承包经营权,明晰了土地承包经营权的用益物权属性。^① 土地承包经营权的权利客体从所有权角度考察,可以是农民集体所有的土地,也可以是国家所有由农民集体使用的土地。^② 但是并不能当然地认为土地承包经营权的权利客体与土地经营权得以存在的对象^③相同,根据《意见》,土地经营权的创设,其目的是想实现农村集体土地所有权、农户承包权和土地经营权的“三权分置”,鉴于此,目前提出的土地经营权应限制于农村集体所有的土地而排斥国家所有农民集体使用的土地,至于将来是否将此类土地纳入土地经营权得以存在的范围,尚需未来政策或法律认可;从土地功能考察,土地承包经营权的客体可以是耕地、林地、草地和其他用于农业的土地^④。而《意见》对土地经营权能够存在于何种用途的土地之上却有明确的限缩,即仅适用于“承包耕地”,因此,在林地、草地和其他用于农业的土地上,暂不会出现土地经营权。因此,根据土地承包经营权的客体范围以及《意见》的内容,土地经营权只能存在于“农民集体所有”的耕地之上。

尽管土地经营权是作为土地承包经营权的派生权利而存在,但是土地经营权的权利属性并不当然地就与土地承包经营权一致。我国奉行严格的物权法定原则,所谓物权法定,系指物权的种类、内容、效力和公示方法需要法律加以规定^⑤,而不允许当事人以自由意志加以创设或者更改。土地承包经营权是物权,系《物权法》直接规定,而土地经营权这一由刚出台的《意见》新创设的权利,《物权法》并未规定。那么根据现行法,该权利不可能是一种物权,而只能是一种债权。事实上,透过上文分析,能够产生新权利(土地经营权)的土地承包经营权流转方式,“出租”和“转包”,其产生的权利,的确是债权型的权利。以“出租”方式所形成的权利,性质上属于租赁权,是一种典型的债权,而以“转包”方式形成的权利,实质与租赁权别无二致,亦应属于债权。故而,以《物权法》的解释论为中心,《意见》所创设的土地经营权应是一种债权。

三、“三权分置”下的土地经营权权利属性——着眼于未来法制的立法论

显然,《意见》所要表达和塑造的土地经营权,绝非当下作为债权的土地经营权,因为如果沿用当前法制,继续保留土地经营权的债权属性,实在是没有必要大张旗鼓地以《意见》的形式提出该权利。

① 在《物权法》颁布之前,对土地承包经营权权利属性的认识是颇有争议的,计有劳动关系说、债权说、物权说等三种学说,在《物权法》颁行后,方将土地承包经营权明确为用益物权,理论争议方被平息。因此,《物权法》的定纷止争作用,不仅在社会生活领域,而且亦有平息学术纷争的效果。从土地承包经营权的定位和塑造过程中我们也可以发现,权利的塑造是一个渐进的过程,并非某一权利被创设出来它就被固定了某一特定属性,属性具有可变性,一是因为其自身在发展过程中体现出来的某一倾向,另一方面,或者是更关键的,是由于社会生活事实的需要,而被立法机关赋予某一属性。

② 参见《物权法》第124条第2款:农民集体所有和国家所有由农民集体使用的耕地、林地、草地以及其他用于农业的土地,依法实行土地承包经营制度。

③ 在未明确土地经营权的权属性质之前,不宜用土地经营权客体这一概念来指称土地经营权能够存在的土地。

④ 参见《物权法》第124条第2款。

⑤ 参见《物权法》第5条:物权的种类和内容,由法律规定;第6条:不动产物权的设立、变更、转让和消灭,应当依照法律规定登记。动产物权的设立和转让,应当依照法律规定交付。

那么,《意见》所想表达的土地经营权究竟应该是一个什么性质的权利。作者认为,意见中所想表达的土地经营权应该是具有物权属性的权利,而非当前法制解释论中的债权属性的权利。理由如下:

第一,当前我国农村耕地地权是两权并立,即农民集体享有土地所有权,农户拥有土地承包经营权。^[5]之所以能够两权并立,一是因为农村集体土地所有权和农户土地承包经营权均为物权,土地承包经营权能够对抗农民集体土地所有权而给农户带来有效保障,另一方面,作为物权的农民集体土地所有权又能防止土地承包经营权对其侵蚀,保证土地所有权的公有属性。而此次《意见》想实现的制度变革核心内容是“三权分置”,即突破当前农村耕地地权两权并立的格局而实现农民集体土地所有权、农户承包权、土地经营权的三权并立。三权并立的一个基本要求就是三个权利之间具有对抗性,相互制衡,在权利效力上没有明显差别。根据当前的法律制度安排,农民集体土地所有权和农户承包权是物权,而土地经营权是债权。权利的效力差异明显,一方面因为物权为对世权,而债权为对人权。物权可以向一切人主张权利,债权仅能对特定人主张权利。^[6]例如:在土地征收或者是土地侵权过程中,物权人(农民集体土地所有权人和土地承包经营权人)可以直接向征收人主张补偿请求权或者向土地侵权人主张物权请求权,而债权人(土地经营权人)却只能要求土地承包经营权人承担违约责任,或者是要求土地承包经营权人行使物权请求权以使其债权得以顺利实现;另一方面,因为物权效力优于债权,物权人可以基于其物权收回其权利客体,而很多时候债权人在面对此类困境时只能要求物权人承担违约责任。例如:土地承包经营权人提前收回其转包的土地,并将土地再次转包给善意第三方,若转包权(土地经营权)为债权,则转包权人只能要求其土地承包经营权人承担违约责任,而若设转包权为物权,则转包权人不仅可根据该权利的物权属性对抗土地承包经营权人的收回要求,而且还可以直接要求第三方返还其承包地继续耕种。两者的效力差别明显,正基于此,要想以债权形式的土地经营权与作为物权的农民集体土地所有权和农户承包权相对抗和制衡,这种想法只能是一厢情愿。要真正实现“三权分置”,则必须将土地经营权塑造为与农民集体土地所有权和农户承包权同性质的物权,只有这样,对三种权利的保护才能趋近一致,三种权利才有相互制衡的可能。

第二,从制度革新动力上分析,制度改革因何而发生,其根本原因在于作为上层建筑的制度已经不适应作为经济基础的生产力发展。中央之所以要提出土地承包经营权流转机制的改革,其基本缘由是现有的土地承包经营权流转机制已经不适应生产力进一步释放,当前的土地承包经营权流转所依赖的权利是一种债权性权利,这种以债权性权利为基本依赖形式的土地承包经营权流转已经变得不合时宜。因此,我们应该进行改变,改变的方向是什么,这需要具体考察不合时宜之处以及预设的想要达成的社会目标。目前,伴随我国工业化、信息化、城镇化和农业现代化进程,农村劳动力大量转移,农业物质技术装备水平不断提高,农户承包土地的经营权流转明显加快,而由于当前对土地承包经营权的流入方的保障力度不够,即采用一种债权型权利保障的方式,使得农村土地承包经营权不能更为有序和规范地流转,一部分对农业有意的资本还在犹豫观望,裹足不前。而大规模的农民进城所导致的农业荒废、农地抛荒在农村地区已呈常态,这对我国的粮食安全已然造成威胁,因此,实有必要对土地承包经营权流转所产生的权利(土地经营权)进行新的塑造,赋予其物权属性。有了物权性权利的保障,土地经营权将更为有序和高效地流转^①。

第三,现有的农村土地物权体系,几乎对权利主体都有身份性要求^②。这对土地资源的有效配置和成熟土地市场的形成造成了相当的阻碍。但是,农村土地物权的身份性要求,又是当前阶段对农民基本生存利益进行有效保障,防止外来资本挤压农民基本生存空间的必要前提。长期以来,这一悖论,无论是理论界还是实务界均无法开解,在很大程度上迟滞了农村土地制度改革步伐。设若将土地经营权进行物权化塑造,则是对长期因身份要求而封闭的农村土地物权领域的破冰。土地经营权

① 若将“土地经营权”塑造为物权,则由于物权的公示性的存在,使土地经营权人与土地承包经营权人的关系具有透明性,这将大幅度减少土地承包经营权流转过程中产生的权利纠纷,因为,作为债权的“土地经营权”不具有公示性,善意第三人无法理解土地之上是否存在“土地经营权”,故而容易因为流出方的不诚信行为产生纠纷。

② 唯一一种对权利主体无身份性要求的农村土地物权是以招标、拍卖、公开协商方式形成的四荒地土地承包经营权。参见《农村土地承包法》第3章和《物权法》第133条。

权利主体无身份性要求,而一种物权性权利又能够在权利保障上与农民集体土地所有权和土地承包经营权抗衡,这势必会吸引更多的资本有意参与到农业领域,将十分有利于推动土地资源的有效配置和成熟土地市场的形成。

由是,将土地经营权塑造为物权,既是作为上层建筑的法律制度积极适应社会发展需求的能动表现,又是农村土地流转社会实践发展到当前阶段的必然性要求。《意见》中表达的土地经营权应是物权意义上的权利,在未来的立法中,需要对此权利进行物权塑造。

四、土地经营权物权塑造的可能性分析

在认识到将土地经营权物权塑造必要性的基础上,尚需进一步讨论其物权塑造的可能性。权利的塑造,应本着世易时移之念,根据动态的社会发展,作阶段性的动态塑造,方能在保持法律稳定性的基础上,保障法制的有用性。^[7]

首先,从物质决定论的角度考察,权利并非固定不变,旧的权利设置会因社会事实的发展而逐渐表现出对新的社会事实的不适应,这也就是我们常说的上层建筑不适应经济基础。而此时,立法机关会根据新的社会事实赋予权利以新的属性,这就是上层建筑积极改变来适应经济基础。事实上,土地经营权的权源——土地承包经营权,其自身权利属性的转变就很好地印证了这种权利属性演进路径,在《物权法》颁行之后,土地承包经营权才实现了从债权到物权的转变。在此之前,作为债权的土地承包经营权经常受到作为物权的农民集体土地所有权的不当侵犯,农户的土地承包经营权不能得到有效保障,由此引发诸多农村地权纠纷。在这样一种现实背景下,要求土地承包经营权物权塑造的呼声愈来愈高,最终在《物权法》中将土地承包经营权明确为物权,对土地承包经营权的保障大幅度增加,由此巩固了农村地权两权并立的基本结构。当前,土地经营权的处境与彼时土地承包经营权的处境相似,作为“债权”的土地经营权与作为物权的农民集体土地所有权和土地承包经营权无法抗衡。实务界和理论界都认为应该提升土地经营权的保障力度,而这只能通过将其塑造为物权方能实现。土地承包经营权从债权到物权的华丽转身为土地经营权的物权塑造提供了可供参照的模式。

其次,土地经营权物权塑造能够实现理论上的自治。物权与债权的区分,并不是绝对的。物权的本质,就是把一个原来属于甲和乙之间的关系(相对关系),通过了登记和公示,然后就被绝对化了。^[8]这意味着,物权与债权的区分,只是人为化处理的结果,如果有需要,我们完全可以将原本的债权塑造为物权,这需要两个步骤,首先是由《物权法》或者其他法律确定该权利为物权,其次是确定该权利的公示方法,以使该法律关系绝对化。事实上,“土地承包经营权”的物权塑造过程,正是依托上述路径完成的。需要特别说明的是,一旦确立土地经营权为用益物权,则土地经营权和“土地承包经营权”可能会同时存在于同一块耕地之上,这是否是对“一物一权原则”的违背。对此,作者持否定态度。对一物一权原则的理解,有学者认为是“一物上仅能成立一所有权。”^[9]也有学者认为,一物之上除只能成立一所有权外,还指“一物之上不能同时设立两个或者两个以上在性质上相互排斥的定限物权”。^[10]如果依前一观点,则土地经营权物权化肯定不违背“一物一权原则”,如果依后一观点,则需要考虑土地经营权与“土地承包经营权”是否为相互排斥的定限物权,这里的相互排斥,是指不同定限物权对同一客体在权能构成方面存在排斥性,使权利不能得到正常行使。而土地经营权是经由“土地承包经营权”让渡部分权能而产生的,经让渡后的“土地承包经营权”丧失的那部分权能恰好构成了土地经营权的权能,两者不会产生冲突,因此,即便是采用后一观点,土地经营权物权塑造也不违背“一物一权原则”。

再次,从比较法角度考察,欧陆国家已经迈开了租赁权物权塑造的步伐,为我国提供了现实参照系。土地经营权的实质本是租赁权,租赁权物权塑造是未来的立法趋势。租赁权物权说,是近年来兴起的一派学说,而且其势头之强劲,足有影响立法规范选择的意味。^[11]在《物权法》拟定之时,就曾有学者提出将租赁权定性为物权。近代以来,法国民法中的租赁权与居住权(物权)的区分就非常模糊,如果租赁期限为不定期且一次性支付租金,则获得的权利即为居住权,^[12]这十分有利于居住权人

利益的保护,便于其对抗所有权人。而以严谨概念体系著称的德国民法,也做出了类似的改变,由于因袭罗马法传统当然地将租赁权视为债权,否认其对第三人具有对抗力,因而未能抑制出租人的解约权,使承租人利益得不到足够保护。^[13]为此,德国民法一直尝试改变,直至1951年《住宅所有权法》出台,长期居住权制度被确立,该制度肯定了建筑物的承租人对居住享有具有物权性质的长期居住权。其具体的物权化进路是由设定“物权的合意”这一债权行为以及“登记”这一物权行为所构成。^[14]由于登记产生的公示性,从而使长期居住权具有物权效力。该权利可有效对抗房屋所有权,同时,可以继承、转让或设定担保物权,还能在其之上继续设定人役权,其权利标的还可进行使用借贷或者租赁,权利存续期限由当事人自由约定。由此,我们发现想实现土地经营权的制度功能在长期居住权制度设计中都可以找到,德国法中的长期居住权制度的物权塑造路径,是我国土地经营权物权塑造的现实榜样。综上,土地经营权物权塑造,符合物质决定论的客观规律,也不存在理论障碍,并且还存在现实的立法参照,因此,土地经营权物权塑造是现实可能的。

五、土地经营权的物权设置

在上述结论的基础上,我们应该讨论如何对土地经营权进行设置的问题。首先需要解决,在何部法律中规定土地经营权?作者认为,我国适用物权法定原则,对土地经营权的物权塑造,需在《物权法》中完成。原因在于:一方面《物权法》较为完整地确立了农村土地用益物权体系,而土地经营权当然地属于该物权体系的内容,因此,就完备性和协调性而言,应在《物权法》用益物权章中设置土地经营权;另一方面,土地经营权的提出,是为了实现农村集体土地所有权、农户承包权和土地经营权的“三权分置”,也即要保障“三权”能够相互制衡,设若三种权利出现在不同位阶的法律中,其效力就可能存在差异,这势必影响“三权”的制衡。因此,在《物权法》中设置土地经营权,可以在很大程度上保障三种权利的均势而真正实现“三权分置”。

其次,土地经营权的界定。根据《意见》,当前土地经营权的权利客体限于“农民集体所有”的耕地,因此,如果未来政策对此没有突破,则土地经营权应界定为“土地经营权人依法对农民集体所有并由农户享有土地承包经营权的耕地享有占有、使用和收益的权利,有权从事种植业等农业生产。”

再次,土地经营权的产生方式。根据上文分析,真正能够创设有别于土地承包经营权的权利的流转方式只有出租、转包、入股,而我们正是将此等权利塑造为土地经营权。需要考虑的是,是否这三种方式产生的权利均为物权型的土地经营权,是否还应有所区分。作者认为,要形成物权型的土地经营权,尚需两个前提条件:首先是流转期限,短期的出租或者转包,如5年以内的,不应形成物权型土地经营权,时间在5年以上,方可形成物权型土地经营权;其次,应当将登记作为物权型土地经营权成立的必要条件。这一方面有利于权利公示,便于第三人直观认知,另一方面也便于“物权型”土地经营权与其他土地经营权区分。由此,对土地经营权的产生方式应当表述为“土地经营权是土地承包经营权人将其享有土地承包经营权的耕地出租、转包或者入股5年以上,并经登记成立。”

第四,在土地经营权权利主体方面,已突破集体经济组织成员身份的藩篱,即自然人(家庭农场、专业大户)或法人(农民合作社、龙头企业)均可成为土地经营权的主体,但是在同等条件下,集体经济组织成员可以优先于非集体经济组织成员成为特定土地经营权主体。故关于主体,可表述为“土地经营权的受让方须有农业经营能力,在同等条件下,本集体经济组织成员享有优先权”。

第五,在权利内容方面,除一般表述为占有、使用、收益外,还应具体化为权利的可继承性、可转让性、可抵押性以及权利标的的出租。具体可表述为“土地经营权在权利存续期间,可以继承、转让、抵押,并能将耕地出租。”

第六,在权利对抗性方面,创设土地经营权物权的初衷,是为了防止“土地承包经营权”对债权型土地经营权的侵害,同时,由于长期以来土地经营权为债权,业已形成一种惯性认识,需要予以纠正和重塑。因此,在设置土地经营权时应具体化其对抗土地承包经营权的权能,具体包括“在土地经营权存续期间,土地承包经营权人不得收回其土地经营权;不得妨害和干涉土地经营权人正当的经营行为

和处分行为;因土地承包经营权人的不当行为造成土地经营权人利益受损的,土地经营权人有权要求土地承包经营权人赔偿。”;同时,还需要考虑土地承包经营权人对土地经营权人的限制,主要是针对土地经营权人滥用权利的行为。可表述为“土地经营权人不得滥用土地经营权,因滥用行为造成耕地损坏的,土地承包经营权人有权要求土地经营权人赔偿;土地经营权人的行为可能造成耕地性质变更或者灭失的,土地承包经营权人可以终止土地经营权。”

第七,征收时的保障是土地经营权是否完成物权塑造的重要标志,应赋予土地经营权人在征收时的直接求偿权。根据《物权法》的相关规定,直接求偿权具体可表述为“土地经营权所在耕地被征收时,土地经营权人有权依照本法第四十二条第二款的规定获得相应补偿。”

第八,同等条件下,土地经营权人的优先权。包括两项,即在土地经营权存续期间或者期限届满时,土地经营权人有土地承包经营权的优先受偿权和土地经营权的优先获取权,这种优先权应先于本集体经济组织成员的优先权而存在,原因在于土地经营权人长期的耕作行为,已经将其劳动成果固化于耕地之上,如耕地平整、建水利设施、修通道路等,我们有理由相信耕地在其手中方能产生最大效益。上述内容具体可表述为“在土地经营权存续期间或者期限届满时,土地经营权人有土地承包经营权的优先受偿权和土地经营权的优先获取权。”

第九,用途管制,这是必不可少的一条,特别针对当前的农地非农化倾向,是有非常重要的意义。“土地经营权人不得改变耕地性质,进行非农业生产。”

第十,土地经营权的消灭。“土地经营权在经营期限届满后消灭;因自然灾害造成土地经营权客体毁灭的,土地经营权消灭。”

如何进行土地经营权的合理设置,是一个尚在探索之中的问题,但将土地经营权进行物权塑造,却是该权利设置的必然趋向。作者不揣浅薄,就此问题发表了些许浅见,实为抛出话题,盼能引得方家关注,竞相建言,尽快建立科学的土地经营权制度。

参考文献:

- [1]王东明.以放活土地经营权为突破口深化农村改革[J].求是,2014(20):18-20.
- [2]陈永志,黄丽萍.农村土地使用权流转的动力、条件及路径选择[J].经济学家,2007(1):51-58.
- [3]付晨,刘梦琴.农村土地承包经营权流转不足分析[J].经济体制改革,2005(6):22-24,30.
- [4]丁关良,阮韦波.农村集体土地三权分立论驳析——以土地承包经营权流转中“保留土地承包权、转移土地经营权(土地使用权)”观点为例[J].山东农业大学学报:社会科学版,2009(4):1-8,121.
- [5]韩长赋.农村土地实行“三权分置”有序流转土地经营权[EB/OL].(2014-10-17).[2014-12-12].http://china.cnr.cn/NewsFeeds/201410/t20141017_516617302.shtml.
- [6]梁慧星.民法总论[M].北京:法律出版社,2011:76.
- [7]陶钟太郎.从空间权看宅基地使用权[M]//杨遂全.民商法争鸣(第7辑).北京:法律出版社,2013:56-65.
- [8]苏永钦.中国需要什么样的民法典[J].私法,2013(1):1-17.
- [9]谢在全.民法物权论(上册)[M].北京:北京大学出版社,1999:18.
- [10]王利明.物权法论[M].北京:中国政法大学出版社,2003:85.
- [11]董学立.论租赁权的性质[J].山东警察学院学报,2005(5):69-73.
- [12]罗结珍.法国民法典[M].北京:法律出版社,2005.
- [13]百度百科.长期居住权[EB/OL].[2014-12-13].<http://baike.baidu.com/item/%E9%95%BF%E6%9C%9F%E5%B1%85%E4%BD%8F%E6%9D%83?fr=aladdin>.
- [14]陶钟太郎.居住权研究[M].北京:光明日报出版社,2011:30.

(责任编辑:刘浩)