

土地经营权所涉无权占有类型区分与法律适用

刘云生

摘要 土地经营权人对农村土地的占有、使用、收益,甚或对土地经营权之转让、抵押以及优先权实现均可能涉及《物权法》第242条所指向的无权占有。如果全盘适用第242条,势必缩减土地经营权人的权利空间;如果不予适用,则会导致承包人权益受损,甚至危及集体所有权。值此民法典编纂之际,唯有具体区分土地经营权所涉无权占有之具体类型并有针对性适用,始能达成土地所有权、土地承包经营权、土地经营权之平衡,维护农地的稳定经营与效益增长,为乡村振兴战略提供可靠的制度供给。

关键词 土地经营权 无权占有 类型区分 适用空间

DOI:10.16094/j.cnki.1005-0221.2019.02.011

作者刘云生,法学博士,广州大学法学院教授。

虽有传统近似制度可供比堪对照,但循名责实,土地经营权本质上仍应定格为土地公有制与土地承包经营权项下用益物权之一种,具有鲜明的中国特色和制度惯性。此种特色与惯性展示了我国对农村土地制度设计的政治目标考量与传统资源甄选,也显示了与西方地权逻辑不同的权利义务结构体系,属于学界所谓“关系产权”之经典标本。^①

一、法权逻辑与制度困境

(一) 西化逻辑与道德苛责

《物权法》第242条规定“占有人因使用占有的不动产或者动产,致使该不动产或者动产受到损害的,恶意占有人应当承担赔偿责任。”该条从逻辑上区分了无权占有的两类情形及其法律后果:如为善意占有,则对占有使用不动产或动产所造成的损害不承担赔偿责任;如为恶意占有,则需依

* 本文系阐释十九大精神国家社科基金专项课题“农地三权分置的实践探索与法律表达”(18VJ061)的阶段性成果。

^① 据笔者目力所及,“关系产权”命题系由周雪光教授所倡,主张产权结构及其形式是社会组织交往关联的结果,是应对社会环境的适应机制。详见周雪光“关系产权:产权制度的一个社会学解释”,《社会学研究》2005年第2期;较早时期,李培林教授也特别关注产权配置与社会性结构性要素之间的关系,参见李培林“中国社会结构转型对资源配置方式的影响”,《中国社会科学》1995年第1期,其完整表达可见其专著《另一只看不见的手——社会结构转型》,社会科学文献出版社2005年版;后期关注此种命题多系社会学学者,典型者如臧德顺,认为乡村土地产权逻辑必须遵循政府逻辑、市场逻辑、社会逻辑之统一,详见所撰“臧村‘关系地权’的实践逻辑——一个地权研究分析框架的构建”,《社会学研究》2012年第1期。

法承担赔偿责任。

该条具有两大特色：一是遵循西方民法典言说逻辑，明确区分有权源的有权占有与无权源的无权占有。此种区分逻辑上具有自足性，理论上亦具有科学性。但是否契合中国具体国情，是否可以用于解读、规范土地经营权，尚需明辨深思。毕竟，土地制度具有极强的民族性、地域性，还与特定的政治、社会、文化背景息息相关，具有不可通约性。“制度不是理论的产物，而是在习惯、风俗、传统、思想、兴趣、法律、宗教等方面的经验的凝结。”^②

二是遵循道德法则，对恶意的无权占有人苛以重责。此种加重责任直接延及后续条款，如第243条剥夺恶意占有人请求支付因维护占有不动产所支出的必要费用的权利。又如《物权法》第244条，若认定为恶意占有，且有毁损、灭失等情形出现，恶意占有人不仅应将因毁损、灭失取得的保险金、赔偿金或者补偿金等返还权利人，如损害未得到足够弥补，尚应承担赔偿责任。

（二）制度困境

徵诸乡村社会的土地经营权实践，上述规范很难与现实契合，难以从立法层面为民间实践提供科学的理论支撑和有效的制度供给，甚至会严重悖离民法基本价值立场。

1. 如何认定土地经营权之本权？

此点涉及土地经营权性质界定及其占有品质认定。按照物权法基本原理，土地经营权的本权可依照两类标准进行识别。

第一类，原因力标准。传统土地经营权之本权可依法律行为及非法律行为而产生。现行立法于不动产占有层面，特别是就土地占有层面，仅承认了基于合意而产生的不动产占有，即《物权法》241条所谓“基于合同关系等产生的占有”，逻辑上排除了基于事实行为对不动产的占有权利。

但考稽流变，揆诸习惯，传统占有制度多以调整基于非法律行为而产生的事实性占有，如基于先占、时效而占有特定不动产之类，通过认定其占有权，实现优先权，甚或获得用益物权、所有权。依照西方罗马法、现代物权学理价值区分标准，此类占有从品质上又包含两种：

一种为合法性占有，不动产领域为长期占有或开发无主荒地或有主抛荒地，持续届满法定或习惯法认可期限，不仅获得占有权，还可向所有权转换。中国传统亦多如此，如民间垦荒一直存在“谁挖谁得”（垦荒）、“谁种谁得”（抛荒地利用）之类的先占习惯。自唐而明，自民国迄今，均有显例。特定时期，政府为鼓励农业，亦会尊崇、倡导该类习惯，强化对抛荒田、逃田、天荒田的开发、利用。^③

另一种为非法性或不法性占有，如基于劫盗、强占行为而产生的占有。无论是不动产的占有，抑或是盗赃物的占有，于罗马法上均可获得占有保护，历经法定的时效，尚可产生所有权，此即所谓时效取得。其中，盗赃物与不动产期间可达30年，此即所谓“特长取得时效”。^④

第二类，对抗力标准。依照西方近代民法理论，占有既可能因物权而产生，亦可依债权而产生，二者均构成本权，但其对抗力区别极大。^⑤

土地经营权究为物权抑或债权，学界分歧极大。如仅限于学理研讨、判定，自无损于土地经营权之行使。但就目前情形而论，如果认定土地经营权为物权，以物权法定原则，显属于法无据。目

^② [美] J. M. 汤普森 《历史著作史》（下卷），孙秉莹、谢德风译，李活校，商务印书馆1982年版，第493页。

^③ 如《大明律·户律·田宅》：丁力少而田地多者，听从其“尽力耕种”，但必须“报官入籍，计田纳粮当差。”鼓励对逃田、荒田的先占。

^④ 如系国家、教会、慈善机构财产，占有时效则可达40年。参见黄风 《罗马法》（第二版），中国人民大学出版社2014年版，第111页，脚注⑥；刘云生 《物权法》，元照出版公司2015年版，第421-422页。

^⑤ 参见王泽鉴 《民法物权2：用益物权·占有》，中国政法大学出版社2001年版，第171页。

前之土地经营权为修正后的《农村土地承包法》所明定，但该法回应了土地经营权的定性，《物权法》并不存在土地经营权概念，亦无独立制度设计。如其定性为债权，则其对抗力明显弱于物权。土地经营权人既无力对抗集体所有权，亦无从对抗农户土地承包经营权。

易言之，当今盛行于广大乡村社会的土地经营权虽有政策护航，却无立法指引，土地经营权人对农地之占有仅能依照《物权法》第241条推定为基于合同而产生的不动产占有，其本权应归位于债权。^⑥此种归位不仅导致经营权人失去物权之特别保护，作为纯合同性权利，其本权极易因承包人、发包人主张权利而丧失，三权分置必然失去改革动力和价值前提。依照《物权法》第242条，还可能引发后续性两个问题。

2. 本权丧失是否必然构成无权占有、恶意占有？

土地经营权无论属于物权，还是债权，均可构成占有之本权。但如果缺乏本权或丧失本权，是否即构成无权占有？即便构成无权占有，是否必然构成恶意占有？

本权丧失，土地经营权人对农地之占有构成无权占有，此点无论从逻辑上，还是从价值上，似乎均无疑义。但徵诸民间实践，则很难判定。笔者在土地调研过程中发现，从东北大庆到海南万宁，从四川绵阳到福建永春，最常见的地权认知仍然遵循的是传统物权习惯，主张土地的实际占有人、经营者可以且应当基于合意后的占有事实享有对抗性权利。即便作为承包权人的农户，亦遵循传统习惯，视土地经营权人为现实占有人，而此种占有本身既可对抗土地承包经营权，亦可对抗集体土地所有权，具有相当于西化背景下的物权对抗力。

此外，一旦认定土地经营权人为无权占有，则可能在逻辑上引发另一个后果：因无权占有而引致恶意占有。如果构成恶意占有，按照《物权法》第242条之旨归，经营权人则需对农地之损害承担赔偿责任，此点可能严重危及土地经营权人利益。

显例如，承包人转让土地承包经营权，依照《农村土地承包法》第34条规定，需经发包方同意，否则合同无效。《最高人民法院关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》（以下简称《土地承包司法解释》）第13条重申、强化了此点“承包方未经发包方同意，采取转让方式流转其土地承包经营权的，转让合同无效。但发包方无法定理由不同意或者拖延表态的除外。”如承包人未经发包人同意而将土地经营权流转给第三人且已实际交付土地，那么，转让合同无效前提下，实际经营权人对该项不动产之占有究应属于有权占有，还是无权占有？

窃以为，此类占有应当认定为有权占有。有学者主张，在转让用益物权时，只需用益物权人与受让人签订用益物权转让合同，再践行一定的公示手续即可，并不需要所有权人同意。同时，用益物权人取得用益物权时已然体现了所有权人的意志，已取得用益物权的人转让其权利仅需当事人双方债权合意即可，无须所有权人同意。^⑦

进而言之，即便因合同无效，本权未成就或被消灭，上述情形下之不动产占有被认定或判定为无权占有，应当返还土地经营权，也不得推定实际占有人为恶意占有，而应当推定为善意占有。

3. 善意占有是否不承担农地损害赔偿责任？

按照第242条之逻辑，无权占有之恶意占有人需对占有期间之不动产损害承担赔偿责任，善意占有人则无需承担。揆诸农地经营权，此项规定显然悖离了民法基本价值立场，既无助于公平分配土地经营风险责任，亦不利于保护公共自然资源。

^⑥ 参见高圣平 “农地三权分置改革与民法典物权编纂”，《华东政法大学学报》2019年第2期，第17页。

^⑦ 参见高圣平 “新型农业经营体系下农地产权结构的法律逻辑”，《法学研究》2014年第4期，第89页。

无论是本权的有权占有，还是无本权的无权占有，所有占有人均需对具有可归责的土地利用后果承担法律责任。以现行法规定而论，《农村土地承包法》第18条第2项明确规定了承包方之法定义务“依法保护和合理利用土地，不得给土地造成永久性损害。”何为永久性损害？根据农业部《关于做好当前农村土地承包经营权流转管理和服务工作的通知》（农经发〔2008〕10号）第4条之规定，实则是指一切破坏土地耕作功能的行为。^⑧

以用益权理论而论，此项法定义务必然延及土地经营权人。传统“用益权”（usufructus）产生于“使用”（uti）与“收益”（frui）之语义集合，但自罗马法以来，用益权人必须坚持不违物之本质而为适当使用之原则，藉此保护所有权人未来之权利回复与利用，同时保护公共利益与自然生态。保罗界定用益权概念时，特别强调“用益权是以不损害物的本质的方式使用、收益他人之物的权利”。关于此点，乌尔比安亦完全赞同杰尔苏之观点：如果接受他人遗赠，获得某一土地之用益权，则“用益权人必须以适当方式耕种那块土地。”^⑨

换言之，占有人对土地经营造成损害之赔偿责任不宜以其占有之有权、无权，善意、恶意为前提或标准。土地具有自然资源属性和不可再生性，土地污染治理周期长，成本高，不动产经营权人返还土地时亦享有地力改良费用请求权，为保护资源、平衡利益，实现权利义务对等，即便属于无权占有下之善意占有，亦得就其经营行为导致土地污染、地力减退承担损害赔偿赔偿责任。

二、《物权法》第242条所涉土地经营权无权占有类型

根据现有立法文本、司法解释，结合土地经营权推行的民间实践，《物权法》第242条可能涉及的无权占有应有但不限于如下类型。

（一）因合同效力之争引致之无权占有

前举《土地承包司法解释》第13条，如承包人未经发包方同意，将土地经营权转让第三人且已实际交付土地，依照目前法律规定及司法解释，转让合同无效，由此引发第三人对农地占有之品质推定。

即便有转让合同，且已然实际占有、经营，但如果不能举证发包方无法定理由不同意，该合同即可能遭遇法院判决确认无效，其占有亦相应由有权占有转为无权占有。如何认定此类占有性质？虽然律有正条，但司法实务与民间实践并未执一而论，反倒出现了三种处理模式：

第一种模式，认定合同有效，第三人为有权占有。其理由如前揭高圣平教授观点，于司法实务中亦不乏其例。尤当留意者，十八届三中全会、四中全会、五中全会一致致力于土地经营权与农户承包权分离并倡导市场化流转，《土地管理法》也暂停适用。2014年，中办、国办《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》（中办发〔2014〕61号，下称“两办意见”）则明确否定了《农村土地承包法》第34条需征得发包方同意之条款，规定流转土地经营权的，须向农民集体书面备案。换言之，三权分置后，只要不涉及土地承包经营权，土地经营权的流转只需

^⑧ 农业部《关于做好当前农村土地承包经营权流转管理和服务工作的通知》（农经发〔2008〕10号）第4条“流转的农用地不得改变农业用途，属于基本农田的，流转后不得改变基本农田性质，不得从事种树、挖鱼塘、建造永久性固定设施等破坏耕作的活动。”

^⑨ [德] 保罗“论韦得里”（第3卷）；[古罗马] 乌尔比安“论萨宾”（第17卷），载桑德罗·斯契巴尼选编《物与物权》，范怀俊译，中国政法大学出版社1999年版，第127页。

有流转合同加上书面备案即可生效，无需征得发包方同意。^⑩

第二种模式，认可占有事实，比照有权占有处理，待补足合同效力瑕疵后转换为有权占有。此类处理机变灵动，能有效维护农户土地承包经营权与土地经营权二者之利益均衡，保护占有之稳定性，于司法实务中最为常见。^⑪

第三种方案，解除合同，返还占有。此类处理直接认定第三人占有为无权占有，最为保守。但所幸的是，司法实务中一般倾向于推定其无权占有为善意占有，第三人得依《物权法》第243条请求返还因维护该不动产支出的必要费用。

（二）因行使补偿请求权而拒绝返还不动产引致之无权占有

土地经营权转让合同存续期间内实际经营权人之占有自属有权占有，但合同期间届满，土地经营权人基于基础设施、地上建筑、地力改良及不动产附属设施等补偿请求权等权利实现拒绝返还不动产，是否必然构成无权占有？是否适用《物权法》第242条？

此类情形不宜一概而论，应针对具体情状进行占有品质推定。如当事人双方合同有约定：出让人届期不补偿或返还相应费用，则允许受让人持续占有，此类属于有权占有。如双方达成补充协议，延长土地经营权期限，亦应视为有权占有。

最常见之情形为，双方于合同中未约定，事后亦不能达成补偿协议，则只能诉请人民法院或仲裁机构居中裁夺。由此引发的问题是：协议酝酿期、诉讼期间，经营权人对不动产之占有应当视为有权占有还是无权占有？

依照目前立法文本，应当认定为无权占有，理由如次：其一，期间已经届满，占有本权丧失；其二，补偿费用请求权属于债上请求权，不能对抗农户土地承包经营权；如承包经营权期间同时届满，亦不得对抗集体土地所有权。

但对于此类无权占有不能推定为恶意占有。除非占有人，亦即前土地经营权人有明显的损毁土地价值的行为，不得主张其对上述期间内之土地损失承担赔偿责任。

需要留意的是，对于上述补偿费用，“两办意见”明确规定，改良土壤、提升地力，建设农业生产、附属、配套设施，都必须经过承包农户同意。言外所指，若非经承包权人同意，土地经营权人不得请求补偿；一旦期间届满，则土地经营权人不得以持续占有对抗承包权人以实现补偿费用请求权，否则即构成无权占有、恶意占有。

此类规定对经营权人极度不利，导致利益保护畸轻畸重，有违公平。相形之下，我国台湾地区“民法”采“通知”而非“同意”，能有效平衡双方权益，殊为允当。其中第850-8条规定，农育权对土地进行改良之各类事项及费用数额，需以书面形式通知土地所有人，如土地所有人不即刻表示反对，农育权人即可于合同届满时请求返还此类特别改良费用之现存增值部分。

（三）因股权转让引致之无权占有

土地经营权入股后是否能以退股形式回复不动产占有？当实际经营权人持续占有不动产，是否构成无权占有？

此类情形较为复杂，大致可区分为两类。

1. 土地股份合作社。农户以土地经营权入股，将土地交付特定土地经营人经营。如果退股，可以回复土地经营权，实际经营人应当返还土地，否则即构成无权占有。但农户应当承担相应补偿费

^⑩ 中共中央办公厅、国务院办公厅《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》（中办发〔2014〕61号）中规定“经营主体再流转土地经营权或依法依规设定抵押，须经承包农户或其委托代理人书面同意，并向农民集体书面备案。”

^⑪ 参见注⑥，第89页。

用,且不得干预实际经营人对土地投入孳息行使权利。

尤当留意者,当土地经营权期间届满,但土地经营权人所经营之农作物、经济作物或其他产品尚未收获,必须继续占有农地,是否构成无权占有?大陆立法于此未予明确规定,极易引致无权占有。如借鉴我国台湾地区“民法”,则可有效排除无权占有。依照第839条立法宗旨,出现上述情形,土地经营权人可与承包人协商,由承包人以时价收购上列产品;如果承包人拒绝,土地经营权人得请求延长经营权期间,承包人不得拒绝,但延长期限不得超过6个月。

2. 股份公司。如果土地经营权人以土地经营权入股公司化实体,则其土地经营权已然转化为资本形态,无论是基于资本稳定原则,还是基于土地经营权资本化、证券化后的不可回溯原则,土地经营权人只能转让股份,但不得请求退股,更不能请求回复土地经营权。故而,逻辑上不应亦不会出现土地经营权无权占有之情形。

应特别留意的是,如公司破产,原经营权人享有优先回购权,如此类优先权受到侵害,则可能产生无权占有,此点容后详述。

更应留意,股份公司型的土地经营权流转,主要存在于经济发达地区,且以非农经营为主;于广大中西部地区,则更倾向于选择股份合作社形式。究其原因,就实体而言,股份合作社享有更多的政策优惠,如产业政策倾斜、财政扶持、金融支持、税收优惠等。就程序而言,与股份公司相比,股份合作社从设立、注册、登记、刻章、税务登记证申领、银行开户等方面,程序都较为简化便捷。但更重要的原因是取决于农户和土地经营权人之行为偏好,基于安全性考量,采用股份合作社形式,随时可以通过占有方式对不动产进行实际控制、经营;即便采用无权占有方式,亦能于习惯层面获得一定程度之对抗力,最大程度维护权利。^⑫也正是基于农村土地负载保障功能过重过大,陈小君教授主张,如果要推行农地股份制改革,宜采用涵摄力强大的社区型农村土地股份合作制,藉此实现社会保障、劳动力转移,推进教育和农业科技等多重目标。^⑬

至于农地信托所产生之无权占有,可比照入股方式处理。

(四) 因经营权抵押引致之无权占有

十八届三中全会《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》(以下简称《决定》)和2014年中共中央、国务院《关于全面深化农村改革加快推进农业现代化的若干意见》(以下简称《意见》)均提供了农地经营权抵押的政策指引,《意见》第17条特别提出,允许承包土地的经营权向金融机构抵押融资。此点与《物权法》第242条链接,就会产生如下问题:如果土地经营权上负载有抵押权,此时转让土地经营权并交付不动产,是否构成无权占有?

此类情形又可区分为三类。

1. 如抵押期间届满,抵押人未能清偿债权,抵押权人留置不动产,构成无权占有,如存在强占、威胁等情项,理应认定为第242条之恶意占有。

我国现行立法禁止不动产留置。《物权法》仅承认了因保管、运输、加工承揽等合同原因发生的留置权,且明确规定留置权仅得依合同约定而行使,客体亦仅限于动产。

于政策层面,细绎文件语词表达,辅以相关讲话、解读,我国土地经营权抵押权人之权利仅得及于约定期限内土地经营权所能获得的农业预期收益,不得及于集体所有权、农户土地承包经营权

^⑫ 参见刘云生、吴昭军“农村土地股份制改革中的行为特征”,《求实》2016年第9期,第79页。

^⑬ 参见陈小君“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”,《法学研究》2014年第5期,第23页。

和土地经营权。^⑭

2. 如已登记之抵押权人不同意转让土地经营权，抵押人擅自转让土地经营权且转移占有，是否构成无权占有？考察《物权法》第191条第2款之规定，转让合同应归于无效，占有人之占有缺乏合法来源，只能为无权占有；除非其代偿抵押人债务，涤除抵押负担，否则，其占有不得对抗抵押权人。

3. 未登记之抵押权是否能对抗土地经营权人？《农村土地承包法》就土地经营权担保物权采取登记对抗主义，由此可见，土地经营权设定抵押是否进行登记，并无强制性规定，当属于当事人自由选择权。徵诸乡村习惯，为节缩成本，当事人双方亦不愿进行抵押登记，甚或对此茫然不知。

当此情形下，如果出现未经抵押权人同意即转让土地经营权且转移不动产占有，占有人之占有是否构成无权占有？据物权公示公信效力层级，抵押权人与抵押人之抵押合同未经登记，并不具备对抗占有之物权优先效力，反倒是占有之占有可以作为权利外观，适足对抗未经登记之抵押权，其占有亦相应为有权占有，不应归于无权占有。

（五）因实现优先权引致之无权占有

土地经营权人取得土地经营权时，便存在一道难以逾越的藩篱，即无力对抗承包权人所属集体经济组织成员之身份性优先权。根据《农村土地承包法》第33条第5项“在同等条件下，本集体经济组织成员享有优先权。”《农村土地承包经营权流转管理办法》第9条强化了此一原则“农村土地承包经营权流转的受让方可以是承包农户，也可以是其他按有关法律及有关规定允许从事农业生产经营的组织和个人。在同等条件下，本集体经济组织成员享有优先权。”《土地承包司法解释》第11条更细化了此种身份性优先权“土地承包经营权流转中，本集体经济组织成员在流转价款、流转期限等主要内容相同的条件下主张优先权的，应予支持。”

之所以称本集体经济组织成员之优先权为“藩篱”，即在于此种偏倚性保护不仅阻却了土地经营权人之续租权，还进一步强化了农地经营的内部性、封闭性，妨碍农地经营权的市场化，容后详述。

由此，当土地经营权期间届满，土地经营权人为确保续租权、优先权而持续占有农地时，如集体经济组织成员主张并实现优先权，其占有即构成无权占有。

所幸的是，《土地承包司法解释》为土地经营权人设定了两类例外：如集体经济组织成员未能在书面公示的合理期限内主张优先权，或未经书面公示，原经营权人占有、使用农地两个月内未主张优先权，其优先权丧失。

据此，持续占有农地的原经营权人之占有即可区分为两类：未取得续租权之前之占有为无权占有，集体经济组织成员放弃或丧失优先权后，占有人与承包权人续签合同后，转归有权占有；如集体经济组织成员主张优先权，原经营权人续租优先权落空，则应结束无权占有状态，返还土地经营权与不动产。

尚有另一种情形值得留意，经营权期间届满，承包权人与经营权人均有意愿续约，土地经营权人经承包权人同意，继续占有、经营农地，后因发包方强制、胁迫，承包权人被迫与他人缔约并转让土地经营权。如此，名义经营权人与实际经营权人之间是否存在优先权顺位之争？孰先孰后？实际经营人之占有品质如何判定？就学理而论，二者之间应当存在优先权顺位。但相形之下，一个是基于合同约定而产生的债权合意；一个则是基于占有而产生的事实经营，实际经营权人应当享有优

^⑭ 参见“学习贯彻六中全会精神全面深化改革 汪洋孟建柱在省部级专题研讨班上作报告”，载《人民日报》2014年2月21日。

先权。

遗憾的是，揆诸时下立法，此种优先权是否能为实现，并不取决于实际经营权人之占有公信力与对抗力，而是取决于承包权人的态度。根据《土地承包司法解释》第12条“发包方强迫承包方将土地承包经营权流转给第三人，承包方请求确认其与第三人签订的流转合同无效的，应予支持。”据此，如承包权人请求法院确认合同无效后，再与实际经营权人缔结合同，其占有转为有权占有。

（六）因抛荒地自行耕种引致之无权占有

中国农村土地抛荒现象严重。四川省农业厅2008年对成都、荣县、南充、凉山等地市100000亩左右耕地利用进行调研，总抛荒量达到5500亩左右，占比为调研取样耕地的5%。其中，常年抛荒为2400亩，占比为抛荒地的43%；季节性抛荒为3100亩，占比为抛荒地55%以上。其中，最值得关注的是，成都等发达地区几乎没有抛荒耕地，荣县、南充等丘陵地区抛荒率为5%左右，凉山等山区地带抛荒率却达到10%-15%。^⑮

对于此类抛荒地，很多地区依照民事习惯，自行占有、经营并获取收益，此即前述所谓“谁种谁得”之物权习惯。但如承包权人抛荒土地，集体又未回收，无权源耕作人自行占有、耕种，此类占有品质如何界定？依照习惯和传统，占有人之占有固为无权占有，但基于资源效益和国家税收，民间和官府对此类占有事实均予认可并通过立法转换占有品质判定，最终认定其为有权占有。明代、清代对于战乱时期的“逃田”还允许、鼓励民众以先占方式占取田地，自行耕作一定期间后直接享有永佃权甚至所有权。原业主只能就房屋等不动产要求返还，对土地则不能再行主张权利。

但依照今时之物权法原理与物权立法，此类自行耕种显属无权占有。根据《土地承包司法解释》第6条，对于弃耕、撂荒之承包地，集体有权回收并重新组织发包；但原承包权人有权要求法院确认后一承包合同无效并返还承包地。该司法解释虽然以保护原承包权为旨归，但于逻辑上却间接承认了实际占有之权利：对抛荒地，承包权人不得主张赔偿损失；实际经营人有权请求受益方补偿其在承包地上的合理投入。

循此逻辑，即便未经过集体重新发包，也未经过承包权人同意，对于抛荒地自行占有、耕种虽为无权占有，但亦可推定其为善意占有。如此，占有人虽不能如传统习惯获得经营权，但其耕种收益权、合理投入请求权得以保全，藉此实现有限资源之有效利用。

三、土地经营权偏倚保护原则与《物权法》第242条之立法完善

土地经营权概念虽然已提出数年，但无论是从理论研究层面，还是从立法、司法层面，诸多前提性问题均未厘清。^⑯ 学界大道多歧，各是其是而非其非，莫衷一是；司法实务更难于法律与政策、法律与民俗之间对土地经营权精准定位，正确定性；民间实践则水随山势，或壅塞成湖，或飞泉流瀑，或大水崩沙，单看似乎自成风景，聚焦则万水分流，既不成体系，亦无从规整。随着土地经营权实践的逐步深入，《物权法》第242条势必面临世纪性挑战。如何对待、处理土地经营权所涉无权占有问题，不仅要面对西方话语与中国国情的逻辑矛盾，还面临着现代农业与民间传统的价值分离，更面临着法律与政策的制度冲突。

^⑮ 参见徐莉“城市化进程中如何解决农地抛荒问题”，《农村经济》2010年第3期，第22页。

^⑯ 参见刘守英、高圣平、王瑞民“农地三权分置下的土地权利体系重构”，《北京大学学报（哲学社会科学版）》2017年第5期，第141页。

上列六类无权占有，如机械、盲目照搬西化逻辑与现代语境，简单适用《物权法》第 242 条予以判定，不仅可能导致土地经营权市场空间萎缩，还可能诱发工商资本与农民阶层之尖锐对立。

为今之计，笔者主张对土地经营权进行偏倚保护，并结合民法典编纂，完善第 242 条关于无权占有之规定，以切实推进农业现代化步伐，实现乡村振兴战略目标。

（一）偏倚保护原则

纽约大学哲学、法学教授托马斯·内格尔（Thomas Nagel）于《平等与偏倚性》一书中指出，现代社会的平等绝不是法律面前人人平等和公民身份的平等等形式化的平等，还应该代入社会、经济内涵。在比较霍布斯“社会式”理论和洛克“自然式”理论后，内格尔认为承认并保护排他性权利可以产生三大后果：道德正义、经济效用、社会秩序。^{①⑦}

考察近代以来的民法发展史，上述三者恰好是产权或所有权产生的真正前提，也是推动实体平等和社会进步的最核心力量，适可为今时之土地经营权构造所借鉴、援引。

以道德正义而论，土地经营权绝非顶层设计者的凭空想象，而是来自于乡村的农地改革实践。《物权法》第 242 条之奖善惩恶的道德式立法看似善恶分明，实则可能陷入泛道德主义。最终，善意占有人以道德的正当性作为逃逸、抗拒民事侵权责任和赔偿责任的通道和手段。完善的土地经营权可以消解此种泛道德主义立法立场，通过赋予土地经营权人自主经营权、自由转让权、续租优先权以抗辩相对权利人之非法干预，于权利平等前提下实现农地效益的持续增长。持续投入和利益关联亦可促使土地经营权人珍视土地资源和自然生态，农户亦可获得持续、稳定之土地收益，最终趋近于真正的善。而唯有此种善才能扭转农民在财富、社会地位、个人自由、尊严等领域的不平等局面，获得实质性的利益和平等。

以经济效用而论，土地经营权可以打破目前农地经营的身份性、封闭性，在确保农地农用、农业生态前提下，实现农地效益的大规模、持续性增长。

以社会秩序而论，完善、科学的土地经营权制度安排能有效衡平集体、农户、土地经营权人三者之间的利益，实现工商资本下乡寻利与农民利益增长的高度耦合。

作为一种新型权利，土地经营权虽系从身份性承包权中分解而出，但较之于现时的法权模型，不仅从理论上可为用益物权体系之完善提供动力机制，亦能有效推进农地规模经营，实现农地效益的增长。为什么需对农地经营权进行偏倚保护？

1. 完善农地用益物权体系。从制度演化史角度考察，西方他物权制度的产生、发展对中国土地经营权之构建有着极强的借鉴价值。西方各类他物权均产生于对所有权体系之突破与权能之分解，二者均发生于罗马法时期。其具体路径为二：一是法学家对新的物权类型进行“解释”、证成，为新的物权类型产生提供学理支撑；二是裁判官运用特别程序对新型他物权予以偏倚保护。如当所有权人向用益权人主张“所有物返还之诉”时，用益权人可提出“确认之诉”，请求裁判官确定所有权人之所有物上存在用益权；而所有权人对此则必须提出“否认之诉”，藉此维护其所有权之完整性且不受限制。^{①⑧} 最终，来源于所有权但又独立于所有权之全新他物权体系最终形成并于罗马法中一枝独秀。

他物权拓展了所有权之功能，实现了所有物之最大化、最优化利用，于学理上更拓宽了物权体系结构。以罗马法用益权为例，基于所有权人之授权，用益权人得就所有人之土地、房屋进行支

^{①⑦} 参见 [美] 托马斯·内格尔《平等与偏倚性》，谭安奎译，商务印书馆 2016 年版，分见第 69-70 页、第 152-154 页。

^{①⑧} 参见 [意] 路易吉·卡帕歌罗西·阔罗内塞“所有权和物权：从罗马法到现代”，载费安玲主编《学说汇纂》（第 2 卷），薛军译，知识产权出版社 2009 年版，第 16-17 页、第 23 页。

配、收益并有权对用益之物进行改良但不得恶化其财产状况。用益权人不仅可在土地之上耕种，还可在不影响耕地前提下就用益地下之矿产进行开采、对房屋进行修饰性改进，但不得扩大房屋或拆解房屋上任何之有用部分。同时，用益权人不仅可以自己使用收益物，还可将用益权给予他人或出租、出卖给他人。更重要的是，用益权还可经由所有权人或用益权人同意成为质权或抵押权之标的。^①由此，所有权之外由用益权、租赁权、使用权、质权、抵押权等权利构建之他物权体系日趋扩展，推动了罗马法时期社会、经济、文化之全面发展，亦从立法、司法、法学研究各方面推动了罗马法之系统化。

2. 矫正制度缺失，增强农地效用。上举占有人对抛荒土地的开垦、利用，笔者主张赋予其占有权、收益权、有益费用请求权等。更进一步，如占有人系本集体经济组织成员，耕种时间达到一定期限，即可赋予其土地经营权。

此种制度建构于目前法权下障碍极大，但依照习惯承认其占有效力则无大碍。《民法总则》第10条所谓“习惯”，理应扩大解释包含物权习惯，藉此打破物权法定僵局，拓展土地经营权生存空间。

按照诺思的理论区分，此类物权习惯显然属于非正式制度。但根据诺思的命题，真正决定制度绩效的是以个性化知识为基础的非正式制度安排。如果忽视传统、习俗等非正式制度，不仅会毫无效果，还可能适得其反。^②

揆诸史实，清朝之所以出现所谓“康乾盛世”，其根本不在于人口快速增长，而是在于对农地权利，特别是对农地占有人进行偏倚保护，促进了农地效益的持续、高速增长，满足了人口所需的粮食生产和国家财税收入。最低层次是业主回复土地权利后必须给付占有人之土地改良费和前期生产投入（“垦本”）；最多的是以先占规则赋予无主荒地拓荒者以产权；最高层次是经过特定年限，剥夺抛荒者业权转归实际占有人、土地经营人所有。顺治年间，四川生口日蕃，官府行文，允许对有主无主之荒地任从开垦，“永准为业”；康熙年间，对于一定年限不耕种、不完粮之土地均认定为“抛荒”，许人自由开垦，一旦成为熟地，则可归为己业，“不许原主复问”；雍正年间，如抛荒地业主5个月内未申领产业，官府即向现实占有人颁发执照，“承种管业”。^③

康乾稍后，美国颁布《宅地法》，不到50年，拉平了东部西部发展差距，缔造了西部开发的辉煌。该法之最大亮点亦是对不动产占有人进行偏倚保护：凡一家之长或年满21岁之合众国公民，只要以垦殖为目的，经过宣誓，均可占有并登记领取不超过160英亩的宅地。居住并耕种满5年，即可获得土地执照，成为法定土地权利人。

3. 平衡当事人利益。对土地经营权进行偏倚保护尚可矫正现行立法对相关主体的身份性、特殊性保护等弊端。如根据目前立法与司法，本集体经济组织内部成员对集体土地承包经营权之转让在同等条件下享有优先权。如果土地经营权人于期间届满后仍然实际占有农地，单纯依靠《物权法》第242条立法逻辑，则显属无权占有，且无力对抗身份性优先权。如果赋予土地经营权人占有的物权对抗效力，则可凭借占有效力获得优先权。理由如次：首先，本集体经济组织成员已然享有土地承包经营权；即便不享有，亦得以成员权享有集体收益及失业保险等福利。其次，有利于稳定土地现实经营状况。土地经营权人为现实占有人、使用人，其权利之物权属性应当优于单纯的集体经济组织成员之身份权。再次，有利于经营权人持续投资，提高土地经营效率。优先权序位之法权设定，

^① 参见[古罗马]乌尔比安“论萨宾”（第17卷）、（第18卷），[古罗马]马尔西安“论抵押规则”，载[意]桑德罗·斯契巴尼选编《物与物权》，范怀俊译，中国政法大学出版社1999年版，第129、134、139页。

^② 参见[美]道格拉斯·C·诺思《制度、制度变迁与经济绩效》，杭行译，韦森译审，格致出版社、上海三联书店、上海人民出版社2008年版，第50-51页。

^③ 上述史料转引自江太新“对顺康雍乾时期扶农政策的考察”，《中国经济史研究》2007年第3期，第70-71页脚注。

必然增强现实经营权人之行为预期，能为持续追加投资，改善地力，不断提高土地效率，避免对土地进行竭泽而渔式经营。复次，有利于节缩经营成本。现实经营权人在经营模式创新、市场信息搜集甄别、人际网络构建、劳动关系稳定等方面有着明显优势，保障其优先权亦可节缩经营成本。

质言之，对土地经营权人进行偏倚保护，不仅不可能危及集体成员之具体权利，反而有助于提高农地经营效率。

（二）立法完善

适值民法典分则编纂之际，应对《物权法》第242条及其配套条款进行修正、完善。

民法典是一种文化选择，是特种民族文化的价值表达和传输。结合传统永佃权制度惯性和西方用益物权体系，以下诸方面亟待解决：

1. 通过民法典物权编确证土地经营权，构建完善、科学的农地用益物权体系。民法典是一种言说方式，修辞固然重要，但核心还是要语义场各类义素类聚的自然、贴切、有效。目前《农村土地承包法》设定就土地经营权进行定性。

“土地经营权”植入中国民法典物权编，不仅可使其名实相副，名正言顺，更可就其内涵外延进行归纳、厘定。更能够藉此构建以农地经营权为中心的其他权利体系，解决现实生活中经营权信托、入股、转让等问题，最终构建既具中国特色、又不违现代语境之“集体土地所有权—农户承包权—农地经营权”法权体系。

2. 结合《物权法》第30条、第241条以后诸条，将土地经营权之本权归位于物权，纳入用益物权体系，受用益物权和占有制度双向保护。一方面，通过立法赋予并强化土地经营权物权对抗效力，另一方面，通过完善占有编，特别是对第242条进行修改，对无权占有进行逻辑区分后，对续约前之占有、合同争议期间之占有、抛荒地之占有等进行专项规定，如无相反证据证明其为无权占有，则可推定为基于法律行为的有权源占有，如承包权人明示授权或默示同意；如无上述情项，则认可其基于非法律行为的事实占有。

3. 构建完整可行的土地经营权权利体系。明确规定土地经营权可以有限转让，可以设定抵押、质押，可以设定典权等。在坚持农业用途、生态保护、利益共享前提下全面推进农地的市场化，切实提升农业现代化水平，提高农民收入，有效实现劳动力、资本、科技的城乡互动。

4. 创设占有权利推定条款。我国虽然缺乏占有权利推定的经典理论构造，但自《周礼》时代开始，已通过成文方式认可了先占等事实行为可以作为取得所有权的方式，实质上是认可了占有的权利推定效力。西方立法中，最为经典的法、德两国均设计了详细的占有制度并以权利推定圆满实现其功能。

《法国民法典》以占有意思为逻辑元点，将占有区分为自主占有与他主占有两类。其至为重要亦最具创造性之设计即表现为于占有制度中设计了自主占有推定制度，从而实现了从事实到权利之转换过程。《法国民法典》第2230条规定“占有人在任何时候均应推定以所有人名义为自己占有。”易言之，《法国民法典》系凭藉占有之客观事实推知占有之主观意态，事实存在即推定为占有人具有所有之意思，体现了对占有人权利之无限关注，亦体现了其立法中之个人主义、实证主义立场。缘乎此，《法国民法典》对占有之保护确立了一项基本原则，即对占有的保护不考虑权利的性质，“占有，不问权利的实质，应受保护，以免其占有受到影响及威胁的侵犯。对占有的这种保护，同样给予持有者，以免受除其所由取得权利的人之外的一切人的侵犯。”^② 此点在法国新民事诉讼法中

^② 尹田 《法国物权法》，法律出版社1998年版，第181页。

得到更集中体现,该法第1265条规定“占有的保护和权利的性质绝对不能合并,法官对证据的确认不得基于权利的性质。”基于该项原则,《法国民法典》于第2279条中规定了动产占有之权利推定原则“对于动产,自主占有具有与权利证书相等的效力。”

《德国民法典》之情形略显复杂。就其体系化位置而言,德国民法将占有制度置于物权法之中,认为“占有是从交易实践中得到承认的主体对物的事实控制。”^{②③}其基本价值理念即如《德国民法典》第一章所指称“不考虑占有的权利状况而仅仅依事实对其进行保护。”换言之,法律对占有之保护,具有两方面特征,其一,权利推定。即在无相反证据证明之前提下,推定占有者为所有权人。《德国民法典》第1006条“为动产占有人利益,推定占有者为所有权人。”其二,程序保障。即在对占有进行保护时,仅仅依据占有对物之实际管领事实作为权利推定或权利认定之标准,而对于占有事实是否具有本权之支持或者是否具有正当之权源则在所不问。

虽然法、德两国上述理论仅限于动产之占有权利推定,但其理论与中国西周以来之对于不动产之特别利用规则天然契合。于土地经营权尚未全面推行不动产登记前,借鉴动产占有理论保护农地经营权等不动产权利,既可承继传统物权习惯,亦可矫正立法缺失,更可有效衡平利益,推动农地效益增长。

5. 以农地占有为中心,构建完善的土地权利抵押制度。一旦解决了土地经营权之无权占有问题,土地经营权抵押即可获得蓬勃生机。徵诸历史,传统中国乡村经济发展,此类担保方式极为发达,实为可贵之传统制度资源,可为今日农地经营权制度构建提供有益借鉴。

自宋代以来,中国人口逐步增加,人均地亩数量总体呈下降趋势。^{②④}而明清经济的飞跃式发展,则是地权经营模式市场化的必然产物。^{②⑤}进一步追溯传统中国地权结构,土地权利“倚当”(抵押)至为常见,成为乡村经济融资、劳动力转换、土地经营模式推进的主要手段。“倚当”出现于后周广顺年间并逐步合法化。因此类担保仅涉及土地用益权、经营权,不涉及土地所有权,故其产生之初,限制甚严,要求身份性保证“其有典质、倚当物业,官牙人、业主及四邻同署文契。”^{②⑥}延及南宋,土地倚当已成为一种完善而灵活的土地权利制度,其核心要旨有两方面值得反思:其一,土地权利倚当纯以当事人(土地所有权人、土地经营权人)自由意志为中心,官府对该类融资手段既不设定形式要件予以规范、限制,也未从该类土地流转收取任何费用,此即所谓“不批支书”、“不过税”;其二,“倚当”实现了土地的立体化功能,一方面提供了生存、生产保障,另一方面又衍为有效的融资手段,可谓两得其便。就所有权或使用权层面而言,“倚当”并不必然导致权利的移转,倚当成立也不以转移所有权或使用权为前提(“不过业”);此外,以土地使用权或经营权设定抵押,抵押人在获得资金的同时,其使用权或经营权不受影响(“不离业退佃”)。由此,土地的生存保障功能与土地的融资功能同时实现,此点构成宋代土地经济的独到特色,民间经济行为的价值取向也自然倾向于宁取倚当,不言典卖。既满足了稳定所有权之心态,避免陷于道德窘迫与生存失据,亦缓解了资金压力。^{②⑦}

(三) 适用规则

《物权法》尚未修订入典,上述原则及建议仅属设想。于当前立法逻辑下,如何具体适用第

^{②③} 孙宪忠《德国当代物权法》,法律出版社1997年版,第100页

^{②④} 参见赵冈《历史上农地经营方式的选择》,《中国经济史研究》2000年第2期,第27页。具体人口数据参见赵冈、陈钟毅《中国土地制度史》,新星出版社2006年版,第105-106页。

^{②⑤} 关于此点,海外学者,主要是加州学派学者均有较多论述,如弗兰克《白银资本》、彭慕兰《大歧变》、王国斌《转变的中国——历史变迁与欧洲经验的局限》、李中清、王丰《人类的四分之一:马尔萨斯的神话与中国的现实》等论著可资参阅。

^{②⑥} 王溥《五代会要》卷二六,上海古籍出版社1978年版,第416页。

^{②⑦} 参见刘云生《制度变异与乡村贫困》,法律出版社2012年版,第207页。

242 条才能最大程度保护土地经营权？笔者以为，目今农地经营权纠纷日盛日炽，法官在适用该条时可参酌如下规则：

1. 以认定有权占有为原则，无权占有为例外。上列六类占有，按照第 242 条，逻辑上与事实上均可能引致无权占有。但如果考虑到占有事实本身之公信力、对抗力和优先效力，理应通过权利推定认定其为有权占有。

质言之，占有效力有二：一是实体法层面产生权利推定效力。即，在无相反证据证明情形下，推定物之占有人即合法权利人；其二，程序法层面产生免除占有人举证责任之效力。即，其他主体如主张占有人之占有系无权源占有，需承担举证责任，而不得要求占有人证明自身占有为有权源占有。如其他主体无法举证或举证不力或其证据不被采信，则回归第一条，推定占有人之占有为有权源占有。²⁹

2. 以推定善意占有为原则，恶意占有为例外。即便占有人之占有遭遇相关权利人之阻却，认定无权占有后，如无相反证据，则应认定占有人之占有为善意占有。此一规则可以避开泛道德主义——即便恶意，如果承包人、发包人事后追认、同意，不必锱铢必较于前此之恶意。如前举经营人为补偿费用而超期占有农地，当事人一旦就补偿费之给付达成协议，占有之善意、恶意区分并无实质差异。同时，此类规则尚可摆脱善恶简单二元论，克服现行立法之不足：虽或恶意，但并不必然产生《物权法》第 243 条和第 244 条之消极加重责任；即便善意，如有可归责原因导致农地毁损，亦应承担损害赔偿赔偿责任。

3. 时效问题。现实中，土地经营权人出现第 242 条无权占有情状，很多是基于续租权、优先权、补偿费用请求权而发生，只能依照传统习惯，占有不动产以确保自身权利实现，以期获得充分、及时、有效补偿。但此类占有尚存在诉讼时效风险。依《物权法》第 245 条第 2 款“占有人返还原物的请求权，自侵占发生之日起一年内未行使的，该请求权消灭。”如系一般动产，此条殆无疑义；但涉及与农地经营权相关之不动产建筑及其附属设施、农田灌溉设施等，1 年时效保护期对经营权人殊为不公。届期如果补偿不能及时实现，既不能回复占有，又不能获得补偿。为公平计，针对经营权人之上列权利，不应当适用《物权法》第 245 条第 2 款，而应当遵照如下规则：其一，原则上适用《民法总则》第 196 条之第 1 款和第 2 款，不适用诉讼时效。对于土地经营权人请求停止侵害、排除妨碍、消除危险以及不动产物权和登记的动产物权的权利人请求返还财产两类请求权，不应适用诉讼时效规定。其二，如确需适用诉讼时效，则应当适用《民法总则》第 188 条之规定，以 3 年为常态，以 20 年为例外，诉讼时效期间自权利人知道或者应当知道权利受到损害以及义务人之日起计算。

【主要参考文献】

1. [意] 桑德罗·斯契巴尼选编 《物与物权》，范怀俊译，中国政法大学出版社 1999 年版。
2. 高圣平 “新型农业经营体系下农地产权结构的法律逻辑”，《法学研究》2014 年第 4 期。
3. 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”，《法学研究》2014 年第 5 期。
4. [美] 托马斯·内格尔 《平等与偏倚性》，谭安奎译，商务印书馆 2016 年版。

(责任编辑：高圣平)

²⁹ 参见刘云生 《物权法》，元照出版公司 2015 年版，第 30-31 页。

tween them is not binding, but the procuratorate should abide by it in principle. On the contrary, the agreement should not bind the court. There is no theoretical basis for the police to enjoy discretion in withdrawing cases. Since duty lawyers are defined as defender, they should enjoy complete rights to guarantee the suspect or defendant option to admit guilt and accept sentence knowingly (intelligently) and voluntarily.

Key Words Leniency on Admission of Guilt and Acceptance of Punishment; Macro-structure; Relationship between the Prosecution and the Defense; Discretion; Duty Lawyer

Wei Xiaona, Ph.D. in Law, Professor of the Research Center for Criminal Jurisprudence.

Transformative Use Interpretation in China Copyright Law

XIONG Qi • 124 •

As the result of the U. S. case law tradition, transformative use has been transplanted into China by the court without any statute law basis. Transformative use is used to deal with the problem of lacking limitations, which caused by the closed catalogue of limitation and exception rules in China copyright law. However, transformative use that directly used in the trial not only disrupts the fair use standard in China copyright law application, but also confused the fair use law making for the next copyright law in China. For this purpose, the essential meaning of transformative use should be uncovered by a comparative analysis. Then it is necessary to construct a suitable interpretation based on the local fair use tradition and “three-step test”, in order to protect the appropriation and user-generated content in digital era, and prevent a too-excessive application of limitations and exceptions.

Key Words Transformative Use, Fair Use, Three-step Test, Copyright Limitations and Exceptions, Case Law Tradition

Xiong Qi, Ph.D. in Law, Professor of Law School of Huazhong University of Science and Technology.

Classification of Types and Application of the Unauthorized Possession of the Land Management Rights

LIU Yunsheng • 135 •

The possession, use and income of the land by the owner of the right of operation, transfer and mortgage the management right may involve the unauthorized possession of Article 242 of Real Right Law. If Article 242 is applied, the right space of farmland management right will be reduced. If it is not applied, it will lead to the damage of the interests of the contracting party and even to the collective ownership. On the occasion of the compilation of the civil code, only by distinguishing specific types of unauthorized possession involving the right of farmland management and pertinent application, can the balance of collective ownership, peasant household contract rights, and the rights and interests of rural land management rights be reached, to maintain stable operation and benefit growth of farmland, and to provide a reliable system supply for the strategy of Rural Revitalization.

Key Words Land Management Right; Unentitled Possession; Type Distinction; Applicable Space

Liu Yunsheng, Ph.D. in Law, Professor of Law School of Guangzhou University.

Why Choose “The Interest Theory of Rights”? ——Re-considering the First and Second Instance Judgements of the “Yixing Frozen Embryos Case”

LIU Xiaoping • 148 •

The academic analysis of the “Yixing Frozen Embryo Case” has focused too much on “the legal properties of frozen embryos”. However, when it comes to the problem whether there is an inheritance right in the first-instance judgment or a regulation and disposal right in the second-instance judgment to the frozen embryos, it does not depend on the definition of the legal properties of frozen embryos, but on a justification of