

【土地问题】

# 《农村土地承包法》修改的制度要点与 实施问题研究

祝之舟

(内蒙古大学 法学院,内蒙古 呼和浩特 010021)

**摘 要:**新《农村土地承包法》在坚持集体土地所有权体制性品格的基础上,强调了土地承包经营权主体的身份性,实现了土地经营权的流动性,对原《农村土地承包法》进行了系统性的修正,农地承包体系、流转体系和权利体系均得以重新构建。为了保障新旧《农村土地承包法》的有效衔接以及新法的顺利实施,应尽快完善相关制度和规则。在新旧制度衔接方面,应妥善处理“四荒”土地经营权的登记换证问题,科学认定跨集体土地承包经营权转让的效力,准确界定土地承包经营权出租与土地经营权出租的关系。在新增制度实施方面,细化土地承包经营权承包期自动延长的规则,认可依法登记的土地经营权的物权性质,统一承包地和“四荒”地经营权的抵押担保方式和规则。

**关键词:**农村土地承包法;制度体系;土地承包经营权;土地经营权

**中图分类号:**D912.3      **文献标志码:**A      **文章编号:**1671-7465(2019)04-0087-08

2018 年 12 月 29 日,全国人大常委会通过了《关于修改〈中华人民共和国农村土地承包法〉的决定》(以下简称《决定》),并已于 2019 年 1 月 1 日开始实施。《决定》对《农村土地承包法》进行了系统的修改,不仅重构了静态的农地权利体系,而且重建了动态的农地流转体系;不仅强调了土地承包经营权主体的身份属性,而且设计了土地经营权的制度框架。这些重大变化在实施过程中势必引起诸多抵牾和分歧,造成新旧《农村土地承包法》衔接实施的制度障碍。梳理修法要点并明确实施规则,实为当务之急。

## 一、《农村土地承包法》修改的制度要点

从制度体系的角度看,本次《农村土地承包法》修改的要点如下:

### (一)完善了农村土地的承包体系

《农村土地承包法》规定的承包方式有两类:一是家庭承包,二是拍卖、招标等其他方式的承包。前者适用于耕地、林地和草地等集体所有或国家所有而由农民集体使用的农用地。后者适用于不宜采取家庭承包方式的集体“四荒”土地。在原《农村土地承包法》上,这两类承包方式所产生的承包方权利都是土地承包经营权。但新《农村土地承包法》第 49 条却规定:“以其他方式承包农村土地的,应当签订承包合同,承包方取得土地经营权。”根据该条规定,承包方通过其他承包方式取得的经营权,不再是土地承包经营权,而是土地经营权。

前述修改体现了家庭承包和其他方式承包的性质和结果的差异,是科学的。因为家庭承包的本质是集体成员对集体土地的实物分配,属于成员权机制,其所产生的是具有法定期限的用益物权;而拍卖、招标等其他承包方式则属于市场化的交易机制,其间虽有集体成员的优先承包

---

收稿日期:2019-04-08  
基金项目:广东省哲学社会科学基金一般项目“农地三权分置的实践逻辑和立法表达”(GD17CFX02);内蒙古哲学社会科学基金青年项目“内蒙古农地规模流转的风险防控机制研究”(2015C117)  
作者简介:祝之舟,男,内蒙古大学法学院副教授,法学博士,硕士生导师。

权,但交易价格由市场竞争机制形成,流转期限由双方协商确定,其所产生的承包方权利“未经依法登记不生物权效力”,其土地承包合同属于一般的债权合同<sup>[1]</sup>。因此,将通过其他方式取得的土地权利称之为土地经营权,不仅有利于科学区分两种性质不同、结果迥异的承包方式,而且也是对农村土地承包体系的完善。

## (二) 丰富了农村土地的流转体系

对于通过家庭承包取得的土地承包经营权的流转,原《农村土地承包法》规定的流转方式包括土地承包经营权的转让、互换、出租、转包和入股合作,禁止其入股公司和抵押担保。新《农村土地承包法》不仅保留了转让、互换、出租、转包等传统流转方式,而且还放开了入股方式上的限制,并允许土地经营权融资担保。这一立法上的变革不仅强化了土地承包经营权的权能,而且提供了更多的流转方式,丰富了农地流转体系。

但值得注意的是,在原《农村土地承包法》上,土地承包经营权的转让、互换、出租、转包和入股合作等都属于土地承包经营权流转的制度范畴,而新《农村土地承包法》则对其进行了体系化的区分,将其区分为:(1)土地承包经营权的转让、互换;(2)土地经营权流转;(3)土地经营权融资担保。在保留土地承包经营权转让和互换的同时,将土地承包经营权出租、转包和入股合作改造为土地经营权流转(出租、转包和入股),增加了土地经营权的融资担保。

在前述体系改造中,新《农村土地承包法》进一步将土地承包经营权的转让与互换一起限制在同一集体经济组织内部的农户之间,属于内部流转;而土地经营权流转则没有主体上的限制,属于外部流转;土地经营权融资担保的对象是金融机构,不直接产生土地经营权的实际流转。由此产生的法律后果是:“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”<sup>①</sup>。换言之,新《农村土地承包法》以“三权”分置政策为指引,禁止非集体成员获得土地承包经营权,而放开了土地经营权的自由流转和抵押,区分了土地承包权和土地经营权。

## (三) 贯彻“三权”分置,重塑农地权利体系

原《农村土地承包法》坚持集体土地所有制和双层经营体制,将土地承包经营权作为核心范畴予以塑造和规范,没有科学区分通过家庭承包取得的土地承包经营权和通过市场机制取得的“四荒”地承包经营权,没有重视通过土地承包经营权流转取得的经营者权益。本次修法精准贯彻落实中央提出的“落实集体所有权,稳定农户承包权,放活土地经营权”的“三权”分置政策,重塑了农地权利体系。

在落实集体所有权方面,新《农村土地承包法》除保留发包方原有的发包、备案、同意等权利外,还增加其对土地经营权流转和融资担保的监督管理权,如第64条规定:“土地经营权人擅自改变土地的农业用途、弃耕抛荒连续两年以上、给土地造成严重损害或者严重破坏土地生态环境,承包方在合理期限内不解除土地经营权流转合同的,发包方有权要求终止土地经营权流转合同。土地经营权人对土地和土地生态环境造成的损害应当予以赔偿。”

在稳定农户承包权方面,新《农村土地承包法》将土地承包经营权互换和转让严格限制在同一集体经济组织内部,禁止非集体成员取得土地承包经营权,同时允许承包农户在保留土地承包权的前提下,流转土地经营权或以其融资担保,从而兼顾了土地承包经营权的身份性和财产性,创新其权能分解机制。另外,为了维护进城农户的土地权益,新《农村土地承包法》还允许其进城落户后保留土地承包经营权。

在放活土地经营权方面,新《农村土地承包法》首先提炼了“土地经营权”的概念,并以此概念统一集体发包的“四荒”土地经营权和农户流转的土地经营权,形成了科学的土地经营权体

① 2013年12月中央农村工作会议指出:“坚持家庭经营基础性地位,农村集体土地应由作为集体经济组织成员的农民家庭承包,其他任何主体都不能取代农民家庭的土地承包地位,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。”

系。其次,它规定了土地经营权的登记制度,为土地经营权的物权化或权能升级提供了技术支撑。最后,土地经营权的权能体系也得以初步构建,比如自主经营权、再流转权和融资担保权等。

#### (四) 衔接三轮承包,实施承包期延长政策

现行耕地二轮承包大约到2027年左右到期。为了做好第三轮耕地承包工作,中央从稳定农村土地承包关系的角度,做出了耕地承包再延长30年的决策。本次《农村土地承包法》修改对前述政策进行了落实,同时规定林地和草地承包期届满后也相应延长一个承包期,着实为广大农民吃了一颗定心丸。

综上,全国人大常委会《决定》对《农村土地承包法》的修改是系统性、体系化的修改,并不局限于特定制度或规则的个别修正。因此,新《农村土地承包法》的实施必将对原《农村土地承包法》实施过程中已经产生的法律关系、权利配置或经营秩序带来结构性的影响。为了保障现行农地承包经营关系的稳定和健康发展,应当重视新旧法律实施的衔接问题。

## 二、新《农村土地承包法》实施的根本遵循

“权利系私法的中心概念,且为多样性法律生活的最终抽象”<sup>[2]</sup>。新《农村土地承包法》诸多体系更新归根结底是对农地权利秩序的重新配置,理解和把握各个权利的基本面向是《农村土地承包法》实施的根本遵循。

#### (一) 坚持集体土地所有权的体制性

集体土地所有制是我国农村土地法律制度的基本原则,在法权结构上集中体现为集体土地所有权,但集体土地所有权并非集体土地所有制的唯一表现方式。在不同的发展时期,我国农村的集体土地所有制还体现为不同类型的经营体制,这些经营体制同时也是集体土地所有权的实现机制。

从制度变迁的角度看,我国农村改革以前的集体土地所有权相继经历了初级社、高级社和人民公社,并定型于“三级所有、队为基础”的人民公社体制,人民公社体制是集体土地所有权在农村改革以前的实现机制,以1962年《人民公社工作条例修正草案》为规范依据。农村经济体制改革以后,人民公社体制被废除,集体土地所有权又相继经历了包产到组、包产到户与包干到户,并定型于家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制。双层经营体制是集体土地所有权在现阶段的实现机制,以1999年《宪法修正案》为规范依据。

无论是人民公社体制还是双层经营体制,都是集体土地所有权得以实现其制度功能和法律权能的制度框架。这一制度框架以其规整的结构、稳定的特质成就了集体土地所有权的体制性品格,同时还获得了社会认可与政治保障,并最终上升为法律,成为强制性社会规范。当前,双层经营体制更是被界定为“农村基本经营制度”和“党的农村政策的基石”。2002年《农村土地承包法》开宗明义第1条就将稳定和完善双层经营体制作为首要立法目的,本次修法依然将其奉为根本遵循。

双层经营体制塑造了集体土地所有权的体制性品格,同时也决定了集体土地所有权是一种集体组织与集体成员共享其所有权权能和所有者利益的特殊共有权,而并非传统民法上的私人所有权或单独所有权<sup>[3]</sup>。作为集体成员的农户占有、经营集体土地,集体组织则履行分配集体土地、监督承包经营的职责。新《农村土地承包法》新增发包人权利,落实集体所有权,正是双层经营体制下集体土地所有权功能实现的内在要求。

#### (二) 强调土地承包经营权主体的身份性

农村集体土地所有权以双层经营体制为实现机制,并由此形成了集体土地所有权的体制性



品格。这种体制化的特点要求农村集体经济组织普遍推行家庭承包制。1999年《宪法修正案》关于“农村集体经济组织实行家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制”的规定,其实就内含了农村集体经济组织推行家庭承包制、落实双层经营体制的政治责任。

集体土地所有权的体制性决定了土地承包经营权主体的身份性。这在原《农村土地承包法》中就有明显的体现。一方面是农户以集体成员身份参与家庭承包取得土地承包经营权,非集体成员无权参与家庭承包;另一方面是进城落户丧失集体成员资格,随之丧失土地承包经营权,自愿交回或由集体组织强制收回承包地。但也有例外,就是原《农村土地承包法》允许土地承包经营权向集体之外的农户转让,由非集体成员取得;通过拍卖、招标等竞价机制取得的“四荒地”承包经营权也可以由非集体成员取得并自由流转和抵押。

本次《农村土地承包法》修改进一步强调了土地承包经营权主体的身份属性。一方面将“四荒地”承包经营权改为土地经营权,将其从土地承包经营权范畴中剔除出去,纯化了土地承包经营权体系,另一方面限制土地承包经营权的对外转让,禁止非集体成员取得土地承包经营权。如此一来,土地承包经营权就成了一种仅能通过家庭方式取得并始终为本集体成员拥有的身份性用益物权。其唯一的例外就是承包农户进城落户后,即使丧失集体成员资格,也可以保留土地承包经营权。

土地承包经营权主体的身份性,取决于集体土地所有权的体制性,进而又从权源上体现了土地承包经营权的自物权或“相当所有权属性”<sup>[4]</sup>,其机理如下:作为集体土地所有权人的全体集体成员,分享集体土地所有权权能,通过集体土地所有权权能的内部分解或质的分割,形成集体成员的土地承包经营权。因此,土地承包经营权是集体土地所有权权能内部分解的结果,因而属于集体土地所有权的一部分。进而可知,土地承包经营权并非典型的他物权,即并非在他人之物上设定的用益物权,而是所有权人自己设定的用益物权。

### (三) 实现土地经营权的流动性

土地承包经营权本是我国物权法明确认可的用益物权和财产权,虽在原《农村土地承包法》上具有一定的身份属性,但转让、互换、出租、转包等流转方式又在很大程度上彰显着它的财产属性,即流动性或可交易性。新《农村土地承包法》出于强调土地承包经营权主体身份性的政策考量,限制了土地承包经营权的对外转让,使其成为一种仅能在同一集体经济组织内部进行物权变动和整体互换或转让的用益物权。这显然与农地流转蓬勃发展的农业经济形势背道而驰。因此,为了适应农地流转的现实需求,新《农村土地承包法》在限制土地承包经营权对外转让的同时放开了土地经营权的流转和融资担保。

土地经营权在成为独立的权利之前,是集体土地所有权和土地承包经营权的权能或权利表现形式之一,即集体组织和承包农户分别依据其土地所有权和土地承包经营权享有直接经营集体土地的权利。但在双层经营体制和家庭承包制下,集体组织通过家庭承包将该经营权让渡给了承包农户,成了土地承包经营权的权能;在拍卖、招标等其他承包方式下,集体组织将该经营权让渡给了中拍人或中标人,形成“四荒”土地经营权。后者可以自由流转,但承包农户却只能进一步分解土地承包经营权的权能,将其中的土地经营权分解出来进行市场化交易,赋予实际经营者,以权能分离的方式间接实现农地流转。

土地承包经营权在流转中分解出土地经营权,正是“三权”分置的核心要义,也是新《农村土地承包法》的基本原则之一。对此,其第9条列有明文,即“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”。新《农村土地承包法》通过“三权”分置技术将土地经营权从土地承包经营权之中分解出来,从根本上反映了土地承包经营权之身份性与财产性的内在冲突。分解土地经营权的本质就是剥离土地承包经营权的财产性权能,并将其投入农地流转交易市场。分解出土地经营权之后的土

地承包经营权在约定流转期限内丧失土地经营权能,但仍为法律上的土地承包经营权,称其为土地承包权,不符合法律规范,新《农村土地承包法》也仅在前述第9条使用了这个概念。

### 三、新《农村土地承包法》实施的技术路径

从法律技术的角度看,全国人大常委会《决定》对《农村土地承包法》的修正主要体现为两个方面的内容,一是对原有制度或规则的修改,二是新制度或规则的制定。因此,实施新《农村土地承包法》的技术路径也主要体现为这两个方面。

#### (一) 实现原有制度的有效衔接

##### 1. 妥善处理“四荒”土地经营权的登记换证问题

为了纯化土地承包经营权的身份性,新《农村土地承包法》将“四荒”土地承包经营权移出土地承包经营权范畴,改为“土地经营权”。由此引发的问题是:以后的“四荒”土地经营权登记也应进行相应的变更,将其土地承包经营权登记变更为土地经营权登记,但新《农村土地承包法》第三章“其他方式的承包”并没有规定“四荒”土地经营权的登记条件和效力。在此情况下,类推适用第二章“家庭承包”第五节“土地经营权”第41条规定的土地经营权登记制度,就成了一个务实的选择,但需要进一步明确。

从体系解释的角度看,前述第41条的规范对象是家庭承包下的农户流转土地经营权时所进行的土地经营权登记,并不当然适用于“四荒”土地经营权登记。因此,“四荒”土地经营权登记并不能直接适用该条规定,而只能类推适用。类推适用是填补立法漏洞的技术规则,“系就法律未规定之事项,比附援引与其性质相类似之规定,以为适用”<sup>[5]</sup>。“四荒”土地经营权与承包土地经营权虽然产生方式不同,但均属于纯粹的财产权,都可以自由流转,这是“四荒”土地经营权类推适用承包土地经营权的法理基础。

另外,在新法实施以前按照原《农村土地承包法》颁发的“四荒”土地权利证书是否需要换发新证的问题,也应当进行明确;即使不需要换发新证,也应当明确其效力不变,并可以适用新法关于土地经营权的一般规则,以免除相关当事人的担忧。

##### 2. 科学认定跨集体的土地承包经营权转让的效力

为了保证土地承包经营权始终掌握在本集体的农户手中,新《农村土地承包法》第34条修正了旧法不限制土地承包经营权转让的受让人身份的规定,将其限定为“本集体经济组织的其他农户”,非集体成员再没有资格受让土地承包经营权。据此,如果承包农户与非集体成员签订土地承包经营权转让合同,将无法获得发包方的同意,也无法进行土地承包经营权的变更登记,因而也就不能取得土地承包经营权。由此引发的问题是:新法实施以前已经签订或取得的跨集体转让合同或权利证书是否继续有效?

本文认为,对于新法实施以前已经签订转让合同并取得土地承包经营权证书的,应当继续认可其效力。理由是法不溯及既往的规则。关于该规则,我国《立法法》第84条曾规定:“法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章不溯及既往,但为了更好地保护公民、法人和其他组织的权利和利益而作的特别规定除外。”根据该规定,不溯及既往是法律适用的一般规则,即不能用新的法律调整此前发生的行为。而且,将新《农村土地承包法》实施以前发生并完成的跨集体土地承包经营权转让行为认定为有效,既不损害转让双方的利益,也有利于稳定农村土地经营秩序。

但是对于新法实施以前虽已签订转让合同但尚未取得土地承包经营权证书的,将其认定为土地经营权出租合同并依据新《农村土地承包法》第41条进行土地经营权登记,更为合理。在未取得土地承包经营权证书的情况下,该跨集体土地承包经营权转让行为并没有完成,适用旧

法继续后续登记行为不合法不溯及既往的规则,也不符合新法优于旧法的规则。因此,继续申请办理土地承包经营权变更登记,已无可能。在此情况下,若要继续办理相关权利登记,就只能根据新法第41条申请土地经营权登记,此前的土地承包经营权转让合同就相应地转变为土地经营权出租合同。当然,根据登记对抗主义的物权变动模式,受让人也可以选择放弃权利登记,仅以转让合同享有对抗效力的土地承包经营权。

### 3. 准确把握土地承包经营权出租与土地经营权出租的关系

土地承包经营权出租和转包是原《农村土地承包法》上农地流转的两种典型方式,虽概念不同,但在法律后果上并无本质区别,均产生承租人或接包人的债权性土地经营权,因而也被称之为债权式流转。新法将其改造为土地经营权出租(转包),并增设了登记制度。不考虑登记制度的因素,土地承包经营权出租与土地经营权出租也并无本质区别,只是表述不同而已,其法律后果均不改变土地承包经营权的归属,又同时赋予承租人或接包人以土地经营权。因此,新《农村土地承包法》的实施不能影响原土地承包经营权出租或转包的效力,而且更应当将其视为土地经营权出租予以保护和规范。进而需要特别注意的是,为了保障实际经营者的经营权益,还应当赋予原土地承包经营权的承租人或接包人以依法登记土地经营权的资格,以升级其权利、增强其权能,使其成为可以自由流转和融资担保的土地经营权,从而享有新《农村土地承包法》所带来的制度红利。

## (二) 制定新增制度的实施规则

### 1. 细化承包期延长的具体规则

新《农村土地承包法》第21条第2款从维护双层经营体制的角度规定了土地承包经营权在承包期届满后再延长一个承包期的政策。但是,该条规定并没有明确承包期延长的实施机制,特别是没有明确其适用条件和适用范围,实为立法漏洞。

首先,应当明确承包期延长的一般规则。根据新法第21条第2款“耕地承包期届满后再延长三十年”的规定,所谓“延长承包期”,其意是指在原土地承包合同或土地承包经营权登记的基础上直接、自动延长承包期限,而不能理解为“打乱重分”<sup>[6]</sup>。打乱重分无异于终止原合同、消灭原土地承包经营权,重新进行第三轮集体土地承包,如果这样也就没有必要使用“延长”的措辞了。“延长”一词的规范意义就是要保持原有土地承包合同和土地承包经营权的效力,而不使其终止或消灭。

其次,在土地承包经营权转让的情况下,承包地的三轮承包权归属需要明确。土地承包经营权是一种拥有法定期限的用益物权,这是承包期延长机制设置的原因,同时也是土地承包经营权转让的前提。换言之,土地承包经营权转让的规范意义应当是剩余法定承包期内的土地承包经营权的转让,不当包括将被延长的承包期,否则就不是土地承包经营权的转让而变成法律禁止的承包地买卖了。因此,承包期届满后的三轮承包权应当归属于土地承包经营权的转让人,即原承包农户;原承包农户消灭的,承包地由集体组织统一收回。

最后,承包农户进城落户后,是否依然享有原承包地的三轮承包权,需要明确。新《农村土地承包法》取消了旧法关于承包农户进城落户即收回承包地的规定,允许其进城落户时保留承包地。那么,这种保留是否意味着进城农户依然享有三轮承包期的承包权或延包权呢?对此问题,本文认为,从维护土地承包经营权的身份属性的角度看,是否享有三轮承包权,应当取决于相关农户的集体成员资格在承包期限届满时是否依然存在。如果根据相关法律规定,进城落户即丧失集体成员资格,则其土地承包经营权只能保留到二轮承包期届满,而不能自动延长;反之,则可以自动延长。

### 2. 明确土地经营权的权利性质

土地承包经营权在流转中分解出土地经营权,是“三权”分置政策的核心,同时也是本次



《农村土地承包法》修改的指导思想,但该土地经营权究竟是债权还是物权,学术界存在着较大的争议<sup>[7]</sup>,新《农村土地承包法》也只是“原则界定了土地经营权权利,淡化了土地经营权性质”<sup>[8]</sup>。

但是,土地经营权的性质界定不仅是一个重大的理论问题,也具有非常重要的现实意义,淡化不得,也回避不得。无论是具体权能还是交易规则,物权和债权都有很大区别,而且法律依据也明显不同。其实,新法第41条已经提供了一个可供探讨的法律条款,根据该条规定,流转期限在五年以上的土地经营权具备登记资格,且在登记之后具备对抗效力。据此,我们可以将五年以下的土地经营权认定为债权,而将五年以上且已登记的土地经营权认定为物权。因为我国现行法尚没有通过国家专门机构登记普通债权的先例,只有物权才具备登记的资格和必要,而且登记后才具备物权效力是我国《物权法》第9条明确规定的一般原则,除非法律另有特别规定。故而,在国家物权立法并未明确未经登记的土地经营权亦为物权的情况下,仅能将登记的土地经营权认定为物权。如此一来,五年以上而没有登记的土地经营权则只能定性为债权。

从制度演进的角度看,新《农村土地承包法》上的土地经营权流转直接来源于原《农村土地承包法》上的土地承包经营权出租、转包和入股合作。而后者一直被学界认定为债权式流转方式,即通过土地承包经营权出租、转包或入股合作所产生的土地经营权(即承租权、转承包权和合作经营权)都属于债权性质的经营权<sup>[9]</sup>。新《农村土地承包法》改变了表述方式,称之为“土地经营权流转”,其本质却并未发生变化。因此,鉴于土地承包经营权出租、转包和入股合作与土地经营权流转的同质性,将未经登记的土地经营权定性为债权是合理的。另外,与土地承包经营权所在的熟人社会环境不同,土地经营权流转并不局限于同一集体经济组织内部的熟人社会,而且经常流转于集体成员之外的经营主体。在此情况下,未经登记的土地经营权就没有适当的机制彰显物权特有的公示性和公信力,强行赋予其物权效力并无实际意义。

最后,登记生效主义是中国物权法上不动产物权设立和变动的一般模式和基本原则<sup>[10]</sup>。将是否登记作为区分债权性土地经营权和物权性土地经营权的核心标准,并将登记作为债权性土地经营权转换为物权性土地经营权的法律机制,不仅是登记生效主义的应有之义,而且中国台湾地区也有类似借鉴。中国台湾地区的有关规定:“租用基地建筑房屋者,承租人于契约成立后,得请求出租人为地上权之登记。”其规范意义正是通过登记将债权性土地承租权登记为物权性地上权,恰可为新《农村土地承包法》第41条提供比较法上的阐释依据。

总之,新《农村土地承包法》第41条的科学解释应当是,未经登记的土地经营权,不具有物权效力;其“未经登记,不得对抗善意第三人”的表述应做狭义理解,不应解读为登记对抗主义。因此,有学者将其称之为“债权和用益物权的二元性条款”<sup>[11]</sup>,颇值赞许。

### 3. 明确土地经营权融资担保的规则

新《农村土地承包法》延续了旧法禁止承包农户以土地承包经营权进行融资担保的立场,但同时放开了土地经营权的融资担保,其第47条不仅允许承包农户用其土地经营权融资担保,而且也赋予流转出去的土地经营权以融资担保资格。这两类土地经营权融资担保与新法第53条规定的“四荒”土地经营权抵押共同构成了一个完整的土地经营权担保体系。但对比两个条文不难发现,同为土地经营权担保,其具体规则并不统一,需要完善。

首先,新法第53条明确了“四荒”土地经营权担保的具体方式为抵押,而第47条并没有明确承包土地经营权担保的具体方式,似有质押适用之余地。本文认为,为了统一土地经营权担保体系,消除相关法律适用之分歧,也应当将承包土地经营权担保的方式明确为抵押,而不是质押。质押虽为担保物权之一种,但以动产质押和转移占有为原则,权利质押也只是适用于有价证券和知识产权,不包括土地使用权或经营权质押。

其次,依据新法第53条之规定,“四荒”土地经营权必须在取得权利证书(即土地经营权证

书)后才可以进行抵押,但第 47 条并没有将取得权利证书作为承包土地经营权担保的条件。本文认为,将取得权利证书统一作为土地经营权抵押的条件,有利于明确担保抵押的客体范围,特别是土地面积和权利期限,也有利于抵押权人的权利实现。另外,金融机构一般也不会接受没有取得权利证书的土地经营权抵押或质押。将取得权利证书作为土地经营权抵押的条件实际上就是仅允许具有物权效力或对抗效力的土地经营权抵押,限制未经登记的土地经营权抵押。这有利于维护和实现土地经营权抵押的优先受偿效力。为此,应当限缩解释第 47 条中的土地经营权,将其限定为“取得权利证书的土地经营权”;同时,还应当允许承包农户在取得土地承包经营权登记的同时另行申请土地经营权登记,以备抵押所需。

最后,新法第 47 条规定了承包土地经营权担保的登记对抗主义模式,而第 53 条并没有规定“四荒”土地经营权抵押的具体登记模式,2007 年《物权法》第 187 条却规定了“四荒”土地经营权抵押的登记生效主义模式。这就造成了两种土地经营权抵押登记模式的不同。为了统一两类土地经营权抵押的登记模式,建议通过未来民法典物权编的编纂修改后者,毕竟新《农村土地承包法》刚刚实施,再行修改难度较大。

## 四、结语

法律的生命在于实施。新《农村土地承包法》以“三权”分置政策为指引,对土地承包经营权及其流转制度进行了系统性的修正,在坚守集体土地所有权体制性品格的基础上,强调了土地承包经营权主体的身份性,同时也实现了土地经营权的财产性塑造,重构了农地权利体系。如此复杂而不失精巧的制度设计,能否禁得起现实考验,以获得实效,尚有待于观察。从本源上看,无论是土地承包经营权的坚守,还是土地经营权的流转,都属于集体土地所有制实现和双层经营体制创新的范畴,并最终服务于“三农”问题之破解、乡村振兴战略之实施。为达此长远目标,修订《农村土地承包法》应为我国农村土地制度改革的新起点,而非终点。

## 参考文献:

- [1] 高圣平,王天雁,王昭军.《中华人民共和国农村土地承包法》条文理解与适用[M].北京:人民法院出版社,2019:334-335.
- [2] 王泽鉴.民法总则[M].北京:北京大学出版社,2009:67.
- [3] 韩松.农民集体土地所有权的权能[J].法学研究,2014(6):63-79.
- [4] 袁震.论农村土地承包经营权的相当所有权属性[J].河南大学学报(社会科学版),2016(5):10-23.
- [5] 杨仁寿.法学方法论[M].北京:中国政法大学出版社,1999:194.
- [6] 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[J].中国农业大学学报(社会科学版),2018(6):79-86.
- [7] 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[J].法学家,2017(5):13-24.
- [8] 刘振伟.巩固和完善农村基本经营制度[J].农村工作通讯,2019(1):20-24.
- [9] 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[J].清华法学,2018(5):112-125.
- [10] 梁慧星,陈华彬.物权法:6 版[M].北京:法律出版社,2016:80.
- [11] 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[J].南京农业大学学报(社会科学版),2019(1):100-109.

(责任编辑:刘浩)