

从农村土地承包法到民法典物权编： “三权分置”法律表达的完善

于 飞

(中国政法大学民商经济法学院 北京 102249)

内容提要：“三权分置”在农村土地承包法上获得了法律表达，但在纳入民法典物权编时，仍需进一步完善。土地经营权是设立在土地承包经营权之上的新型次级用益物权，以权利用益物权作为法理支撑，与土地承包经营权之间没有物权排他性上的冲突。作为物权的土地经营权，转让和设立担保时不需承包方同意。以土地经营权为客体的担保方式是不动产抵押。

关键词：三权分置 土地承包经营权 土地经营权

DOI:10.16092/j.cnki.1001-618x.2020.02.007

“三权分置”已在《中华人民共和国农村土地承包法》(以下简称《农村土地承包法》)上获得了法律表达。“三权分置”立法，既要弥合政策表达与法律表达之间的间离，又要能动地、负责地实现放活与稳定的政策目的，具有很高难度。可能正是由于这种高难度，导致了相当一些核心问题未获法律上的明确回答，而是依然保持了开放性。比如，“土地经营权”是什么权利属性，债权、物权、债权物权化或其他？土地经营权的“融资担保”究竟是指什么担保方式，不动产抵押或权利质押？等等。

“三权分置”当下正处于从单行法迈向法典的重要关口。其中的问题不能带入法典，因

为法典的基础性和稳定性，问题会被放大而且纠正起来更困难。基于以上认识，笔者将从农村土地承包法的现行规定出发，对“三权分置”法表达上的若干重要问题一陈管见，以求对民法典科学立法略尽绵薄，并就教于同仁。

一、土地经营权的权利性质

根据《农村土地承包法》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。”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。”

作者简介：于飞(1977—)，男，汉族，河南商丘人，中国政法大学民商经济法学院院长、教授、博士生导师。

本文为国家社会科学基金十九大专项“推进诚信建设法制化研究”(项目编号：18VSI083)、国家自然科学基金重点项目“法学方法论视角下民法基本原则的司法适用研究”(项目编号：17AFX019)的阶段性成果。

“三权分置”改革的主要新意是创设了土地经营权这种新型权利,上开条文则涉及土地经营权的核心问题,也是最为困难和最具争议的问题——土地经营权的权利性质为何?

(一) 既有主要观点的梳理与分析

土地经营权的性质有二元说与^①债权说,^②这两种学说的缺陷比较明显。债权物权化说是新的有力说,“将土地经营权定性为债权,但赋予其登记能力,给予其类似物权的保护,……此即所谓债权物权化在‘三权’分置之下的反映。”“基于我国民法上租赁权物权化的既有制度安排,土地经营权这种债权自可予以物权化的保护”。^③该主张至少有三个优点:第一,把政策文件上的统一用语,在法学上统一地解释了。第二,借助债权物权化理论及不动产登记这一技术工具,使得经登记的土地经营权仍享有物权效力,尤其是便利担保融资。第三,规避了一物之上不能设立两个用益物权的理论难点。

笔者认可债权物权化说的以上优势,同时认为仍有进一步思考的余地,分以下三点述之:

1. 物权化不等同于物权。租赁权物权化是将租赁权总体上仍作为债权,在个别方面赋予物权的效力;若租赁权被法律赋予物权的全部效力,就成为地地道道的物权,而非物权化。租赁权物权化有强有弱,较强的物权化,包括租赁权的对抗力、排除力、处分权和永续性。“买卖不破租赁”使得租赁权有了一定的对抗力,基于占有保护使得租赁权具有了排除力,以上是租赁权物权化之表现。但在处分权上,租赁权人仍不能象物权人那样自由处分其权利,而是须经出租人同意,同时租赁权受20年期限限制,不能象所有权或用益物权一样无期限或长期存在;以上是租赁权与物权在效力上的差异。这种差异的意义在于,“若将租赁权设计为物权,则意味着承租人获取了超出甚至远远地超

出了所付代价的利益,会阻碍出租人处分标的物,尤其在承租人利用租赁权融资的情况下,极有可能使出租人遭受重大的不利。”^④

反观土地经营权,利用土地经营权融资正是重要的政策目的,为此我们设计了土地经营权的登记制度,并在登记基础上使该权利得对抗一切第三人,具有了完全的对世效力。这样的土地经营权已经不是物权化了,这是一种地地道道的物权。

债权物权化,是在债权之上赋予若干物权效力,呈现出一种债权与物权两个端点之间的中间状态。若将端点上的典型事物(物权)称为中间状态(债权物权化),会引发典型事物与中间状态相混淆的不利效果:表现一,如果经登记的土地经营权被认为是债权物权化,那么建设用地使用权、土地承包经营权、登记的地役权也都建立在合同关系基础上,是否都属于债权物权化?表现二,未登记的土地租赁、未登记的房屋租赁、未登记的动产租赁是真正的中间状态,即租赁权物权化;若将经登记的、能对抗一切第三人的、能设置抵押的土地经营权也称为租赁权物权化,“租赁权物权化”就在一个概念之下就容纳了不同的事物。

2. 将物权认为是债权物权化,物权性质会被债权牵动,带来不必要的误会和误用。典型如《农村土地承包法》第46、47条中,土地经营权的转让和担保需经承包方同意的规则。该规定则违反物权人对物权的自由处分,且不利于土地经营权向效益最大化场所流动,并不正确。然而,若持债权物权化的观点,可能反而会认为,发生债的概括承受之时须经债的相对人同意是当然之理。再如,若认为土地经营权是租赁权物权化,则土地经营权的存续期限就可能受到20年最长租赁期限的限制,但这实际上是给物权附加了不合理的期限,有碍土地经营权

① 参见孙中华《关于农村“三权分置”有关政策法律性问题的思考》,载《农业部管理干部学院学报》2015年第1期,第4页;张毅、张红、毕宝德《农地的“三权分置”及改革问题:政策轨迹、文本分析与产权重构》,载《中国软科学》2016年第3期,第20-21页。

② 参见单平基《“三权分置”中土地经营权债权定性的证成》,载《法学》2018年第10期,第43-47页。

③ 高圣平《承包地三权分置的法律表达》,载《中国法学》2018年第4期,第276页;类似观点参见温世扬、吴昊:《集体土地“三权分置”的法律意蕴与制度供给》,载《华东政法大学学报》2017年第3期,第76-77页。

④ 参见崔建远主编《合同法》,法律出版社2010年版,第424-425页。

人的长期经营预期。

3. 债权物权化理论的实益可再考量。为政策文件中的“土地经营权”提供法学上的统一解释,其实可能并未做到。未登记的土地经营权就是土地租赁权,其与登记产生的土地经营权这种新型用益物权并非一事。犹如建设用地出让转让合同与建设用地使用权无法统一用合同权利来解释一样,未经登记的土地租赁与登记产生的土地经营权,也无法统一用债权来解释。另外,登记后物权化了的土地经营权作为一种支配权,其与土地承包经营权仍然指向同一块农地^⑤,这里依然有同一物上存在两个支配权的冲突,仍然要求理论上的解释。理论难点最多被掩盖了,但并未真正被规避。

(二) 物权说的优势

笔者持物权说。既有观点中,有学者认为土地经营权是一种用益物权,可命名为“耕作权”或“耕作经营权”;^⑥有学者认为土地经营权是一种设立在权利之上次级用益物权;^⑦又有学者认为土地经营权是一种次级土地承包经营权。^⑧笔者认为,土地经营权是一种建立在土地承包经营权基础上的新型次级用益物权,并试图进一步加强相关论证。

笔者认为,物权说有以下优势:

1. 方便土地经营权流转。在我国用益物权理论中,通说认为用益物权人虽不能处分标的物,但完全可以处分用益物权这一权利本身。^⑨这样,在土地经营权流转中,始终都只需土地经营权人与交易相对人合意即可,无需他人同意。

2. 若土地经营权为物权,则不需受20年最长租赁期限限制。

3. 增强交易安全。土地经营权为物权时,

即使设立土地经营权的合同效力发生变化,若采物权行为无因性理论,经登记产生的土地经营权仍然存在。尤其在土地经营权已转移给第三人或向第三人设置抵押时,第三人权利不因合同无效而受影响,有利于交易安全。

4. 增强土地经营权的融资功能。若土地经营权为物权,则可在登记制度的协力下通过不动产抵押融资,其融资功能远强于土地经营权作为债权时的权利质押,具体后述。

(三) 物权说理论障碍之克服

将土地经营权定性为用益物权的核心理论难点在于物权的排他性,即一物之上不可存在两个以上所有权,也不可存在两个以上种类一致、效力相同的用益物权或者担保物权。^⑩

有学者指出,德国联邦最高法院曾以判例形式确认了在地上权上设定次级地上权的合法性。^⑪这是在权利上设立次级用益物权的重要比较法经验,唯其所述略简。下文特详述之。

1. 德国联邦最高法院判例的案情与争议。原告在汉诺威市政府享有所有权的土地上设立了一项地上权(已登记),同时,原告为被告设立了一个次级地上权(已登记)。作为对价,双方约定了租金(每月2231.05马克)。原告请求被告支付租金。被告主张,双方关于租金的约定属于背俗之暴利行为而无效,故拒付租金。地方法院判决被告败诉。被告提起上诉,其主要论据是:次级地上权的设立违法,合同因此无效。州高等法院驳回了被告的上诉。被告进而向联邦最高法院提起复审。联邦最高法院驳回了被告的请求。^⑫

根据《德国地上权法》第1条第1款,地上

^⑤ 参见拉伦茨的权利客体顺位理论,尤其是关于第一顺位的支配权权利客体的论述。[德]卡尔·拉伦茨《德国民法通论》(上册),王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀栻译,法律出版社2003年版,第377-379页。

^⑥ 参见孙宪忠《推进农地三权分置经营模式的立法研究》,载《中国社会科学》2016年第7期,第160-162页。

^⑦ 参见蔡立东、姜楠《农地三权分置的法实现》,载《中国社会科学》2017年第5期,第117-118页。

^⑧ 参见朱广新《土地承包权与经营权分离的政策意蕴与法制完善》,载《法学》2015年第11期,第98-99页。

^⑨ 参见王利明《物权法研究》(下卷),中国人民大学出版社2018年版,第22-23页;崔建远《物权:规范与学说》(下册),清华大学出版社2011年版,第488页。

^⑩ 参见孙宪忠《中国物权法总论》,法律出版社2014年版,第259页。

^⑪ 参见蔡立东、姜楠《承包权与经营权分置的法构造》,载《法学研究》2015年第3期,第39页。所引材料参见[德]鲍尔、施蒂尔纳《德国物权法》(上册),张双根译,法律出版社2004年版,第652页。

^⑫ BGHZ 62, 179.

权构成一项负担,其客体是土地而非权利。^⑬从这一角度来看,无法在地上权之上再设立一项地上权,因为这种次级地上权的客体是权利(上级地上权),与法律规定所要求的地上权客体——土地——不符。

能否设立下级地上权,德国法上曾存在不同观点。^⑭司法实践中,通过两则重要判决^⑮的作出,允许设立下级地上权则成为了主流意见。^⑯

2. 次级地上权法律障碍之克服。地上权具有类所有权性。从制度设立的原因上说,传统民法中有建筑物为土地的重要成分之规则,非土地所有权人建造的建筑物会因该规则而直接归土地所有权人所有,这严重妨碍了无力取得土地所有权的社会弱势群体建造和保有房屋。地上权制度的目的是创设一个例外,让无力取得土地所有权者能够以较低代价获得地上权并进行建筑,且使建筑物不再成为土地的重要成分,地上权人可以取代土地所有权人成为建筑物的所有者。于是,地上权发挥了类似所有权的功能。^⑰

德国法律上采取了一系列技术手段,来保障地上权的类所有权性的实现。根据其地上权法第11条第1款,关于土地的条文准用于地上权。根据地上权法第14条,地上权也有独立的登记簿,这表明其具有土地的属性。^⑱在法律交往中,地上权与所有权极其类似,被看作是“土地等同之权利”。^⑲与土地等同的并非地上权之标的物(建筑物),而是地上权本身:地上权不

仅是一项权利,毋宁也是物,是法律上之不动产。^⑳基于这种等同性,地上权受土地所有权般的保护,并可以像土地一样设立负担。^㉑

地上权的主要立法目的,是为社会弱势群体提供必要的居住或生产场所。^㉒为实现该法的政策目的,在实践中有强烈的需求使得第一地上权人(Ersterbstatler)替代土地所有权人的地位,并赋予其相关的权限。^㉓地上权是一种长期、稳定、具有强效力的权利,实践中其权利期限可长达99年。^㉔于是地上权人如同所有权人一般长期稳定地控制土地,就产生了如下需求:其一,从地上权人角度,他可能想要将土地的使用价值在一定期限内变现,但他并不想彻底失去(转让)地上权;其二,从其他主体、尤其是社会弱势群体角度,他们可能想要在一定期限内利用该土地,但一方面所需期限短于地上权剩余期限,另一方面他们也无法筹到足以购买完整地上权的资金。于是,在该地上权之上,再设立一个次级地上权,就成为满足双方需求的路径。以上德国法的经验,可供我们参考借鉴。

3. 土地承包经营权上可再设用益物权。(1)我国的土地承包经营权也具有类所有权性。这可以从我们自己独特的情况和法律技术两方面来论证。第一,我国土地承包经营权人与集体土地所有权人之间关系的特殊性。传统民法中土地所有权人与用益物权人之间,是两个完全不相干的主体之间的关系,如地主与佃户。而在我国,集体土地所有权人是集体经济组织,土地承包经营权人并不是与集体经济组

^⑬ 参见《德国民法典》,台湾大学法律学院、台大法学基金会编译,北京大学出版社2017年版,第995页。

^⑭ Vgl. Ermann, Das Untererbaurecht, AcP 126 (1926), S. 215.

^⑮ Vgl. BGHZ 62, 179; OLG Celle DNotZ 1972, 538.

^⑯ Vgl. MünKomm/Oefele/Heinemann, 6. Aufl., 2013, Gestzt über das Erbbaurecht, § 1, Rn. 31.

^⑰ 参见[德]鲍尔·施蒂尔纳《德国物权法》(上册)张双根译,法律出版社2004年版,第40、648、649页;[德]曼弗雷德·沃尔夫《物权法》,吴越、李大雪译,法律出版社2002年版,第66页。

^⑱ Vgl. Staudinger/Rapp, ErbbauRG, 2017, § 11, Rn. 7.

^⑲ Vgl. Staudinger/Rapp, ErbbauRG, 2017, § 11, Rn. 1.

^⑳ Vgl. Henseler, Die Teilung eines Erbbaurechts, AcP 161 (1962), S. 50; Staudinger/Rapp, ErbbauRG, 2017, § 11, Rn. 2.

^㉑ 参见[德]鲍尔·施蒂尔纳《德国物权法》(上册)张双根译,法律出版社2004年版,第648页。

^㉒ Vgl. MünKomm/Oefele/Heinemann, 6. Aufl., 2013, Vorbemerkung zum Gestzt über das Erbbaurecht, Rn. 3.

^㉓ Vgl. Henseler, Die Teilung eines Erbbaurechts, AcP 161 (1962), S. 49.

^㉔ 参见[德]鲍尔·施蒂尔纳《德国物权法》(上册)张双根译,法律出版社2004年版,第649页。

织毫不相干的主体,而恰恰就是该集体经济组织的成员。农民的土地承包经营权,是其作为集体成员行使成员权取得的。正如孙宪忠教授所指出的“实际上我们应该承认农民集体是一个个具体的单一农民共同的资格形成的,农民本身享有最终所有权。农民的土地承包经营权,恰恰是他们行使自己的权利的一种方式。所以农民家庭或者个人对于土地的权利,本质上是一种‘自物权’。”^⑤第二,从德国地上权的法经验可知,一项用益物权之所以能够具有类所有权性,法律技术上的根源在于其长期性、稳定性及强权能。党的十七届三中全会《中共中央善于推进农村改革发展若干重大问题的决定》提出“现有土地承包关系要保持稳定并长久不变”,改变了此前“确保农村土地承包关系长期稳定”的提法。“长久不变”也进入了十九大报告。从“长期”到“长久”,一字之差,意义深远。“这一改变意味着土地承包经营权将没有存续期间的限制,土地承包经营权将被永佃化。”^⑥而且,承包期内土地所有权人原则上不能对承包地进行调整(《农村土地承包法》第28条第1款);承包期满后继续延长(《农村土地承包法》第21条第2款)且长久不变。以上制度设计使土地承包经营权有了很强的稳定性。在权能上,土地承包经营权人可以对农地进行占有、使用、收益,可以互换、转让土地承包经营权(《农村土地承包法》第35条),可以设立和流转土地经营权(《农村土地承包法》第36条、第41条)。因此,在长久性、稳定性和强权能的基础上,可以认为我国的土地承包经营权也具备了类所有权性的法律基础。(2)对物权排他性的进一步理解。物权的排他效力,源于物权人对于标的物的直接支配力。若一物之上有两个权利同为支配,势必相互妨害,导致两个权利都无法实现完满的支配。这既不利于物的利用,也不利于物的交易。^⑦解决上述问题的关键在于,虽然土地承包经营权与土地经营权这两

项支配权支配的是同一物,但这两项权利并非效力相同,而是效力不同。众所周知,集体土地所有权上一旦设置了土地承包经营权,所有权上就产生了一项负担,土地承包经营权就会在效力上优先于所有权,这是物权优先效力之体现。^⑧同理,土地承包经营权基于其类所有权性而可在其上再设负担,即土地经营权;该负担一旦设立,同样会发生优先于其基础权利的效力。物权排他性或排他效力,仅指一物之上不能成立两个具有相同效力的物权。两个物权对同一物为效力相同之支配,必然造成支配秩序与交易秩序的紊乱。然而,若两个物权效力不同,优先次序井然,就不会产生相互排斥的结果。实质上,这时问题已经脱离了物权排他效力的论域,而进入了物权优先效力的论域;此时只要遵循权利负担优先于基础权利的法理就可以了。

(四)对民法典物权编的立法建议

未经登记的“土地经营权”,无论其期限长短,实质上就是土地租赁权。土地租赁权并非一种新型权利,不当被涵盖在土地经营权这一新概念之中,而应由民法典合同编的租赁合同来调整。真正的焦点是登记了的土地经营权,其为设立在土地承包经营权之上的新型次级用益物权。这种新型物权应当在民法典物权编中获得妥当规定。笔者提出以下立法建议:

1. 针对《农村土地承包法》第36条的立法建议。第36条规定了出租(转包)、入股、其他方式三种土地经营权流转方式。出租(转包)、入股都不需要在物权编中规定。“其他方式”应主要指以登记设立土地经营权的方式,此与第41条内容重复。

因此,《农村土地承包法》第36条不纳入民法典物权编,从而避免将出租(转包)作为土地经营权流转方式。

2. 针对《农村土地承包法》第41条的立法建议。第41条以“流转期限5年以上+登记”来区分两类土地经营权。完善的核心是将债权

^⑤ 孙宪忠《推进农地三权分置经营模式的立法研究》,载《中国社会科学》2016年第7期,第152页。

^⑥ 高圣平《新型农业经营体系下农地产权结构的法律逻辑》,载《法学研究》2014年第4期,第81页。

^⑦ 参见陈华彬《民法物权论》,中国法制出版社2010年版,第69页。

^⑧ 参见谢在全《民法物权论》(上册),中国政法大学出版社1999年版,第33页;崔建远《物权:规范与学说》(上册),清华大学出版社2011年版,第68页。

性质的土地租赁排除出土地经营权范畴。

方案一:部分采纳方式。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。该方案系将第41条第一句前段“土地经营权流转期限为五年以上的”略去,其余部分采纳。是否登记属于当事人意思自治范畴。当事人选择不登记,产生的就是土地租赁权;选择登记,产生的就是用益物权。法律无需、也无由干涉。

方案二:大部采纳方式。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。这是更折衷的方案。如果立法者一定要保留五年这个标准,则可做如上修改。该方案仅将第41条第一句前段起头的“土地经营权”5字略去,采纳了原条文的更多部分。这样调整的优点,是可以避免将未登记的权利称为土地经营权。以最小的修改,避免最大的混乱,也是一个进步。

二、土地经营权的转让及担保是否须经承包方同意

《农村土地承包法》第46条规定“经承包方书面同意,并向本集体经济组织备案,受让方可以再流转土地经营权。”第47条第1款第2句规定“受让方通过流转取得的土地经营权,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。”以上意味着土地经营权设立之后,土地经营权人再将权利转让或设置担保时,需经承包方同意方可。

(一)是否须经承包方同意取决于土地经营权的权利性质

若土地经营权为债权性质的租赁权,则承租人一方无论发生债的概括移转或转租,均须经出租人同意。而若土地经营权为物权,物权作为支配权的特征就表现为权利人得依照自己的意思行使权利、实现利益,不需要其他主体的意思协助;交易时,物权人只需要与交易相对人

达成合意即可,不需要其他主体同意,更不需要使自己取得物权的前手权利人同意。

笔者认为土地经营权是物权,故其转让或设立担保时不需经承包方同意。唯有如此,土地经营权才能真正市场化并实现自由流转,土地集约及提高效率的政策目的也才能真正实现。

(二)可能的担忧及解决

1.可能的担忧。我国实践中流转农用地使用权利时,大多数情况下受让方都是分期向承包方支付费用的。若土地经营权为物权,可能会引发承包方利益不能得到充分保障的担忧。

举例说明:甲为土地承包经营权人,为乙设立了一个为期10年的土地经营权,乙支付了一年地租后,将土地经营权转让给丁。乙在权利转让后已不再是土地经营权人,似不应再支付地租;而受让人丁与甲之间并无合同关系,似乎也不应当支付地租。于是,土地承包经营权人的余下9年的地租收取权利,如何保障?结合我国情况可做设想,假设某公司进入农村,仅支付一年地租就集约了大片农地,设立了长期的土地经营权,然后以该土地经营权向银行担保,融得巨额资金;之后该公司或不偿还借款或宣告破产或逃之夭夭,银行固可就土地经营权予以拍卖执行,但农户剩余期限的地租利益如何实现?²⁹不损害农民利益是三权分置改革的政策底线。故在此时设置承包方同意的要件,使农户可以通过控制土地经营权流转来保障自身利益,似乎也就有了道理。

2.可能担忧的解决。笔者坚持土地经营权是物权。农户地租收取利益的保障问题,可以通过法律技术来解决。

德国地上权制度中,当事人可以自由约定,地上权是有偿还是无偿。³⁰若为有偿,既可以一次性支付地租,也可以分期支付之。³¹在分期支付的情况下,《德国地上权法》第9条第1款规定“关于地上权之设定,约定以定期给付(地

²⁹ 以上观点系受在全国人大法工委借调的清华大学法学院龙俊副教授之启发,特此致谢。

³⁰ 德国有一些地上权是市政当局设立在教会团体所有的土地上的,市政当局取得地上权后负责开发,为弱势群体提供帮助。这种情况下可能会有无偿取得地上权的情形。Vgl. Henseler, Die Teilung eines Erbbaurechts, AcP 161 (1962), S. 45.

³¹ Vgl. MünKomm/Oefele/Heinemann, 6. Aufl., 2013, Gestzt über das Erbbaurecht, § 9, Rn. 1.

租)之支付为对价者,准用民法关于物上负担之规定。”^②而“实物负担因物权合意与登记而成立。”^③经登记后,该物上负担即取得对世效力,地上权的受让人亦可从登记簿中查知该物上负担的存在。地上权转让后,受让人即须继续承受该物上负担,支付剩余地租,以保障所有权人利益。

以上将地租内容纳入登记簿,从而使其获得物权对世效力的法律技术,正可以为我们借鉴。在设立土地经营权时,若当事人约定采取分期支付地租的方式,则须将地租支付内容与土地经营权设立一并在登记簿上加载,从而使地租支付内容基于登记公示而取得物权效力。之后无论土地经营权如何流转,获得土地经营权者均有义务依登记内容支付地租,从而使农户利益获得保障。

于是土地经营权流转就不会影响承包方利益了,也就不需要取得其同意。

(三) 对民法典物权编的立法建议

1. 建议《农村土地承包法》第46条以如下部分采纳的方式纳入民法典:经向本集体经济组织备案,受让方可以再流转土地经营权。

2. 建议《农村土地承包法》第47条第1款第2句以如下部分采纳的方式纳入民法典:受让方通过流转取得的土地经营权,经向发包方备案,可以向金融机构融资担保。

以上系将《农村土地承包法》第46、47条中“承包方书面同意”相关文字略去。笔者坚持土地经营权的物权属性及物权的自由处分,故在该问题上提不出更折衷的方案。

“民法典(草案)物权编”(2019年12月16日稿)实际上回避了土地经营权的再转让和担保问题。笔者认为,不说也比说错要好。

三、土地经营权的担保方式

《农村土地承包法》第47条规定:承包方

可以用承包地的土地经营权向金融机构融资担保,并向发包方备案。受让方通过流转取得的土地经营权,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。实现担保物权时,担保物权人有权就土地经营权优先受偿。土地经营权融资担保办法由国务院有关部门规定。

上述内容还须解决一个核心问题,即这里反复提及的“融资担保”和“担保物权”究竟是哪一种担保?是不动产抵押,还是权利质押?该问题仍与前述土地经营权的性质密切关联。若土地经营权是不动产物权,则此处所谓担保应为动产抵押;若土地经营权是租赁债权,则此处所谓担保应为权利质押。

(一) 动产抵押与权利质押在融资功能上的差异

仅从形式上思考,似乎土地经营权无论为物权或债权均有相应的担保融资方式,好像差别不大,实则不然。

抵押权被称为“担保之王”,^④有学者曾指出“所有权外,社会上运用最广者,当推抵押权……此实因近代工商业蓬勃发展,资金需求殷切,抵押权乃获取融资之最佳手段所使然。”^⑤该学者所称之为抵押权,指不动产抵押权。^⑥不动产抵押权受欢迎的根本原因,系有国家设立的不动产登记簿做后盾,该不动产权利的存在可以确信,其价值也便于预估,故可信赖性强。国家建立不动产登记,相当于国家斥巨资预先为潜在的债权人核对了担保财产,为之后可能在这些不动产上发生的担保交易提供了更强的可信赖性,降低了交易费用。因此,若土地经营权经登记为物权,并在此基础上设立不动产抵

^② 《德国民法典》,台湾大学法律学院、台大法学基金会编译,北京大学出版社2017年版,第1000页。

^③ [德]鲍尔、施蒂尔纳《德国物权法》(上册),张双根译,法律出版社2004年版,第739页。“物上负担”与“实物负担”是不同译者对“Reallast”一词的不同译法。

^④ 参见陈华彬《民法物权论》,中国法制出版社2010年版,第404页。

^⑤ 谢在全《民法物权论》(下册),中国政法大学出版社1999年版,自序第1页。

^⑥ 参见谢在全《民法物权论》(下册),中国政法大学出版社1999年版,第540页。

押就会产生较强的融资能力。

相反,若土地经营权是不经登记的租赁债权,虽然在理论上仍可设立权利质押,但其融资能力却远逊于不动产抵押。一则,此时没有国家设立的不动产登记簿引发信赖;二则,此时也没有常见的用于设权利质,并通过交付来控制该权利的证券化权利凭证,如票据、债券、存款单、仓单、提单等;三则,这种债权也不像股权、知识产权那样通常可查询。与这种租赁债权最相近似的权利质权标的,是同样产生于当事人内部关系的应收账款。有学者指出,应收款账质权与其他已经证券化的权利质权相比,其实现更加依赖应收账款债务人的信用程度和履行能力,担保功能相对有限,风险也更大。^⑤以租赁债权设置权利质与应收账款同理。因此,若土地经营权为不登记的租赁债权,在无登记、无证券化凭证、无查询系统的背景下,该租赁债权是否存在及价值预估都会成为问题,导致这种权利质押融资能力较低。

笔者认为,经登记的土地经营权是物权,在其上设立的担保就是不动产抵押。具体操作上,我们应当在土地承包经营权登记簿和权证上加载土地经营权及其内容,然后在设立担保时,再加载登记土地经营权抵押事项。未登记的土地租赁权,则属于《物权法》第223条“法律、行政法规规定可以出质的其他财产权利”之一,依权利质押处理。

(二) 债权性质的土地经营权可以设立不动产抵押权

有学者尝试将土地经营权定性为债权,同时在其上产生不动产抵押,“土地经营权虽然定性为债权,但系属不动产权利,应无疑异。土地经营权之上设定担保之后,土地经营权人并未丧失其对土地的利用权,在担保期间仍然行使着土地经营权。据此,在体系定位上,土地经营权担保权应属抵押权。”^⑥笔者认可土地经营权担保为不动产抵押的结论,但在论证上认为还可完善。其一,不能因为担保人未丧失对担

保财产利用,就认为该担保是抵押权。是否丧失对担保财产的利用是抵押权与动产质的区分点,但无法用来区分抵押权与权利质。以股权、知识产权等设立权利质后,股权人、知识产权人仍然能够继续利用其权利。其二,通过将债权性土地经营权归属于不动产权利,故而得设抵押的论证路径,可能存在障碍。准此以言,房屋租赁权是否也因其为不动产权利而得设置抵押?这是不行的。因为房屋租赁权没有初始权利登记,基于登记的连续性原则,该权利上再设抵押权是无从登记的,这会导致不动产抵押权无法设立。质言之,不动产权利也有在不动产上设立的物权及在不动产上设立的债权之分,并非均可设抵押。故通过将某权利归于不动产权利来论证其可设抵押的路径,尚存疑问。

综上,我们应坚持土地经营权的物权属性,并在其上建立不动产抵押制度。这样理论融贯,实践操作也便利,可望将土地经营权的融资功能充分发挥出来。

(三) 对民法典物权编的立法建议

笔者建议将《农村土地承包法》第47条以如下部分采纳的方式,纳入民法典物权编。承包方可以用承包地的土地经营权向金融机构设立抵押,并向发包方备案。受让方通过流转取得的土地经营权,经向发包方备案,可以向金融机构设立抵押。

土地经营权抵押办法由国务院有关部门规定。主要是将“融资担保”明确为“设立抵押”,这是将农村土地承包法的规定进一步具体明确化,而非修改或废弃。同时,第47条第2款关于登记对抗的规定,在明确该担保为不动产抵押的情况下,应与《物权法》第187条不动产抵押登记生效相统一。第47条第3款优先受偿的规定,在明确了该担保为不动产抵押之后,已属赘文。故第2、3款不再纳入民法典。另外,“民法典(草案)物权编”(2019年12月16日稿)第395条可抵押财产的列举中,建议增列

^⑤ 参见崔建远《物权:规范与学说》(下册),清华大学出版社2011年版,第928页。

^⑥ 参见高圣平《承包地三权分置的法律表达》载《中国法学》2018年第4期,第280页。

“土地经营权”。

“民法典(草案)物权编”(2019年12月16日稿)也未涉及土地经营权的担保问题。笔者立场一以贯之:若不妥当的条文未能完善到位,则民法典不如干脆不写,而将此类条文仍保留于单行法上;未来单行法的修改比民法典修改容易。

四、结语

笔者认为,“三权分置”相关法律关系的运转逻辑如下:

1. 承包方(农户)取得土地承包经营权后,可以自己经营,也可以将农地交给他人经营。
2. 承包方将农地交给他人经营,至少有两种法律上的基本途径:第一种是签订土地租赁合同(出租、转包),使他人取得债权性质的土地租赁权,此时无需登记,适用租赁合同相关规定调

整;第二种是为他人设立物权性质的土地经营权,土地经营权是设立在土地承包经营权之上的次级新型用益物权,经登记设立。土地经营权效力优先于土地承包经营权,两者不发生物权排他性问题。3. 土地经营权人作为物权人,可以将土地经营权再次转让,也可以在土地经营权上设立不动产抵押权进行融资。以上行为无需经过承包方同意。4. 土地经营权是有期限的用益物权,期限届满消灭后,除去了负担的土地承包经营权回复完满状态。承包方可以自己继续经营,也可以再次将土地租赁或者设立土地经营权。这就是承包方不丧失土地承包经营权所体现出来的保障功能。

以上法律关系的展开,既试图使政策得到妥当的法律表达,又努力兼顾“稳定”与“放活”的政策目标。

From Law of the People's Republic of China on the Contracting of Rural Land to the Real Right Part of the Civil Code: Improvement of the Legal Expression of “Separation of Three Rights”

Yu Fei

Abstract: The “three rights separation” has gained legal expression in Law of the People's Republic of China on the Contracting of Rural Land, but it still needs to be further improved when it is incorporated into the civil rights code. The land management right is a new type of secondary usufructuary property right established on top of the right to land contractual management. It takes the right usufructuary property right as the legal support, and there is no exclusive conflict of real right with the right to land contractual management. The land management right, which is a real right, does not require the consent of the contractor when transferring and establishing a security. The guaranty method which using the land management right as the object is the real estate mortgage.

Keywords: the “separation of three rights” provision; the right to land contractual management; land management right

(责任编辑:付强)