

# On the Nature of Rights of Land Management Acquired by Transfer of “Three-Right Division” of Farmland

Changqing Zhang<sup>1</sup>, Hua Pan<sup>1</sup>, Yuzhong Ding<sup>2</sup>

<sup>1</sup>Law School of Beijing Jiaotong University, Beijing

<sup>2</sup>International College, China Agricultural University, Beijing

Email: 793317892@foxmail.com

Received: May 10<sup>th</sup>, 2020; accepted: May 25<sup>th</sup>, 2020; published: Jun. 1<sup>st</sup>, 2020

---

## Abstract

The rational orientation of the nature of land management right is the key to the reform of “three-right division” of farmland. The system of land management right constructed by new law under the legislative attitude of desalinating the nature of land management right has natures of both real right and creditor’s right, which leads to controversy; the Civil Code (draft) is intended to characterize rights of land management as derivative usufructuary right, but lacks sufficient reasoning. In essence, the simple theory of real right and creditor’s right has inherent drawbacks that cannot be overcome. We might as well find new ideas from the policy texts and realistic demand of “three-right division” of farmland, constructing the system of rights of land management as a optional right, giving the parties the option to break through the two-component system of real right and creditor’s right, and supplement with the restriction of use, scale and subject, in order to realize the policy’s intention and practical need of protecting the interests of farmers and respecting the status of farmers.

## Keywords

Three-Right Division, Right of Land Management, Civil Code (Draft), Right of Option

---

# 论三权分置之土地经营权的性质

张长青<sup>1</sup>, 潘 华<sup>1</sup>, 丁禹中<sup>2</sup>

<sup>1</sup>北京交通大学法学院, 北京

<sup>2</sup>中国农业大学国际学院, 北京

Email: 793317892@foxmail.com

收稿日期: 2020年5月10日; 录用日期: 2020年5月25日; 发布日期: 2020年6月1日

## 摘要

土地经营权属性的合理定位是农地三权分置改革的关键。《承包法》在淡化土地经营权性质的立法态度下构造的土地经营权制度,既有物权性体现也有债权性体现,引发争议;《民法典(草案)》意在将土地经营权定性为衍生性权利利用益物权,但理由似未充分。实质上,纯粹物权说与纯粹债权说均有不可克服的固有弊端,不妨结合政策要求与现实需求寻找新思路,将土地经营权制度构造为一项选择性权利,赋予当事人突破物-债二分体系的选择权,并辅以用途、规模和主体限制,以实现保护农民利益和尊重农民主体地位的政策意旨和实际需要。

## 关键词

三权分置, 土地经营权, 民法典(草案), 选择权

Copyright © 2020 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 引言

农地权利制度改革关乎农村发展和稳定,对城市乃至社会整体发展具有相当的外部效应。十八大以来,三权分置改革文件不断出台,各地试点也如火如荼。修订后之《农村土地承包法》(以下简称《承包法》)的正式实施,标志三权分置改革基本完成。《承包法》修法秉承“淡化争议”的思想未对土地经营权的属性进行界定,但权利属性明确乃权利构造之关键,立法者将此等必须明确之问题模糊化处理显不可取。忽视土地经营权的定性问题不仅将直接影响《承包法》之施行效果,也将对三权分置改革之成效产生不利影响。同年12月16日,《民法典(草案)》公开向社会征求意见,立法者将土地经营权之内容列于物权编之用益物权分编,似乎意在将其固定为权利利用益物权。由此,纯粹物权说似乎取得了此次论争的胜利。但实际上,纯粹物权属性或纯粹债权属性之土地经营权并不契合三权分置改革的核心关切:农民利益和主体地位。基于此,不妨跳出物-债二分体系重新审视三权分置改革的政策和立法,探寻土地经营权的合理定位。

## 2. 土地经营权物-债二分的立法现状及其分析

### 2.1. 土地经营权物-债二分的立法体现

#### 2.1.1. 《承包法》中土地经营权物-债二分体系下的混搭风

《承包法》对流转取得之土地经营权的的规定集中于第二章第五节。总体而言,《承包法》对土地经营权的构造未秉持权利属性应明确统一之原则,使相应规则间缺乏逻辑联系:既有明显体现债权属性的规定,也有解释为物权属性更合理的行文,甚至有无法通过合理解释确定物-债属性的制度设计[1]。虽然立法者强调《承包法》从解决实践需要出发,淡化土地经营权性质争议,只原则上规定土地经营权权利[2]。但特定法律概念在同一语境下应当具有统一的内涵及性质是法律制度构架的基本价值判断,因而搁置争议的立法选择不仅使《承包法》产生了土地经营权属性问题上的立法漏洞,还将给理论和实践徒增麻烦。基于此,学者们期待在民法典分则中明确土地经营权属性,平息争议,指导实践,将改革效益发挥到最大。

#### 2.1.2. 《民法典(草案)》中土地经营权物-债二分体系下的纯粹物权化

《民法典(草案)》在第二编第三分编用益物权部分第十一章对土地经营权进行了规定,具体包括第

338 条至 341 条共四条,系对《承包法》第 36、37、40 和 41 条的移植和完善。《民法典(草案)》将土地经营权的相关内容置于用益物权分编,系对明确土地经营权属性要求的积极回应,也构成对《承包法》未明确土地经营权法律属性的法律漏洞的填补:表明立法者选择将土地经营权界定为用益物权。值得注意的是,立法者未将土地经营权单列,而是将其置于“土地承包经营权”的内容中,意味着立法者认为土地承包经营权乃土地经营之母权。由此,土地经营权乃系权利用益物权,因为土地承包经营权仅为一项用益物权而非所有权。同时,这也表明立法者仅将土地经营权视作土地承包经营权的衍生权利,而非一项独立的用益物权[3]。质言之,《民法典(草案)》的体例安排反映土地经营权应为一项衍生性权利用益物权,但其具体规定又保留了其债权属性的底色。<sup>1</sup>所以,《民法典(草案)》应当是使用了将债权性权利塑造为物权性权利的立法塑造技术,乃是对土地经营权一次不可谓不重大的改造。

《承包法》与《民法典(草案)》一直在物-债二分的体系内徘徊,这也是学界争议的主战场[4]。但实际上,物-债二分体系下的纯粹物权说与纯粹债权说均有各自难以克服的天然缺陷,难以承担三权分置改革之重任。

## 2.2. 物-债二分体系下纯粹物权化选择的分析

《民法典(草案)》意在将土地经营权塑造为用益物权,同时《承包法》也存在不少体现土地经营权之物权属性的规定。关于纯粹物权说,学界的理由主要有:1) 从是否存在特定社会需要和既有制度是否足以支撑的角度,论述纯粹物权性之土地经营权实为社会必要[5]。2) 从物-债区分的实质入手,论证纯粹债权属性之土地经营权得塑造为用益物权的法理依据,并以土地承包经营权的嬗变为例[6]。3) 从比较法着手,引证德国法上的“次地上权”或“下级地上权”制度,说明以土地承包经营权为母权设立权利用益物权的合理性[7]。4) 从政策和司法实践的角度,阐明物权性土地经营权是符合政策和实践要求的选择[8]。但实际上土地经营权并不应当界定为纯粹的权利用益物权,至少当前的时机尚不成熟。

### 2.2.1. 有违物权法理

一物一权。物权法要求一物之上不得并存两个及以上不兼容的物权,目的在于确保经济上独立的每一物均能独立于他物而被支配和利用[9],进而保障权利人得基于排他支配和利用标的物受有利益。有持纯粹物权说的学者认为,三权分置理论意图从土地承包经营权中派生两项独立的用益物权,<sup>2</sup>且不论其产生是否合理,其并存定然不具有合理性。理由在于,上述二者所指向之客体具有同一性。此时,它们均以直接支配物之使用价值为核心,对同一土地享有绝对的排他和支配效力,造成同质权利冲突,有违一物一权原则。其实,在土地承包权非为用益物权时纯粹物权性土地经营权也将面临同样的诘难,因为土地承包经营权系属用益物权并无异议,而其所指向之客体亦与土地经营权同一。

他物权生成逻辑。传统上,民法学者认为一项权利一般具有多项权能,各项权能得从原权利中分离而聚合形成一项新权利,即所谓权能分离。在物权法范畴内,所有权是具有四项完整权能的完全物权,其每项权能均得分离并聚合成一项他物权。因此,他物权乃所有权权能分离之结果[10],所有权系他物权产生的根据和母权。进而言之,他物权客体上存在的所有权,即为该他物权之母权。具体的,所有权分离出的除处分权能外的三项权能聚合成土地承包经营权,此时,上述三项权能应不得再分离聚集为新的他物权,否则其中一项他物权将被架空而沦为躯壳。实际上,土地承包经营权存在的事实将限制该土地上所有权权能的行使,导致所谓“所有权之虚有权化”现象[11],即所有权人已事实上无法直接行使对特定土地的占有和使用权能。由此,上述权能不可能再从该所有权中分离并汇聚成土地经营权这一新型他

<sup>1</sup>如《民法典(草案)》第 339 条中至少以出租方式流转的土地经营权本质上更具有债权属性;第 340 条和 341 条强调土地经营权依合同产生,底色自然为合同债权。

<sup>2</sup>即土地承包权和土地经营权。

物权。事实上, 权能分离下只有所有权能派生他物权, 用益物权只能以债权的方式转让进而设立新的债权性权利[12], 并不能设立与其性质内容相冲突的他物权。因而, 由土地承包经营权或所有权生成他物权性质之土地经营权的逻辑无法自治。

### 2.2.2. 有违改革进程要求

《民法典(草案)》使用塑造的立法技术将本为债权属性的土地经营权构造为用益物权, 系不可谓不重大的改造。有学者援引土地承包经营权之嬗变说明债权塑造为物权有先例可循。但土地承包经营权之物化是特定背景下的必然选择, 而土地经营权当前并不存在类似必要。土地承包经营权物化的背景是发包人与承包人地位悬殊, 发包人常以公共管理者身份过度干预土地承包关系[13], 限制甚至剥夺承包方利益, 这突破了债权要求当事人地位平等的假设, 也破坏了意思自治的本质构造。由是, 基于制约发包方和扶助承包方的考量, 法律赋予土地承包经营权以物权效力。在流转土地经营权的过程中, 承包人并不具有发包人那样的优势地位, 甚至其在某种程度上才是土地经营权流转合同中的弱势方。<sup>3</sup>因而, 土地经营权当前并不存在由债权升级为物权的必要。

中央向来反对在改革这件事上操之过急, 尤其是在涉及农村土地制度问题上, 因为土地事关全局, 与农民切身利益休戚相关。总书记强调, 农地制度改革所包含的利益关系、涉及的主体十分复杂, 必须审慎而稳妥地推进[14]。《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》也明确, 土地流转应积极稳妥地推进, 绝不搞大跃进。《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》)指出, 改革的复杂性和长期性要求我们保持足够的历史耐心, 审慎稳妥地推进。自然资源部部长陆昊指出, 土地制度改革应当坚持稳妥推进原则, 避免对经济社会影响过大。<sup>4</sup>由此, 在三权分置问题上中央似已明确了“审慎稳妥推进”的改革态度。但《民法典(草案)》在并无特别必要的情况下将纯粹债权属性之土地经营权塑造为用益物权, 变革不可谓不大, 也不可谓不激进, 对经济社会发展影响也难以估量。如此重大的改革在如此仓短的时间内完成是否合理, 又是否符合中央要求审慎稳妥推进改革的导向, 恐不无疑问。

### 2.3. 物 - 债二分体系下纯粹债权化选择的分析

虽《民法典(草案)》已规定土地经营权为用益物权, 但其底色仍为债权, 《承包法》和《民法典(草案)》条文对此多有支持。不少学者由此呼吁, 土地经营权应为债权, 主要理由有: 1) 生的角度, 论证依合同产生的土地经营权本质系债权[15]; 2) 物 - 债二分的角度, 说明土地经营权的生成、特质不符合物权法法理, 所以应为债权[16]; 3) 政策导向出发, 论证三权分置改革意在拆分农地保障功能和财产功能, 底线是农民基本权益, 因而纯粹债权属性的土地经营权更符合要求[17]。但实际上, 纯粹债权属性的土地经营权并不能很好地满足实践需要和政策要求, 且主要论证存在逻辑悖论。

#### 2.3.1. 有违实践需要和政策要求

三权分置改革意在发展规模化农业生产经营和放活农地融资功能。<sup>5</sup>恒产者有恒心, 稳定的经营预期

<sup>3</sup>2015年农业部等四部委联合发布的《加强对工商资本租赁农地监管和风险防范的意见》规定的以风险保障金为核心的防范机制, 主要用以规制经营权人毁约。

<sup>4</sup>在第十三届全国人大常委会第七次会议上作的“关于《〈中华人民共和国土地管理法〉、〈中华人民共和国城市房地产管理法〉修正案(草案)》的说明”中指出: “既要做一些积极的探索, 又要可控、不失控、不引起混乱...以免对经济社会发展影响过大”。

<sup>5</sup>为应对农村劳动力流失, 农地荒废, 碎片化农业生产经营难以适应规模化、现代化农业发展等问题需要, 党的十八届三中全会通过《中共中央关于推进农村改革发展若干重大问题的决定》提出“发展多种形式的适度规模经营。有条件的地方可以发展.....等规模经营主体”; 《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》指出“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”; 2015年中共中央、国务院印发《关于加大改革创新力度加快农业现代化建设的若干意见》确认土地经营权的流转功能和财产属性; 2015年国务院印发《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》赋予土地经营权抵押融资功能。由此, “三权分置”政策发展规模化农业生产经营、放活农地融资功能的意图已然明了。

才能使农业经营者放心投入财力完善农业生产基础设施、培肥地力等，进而真正推动规模经营。但纯粹债权属性的土地经营权因其保障性差、期限短、效力弱等问题<sup>6</sup> [18]使土地经营欠缺稳定性，严重制约了经营者的生产投入，甚至有诱使土地经营权人为追求短期最大效益而对土地进行破坏性、掠夺性使用的可能，影响规模化经营的实现。另一方面，纯粹债权属性的土地经营权授信基础弱，无法充分发挥土地经营权的融资担保功能，甚至可能难以融资。综上，纯粹债权属性的土地经营权似无法满足推进农业规模经营、释放农地融资担保功能的现实需要和政策要求。

### 2.3.2. 有违论证逻辑

纯粹债权说的支持者多以批驳纯粹物权性之土地经营权存在的合理性得出其应为债权的结论。诚然，土地利用关系在法理上通常表现为债权和物权两种形式[19]，二者体现不同的成本、风险和收益，利用人可依其偏好及目的作出利益衡量，追求利益最大化[20]。因此，土地经营权纯粹物权与纯粹债权的定性均无不可。但应注意的是，土地利用关系中物权与债权的表现形式并非绝对非此即彼的。因此，从逻辑上来说，否定土地经营权作为物权的合理性，并不能直接推导出其必然为债权的结论。此外，纯粹债权说的拥趸者常以出租、转包等具有典型债权属性的流转方式作为证成土地经营权应为债权的理据[21]，但这存在以偏概全的逻辑问题，因其无法解释依其他流转方式产生的土地经营权缘何应定性为债权的问题。甚至，纯粹债权属性的土地经营权定位存在将农地权利结构解释为“土地所有权-土地承包权-土地承包经营权-土地经营权”四权分置的逻辑可能[22]，显然与三权分置的政策要求不符。质言之，纯粹债权属性的土地经营权虽更符合权利产生的本质，但究其论证而言，逻辑难以成立。

## 3. 三权分置政策意旨下土地经营权属性的创设标准

土地经营权界定为纯粹物权亦或是纯粹债权均有其不可克服的固有弊端，且实际上无法适应我国农情多元化的现实需要，因此我们不妨跳出物-债二分的传统体系，从政策文本和现实需求中寻找新的思路。

### 3.1. 三权分置改革的底线和核心：保障和提升农民利益

“土地者，民之本也。”三权分置改革是新时代处理好“农民-土地”关系问题的一场关键战役，必须坚持正确方向不偏移。

总书记强调，农村改革无论如何不能损害到农民利益，这是底线[23]。《关于稳步推进农村集体产权制度改革的意见》也强调，必须把最广大农民的根本利益作为农地权利制度改革的出发点和落脚点，坚持不损害农民权益的原则。陆昊部长指出，在农地改革等直接关涉农民群众利益问题的题上，要坚持只做加法、不做减法，确保修法方向正确[24]。实际上，刘振伟在2015年就农村土地承包法修改问题回答法制日报记者问时曾明确，此次修法的主要目的是保障农民群众对土地享有的财产权益[25]。质言之，保障和增加农民群众的土地财产权益是三权分置改革的底线和核心，市场化的适度规模经营是为此服务的手段和方式。此观点得到了韩长赋部长的支持，他表示，要有序推进土地经营权流转，为此必须加强工商资本租用农地的风险防范和监管[26]。事实上，相关指导意见早已明确提出要对工商资本租用农地设置上限控制，<sup>7</sup>保护农民权益不受侵害。

由此可知，三权分置改革的本质目的在于农民利益保护和实现，核心和出发点在于确保和优化农民的生存保障，在此基础上才有讨论如何更好发挥农地经济效益的空间。实际上，更好发挥农地经济效益也是为更好实现农民利益服务的。在中国大陆，农地最重要的从来都不是其经济功能，在农地基础之上承载的社会保障、劳动就业及社会稳定等社会、政治功能才是改革关注的重中之重，因而农地改革的着

<sup>6</sup>如无法对抗第三人、经营风险和防控风险成本增加、受主体机会主义行为影响大等。

<sup>7</sup>农业部、中央农办、国土资源部和国家工商总局在2015年4月印发的指导意见。

眼点从未真正落在如何优化其经济功能上。实际上,土地承包经营权不过是身披私权外衣的社会保障之替代品[27]。改革不得削弱、更不得忽视农民的既得权益,这是农地权利改革的一条政治伦理底线[28]。实际上,中央政策和《承包法》、《民法典(草案)》将三权分置流转和抵押对象限定为“土地经营权”而非“土地承包经营权”或“土地承包权”,便是为农民保留再次主张权利的权利[29]。由是,三权分置改革的第一和核心目的在于转换形式发挥农地的社会保障功能,解决离开土地农民的生活保障问题;其次才是如何发挥好农地规模化、现代化经营从而提升经济效益问题。前者是第一性的,后者是第二性的。

纯粹物化的土地经营权将使土地经营权得无限制地自由流转,随之而来的极可能是不可逆转的农地集中化:掌握资本、信息、技术优势的经营者在竞争中不断削弱、淡化承包权,甚至使得集体土地所有权虚权化,进而实行“资本殖民”,实现实质意义上的土地兼并,从而诱发社会危机,威胁社会稳定,严重阻碍土地的社会保障功能实现。因而纯粹物权性的土地经营权绝不是三权分置改革的追求,因其不仅严重威胁农民的根本利益,甚至有引发社会和政治危机的风险。另一个相关问题是,若土地经营权为用益物权,则依物权法理土地经营权人作为离土地最近的用益物权人,理应有权直接获得征收、征用、占用的补偿费用,此时土地经营权人将合法地无偿“夺取”本属于土地承包经营人的重大利益。<sup>8</sup>而纯粹债权化的土地经营权恐无法很好地完成通过放活土地经营权转换农地保障功能实现形式和更好实现农民利益的政策意旨。原因在于,因债权稳定性差、效力弱等固有弊端,土地经营权人将难以有效保护自己对于土地享有的经营利益及相关的期待利益,这将严重损害市场理性人取得流转土地经营权的决心和积极性,毕竟没有哪个人会想把自己的身家性命放在一艘纸糊的船上。此外,债权授信基础弱,恐无法充分释放土地经营权的融资担保功能,甚至在实践中难以融资担保,这也将恶化纯粹债权属性的土地经营权的流转困境。质言之,纯粹物权化或纯粹债权化均不是三权分置改革的最优选择,应从政策意图保障甚至提升农地保障功能、更好实现农民利益的角度寻找新思路。

### 3.2. 三权分置改革的关键和重点: 尊重农民主体地位、赋予农民选择权

土地制度改革关涉亿万农民的切身利益,在这个过程中,要尊重农民群众的意愿,保障其权益。穿多大鞋只有脚知道,如何才能实现农民利益的最大化,也只有农民自己最清楚。因此,要充分释放三权分置改革实现农民利益最大化的政策潜力,就必须充分尊重农民主体地位,赋予其自主选择的权利,充分发挥其能动性。

总书记指出,要根据农产品的生产特点和各地实际,让农民群众自主选择经营形式[30],还强调,要尊重他们的意愿,维护他们的权益,把选择权交给他们而不是替他们选择,不搞一刀切[31]。《三权分置意见》也明确,改革必须要坚持农民群众的主体地位,尊重其意愿,赋予其选择权,充分发挥其创造性和主动性,支持其创新创造。具体而言,为充分保障农民群众的农地权益,必须充分尊重其主体地位和意愿,赋予其选择权,使其得依靠自己解决最现实的利益问题;必须充分发挥其创造性和主动性,凝聚智慧破解改革难题;还必须允许其通过民主协商等途径自主协调利益关系[32]。实际上,农民群众在社会历史中一直都扮演着“三农”问题最佳判断者和农地制度改革创新者的角色,无论是建国之初的农村“互助小组”形式还是改革开放之初的家庭联产承包责任制都雄辩地证明:农民群众能够扮演好这个角色、承担好这份责任。因此,在新时代的三权分置改革中,我们仍应充分发挥好农民群众能动性和创造性,尊重其主体地位,赋予其选择权。

<sup>8</sup>虽然 2016 年中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《关于完善农村土地所有权承包权经营权分置办法的意见》规定:“流转土地被征收的,地上附着物及青苗补偿费应按照流转合同约定确定其归属”;《中华人民共和国土地承包法》第四十条第一款第(七)项规定,土地经营权流转合同应当包含,“(七)土地被依法征收、征用、占用时有关补偿费的归属”;《中华人民共和国民法典(草案)》第三百三十八条规定:“承包地被征收的,土地承包经营权人有权依据本法第二百四十三条的规定获得相应补偿”。但除保护农民利益的政治性理由之外,官方和学界再未找到任何其他合理的法律上的理由支持其剥夺用益物权人(土地经营权人)本应享有的权利。

赋予农民以选择权,既是尊重农民主体地位的应有之义,也是应对实践和需求差异的必然选择。总书记作出“让农民自主选择”经营形式的判断依据就是实践和需求差异。<sup>9</sup>刘振伟在答记者问时也表示,何谓“适当规模”经营,只有经营主体才知道,因为不同地区差别巨大,必须因地制宜。以土地经营权登记为例,实践中不同土地经营主体对权利登记颁证需求不同,有的希望通过登记颁证程序保证土地经营得长期、稳定,但也有的认为短期经营的办理登记办证手续实无必要。基于此,立法者认为须得赋予当事人选择权,以实现各方权利义务平衡。类似的精神在土地经营权的融资担保上也有体现。立法者在立法说明中表示,因以土地经营权进行融资担保的实际情况复杂,操作方式多种多样,所以选择使用中性的“融资担保”概念,为各种需求打开解释的口子。另外,对土地经营权入股仅作原则性规定,也是基于此等考量<sup>[33]</sup>。概言之,我国农地情况千差万别,绝不能罔顾事实地搞一刀切,而应当因地制宜,将选择权交到农民自己手中。

但《承包法》和《民法典(草案)》并没有很好地遵循这一原则,仅在登记能力一项制度上为农民提供了有限的选择。<sup>10</sup>实际上,囿于物-债二分体系的固有制式,在此范围内讨论的土地经营权无法赋予农民群众足够的自治空间,唯有将土地经营权构造为一项突破物-债二分体系的选择权(以下简称选择权),给予当事人充分的选择自由,才能从法律上确认农民群众在土地经营权流转问题上的主体地位,为其做自己利益的最佳判断者提供制度支持,最终实现农民利益最大化的政策意旨。政策和立法为此留下了足够的解释空间:1) 现行法未明定土地经营权的性质。《承包法》秉承淡化性质争议的立法态度,未对土地经营权性质予以明确;而将土地经营权界定为权利物权之《民法典(草案)》尚未生效实施。2) 《承包法》草案审议结果的报告在承包方单方解除流转合同问题上指出,二审稿中“受让方连续两年以上未按约定支付价款的,承包方有权单方解除合同”的规定不合理,因为未支付价款的情形有别,不宜统一规定,应交由当事人按约定处理。《承包法》秉承此意旨如是规定。一个合理解释是,立法者认可农民群众得选择终止土地经营权的权利。而《承包法》和《民法典(草案)》均明确土地经营权基于流转合同而生,即法律认可农民群众得选择创造土地经营权及其内容的权利。因而从逻辑上说,将土地经营权解释为赋予农民群众的选择权并无不妥。3) 法律规定土地征收补偿费的收益人为所有人和使用权人。<sup>11</sup>此处的所有权人系指村集体组织应无异议。但值得注意的是,法律并未使用“土地承包经营权人”、“土地经营权人”或“承包权人”的字样,而是采取了“使用权人的表述”。“使用权人”在我国农地法律制度上并非专有所指,因而何谓此处所称之“使用权人”有很大的解释空间。实质上,将其解释为上述三者中的任意一个或几个均具有合理性,毕竟它们都是土地的“使用权人”,关键在于如何界定三者的权利边界和性质。对此的一种解释可能是:立法者认为这是当事人之间可得选择的问题,不应予以固化。即,当事人可以通过约定明确获得征收土地补偿款等利益,这也得到了《承包法》第40条第二款第(七)项的支持。<sup>12</sup>实际上,征收补偿费的归属决定于谁是与被征收土地最近的物权人,而法律和立法说明意图赋予当事人在此问题上得选择的权利,因而将土地经营权解释为选择权亦并无不可。4) 《承包法》看似混乱缺乏逻辑的制度安排,置于选择权理论下似显合理。

<sup>9</sup>总书记在《坚持和完善农村基本经营制度》中提到:从各地实践看,各种经营主体、各种经营形式,各有特色、各具优势,在不同地区、不同产业、不同环节都有各自的适应性和发展空间,不能只追求一个模式、一个标准。要根据各地实际,根据不同农产品生产特点,让农民自主选择他们满意的经营形式。

<sup>10</sup>《承包法》第41条:土地经营权流转期限为五年以上的,当事人可以向登记机构申请土地经营权登记。未经登记,不得对抗善意第三人。《民法典(草案)》第341条:流转期限为五年以上的土地经营权,自流转合同生效时设立。当事人可以向登记机构申请土地经营权登记;未经登记,不得对抗善意第三人。

<sup>11</sup>《中华人民共和国土地管理法》第47条第四款规定,土地征收的,由土地所有人、使用权人在公告期限内持不动产权属证明材料办理补偿登记(“拟征收土地的所有权人、使用权人应当在公告规定期限内,持不动产权属证明材料办理补偿登记”)。“关于《〈中华人民共和国土地管理法〉、〈中华人民共和国城市房地产管理法〉修正案(草案)》的说明”也强调,土地征收程序必须予以规范,其中之一是必须与征收土地的所有权人、使用权人签订安置补偿协议。

<sup>12</sup>《承包法》第40条:土地经营权流转,当事人双方应当签订书面流转合同。土地经营权流转合同一般包括以下条款:(七)土地被依法征收、征用、占用时有关补偿费的归属。

## 4. 突破物 - 债二分体系之土地经营权的再构造

### 4.1. 土地经营权的实质：突破物 - 债二分体系的选择权

将土地经营权构造为选择权的实质，乃是赋予取得流转土地经营权之当事人突破物-债二分体系的选择的权利，即当事人可以不囿于纯粹物权或债权的桎梏，任意选择，组合出对自己最有利的安排。其中最主要的是流转形式、权利内容和对抗效力三方面，下文分述之。

#### 4.1.1. 突破物 - 债二分体系的流转形式选择权

《承包法》规定，农地承包人得依法自主决定流转土地经营权的方式，并列出了出租(转包)和入股两种具体形式，并以“其他方式”兜底。《民法典(草案)》作了相同的规定，仅将出租括号中的转包予以删除。<sup>13</sup>从体系和文义上看，《承包法》和《民法典(草案)》赋予了承包人选择流转方式的权利，但仅限于法条列举或其他法律法规明文补充的方式，这是物权法定的要求。

但中央明确鼓励农户依法采取出租、互换、转让、入股及转包等方式流转农地，鼓励他们创新土地的流转形式；同时明确，要在有条件、有需求的地方探索新的市场形式。后期，中央还鼓励农地承包人采用代耕代种、股份合作及土地托管等经营方式，探索更多有效放活土地经营权的途径，同时也强调要推动相应流转市场完善。实质上，土地流转系市场行为，法律不应过多干涉。基于此，土地经营权的具体流转方式不应由法律明文限制，应当交由农民和市场自由决定，法律仅需明确当事人得依法自主选择流转方式。所谓依法，更多是指依照合同法的规定以及土地经营权流转边界的规定。

#### 4.1.2. 突破物 - 债二分体系的权利内容选择权

《三权分置意见》指出，土地经营权人在约定期限内得依法占有、耕作流转土地并取得收益，支持当事人利用土地经营权进行抵押融资。《承包法》第 37 条和 47 条继承了《三权分置意见》的精神，规定土地经营权人得在约定期限内占有农地，自主从事农业生产和经营并取得相应收益；得在履行许可和备案程序后再流转土地经营权；得以其享有权利的土地经营权进行融资担保。即，当事人可约定的权利主要有三项：经营权、收益权和融资担保权。

经营权。经营权系指权利人得在流转期限内占有流转土地并自主开展农业经营的权利。一方面，就农地使用相关事宜应由当事人自主约定，法律无需介入。例如，土地经营权人是否可以改良土壤、是否可以建设农用附属设施和配套设施、投资部分承包人是否应当适当补偿等问题，各地、各当事人的情况都不尽相同，不应由法律“一刀切”的规定，<sup>14</sup>而应交由当事人自己决定，毕竟这与公益几无关联。另一方面，就土地经营权再次流转问题也应由当事人自主约定，法律不应直接干涉，仅需把握好经营权的本质和外延即可。《承包法》规定土地经营权要再流转的，土地经营权人须取得承包方的书面同意同时应到发包方处备案。这是对土地经营权人的不当限制，甚至可能导致土地经营权人因各种原因无法继续从事农业经营而承包人拒绝其再流转土地经营权的极端情况出现。实质上，该规定的本意在于预防“炒地”的不当行为，但其着力方向发生了偏差。实际上，只要控制好主体、用途、期限等条件，加上再流转收益由承包人直接取得的规定，就可以很好地实现该政策目的而免于对当事人私权进行不当干涉。这也是经营权的本质和外延的必然要求。

收益权。收益权是指权利人得自主开展农业生产并取得收益及取得收益及取得征收、征用或占用补

<sup>13</sup>《承包法》第 36 条规定：承包方可以自主决定依法采取出租(转包)、入股或者其他方式向他人流转土地经营权，并向发包方备案。  
《民法典(草案)》第 339 条规定：土地承包经营权人可以自主决定依法采取出租、入股或者其他方式向他人流转土地经营权。

<sup>14</sup>《承包法》第 43 条：经承包方同意，受让方可以依法投资改良土壤，建设农业生产附属、配套设施，并按照合同约定对其投资部分获得合理补偿。



偿费的权利。土地经营权人得依法取得其从事农业生产的劳动所得自无疑问,但依《民法典(草案)》的规定,收益权似乎不应包括征收补偿费。然而,这系《民法典(草案)》对私权的不当干涉,是没有必要的,也是违反改革初衷的。《三权分置意见》指出,征收补偿费的归属问题由当事人约定,法律不作统一规定;<sup>15</sup>《承包法》第40条第二款第(七)项进一步明确,被征收、征用、占用之土地的补偿费归属问题应由当事人在流转合同中自行约定。从仅征收中地上附作物及青苗补偿费由当事人约定,到土地征收、征用、占用补偿费均由当事人约定的转变,体现的是立法精神的变化:立法者认为补偿费的处置系私权范畴,不应由法律直接硬性规定,而应由当事人审时度势、自主约定。《民法典(草案)》直接规定征收补偿费由承包人取得的规定,无疑是对上述立法精神的背叛,也是在土地经营权制度构造上的一次退步。究其原因,不外乎“法律家长主义”,立法者不当地担忧农民放弃征收补偿费后将完全丧失生活保障。但这无异于杞人忧天,也过分地低估了农民群众的智商和判断力,实不可取。实际上,征收补偿费的归属可以成为农民群众签订流转合同时的优质筹码,允许其自主约定显然利大于弊,更有利于实现其利益的最大化。

融资担保权。融资担保权是指权利人得以自己享有权利的土地经营权进行融资担保的权利。根据规定,土地经营权人要以自己享有权利的土地经营权进行融资担保的,须取得承包方之书面同意并依法备案;融资担保的对象仅为金融机构,不包括普通商主体,更不包括自然人。但对于何为此处所称之金融机构,尚不明确。实际上,备案程序作为管理性强制性规定并不影响融资担保的效力。中央和法律明确,抵押客体仅限于流转期内的收益,亦即是,土地经营权抵押实际上是对农地预期收益的抵押。如若是,土地经营权人将自己的土地经营权用作融资担保需要经得承包人书面同意的规定似乎缺乏合理性,原因在于该融资担保并不会在任何层面上影响到承包人的法律利益。因此,土地经营权人以其享有权利的土地经营权进行融资担保是否必须经过承包人同意、应当取得承包人何种形式的同意,均不属于法律规范范畴,而属于当事人意思自治范畴。同理,土地经营权人选择向何主体进行融资担保,也仅属于私法自治的内容,法律不应强加干涉。

#### 4.1.3. 突破物-债二分体系的对世效力选择权

《承包法》规定,流转期限为五年以上的,得通过登记取得对世效力,《民法典(草案)》第341条承继了该条的内容。<sup>16</sup>由此,立法机构明确赋予流转期限为五年以上的土地经营权人得选择对世效力的权利。但为什么要有五年的限制,五年的界限缘何而来,似乎都没有特别明确的答案。一种声音认为,五年通常可构成较为稳定的生产经营关系,维系在该土地经营权上的利益较多,应当予以侧重保护。《三权分置意见》明确,依流转合同而取得各类土地经营权应获得平等保护,保障各经营主体享有稳定的经营预期。实际上,设置五年的限制完全没有必要,只会不当损害流转期限五年以下土地经营权人的利益,因为当事人是否进行权利登记的唯一考量因素是自身利益,而这并不必然与流转期限长短相关,而且流转期限长的土地经营权人的期待利益并不必然比流转期限短的土地经营权人的期待利益大。你很难说一个流转取得1000亩农地两年土地经营权进行经济作物种植的土地经营权人的期待利益不如一个流转取得3亩农地十年土地经营权进行粮食作物种植的土地经营权人的期待利益大。因此,立法应当取消登记对抗仅适用于流转期限五年以上土地经营权的限制,给予所有流转取得的土地经营权以平等保护。实质上,这也不会使登记机关不堪重负,因为仅有那些确有需要的土地经营权人才会选择花费时间和金钱去进行公示登记,土地承包经营权颁证的推进过程能够很好地印证这一结论。

<sup>15</sup> “流转土地被征收的,地上附着物及青苗补偿费应按照流转合同约定确定其归属”。

<sup>16</sup> 《承包法》第41条规定:土地经营权流转期限为五年以上的,当事人可以向登记机构申请土地经营权登记。未经登记,不得对抗善意第三人。《民法典(草案)》第341条规定:流转期限为五年以上的土地经营权,自流转合同生效时设立。当事人可以向登记机构申请土地经营权登记;未经登记,不得对抗善意第三人。

## 4.2. 土地经营权应设定自由的边界：用途、规模和主体

任何权利都不是没有边界的，土地经营权也是如此。在土地经营权的自主设立过程中，当事人不得突破其选择的边界，只能戴着镣铐起舞。

### 4.2.1. 用途边界

土地经营权设立的目的不是将其打造为一个火热的交易市场，而是锻造一个农业现代化的助推器，即通过土地经营权之有序流转推进适度规模农业发展，从而推动实现农业现代化。总书记强调，土地改革不得损害农业生产能力，也不得变更土地用途<sup>[34]</sup>，特别要防范工商资本在土地上搞影响粮食生产和耕地保护的非农建设<sup>[35]</sup>。具体而言，一方面，严禁各主体借流转之机搞非农建设，例如变相建设甚至直接建设高尔夫球场、度假村、私人会所、别墅等；另一方面，耕地也不能都用来搞菜地、花卉园、果园，否则容易在提升经济效益的同时丢了保口粮、保谷物的任务。此外，还要严禁污染、破坏和圈占耕地，严禁损毁农地基础设施，严禁以挖塘种树等理由破坏基本农田。实际上，农地流转过程中的“非农化”及“非粮化”问题以及工商资本违法违规用地和浪费农地资源的问题十分突出。因此，必须秉持土地是用来种植的，而不是用来炒的宗旨，坚持保护耕地和因地制宜的原则，设置土地经营权的用途边界。

### 4.2.2. 规模边界

中央强调，流转土地经营权要坚持适度原则，既要注重提升农业规模经营效益，又要预防农地过度集中的弊端。总书记强调，要把握好土地经营权规模经营的度，要与社会各方面的发展变化及需求相适应，不应片面追求规模大，要坚持因地制宜的原则，不搞一刀切和强迫命令<sup>[36]</sup>。中央也明确，要合理确定土地经营的规模，根据各地劳动力情况、自然经济条件和机械化水平等，研究确定各地区合理的适度规模经营标准，防止违背农民群众意愿和脱离实际、片面追求大规模经营倾向。“报告”也指出，应当指导各地对工商企业大面积、长时间租赁农地设定上限控制。实际上，考虑到我国小农生产的历史传统、务农人口数量巨大等现实情况，超大规模经营存在导致失地农民过多而引发社会危机的可能，因此，必须对土地经营权流转设置上限规定。上限几何，应当由各地区结合当地经济社会情况、农地情况等具体确定。

### 4.2.3. 主体边界

原则上所有具有农业经营能力或者资质的主体均可成为土地经营权流转中的受让人。<sup>17</sup>但工商企业由于其资本逐利的特殊性，必须受有一定的限制。总书记强调，工商企业租赁(流转取得)农地必须设有严格门槛，建立相应的审查、审核和风险保障制度，明确规定准入、监管制度<sup>[34]</sup>。中央进一步明确，必须加强对工商企业租赁(流转取得)农地的风险防范和监管，建立健全风险保障金、项目审核和资格审查制度，对违规处罚、经营范围和租地条件等予以明确。工商企业流转取得农地的要实行分级备案制度，从严把准入门槛，不断强化事中监管和事后监管，严禁损害农民群众的土地权益和浪费农用地资源，防范农户因土地经营权人经营不善或违约遭受损失。定期监督检查企业的风险防范能力、土地用途和农业经营能力等，查验合同履行和土地利用等情况，及时规制违法违规行为。因此，必须对工商企业取得流转土地经营权设有特别限制，防止外部资本对农地的侵占。

## 5. 结论

权利属性定位明确、合理是权利构造之关键，土地经营权制度作为农地三权分置改革的核心内容，事关改革成败与实现程度，因此其属性确定问题尤为重要。但既有立法对此并未予以明确，不可谓不是

<sup>17</sup> “承包法”第38条第一款第(四)项：受让方须有农业经营能力或者资质。

一项重大立法失误。目前,学界关于土地经营权属性问题的争论众多,焦点在物-债二分体系下纯粹物权说与纯粹债权说的选择上,《承包法》和《民法典(草案)》的规定也如是反映。但物-债二分体系下的上述选择各有其无法克服之固有弊端,无法真正成为土地经营权的最佳选择:前者既面临违反物权法一物一权原则和他物权生成理论的诘难,又与中央审慎推进改革的要求不符;后者既无法满足推进农业规模经营、释放农地融资担保功能的现实需要和政策要求,又面临主要论证存在逻辑悖论的问题。因此,我们不妨跳出土地权利制度物-债二分的传统体系,从现实和政策要求改革必须保障和提升农民权益、尊重农民改革主体地位的角度着手,寻找新思路:赋予农民选择权。实际上,这既是符合我国农民在农地改革中发挥主导和先锋作用的历史传统的合理选择,又是合理解释《承包法》规定体现物-债混搭风格的最佳选择,有利于节约立法成本。因此,土地经营权实质上应当是法律赋予当事人的突破物-债二分体系的选择权,包括流转形式选择权、内容选择权和对世效力选择权等。同时,为了更好发挥土地经营权保障和提升农民权益的改革目的,防范其产生违背改革意旨的风险,应当对其施以用途、规模和主体等方面的限制,设立权利边界。唯有如此,土地经营权才能真正实现其制度目的,为三权分置改革助力。

## 基金项目

本文系中央高校基本科研业务费专项资金资助项目“农地三权分置中流转取得之土地性质研究”(2020YJS229)的研究成果。

## 参考文献

- [1] 房绍坤.《农村土地承包法修正案》的缺陷及其改进[J].法学论坛,2019(5):10-11.
- [2] 刘振伟.巩固和完善农村基本经营制度[J].农业工作通讯,2019(1):22.
- [3] 谢潇.民法典编纂视野下土地经营权概念及规则的妥当构造[J].当代法学,2020(1):49.
- [4] 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[J].法学,2018(2):22.
- [5] 朱继胜.“三权分置”下土地经营权的物权塑造[J].北方法学,2017,11(2):33.
- [6] 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[J].南京农业大学学报(社会科学版),2015,15(2):77.
- [7] 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):161.
- [8] 丁文.论“三权分置”中的土地经营权[J].清华法学,2018,12(1):122.
- [9] [德]M·沃尔夫.物权法[M].吴越,李大雪,译.北京:法律出版社,2004:17.
- [10] 王利明.物权法[M].北京:中国人民大学出版社,2015:96.
- [11] 姚瑞光.民法物权论[M].北京:中国政法大学出版社,2011:7.
- [12] [德]鲍尔·施蒂尔纳.德国物权法上册[M].张双根,译.北京:法律出版社,2004:696.
- [13] 王小映.土地制度变迁与土地承包权物权化[J].中国农村经济,2000(1):46.
- [14] 习近平.论坚持全面深化改革[M].北京:中央文献出版社,2018:74.
- [15] 李伟伟,张云华.土地经营权流转的根本属性与权能演变[J].改革,2015(7):91-97.
- [16] 丁文.论“三权分置”中的土地经营权[J].清华法学,2018,12(1):119.
- [17] 高海.论农用地“三权分置”中经营权的法律性质[J].法学家,2016(4):47.
- [18] 蔡立东,姜楠.农村三权分置的法实现[J].中国社会科学,2017(5):113.
- [19] 谢在全.民法物权论修订5版[M].北京:中国政法大学出版社,2011:426.
- [20] 苏永钦.走进新世纪的私法自治[M].北京:中国政法大学出版社,2002:99.
- [21] 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[J].农业部管理干部学院学报,2015(1):4.
- [22] 肖鹏.土地经营权的性质研究——基于土地经营权抵押贷款规范性文件的分析[J].中国土地科学,2016(9):16.

- [23] 习近平. 论坚持全面深化改革[M]. 北京: 中央文献出版社, 2018: 397-398.
- [24] 全国人民代表大会. 关于《〈中华人民共和国土地管理法〉, 〈中华人民共和国城市房地产管理法〉修正案(草案)》的说明[EB/OL].  
<http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/201908/2fb81f095e0c4221ab845a51f7396b27.shtml>, 2020-05-01.
- [25] 全国人民代表大会. 修改农村土地承包法已列入人大今年立法计划[EB/OL].  
<http://www.npc.gov.cn/npc/c10134/201503/3b0fcf9fe6e242b99ceae99d7c027b44.shtml>, 2020-05-01.
- [26] 全国人民代表大会. 国务院关于稳定和完善农村土地承包关系情况的报告[EB/OL].  
<http://www.npc.gov.cn/npc/c12491/201508/ea73f8f478ed4c3b98d92ec7776ad4fd.shtml>, 2002-05-01.
- [27] 朱庆育. 民法总论[M]. 北京: 北京大学出版社, 2013: 464.
- [28] 陈锡文. 应准确把握农村土地制度改革新部署[J]. 中国党政干部论坛, 2014(1): 31.
- [29] 冯华, 陈仁泽. 农村土地制度改革, 底线不能突破——专访中央农村工作领导小组副组长、办公室主任陈锡文[N]. 人民日报, 2013-12-5(2).
- [30] 习近平. 论坚持全面深化改革[M]. 北京: 中央文献出版社, 2018: 71-72.
- [31] 习近平. 论坚持全面深化改革[M]. 北京: 中央文献出版社, 2018: 259-260.
- [32] 全国人民代表大会. 中共中央国务院关于保持土地承包关系稳定并长久不变的意见[EB/OL].  
<http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/201911/5eec763facc64ba7aabe27cfd1d42b61.shtml>, 2020-05-01.
- [33] 全国人民代表大会. 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[EB/OL].  
<http://www.npc.gov.cn/npc/c10134/201812/652e31c6caa84b1d95feaa15122e4e41.shtml>, 2020-05-01.
- [34] 习近平. 在中央全面深化改革领导小组第五次会议上的讲话(2014年9月29日)[N]. 人民日报, 2014-09-30.
- [35] 习近平. 就做好耕地保护和农村土地流转工作作出的指示(2015年5月)[N]. 人民日报, 2015-05-27.
- [36] 习近平. 论坚持全面深化改革[M]. 北京: 中央文献出版社, 2018: 398-399.