

土地经营权编入民法典路径研究 ——以新修订《农村土地承包法》为契机

杜志勇*

摘要：《农村土地承包法》修订通过，立法上明确土地承包经营权“三项两类”利用方式，就决定了土地经营权并非一元属性。应区分不同情形，债权型的土地经营权由民法典合同编调整，物权型的土地经营权由民法典物权编调整。根据物权法定原则，赋予流转五年以上的土地经营权以物权效力，设立农地耕作权。将原《物权法》中“土地承包经营权”章名，在民法典物权编中修改为“土地承包经营权与土地经营权”。明确土地承包经营权以“户”为单位享有，集体经济组织成员依法享有土地承包各项权益，以此为基础建构土地承包经营权有偿退出机制。立法宗旨上，民法典应持完善土地承包法立场，详细规定土地经营权制度，保障乡村振兴战略稳步实施。

关键词：土地经营权；三权分置；民法典物权编；农村土地承包法；乡村振兴

一 问题提出

2019年1月1日新修订的《农村土地承包法》开始实施对促进我国新时代农村农业发展、保障农民权益、实现乡村振兴战略具有十分重要的意义。但《农村土地承包法》（以下简称《承包法》）颁布实施，只是完成了土地改革立法第一步，土地经营权如何编入民法典物权编，可谓立法上“最后一里路”。2019年中央一号文件再次强调，完善落实集体所有权、稳定农户承包权、放活土地经营权的法律法规和政策体系；加快修订土地管理法、物权法等法律法规。《承包法》此次修订具有较多亮点，第1条、第21条明确土地承包经营期限，在承包期限内土地承包经营关系稳定不变；第9条明确界定土地承包权与土地承包经营权之间关系；第41条、第47条明确土地经营权登记效力；等。但对于农地“三权分置”改革中一些最具争议的问题，立法未予回应。其一，关于土地经营权如何产生及属性问题，立法模糊。全国人大农业与农村委员会副主任委员刘振伟表示，鉴于对土地经营权性质见仁见智，这次修改农村土地承包法，

* 杜志勇，厦门大学法学院博士研究生。

以解决实践需要为出发点,只原则界定了土地经营权,淡化了土地经营权性质。^①其二,关于土地承包经营权享有主体问题,立法存在冲突。《承包法》第3条、第9条、第16条等,明确农户享有土地承包经营权,集体成员享有承包土地的各项权益。这与上位法《民法总则》第55条规定相冲突,后者规定“农村集体经济组织的成员,依法取得农村土地承包经营权”。其三,关于农村土地权利体系构建问题,立法上欠缺体系化思考。针对上述问题,借助民法典编纂时机,土地经营权是否编入民法典,以何种形式编入,若编入民法典,采取照搬主义还是积极解决问题,是当下民法典编纂进程中学界迫切需要解决的问题。本文以新修订的《承包法》为基础,从立法论与解释论两个视角,梳理评析学界对土地经营权编入民法典的不同观点,探求土地经营权内涵及属性,寻求其编入民法典之最佳途径。

二 土地经营权编入民法典路径纷争

(一) 不主张编入民法典——由特别法调整

我国虽然在政策上提出农地“三权分置”改革,但政策表达与法律表达并不完全相同,土地经营权不可盲目入典。持该种观点的学者认为:首先,土地承包经营权、土地承包权、土地经营权彼此之间的关系在法律上并不完全清晰,土地经营权不是独立的民事权利,不是法律语言;其次,实践中各地对土地经营权性质认识不统一,不适合在法典中作统一规定;最后,土地经营权的实质只是土地承包经营权的债权化利用方式^②,不需要物权法对此予以规定。因此,土地经营权由《承包法》规定更为妥当,且可以避免将来因现实情况变化而频繁修改民法典。

(二) 主张编入民法典——独立成章

关于土地经营权编入民法典的具体路径,学界存在两种观点,独立成章与否。持肯定观点的学者认为:其一,《承包法》已建构了土地经营权二元体系,家庭承包方式和其他承包方式都可以流转土地经营权,将其只规定在家庭承包方式的“土地承包经营权”一章,并不合适^③;其二,承包地“三权分置”政策牵涉面甚广,涉及诸多相关法律,非大修不能全面落实承包地“三权分置”政策科学入法、体系入法和有效入法^④;其三,土地经营权在民法典中独立成章,彰显其物权属性,既有利于保护农业经营主体权益,也有利于减少学界诸多争议。

① 刘振伟:《巩固和完善农村基本经营制度》,《农民日报》2019年1月4日,第1版。

② 申惠文:《法学视角中的农村土地三权分离改革》,《中国土地科学》2015年第3期。

③ 应建均:《〈农村土地承包法〉中土地经营权的体系、构造与影响》,《人民法治》2019年第2期。

④ 耿卓:《承包地“三权分置”政策入法的路径与方案——以〈农村土地承包法〉的修改为中心》,《当代法学》2018年第6期。

（三）主张编入民法典——非独立成章

王利明教授认为，我国《物权法》所规定的用益物权制度完全符合我国现有的国情，实现了与当前农业经营体制的契合，在我国民法典物权编编纂中，并不需要对《物权法》进行“大手术”式的改造，更不能推倒重来，而应当采取“小修小补”的修订模式。^①在此基调下，土地经营权应规定到原有的“土地承包经营权”章节。首先，在同一部法典中，两个联系密切且相似的权利类型不适合分为并列的两章予以规定。其次，物权编中的章节划分要与《承包法》中的章节划分相对应。前者是一般法，属于抽象性规定，后者是特别法，属于具体性规定。若在物权编中对土地承包经营权和土地经营权分两章予以规定，体系上难以与一部《承包法》相照应。最后，立法美学上，《承包法》已经限定了土地承包经营权的权能，涉及该权利的条文数目不多，土地经营权属于新设权利，条文数目偏多，分开立法难免会出现章节间条文数目分布不均衡的情况。

三 土地经营权编入民法典路径评析

（一）是否编入民法典：应以《承包法》修订后立法必要性作为判断前提

在中央提出农地“三权分置”改革后，中央文件（涉及历年中央一号文件、《关于完善农村土地所有权承包经营权分置办法的意见》等）一直明确提出要修改完善相关法律，坚持改革于法有据，《承包法》和《物权法》作为规范农地权利的重要法律，其修改势必当然。党的十八届四中全会提出编纂民法典，物权法修改也就转变为民法典物权编的制定，需要更加注重法律规范的体系性和严谨性。2018年12月29日，第十三届全国人民代表大会常务委员会第七次会议通过《承包法》修正案，标志着土地经营权立法完成了第一步，同时也为其编入民法典奠定了基础。《承包法》修订后，还存在诸多亟待解决的问题，只有通过继续完善法律规范才能充分发挥土地经营权制度价值。全国人大农业与农村委员会负责土地承包法修改，全国人大常委会（法制工作委员会）负责民法典编纂，同一制度由不同部门主导，难免会出现不协调。民法典作为民事基本法，且晚于土地承包法制定，应从宏观层面或更抽象的角度回应土地承包法修改未解决的问题和带来的新问题。综上，虽然《承包法》已经颁布实施，但土地经营权立法并不完善，有必要通过民法典予以规定。

（二）如何编入民法典：应以建构农村土地权利体系作为衡量标准

土地经营权如何编入民法典，是否独立成章，主要是一个立法技术问题，但要充

^① 王利明：《我国民法典物权编的修改与完善》，《清华法学》2018年第2期。

分考量其所带来的体系效应。法学体系分为内在体系和外在体系，两者是一个有机联系的整体，不能割裂。^① 土地经营权制度在民法典物权编中的具体位置，内在的，涉及其与土地承包经营权和其他用益物权之间的关系；外在的，涉及上位法与下位法、一般法与特别法之间的关系。从构建我国农村土地权利体系、维护法律体系严谨性的视角分析，土地经营权编入民法典不独立成章更为可取。一方面，土地承包经营权与土地经营权之间联系密切，前者是后者流转的基础，后者是前者经济价值发挥的重要方式，不适合拆为两章分别规定；另一方面，在用益物权框架下，土地经营权与土地承包经营权放在一起规定，与建设用地使用权、地役权、居住权等其他用益物权相协调，不会打乱原有的体系架构。此外，建议修改用益物权中原土地承包经营权章名为“土地承包经营权和土地经营权”，与《承包法》体系相对应。虽然后者区分家庭承包方式的土地经营权和其他承包方式的土地经营权，但修改章名后，前者可以涵摄后者。综上，土地经营权编入民法典并与土地承包经营权同章规定，农地上就会形成“土地所有权—土地承包经营权—土地经营权”的权利架构，既有利于法官寻找法律，适用法律，也有利于实现农民土地财产权益。

四 土地经营权编入民法典内在逻辑

（一）土地经营权产生

新修订的《承包法》第17条明确规定土地承包经营权“三项两类”利用方式，“三项”即土地承包经营权可以互换、转让和流转，“两类”即处分方式利用土地承包经营权和处分方式利用土地承包经营权。前一种情形，当事人互换或转让土地承包经营权，其自身享有的权利归于消灭（《承包法》第33条、第34条）。后一种情形，当事人流转土地经营权，并不导致土地承包经营权丧失，其在法律上仍享有土地承包经营权，或被称为保留土地承包权。此次立法，明确土地承包经营权与土地承包权之间的关系，两者本质上是指同一种权利，土地承包权就是流转土地经营权后的土地承包经营权。^② 土地承包权概念只是法律上对同一种权利（土地承包经营权）在不同语境下的不同称谓，这源自“三权分置”改革所提出的政策术语，法律上意义并不明显，无须新创“农户承包权”概念^③，且《承包法》中只提到一次（《承包法》第9条）。如此，土地承包经营权行使方式就落实了农地“三权分置”改革所提出的“稳定土地承包权”要求。但关于“放活土地经营权”，《承包法》第36条只是原则性规定，承

① [德] 卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆，2003，第316页。

② 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。

③ 管洪彦：《农地“三权分置”立法表达的核心争点与破解之道》，《中国不动产法研究》2018年第1期。

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。那么，土地经营权如何产生？从起源上分析，其是法律上对农村土地承包经营权流转现象的一种描述，是用法律语言对客观现实的表达，面对现实中债权方式流转农地权利和农业经营者对赋予农地权利物权效力的渴求的一种立法回应。

根据王轶教授民法学问题分类方法，土地经营权产生本质上是一个解释选择问题，是如何用民法的语言来解释、表述生活世界的问题，该问题与价值判断相联系，民法在协调利益冲突的过程中，总是要在利益衡量的基础上，依据特定的价值取向作出价值判断，在不同类型的利益中作出取舍或安排不同类型利益实现的先后序位。^①在现实问题转化为法律语言时，土地承包经营权可以通过出租、入股或其他方式流转土地经营权，此处的土地经营权是指广义上的权利行使方式，从“流转”一词的演变可以看出。2002年《承包法》使用“流转”一词30次，其中广义上指土地流转方式（包含转包、转让、出租、入股等）共计25次；以“其他方式流转”的用法共计5次，分别是“转包、转让、出租、入股或其他方式流转”用法4次，“互换、转让或其他方式流转”用法1次。由此可见，2002年《承包法》对“流转”一词的使用是广义上的，既包含了债权型（出租、转包等）流转方式，也包含了物权型（转让等）流转方式。2018年新修订后的《承包法》使用“流转”一词32次，其中表示“土地经营权流转”意思的30次，“以其他方式流转的”共计2次。综上，对比可知，两次立法对“流转”一词的使用，均是指广义上的流转，指权利行使的方式，具体说是对土地承包经营权行使方式的描述，既包括物权型的使用权又包括债权型的使用权。^②因此，农户流转土地经营权，就拥有较大选择自由^③，既能以出租等债权方式（例如土地租赁）利用土地承包经营权（流转土地经营权），又能以物权方式（例如创设用益物权）利用土地承包经营权（流转土地经营权），只是后者需要符合物权法定原则，要有法律明确规定。综上，土地经营权并不是一个简单的法律概念，其产生是对土地承包经营权行使方式的综合描述，要界定其属性，必须分不同情况对待。

（二）土地经营权属性

关于土地经营权性质，学界主要存在三种不同认识：债权说、物权说和债权物权化说。各有长短。若将土地经营权属性界定为债权，对厘清其与土地承包经营权之间的关系十分有利，但不符合土地经营权创设目的，难以满足新型农业经营主体预期。若将土地经营权属性界定为物权，与现实有所不符。实践中流转的土地经营权不适合

① 王轶：《民法原理与民法学方法》，法律出版社，2009，第97页。

② 张志坡：《农用地使用权研究》，《中国不动产法研究》2017年第1期。

③ 李光德：《农地“三权分置”制度演进与变迁优化》，《江汉论坛》2018年第11期。

都界定为物权性质，流转时间短的，赋予其物权效力，意义不大。债权物权化说认为，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，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。^①该观点是一个折中方案，将土地经营权本质上界定为债权，只是通过登记赋予其对抗效力。这种认识虽然调和了前两种学说，但规定在物权法中，难以与物权设立方式相协调。物权设立方式主要有登记主义和意思主义两种模式，后者通过意思表示合意即可设定物权，登记具有对抗效力。若是债权性质的土地经营权通过登记获得对抗效力，但其自身又非物权，却规定在物权法中，体系上难以协调，徒增争议。

土地经营权属性界定，不能仅停留于对权利表面的分析，而要根据现实情况，具体分析。土地经营权概念产生是法律上对农村土地承包经营权流转现象的一种描述，是用法律语言对客观现实的表达。由此，立法者可以将土地经营权属性界定为债权，当事人之间的权利义务关系由合同法调整；将土地经营权属性界定为物权，就由物权法调整。但立法权不可滥用，权利属性界定的依据是对现实情况的准确把握和不同主体利益间的价值衡量。实践中，土地经营权流转期限既有短期又有长期，既要尊重农民自愿流转土地经营权的意愿，又要发挥土地经营权经济效益价值。由此，对土地经营权属性进行界定，应区分不同情形，可分别界定债权型的土地经营权和物权型的土地经营权。债权型的土地经营权流转奉行意思自治原则，例如土地经营权租赁、转包等，当事人之间可以自由约定；但物权型的土地经营权，非立法明确规定，当事人不得创设。因此，只要在立法上明确物权型的土地经营权构成要件、权能及地位，债权型的土地经营权就会自然明晰。

（三）物权型土地经营权创设

根据《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。该条款中土地经营权还是指广义上的农地利用方式，土地经营权性质并不明确。欲设立物权型的土地经营权，若继续沿用土地经营权概念，难免会出现同一概念却内涵冲突的现象。因此，建议引入一个新的概念，“土地经营权”最核心的要素是“耕作”，可用“农地耕作权”表达。^②条文就可拟定为：“土地经营权流转期限为五年以上的，依法设立农地耕作权，

① 高圣平：《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》，《政治与法律》2018年第8期。

② 申惠文：《法律语言学视角中的农地“三权”分置改革——“农地所有权、农地使用权和农地耕作权”的证成》，《中国不动产法研究》2018年第1期。

自合同生效时设立。当事人可以向登记机构申请登记；未经登记，不得对抗善意第三人。”此时，农地耕作权作为一种用益物权，区别于土地承包经营权。一方面，农地耕作权经设立方式产生，并非土地承包经营权中分出的权利，农地耕作权是土地承包经营权的一种利用方式，是一种限制物权。^①另一方面，以五年为分界线，区分债权型的土地经营权和物权型的土地经营权，即有利于明晰权利属性，又有利于鼓励农地长期流转，实现农业规模化经营。综上，在土地经营权作为描述性概念的情况下，土地承包经营权非处分方式利用，既可以通过出租、转包等方式实现，也可以通过设立用益物权方式实现。

（四）“户”作为权利主体体系功能

在上述农地权利属性区分背景下，要真正发挥农地权利制度价值，还要明晰各项权利归属。集体土地所有权由农村集体经济组织享有，土地经营权由新型农业经营主体享有。但对于土地承包经营权，其正处于上述两种权利衔接处，地位重要，但权利归属并不清晰。《承包法》第3条、第9条、第16条规定，土地承包以家庭为单位，家庭获得土地承包经营权。但根据《民法总则》第55条，集体成员个人享有土地承包经营权，这与《承包法》规定并不一致。理论上，关于土地承包经营权实际享有主体，学界也存在不同观点。但在农地“三权分置”改革背景下，土地权利多次流转，涉及众多不同的利益主体，有必要明确土地承包经营权实际享有主体。笔者认为，土地承包经营权直接享有主体应是“户”，集体经济组织成员以户为单位享有自身的土地承包各项权益，本质上可以理解为成员享有的是土地承包经营权的份额或资格。

首先，家庭、户在法律制度中，不同语境下表示不同的内涵，具有身份属性。^②家庭归民法中的亲属法调整，这一民法的分支体现家庭作为人口生产单位的方面；户归民法总则中的“两户”制度调整。^③自民法通则到民法总则，立法者一直承认“农村承包经营户”概念，且放在“自然人”章节中，实际上已经赋予了户主体地位。其次，户作为承包合同主体，追求的是土地配置效率的目标定位。^④以户为单位享有土地承包经营权，可以避免土地过分碎片化经营，也有利于降低土地流转协商成本。2019年2月21日，国务院《关于促进小农户和现代农业发展有机衔接的意见》明确强调，小农户是家庭承包经营的基本单元，完善“农户+合作社”“农户+公司”利益联结机制，

① 许峻桦：《“三权分置”法理视角下农地经营权抵押融资困境的解决路径探析》，《中国不动产法研究》2017年第2期。

② 祝之舟：《农地“三权”分置的法理重塑与制度建构——兼论〈农村土地承包法〉的修改》，《中国不动产法研究》2018年第1期。

③ 徐国栋：《我国民法总则制定中的四个问题》，《暨南学报》2017年第2期。

④ 汪洋：《土地承包经营权继承问题研究——对现行规范的法构造阐释与法政策考量》，《清华法学》2014年第4期。

土地经营权流转均以“户”为单位。我国“大国小农”的基本国情也决定了小农户家庭经营在很长一个时期内仍将是我国农业的基本经营方式。^①

再次，有利于落实“土地承包关系稳定长久不变”“引导土地承包经营权有序退出”等法政策实现。以户为单位承包土地并经营，指的是在一个承包期内，土地承包关系稳定不变，当承包期届满，开启新一轮土地承包时，要重新考虑成员身份，并非有的学者所认为的土地承包关系永远不变。^②当某一家庭成员死亡或退出土地承包关系时，以户为单位的土地承包合同并不解除，只是到下一轮土地承包时，户的土地承包经营权发生变动。如此，也可以避免土地承包经营权继承困境，发挥农户承担的社会保障功能。^③最后，在法解释上，《民法总则》规定集体经济组织成员“依法享有”土地承包经营权，并未规定集体经济组织成员直接享有“土地承包经营权”，“依法享有”可以理解为依据新修订的《承包法》，以家庭承包为方式享有土地承包经营权。根据《承包法》新增加的第16条第2款，农户家庭成员依法平等享有承包土地的各项权益。由此，集体经济组织成员享有的是承包地带来的各种收益，并非直接享有土地承包经营权。综上，明确以户为单位享有土地承包经营权，就为土地经营权编入民法典奠定了基础，从而有利于实现我国农业现代化、规模化经营目标。

五 土地经营权编入民法典路径选择

（一）最佳路径：具体规定土地经营权

《物权法》中“土地承包经营权”一章共有11个条文，《民法典物权编（草案）》中，“土地承包经营权”一章共有12个条文，其中涉及土地经营权的条款仅有3个。土地经营权作为农地“三权分置”改革重要成果，涉及亿万农民权益，是法官解决争议的重要裁判依据，民法典中简略规定，显然不当。笔者建议，土地经营权编入民法典，应持完善《承包法》立场，解决立法上故意模糊和规范冲突问题。其一，修改原“土地承包经营权”一章名称，改为“土地承包经营权与土地经营权”，彰显农地改革成果。其二，农地流转五年以上的，以设立方式产生农地耕作权，登记具有对抗效力。债权性质的土地经营权，当事人有选择合同名称的权利，法律不应强制。其三，农地耕作权可通过抵押方式融资。在物权编担保物权章节中，可明确列举农地耕作权作为抵押标的物。其四，土地经营权流转期限不得超过剩余承包期，属于强制性条款。其五，立法明确集体经济组织成员依法以“户”为单位享有土地承包经营权，依法平等

① 韩长斌：《对标硬任务做好“三农”工作》，《人民日报》2019年2月20日，第4版。

② 申惠文、杜志勇：《稳定土地承包关系长久不变法律构建》，《东南法学》2016年第2期。

③ 徐迪锋：《“三权分置”背景下农户承包权继承问题微探》，《中国不动产法研究》2017年第1期。

享有承包土地各项权益。

民法典物权编关于土地经营权具体条文可规范如下。

增加条款：家庭作为承包方承包土地后，以户为单位享有土地承包经营权，可以自己经营，也可以保留土地承包经营权，流转其承包地土地经营权，由他人经营。

增加条款：农村家庭承包经营户可以依法互换、转让土地承包经营权，或流转土地经营权。

增加条款：承包方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，但不得超过剩余土地承包期，并向发包方备案。

增加条款：土地经营权流转期限为五年以上的，依法设立农地耕作权，自合同生效时设立。当事人可以向登记机构申请登记；未经登记，不得对抗善意第三人。

增加条款：受让方取得农地耕作权的，经承包方书面同意并向发包方备案，可以向金融机构融资担保。

担保物权自融资担保合同生效时设立。当事人可以向登记机构申请登记；未经登记，不得对抗善意第三人。

增加条款：本章关于土地承包经营权及土地经营权未规定事项，参照《农村土地承包法》等相关规定。

（二）次之路径：指引性规定土地经营权

若是严格按照《物权法》“小修小补”的宗旨，土地经营权在民法典物权编中规定的条文数量必然较少，但以下事项必须规定。其一，在民法典物权编土地承包经营权一章，应明确土地承包经营权与土地经营权关系，明确物权型的土地经营权创设方式。以五年为界限，设定农地耕作权，赋予其物权效力。若立法不愿引入新的概念，必须规定“农地流转五年以上的，自流转合同生效时，当事人通过设立方式产生土地经营权，登记具有对抗效力”。以此，为将来理论上和实践上区分债权型的土地经营权和物权型的土地经营权奠定基础。其二，明确赋予物权型的土地经营权抵押融资功能。其三，关于土地承包经营权取得、期限、丧失等条款可以沿用原《物权法》的规定，或指引由《农村土地承包法》规定。该种方式也具有一定的优势，一方面可以避免民法典频繁修改，保持法典稳定性；另一方面为实践发展和学界探讨预留了充足的空间。

六 结语

改革开放40多年来，我国经济社会发展不断变迁，农村土地制度不断变革，从“两权分离”到“三权分置”，无不凝结着我国劳动人民的创新精神和学界探索精神。在新时代背景下，农地“三权分置”改革奠定了我国未来农村发展方向，在法律制度

上建构起以“集体土地所有权—农户土地承包经营权—新型农业经营主体土地经营权”为核心的农地权利制度体系，对实现我国农村经济可持续发展和乡村振兴具有重要意义。土地经营权作为表达土地承包经营权流转利用的重要概念，只有法律上清晰界定其属性和内涵，才能充分发挥其应有的价值。当前，《农村土地承包法》已经顺利修改完毕并且颁布实施，民法典编纂已到了最后的紧要关头，土地经营权科学合理地编入民法典，不仅是每一位学人的期待，也是亿万民众的期待。