

【土地问题】

分解、舍弃抑或改造：《民法典》编纂中 土地承包经营权的定位

单平基

(东南大学 法学院,江苏 南京 210096)

摘 要:《民法典》编纂中,农地“三权”分置既不应分解、架空或舍弃土地承包经营权,也不宜将其准所有权化或认定为自物权,而应坚持土地承包经营权而非“土地承包权”的称谓并充实其权能,使其回归本来的用益物权属性。《民法典(草案)》《民法典》物权编(草案)二审稿、一审稿和《农村土地承包法》关于土地承包经营权的制度设计存在一定缺陷。《民法典》中的农地“三权”分置应采用“农地集体所有权(自物权)、土地承包经营权(用益物权)、土地经营权(债权)”,而非“农地集体所有权(自物权)、土地承包权(用益物权)、土地经营权(用益物权)”之结构。在农地法制改革中,应坚持和落实农地集体所有权,而不能将其虚置;不能将土地承包经营权认定为扮演所有权的角色,而应坚持其为派生自农地集体所有权的用益物权定位,并以充实其用益物权权能为基础进行农村土地制度改革;土地经营权应定位为分离自土地承包经营权的债权性权利。其中,土地承包经营权这一权利定性和权利称谓,不应受土地经营权生成和定性的影响,也不应被“土地承包权”所替代。在充实土地承包经营权之用益物权权能前提下,经由债权定性的土地经营权的生成和流转,助推农业适度规模经营和乡村振兴的实现。

关键词:《民法典》;“三权”分置;土地承包经营权;土地承包权;土地经营权

中图分类号:D922.32 **文献标志码:**A **文章编号:**1671-7465(2020)03-0123-09

在编纂《民法典》之际,恰逢国家推行承包地“三权”分置之时,土地承包经营权应如何定位成为无法绕开的重要课题。2019 年 12 月 28 日全国人大常委会审议的《中华人民共和国民法典(草案)》(以下简称《民法典(草案)》)、2019 年 4 月 26 日审议的《民法典》物权编(草案)二审稿,与 2019 年 1 月 1 日修改后的《农村土地承包法》以及 2018 年 8 月 27 日审议的《民法典》物权编(草案)一审稿相较,对此采取了不同的立法思路。修改后的《农村土地承包法》在土地承包经营权流转时将其分置为土地承包权和土地经营权(第 9 条)。与此不同,《民法典(草案)》第 339 条、《民法典》物权编(草案)二审稿第 134 条规定在“流转土地经营权”时,以及物权编(草案)一审稿第 129 条、第 130 条规定在“出让土地经营权”时,均沿用了土地承包经营权概念,而未创设“土地承包权”。那么,在《民法典》中,土地承包经营权将何去何从? 它的定位直接关系亿万农户切实利益的维护,甚至决定着整个农地法制改革的成败。学界主张将其分解、舍弃抑或改造等论说莫衷一是。这意味着在《民法典》编纂过程中,重新阐释和探讨这一问题就更具现实意义。

一、《民法典》编纂中土地承包经营权何去何从

《民法典》编纂中,构建农地新型规范体系,亟须对土地承包经营权科学定位。形成“三权”分置的动因,在于传统的土地条块化、农户个体分散化的经营方式较现代集约式、规模型、专业

收稿日期:2019-07-25

基金项目:教育部哲学社会科学研究后期资助项目“农地‘三权分置’权利构造:学说与规范”(18JHQ065)

作者简介:单平基,男,东南大学法学院副教授,东南大学最高人民检察院民事检察研究基地主任。

化的农业经营模式明显缺乏效益^[1]。“三权”分置之下,土地承包经营权应扮演何种角色?对它的准确定位,直接关系到农地法制改革的有序推进,更决定着乡村振兴战略的顺利实施。

学界针对如何定位土地承包经营权尚未达成共识,主张把它分解为土地承包权和土地经营权、舍弃原有概念而改采土地承包权,抑或将其定位为准所有权、自物权者均有,呈现出对其定位的乱象。

其一,有学者将它定位为准所有权或自物权。或是主张它具有所有权性质^[2],扮演准所有权角色,或是认为它本来就是一项自物权,是农户行使自己权利的方式,并非派生于农地集体所有权,相反,农地集体所有权来源于农户的权利授予^[1]。

其二,有学者主张把土地承包经营权分解为土地承包权和土地经营权^[3],前者承载着对农户的社会保障,后者则彰显财产支配价值^[4]。持此观点者又分为两种阐释路径:一方面,有学者认为土地承包权和土地承包经营权的本质相同,只是由于后者的部分权能分离而受到限制^[5];另一方面,有学者认为土地承包权属于成员权,并非一项可长久行使的财产权^[4]。

上述观点存在需探讨之处。首先,若把土地承包经营权确立为准所有权或自物权,那么,农地集体所有权是否会虚置?其次,若主张土地承包权就是承包经营权,那么,为何不保留后者的称谓,而要对这一已为公众熟知并在实践中仍发挥重要功效的权利类型进行更改?毕竟,全国94.2%的农地仍是以家庭为单位由农户承包经营,只有5.8%的农地由集体或其他新型主体经营^[6]。“坚持因地制宜”应是“三权”分置的基本原则。实践中,对不适合开展土地承包经营权流转的农村区域,农地“两权”分离将在很长一段时期内存续,农地上的权利类型会呈现多元化现象,需处理涉及土地承包经营权与其他权利的关系问题。

私法制度的创设必须基于法学理论的证成^[7]。无论是采用土地承包经营权抑或土地承包权的称谓,哪种制度选择更符合权利生成逻辑,更契合权利体系结构,是《民法典》编纂中最应考量的因素。对此,以下问题亟须解决:

其一,《民法典》编纂中,土地承包经营权应何去何从?如果由它派生出本质是他物权范畴的土地经营权,是否会出现由它替代农地集体所有权,呈现“准所有权化”而农地集体所有权被虚置的风险?

其二,是否沿用承包经营权称谓,抑或在它生成他物权本质的土地经营权后,分解为“土地承包权”?是否会架空或使它呈现虚化状况?

其三,如何处理它与“三轮延包”“土地承包经营关系稳定并保持长久不变”和当前农地确权之间的关系?毕竟,农地确权主要针对土地承包经营权登记。

其四,《民法典》编纂中,契合“三权”分置改革精神,土地承包经营权应当被分解、舍弃,还是进行必要的改造?这涉及能否在保留承包经营权称谓和充实用益物权权能基础上,助推《民法典》规范设计之科学和乡村振兴目标的实现。

二、土地承包经营权“准所有权化”省思

《民法典》编纂中,依据“三权”分置要求,不能改变农村土地集体所有制,不应虚置其法权形式(农地集体所有权)。

(一) 农地集体所有权不能虚置

无论中国农地法制如何改革,稳定农户对承包地的经营预期,是必须遵循的一项基本原则。修改后的《农村土地承包法》将保持承包经营关系“稳定并长久不变”置于第1条的位置予以规范,改变了原来“长期不变”的立法表述。“长期”和“长久”虽仅一字之差,但蕴含着国家对坚持承包经营关系更为鲜明的态度,即农村土地集体所有制及农地集体所有权、承包经营制度长久不变。

但是,长久不变并非永久不变,更非将承包地私有化。农地集体所有权不应被虚化,否则将

导致集体经济组织权利内容缺失、权利行使受限。毕竟,由所有权分离出来的权能所组成的权利消失之后,这些权能必须重新回到所有权中去^[8]。申言之,集体土地所有权无期限限制,但土地承包经营权应有期限,否则就模糊了二者的边界。正是因为期限的存在,才成为在期限届满后将其再作延长的原因^[9]。

保持承包经营关系长久不变,并非“一刀切”僵化地不对承包经营权作任何调整,应重视和灵活运用承包经营期满调整制度。实际上,现行“增人不增地、减人不减地”政策将人地关系固化,违反公平价值,饱受争议,许多地方甚至出台“土政策”加以变通、消极执行或积极抵制^[10]。因此,对“二轮”延包时放弃承包经营权(如顾忌农业税缴纳)但现仍属于集体经济组织成员的农户,可在其补足相关税费的基础上,对承包经营关系作相应调整。同时,对界限不清、分配不均的区域,应借此确权契机依法调整,确保权利配置公平。

(二) 不能将土地承包经营权“准所有权化”或定位为“自物权”

1. 土地承包经营权“准所有权化”反思

有学者认为,土地承包经营权集享有与使用于一体^[11],具有所有权性质^[2]。这种观点映射出农地集体所有权在法律规范及实践层面呈现虚置状况^[12]。这种观点值得商榷。依循法律逻辑,绕开农地集体所有权不能解决农地利用困境,“物尽其用”(《物权法》第1条)需以所有权为基础来展开。毕竟,用益物权是在承认所有权的完整性、整体性及恒久性的前提下方得成立^[13]。如果作为母权基础的农地集体所有权虚置,由此派生的承包经营权将成为“无源之水、无本之木”,无法彰显用益物权属性,整个农地法制改革也将无法顺利推进。落实集体所有权与充实承包经营权不仅不矛盾,相反,只有得益于前者的落实,才能保障后者的实现。

坚持农地集体所有权不改变,是整个农地法制改革的底线。集体土地所有制是社会主义公有制的重要组成部分,而集体土地所有权是其法权形式,不但不应虚置,而且必须落实,使其转化为现实可行的制度装置,成为可以搭载集体功能的法定权利,以巩固和加强农村土地集体所有制^[3]。故而,应将落实集体所有权与发展农村经济相结合,扭转虚置状况,为农地法制改革和乡村振兴提供制度根基,避免使“三权”分置成为跛脚的改革。循此,倘若农地集体所有权虚置,那么不仅违反私权生成逻辑,而且有改变农地集体所有制这一农地法制改革底线的风险。

2. 土地承包经营权本质并非“自物权”

有学者主张农地集体所有权来源于农户的权利授予,承包经营权属于“自物权”,是农户行使自己权利的方式^[1]。这种观点意识到农地权利制度构建不能完全割裂制度演进的前后关联,认识到承包经营权同传统用益物权的差异,值得肯定,但将其定位为一种“自物权”,则值得商榷。

首先,就解释论而言,建立在土地公有制基础上的农地集体所有权本质上是本集体成员集体所有(《物权法》第59条第1款),在其上为农户设置承包经营权(《民法总则》第55条),不同于传统民法中的土地私有权和用益物权的关系。农户虽然是组成农村土地所有权主体(集体)的成员,但其对集体土地的使用并非对自己集体份额的分割,仍是针对集体土地设置的用益物权,属于对他人土地的使用。

其次,认为“农地集体所有权来源于农户的权利授予,承包经营权属于一种‘自物权’”的观点,类似于将社会契约理论适用于农地权利配置领域,可作为阐释农地集体所有制的伦理基础,但它与民法“权能分离”理论中的自物权并不一致。退一步讲,国家所有即全民所有(《宪法》第9条),难道也能推导出国有建设用地使用权是一种“自物权”吗?

最后,农地所有权作为自物权,是承包经营权的母权基础^[14]。基于权能分离理论,从农地集体所有权中分离出占有、使用、收益权能汇集成承包经营权,在权利主体保留权利的前提下权能与主体分离,即将所有权留在身边,仅将该物的利用价值“隔离”出去^[15]。从权能“所出”的角度观察,可知承包经营权派生自农地所有权^[16]。

三、土地承包经营权分解成“土地承包权”的虚化风险

为防止承包经营权虚化,不应因土地经营权的分离而将土地承包经营权分解成土地承包权。

(一) 土地承包经营权的性质不受土地经营权定性之影响

土地经营权应纳入他物权抑或债权范畴,存有争议,即便在《农村土地承包法》修改之后,争议也并未戛然而止^①。但是,无论土地经营权如何定性,均不能对承包经营权的性质和称谓产生影响。其一,为防止影响承包经营关系稳定,承包经营权人可以通过出租、入股或其他债权性处分形式设立土地经营权。新型经营主体不能改变农地用途,且其权利不能超过剩余的承包期限^[17]。此时,不论该项权利如何流转,承包经营权都属于农户,任何人都不能非法剥夺和限制。其二,即便土地承包经营权“准所有权化”后能够生发用益物权性质的土地经营权,也不应舍弃承包经营权的称谓,就如农地“两权”分离结构下农地集体所有权派生承包经营权后,它的性质和称谓不发生改变一样^[18]。

依循法律逻辑,他物权性质的承包经营权不应再次生发出他物权性质的土地经营权。

首先,土地经营权从承包经营权中生发,是经由后者的出租、转包、入股等债权性方式实现的,而转让、互换引发的是物权性移转,而非分离出新的权利类型。通过债权形式生发的经营权,在债权期限届满后将重新回归农户手中,使承包经营权恢复圆满状态,不会导致农户失去承包经营权。可见,承包经营权的债权性处分得以不具有农户成员身份的新型经营主体为交易对象。

其次,按照物权法定原则,物权的种类和内容,由法律规定,但土地经营权并非精确的法律概念,具有权利主体多元性和权利内容复杂化的特点。将它纳入物权范畴,明显于法无据。例如,集体作为所有权人以及农户作为承包经营权人均可直接经营农地;承包地租赁协议中的承租人、入股协议中的农村合作社或股份公司等均可作为经营主体。相反,经由债权契约,则可明确不同经营情形中当事人的权利义务关系。

再次,在承包经营权的本质是用益物权之后,由一物一权原则决定,不应再将土地经营权确立成用益物权,以免因“两权相角”而架空前者。毕竟,对土地的直接占有、使用只能由一人享有和行使,土地经营权人行使时,就会将承包农户排除在外,反之亦然,“三权”分置格局根本无法形成。相反,如果采用债权定性方式就可化解这种窘况,当事人可以约定经营权的期限、权利内容等事项。

最后,就解释论而言,承包期内,发包方不得调整、收回承包地(《物权法》第131条),土地承包经营权具有排除发包方干涉的效力,意味着如果再规定新的用益物权性质的土地经营权就有去法治化的风险。毕竟作为用益物权最本质的体现,即对该宗土地的直接占有、使用及部分收益权能,已转至土地经营权人手中,就难免出现农户担心新设权利对其承包经营权造成侵害的现象,进而使藉此设立的土地经营权也难以长远^[1]。

(二) 土地承包经营权不应被土地承包权替代

第一,在《民法典》构建新型农地权利体系中,稳定压倒一切,不能因新型权利的设置使农民产生误解而引发民心不稳。从权利源起看,承包经营权的产生源于对人民公社经验教训的总结,蕴含着农业产业发展因素,藉此形成的农地关系已获得亿万农民的衷心支持和拥护。若要设置新的权利类型替代它,必须具备充分的法理和规范依据。

① 主张土地经营权为用益物权的观点,参见蔡立东、姜楠:《农地三权分置的法实现》,《中国社会科学》2017年第5期;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。主张将它定性为债权的观点,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;高圣平:《土地经营权制度与民法典物权编编纂——评〈民法典物权编(草案二次审议稿)〉》,《现代法学》2019年第5期。

第二,若认为承包经营权流转出新的经营权后所保留的土地承包权为一项独立的权利类型,即将它分解成土地承包权和土地经营权(《农村土地承包法》第9条),那么,在农地之上将可能产生“四权”并存的权利龃龉状况。因为土地承包经营权未流转时,仍体现为农地集体所有权、承包经营权之“两权”分离形式。对于短期无法实现农业人口大规模转移至城镇或不适宜开展现代农业适度规模经营的农村区域(如山区),或者农户不愿意流转者,“两权”分离仍有存在必要。在两种权利结构都可能存在的情况下,当未发生权利流转而呈现“两权”分离形式时,难道就不保护土地承包经营权吗?这难免有因小失大的风险。另外,土地承包经营权在流转之前可能已设定负担(如已出租),如果更改成土地承包权,之前已设定的负担将如何处理呢?可见,在农地之上将产生三种以上权利并存的混乱景象。

第三,主张以土地承包权概念取代承包经营权^[19],极易引起权利行使困境,不符合立法技术,将使农地权利体系因过多权利设置而产生相互龃龉的现象。这直接导致实践中出现土地经营者不知自己权利的性质及范围,而管理部门对承包农户与土地经营者的关系也不知如何处理的困境^[1]。基于权能分离理论,农地集体所有权分离出的权能汇集成用益物权性质的承包经营权(《物权法》第117条、第125条),在此项用益物权存续期间,应由农户直接享有并决定是否将其再次分离出去形成新的权利类型。

第四,修改后的《农村土地承包法》仅于第9条呈现一次关于土地承包权的表述,除此之外,整部法律对此别无任何规定,难以认定承包地权利体系中存在着独立的此种权利类型,否则法律应对此项权利的性质和内容进行规范。实际上,立法机关也将此处“土地承包权”解释成土地承包经营权^[17]。对土地承包权定位的模糊性,也使其难以替代承包经营权。土地承包权究竟是成员权,抑或用益物权,存在不同解读。有学者认为,土地承包权属于成员权范畴^[4]。但就政策指向而言,更偏重将土地承包权定位为用益物权。《关于完善农村土地所有权承包权经营权分置办法的意见》将土地承包权界定为,对农地予以占有、使用和收益的权利,符合用益物权特性,而非将其定位为成员权。毕竟,成员权的本质乃身份性权利。可见,保留承包经营权概念便能化解上述分歧。在“三权”分置之下,承包地的产权结构由土地所有权、承包经营权和土地经营权构成,土地承包权解释为承包经营权的简称。它既含有农户作为本集体成员初始取得承包经营权之资格,也含有对农地实际经营或交由他人经营的权利。

第五,坚持土地承包经营权概念相较于分解为土地承包权称谓,有助于承包经营关系稳定和长久不变。为提升农地利用效率,由农业集体化到家庭联产承包责任制,再到家庭承包制^[20],直至当前探讨由新型经营主体享有土地经营权以实现农业适度规模经营,可以说,针对农村土地经营模式的探索和创新从未停止。在此过程中,只有土地承包经营权长久不变,由此生发的土地经营权才会稳定,“三权”分置权利结构才能稳定有序。

四、回归土地承包经营权之用益物权定位的制度改造

《民法典》编纂中,应当沿用土地承包经营权称谓,经由其权能充实实现土地经营权的生成和流转,不应架空或分解承包经营权,不能使“三权”分置成为跛脚式改革。

(一)以充实土地承包经营权之用益物权权能为基点的制度改造

对土地承包经营权的定位应依循“充实权能和回归权利”的制度逻辑,还原其作为用益物权的应然属性,为生成和打造土地经营权提供权源基础。

1. 坚持土地承包经营权之用益物权属性和权利称谓

“三权”分置之政策意蕴是经由承包经营权之权能充实以生成并放活土地经营权,助推适度规模经营和乡村振兴。因此,依循法律逻辑回归土地承包经营权之用益物权定位的制度改造,对推进“三权”分置由国家政策上升为制度规范意义重大。

其一,坚持既有概念,有利于节约制度变革成本。推进农地法制变革,应反对任何激进、片

面的主张或方案^[21],尽可能地避免对农户的承包经营权产生不利影响。保留承包经营权称谓,“三权”分置经由其债权性流转即可实现,无须处理增设土地承包权后的权利龃龉状况。

其二,不能从承包经营权上分离出或将其分解成土地承包权。有学者主张把土地承包权从承包经营权中派生,认为将前者包含于后者之中,将导致后者的功能超载而不利于流转^[22]。这种观点是对政策的一种教条化解读,而非法律性解读^[12]。由此是否会架空承包经营权,值得警惕。

其三,坚持既有权利称谓,契合保障农村承包关系长久不变的国家政策,更有利于民心稳定。十九大报告将农地承包的期限再延长30年不变,就在于实现稳定的农地承包关系^[23]。这为赋予土地承包经营权更加充实的权能指明了方向。既有权利概念有着广泛的群众基础,而制定新的法典或修改既有法律的底线是不对既有权利造成妨害^[24]。

2. 进一步充实承包经营权的用益物权权能

以承包经营权作为交易客体的权利流转,并非必须生发出经营权才能实现。例如,根据农业农村部的统计,早在2016年,耕地使用权的流转面积已经达到4.79亿亩,占农地总面积的35.1%^①。这证明承包经营权的流转不存在所谓的障碍^[12]。就解释论而言,《物权法》第128条、第133条以及《农村土地承包法》第33条至第35条均确立了承包经营权可予流转原则,适度规模经营目标通过对承包经营权的制度改造也可实现^[10]。

目前存在的问题是,《物权法》禁止以家庭为单位取得的承包经营权抵押(第128条、第184条),且未明确能否将其以入股形式流转。如果只重视土地承包经营权静态权能设置,轻视动态权能确立^[25],就仅能维系农地细碎化经营模式。毕竟,入股属债权性流转,不会引起承包经营关系变化。农户虽无法“带地入城”,但可“带资本入城”。禁止抵押的目的虽旨在严格保护耕地,但在此项权利的转让为法律允许的情况下,却禁止其抵押,违背基本逻辑^[12]。令人欣喜的是,《民法典(草案)》审议稿第399条、《民法典》物权编(草案)二审稿第190条第2项删去了禁止抵押的规定,有利于实现融资,值得肯定。

当前,应依循“权利本位”立法思维,相信农民作为理性的法律主体在决定是否将该权利流转时,能够秉持意思自治原则作出最契合自身利益的法律判断。为此,修改后的《农村土地承包法》第34条放松了承包经营权转让限制,值得赞同。但是,此项权利的转让须经“发包方同意”的限制性规定在《农村土地承包法》中依然维持(第34条),且《民法典》物权编(草案)二审稿也未对此纠正(第129条),应予取消。

另外,承包经营权登记可明确权利归属及范围,使其具有对抗第三人效力,可借助此次确权契机对相关制度进行必要的立法改造,确保“三权”分置得以确立和稳步实施。将承包经营权设立的债权意思主义模式(《物权法》第127条第1款)转变为债权形式主义。

3. 对《农村土地承包法》中承包经营权之流转规则缺失的补足

《农村土地承包法》对承包经营权和土地经营权之流转方式均有规定,但皆存在缺陷,需要修正。其一,依据《农村土地承包法》,承包经营权的流转包括互换(第33条)、转让(第34条),且将交易对象限制在“本集体经济组织内部”(第34条),与《物权法》第128条中“转包、互换、转让等方式”相较,限于物权性处分,缺少“转包、出租或其他流转”方式,存有缺陷。举重以明轻,若允许物权性流转,就无理由禁止债权性处分,后者也可实现农业适度规模经营目标,尤其在促进农地使用权流转以振兴乡村的大背景下,限缩债权性的流转方式不具有法理依据和现实基础。

其二,修改后的《农村土地承包法》对土地经营权流转方式的规定并无太大突破和创新,仅包括“出租(转包)、入股或者其他方式”(第36条),限于债权性流转,不包括对土地经营权的物

① 参见全国人大农业与农村委员会副主任委员刘振伟于2017年10月31日在十二届全国人大常委会第三十次会议的全体会议上所作的《关于〈中华人民共和国农村土地承包法修正案(草案)〉的说明》。

权性处分。既然将土地经营权定位为无需承载农民生存保障功能的财产,那么,就无理由对物权性处分不作规定,而仅规定债权性处分。

另外,修改后的《农村土地承包法》将土地经营权的出租和转包以“出租(转包)”的形式并列规定(第36条),意识到二者本质上的相似性,但就立法技术而言并不值得称道;若二者不同,为何并列规定;若二者相同,为何不择一规定?建议将“出租(转包)”简化为“出租”。其一,出租形式中,并不限制流转的对象,包含将农地租赁给新型经营主体的意蕴。其二,既然创设土地经营权的目的在于促进农地使用权流转,且作为债权性处分,债权期满后,土地经营权自然回归原权利人手中,因而无须限制处分对象。“转包”与出租实际上相同,不宜并列^[26]。循此,在《民法典》中,“转包”应予舍弃,仅保留“出租”即可。

(二) 土地承包经营权定位为用益物权之“三权”分置权利结构

1. 承包经营权定位为派生自农地所有权的用益物权

“三权”分置以保障农村稳定和农地公平为前提,化解因土地承包经营权流转受限和过分碎片化导致的经营困境,尽可能提升农地利用效率。在沿用既有权利概念及充实其权能的基础上,农地“三权”分置权利结构应采用“农地集体所有权(自物权)、土地承包经营权(用益物权)、土地经营权(债权)”形式。其中,农地所有权是作为用益物权之承包经营权的母权基础,后者分享了前者的占有、使用、收益等诸项权能,而土地经营权属于源于承包经营权的债权。这种权利结构以权利之间的逻辑自洽和体系完整为基本底线,坚持既有权利概念并充实其权能,可发挥几种权利的各自功能和整体效用。

《民法典》编纂中,应从中国乡村振兴战略的大背景出发,在落实农地集体所有权基础上,致力于充实承包经营权的权能,为生成、打造和放活土地经营权提供权源基础,冲破长期以来“两权”分离权利结构导致的承包地块小型化、家庭自耕模式无法适应农业适度规模经营需求的制度羁绊。

2. 土地经营权定位为生发自承包经营权的债权

学者认为把土地经营权纳入他物权的优势体现为:其一,用益物权较债权性质的租赁权可突破《合同法》规定的20年的最高期限(第214条),满足长期生产经营需要;其二,物权可纳入登记范畴,具有对抗第三人效力,为权利转让、抵押提供条件^[3]。

实际上,经由必要立法改造,把土地经营权作为债权较定性为物权更具制度优势。首先,《民法典》编纂中,可以使因土地承包经营权出租产生的土地经营权仅受制于承包经营期限(将土地经营权定性为物权也需受此限制),而不受租赁合同最长20年的限制(《合同法》第214条),实现新型经营主体的长期经营目的。立法机关也意识到,存在20年期满后租赁期限“法定更新”和“约定更新”的可能^[27]。“法定更新”指的是,租赁期限届满后,当事人并不终止租赁合同,法律视为原租赁合同继续存在,形成不定期租赁关系。“约定更新”指的是,在租赁期限届满后,若当事人需要较长的租期,可根据原合同内容续签租赁合同^[28]。实践中,已有通过租赁合同将土地经营权期限设定为超过最长20年租赁期限的做法^[1]。如此修法可以顺应实践需求,应不难操作。另外,由于土地经营权生发自承包经营权,后者需受承包经营合同期限的限制,意味着前者的期限只会较之更短,也决定了在经营期限的长短方面将土地经营权定性为债权抑或物权,并无实质区别。

其次,《民法典》编纂中,可使土地经营权通过登记产生对抗性。实际上,无论是从中国法律体系角度观察,还是考察比较立法例,债权登记均存先例。诸如光船租赁登记(《船舶登记条例》第25~30条)、房屋租赁登记备案(《城市房地产管理办法》第54条)、民用航空器融资租赁登记(《民用航空法》第33条)等皆属于对债权的登记制度^[29]。就比较法考察,《荷兰民法典》规定所有类型的法律行为均可登记(第10条),债权也可登记。

为便于土地经营权流转和融资,使经营主体具有稳定预期,《民法典》物权编(草案)二审稿第134条之三赋予了土地经营权可申请登记的权利,值得肯定。但是,该条承续了修改后的《农

村土地承包法》第41条,将可予登记的权利范围限制在流转期限在五年以上的权利类型,以权利期限的长短确定可否申请登记,缺乏正当性基础。

创设土地经营权,并将其定性为具有登记功能的债权,较之单纯的承包经营权租赁权具有明显的制度优势。其一,土地经营权涵括的法律关系更广,不限于由土地承包经营权出租这一单一流转形式所生成。其二,就制度功能而言,依据修改后的《农村土地承包法》第47条,依法设立之土地经营权已具备担保功能,承包方和作为受让方的经营权人均可以此设定担保物权,而作为普通债权的租赁权并不具有此项功能。

因此,过多聚焦于将土地经营权与土地承包经营权均定位为用益物权的讨论,甚至主张将土地经营权定性为用益物权后用土地承包权代替土地承包经营权,曲解了农地法制改革的政策意蕴。可喜的是,《民法典(草案)》《民法典》物权编(草案)一审稿和二审稿均继续选择沿用土地承包经营权这一被亿万农户普遍理解、广泛接受和衷心拥护的物权概念,既契合权利生成逻辑,又得以稳定新型经营主体对农地的经营预期,助推乡村振兴战略之实施,值得肯定!

五、结语

编纂《民法典》必须重视土地承包经营权的定位。毕竟,建构“三权”分置权利结构是中央层面关于中国农地法制改革的重大部署,需严格依循法律逻辑,科学运用立法技术,合理构建农地新型权利体系。其中,如何科学定位土地承包经营权,将直接关系中国乡村振兴战略的实施,影响着《民法典》相应制度设计的科学性。在充实土地承包经营权的权能且不对现有制度作根本变革的前提下,经由债权约定创设土地经营权并允许其流转,既有利于消除农民对农地法制改革的顾虑,也可激活沉睡的农地财产,更有利于助推《民法典》中新型农地权利体系之科学,为乡村振兴战略的实施起到积极促进作用。

参考文献:

- [1] 孙宪忠.推进农地三权分置经营模式的立法研究[J].中国社会科学,2016(7):145-163,208-209.
- [2] 叶华.农地承包权具有所有权性质[J].中国农村观察,1998(6):16-18.
- [3] 蔡立东,姜楠.农地三权分置的法实现[J].中国社会科学,2017(5):102-122,207.
- [4] 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[J].法律科学,2017,35(3):141-150.
- [5] 李国强.论农地流转中“三权分置”的法律关系[J].法律科学,2015,33(6):179-188.
- [6] 韩长赋.关于深化农村改革的几个问题[J].农村工作通讯,2014(22):7-12.
- [7] 单平基.民法典编纂中恶意占有有益费用求偿权的证立及界分[J].当代法学,2016,30(3):89-99.
- [8] 卡尔·拉伦茨.德国民法通论[M].王晓晔,邵建东,程建英,等,译.北京:法律出版社,2003:285.
- [9] 祝之舟.《农村土地承包法》修改的制度要点与实施问题研究[J].南京农业大学学报(社会科学版),2019,19(4):87-94,158-159.
- [10] 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):13-24,175.
- [11] 朱广新.土地承包权与经营权分离的政策意蕴与法制完善[J].法学,2015(11):88-100.
- [12] 高飞.农村土地“三权分置”的法理阐释与制度意蕴[J].法学研究,2016,38(3):3-19.
- [13] 谢在全.民法物权论[M].北京:中国政法大学出版社,2011:426.
- [14] 崔建远.物权法[M].北京:中国人民大学出版社,2017:272.
- [15] 山本敬三.民法讲义I总则[M].解亘,译.北京:北京大学出版社,2004:12.
- [16] 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[J].法学,2016(9):54-66.
- [17] 杜涛.中华人民共和国农村土地承包法解读[M].北京:中国法制出版社,2019:60-61.
- [18] 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[J].华东政法大学学报,2019(2):14-24.
- [19] 刘守英,高圣平,王瑞民.农地三权分置下的土地权利体系重构[J].北京大学学报(哲学社会科学版),

- 2017, 54(5): 134-145.
- [20] 陈锡文, 赵阳, 陈剑波, 等. 中国农村制度变迁 60 年[M]. 北京: 人民出版社, 2009: 9.
- [21] 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[J]. 法学研究, 2014, 36(4): 3-25.
- [22] 丁文. 论土地承包权与土地承包经营权的分离[J]. 中国法学, 2015(3): 159-178.
- [23] 党的十九大报告辅导读本编写组. 党的十九大报告辅导读本[M]. 北京: 人民出版社, 2017: 212.
- [24] 俞江. 保护既有权益是民法典编纂的底线[J]. 法学, 2015(7): 67-77.
- [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[J]. 法学研究, 2014, 36(1): 74-92.
- [26] 崔建远. 土地承包经营权的修改意见[J]. 浙江社会科学, 2005(6): 65-68.
- [27] 胡康生. 中华人民共和国合同法释义[M]. 北京: 法律出版社, 2013: 350.
- [28] 王利明, 房绍坤, 王轶. 合同法[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2009: 344-345.
- [29] 高圣平. 不动产权利的登记能力——评《不动产登记暂行条例(征求意见稿)》第4条[J]. 政治与法律, 2014(12): 8-17.

(责任编辑: 刘浩)

Decompose, Abandon or Transform: The Orientation of Land Contractual Management Right in Civil Code

SHAN Pingji

Abstract: The land contractual management right should not be decomposed, suspended or abandoned, nor should it be quasi-owned or identified as *jus in re propria*, but the title of land contractual management right (rather than “contractual right of land”) should be persisted and its power should be enriched to return to the original usufructuary right in Civil Code. There are some defects on the land contractual management right in Civil Code (Draft) and the Rural Land Contract Law. The structure of collective ownership of land (*jus in re propria*) – land contractual management right (usufructuary right) – managerial right of land (creditor’s rights) shall be adopted for the separation of three rights to rural land. In the legal reform of farmland, we should insist on the collective ownership of rural land and can’t use it as a decoration. Land contractual management right shall not be “quasi-proprietary” or defined as “property right”. We should stick to its orientation of usufructuary right derived from the collective ownership of rural land and reform the rural land system based on enriching its usufructuary right. Managerial right of land should be defined as creditor’s right separated from land contractual management right. Among them, the qualitative and right title of land contractual management right is not influenced by the generation and qualitative of managerial right of land, nor should it be replaced by contractual right of land. On the basis of enriching the power of the usufructuary right of the land contractual management right, the managerial right of land should be characterized as the creditor’s right and allowed to circulate, so as to realize the aim of moderate scale management of modern agriculture and the revitalization of the countryside.

Keywords: Civil Code; Separation of Three Rights to Rural Land; Land Contractual Management Right; Contractual Right of Land; Managerial Right of Land