

# 土地经营权的权利类型 及规范逻辑解析



陶 密

大连海事大学法学院民商法学博士研究生

民法典物权编在用益物权部分新增了土地经营权,本应直接将其确定为物权,却在诸多权能上呈现典型的债权特征,这与民法典“物债二分”的基本构架存在体系冲突。主要原因是立法者在处理土地经营权的出租、入股或其他方式等流转关系时,并未作物权性流转和债权性流转的实质区分,对土地经营权的租赁关系亦采用了物权法的规范视角,导致流转语境下的“土地经营权”事实上成为包含用益物权、租赁权在内的集合型概念。所以在依法保护土地经营权的租赁关系的基础上,应按照不同语境确定土地经营权的性质和内涵,以维护土地经营权制度与财产权利基本体系的内在和谐。

## 一、引言:土地经营权的物债之争

土地经营权作为民法典引入的新型财产权利之一,标志着农地利用的“三权分置”模式在国家基本制度层面得到了确认。因土地经营权在诸多权能上既有物权特征、又有债权特征,引起了学界对其权利性质的诸多讨论,涌现出诸如物权说、<sup>1</sup>物权化债权说、<sup>2</sup>二元说<sup>3</sup>等观点。虽然结论各不相同,但有关探讨均以物债区分理论为起点,并试图遵循我国民事财产权利物债区分的二元架构。这主要因为我国的民法制度体系在民国时期主要效仿德日法系,新中国成立之后至改革开放初期深受苏联的影响,总体上一直属于大陆法系的范畴。在这样的民法体系中,物权和债权有着严格的界分<sup>4</sup>,构成了我国民事财产权利的基本秩序。土地经营权“似是而非”的法律属性,一定程度上逾越了物权与债权的基本界限,在法无明文规定时,容易引起规范适用上的混乱,并不利于土地经营权流转市场的交易安全与有序运行,故运用物债区分思维对土地经营权的权利性质进行确认,在处理农地流转问题实践中具有方向性的指引价值。

1 参见房绍坤、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》,载《中州学刊》2019年第3期。

2 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。

3 参见宋志红:《再论土地经营权的性质——基于对〈农村土地承包法〉的目的解释》,载《东方法学》2020年第2期。

4 温世扬、武亦文:《物权债权区分理论的再证成》,载《法学家》2010年第6期。

## 二、土地经营权的法律特征

土地经营权到底属于物权还是债权？这首先要从民法典和农村土地承包法对土地经营权的有关规定展开分析。

### （一）土地经营权的物权特征

1. 被规定于《民法典》物权编“用益物权”分编。作为民法典新增的财产权之一，土地经营权被规定在“物权编”的第三分编“用益物权”部分，表明了立法者对其物权性质的基本定位。同时，根据物权编首条“本编调整因物的归属和利用产生的民事关系”的统领性规定，结合第340条“土地经营权人有权在合同约定的期限内占有农村土地，自主开展农业生产经营并取得收益”进行体系解释，土地经营权的权利主体是“土地经营权人”，属于一般民事主体，表明法律上不从资格或身份的角度对土地经营权的取得作出限制；权利的客体是“农村土地”，与以给付行为为客体的债权有所不同；权利内容表述为“自主开展农业生产经营并取得收益”，强调了土地经营权人利用农村土地的方式和用途，彰显了土地经营权作为用益物权的权利特征。<sup>5</sup>

2. 具有一定对抗效力。根据《民法典》第341条“未经登记，不得对抗善意第三人”的规定，登记后的土地经营权具备对抗任意第三人的对世效力，而未经登记的土地经营权亦具备对抗恶意第三人即知情第三人的效力。<sup>6</sup>可见，无论登记与否，土地经营权均可以对抗一定范围内的第三人，这与仅具相对效力的债权存在一定区别。

### （二）土地经营权的债权特征

1. 土地经营权人（受让方）对农地的事实或法律处分需要经承包方同意。根据《农村土地承包法》第43条、第46条和第47条的规定，家庭承包关系中，土地经营权的受让方对农地实施

“投资改良土壤”“建设农业生产附属、配套设施”等事实处分，以及对土地经营权进行再流转、融资担保等法律处分时，均需经承包方同意。这些规定弱化了土地经营权人直接支配承包地的独立性，近似于《民法典》第715条、第716条规定的承租人对租赁物的处分权限，使土地经营权在权能上表现出很强的债权属性。<sup>7</sup>

2. 土地经营权人得就其投资部分获得合理补偿。根据《农村土地承包法》第43条，受让方经承包方同意实施的改良土壤，建设农业生产附属、配套设施等投资行为，有关费用并非由受让方承担，而是可以依合同约定向承包方要求合理补偿，这与租赁合同中维修费用的承担规则比较相似。但值得注意的是，该条位于《农村土地承包法》第二章“家庭承包”以下，对第三章“其他方式的承包”取得的土地经营权并不适用。

3. 以出租为主要流转现状。通过出租获得的土地经营权实质是债权性的不动产租赁权，有学者认为“将出租规定为土地经营权的设定方式”是其债权属性的佐证之一<sup>8</sup>，这实际上是用法律关系的性质反推权利的性质；但债权性的租赁关系亦可以物权为标的，如《农村土地承包法》修订之前，土地承包经营权亦以出租方式流转，但不能以此认为其权利性质就是债权。该逻辑同样适用于土地经营权，但有所不同的是，即使同样以出租流转，《农村土地承包法》修订前的土地承包经营权以单独的承包合同设立，而土地经营权则自出租合同生效时设立，其差异的根源在于土地经营权的单方产生机制，具体内容下文详述。

### （三）其他有争议的定性特征

1. 在登记对抗主义下，不动产登记能力是否可以作为物权的决定性特征？在不同的物权变动模式下，物权与债权的区分边界亦有所不同。在

5 高圣平：《土地经营权的设权与赋权》，载《光明日报》2019年2月12日，第11版。

6 黄薇主编：《中华人民共和国农村土地承包法释义》，法律出版社2019年版，第179页。

7 同前引注3。

8 同前引注3。

登记要件主义下,不动产物权与债权的区分体现在外部效力上,不动产物权是绝对权,债权是相对权,登记作为对世效力之源,可以作为不动产物权与债权的区分标志;而在登记对抗主义下,未经登记的不动产物权亦已生效,不动产物权与债权的区分提前到登记以前,对世效力并非物权属性的自发特征,而仅是当事人自愿申请登记的法效果。有学者提出将流转期限五年以上的土地经营权定性为用益物权,而将五年以下的土地经营权归为债权的范畴,<sup>9</sup> 实则是在以登记能力将同一权利区分为两种性质,笔者认为这在登记对抗主义的物权变动模式下有失严谨。

2. 成为侵权责任法的保护对象是否可以作为物权的定性依据?《农村土地承包法》第56条规定“任何组织和个人侵害土地承包经营权、土地经营权的,应当承担民事责任”,有学者认为该规定是“将土地经营权当作与土地承包经营权一样的绝对权予以保护,使得土地经营权又具备了典型的物权特征”。<sup>10</sup> 因《侵权责任法》第2条列举的民事权益中没有债权,理论上对债权是否可以作为侵权责任法的客体一直存有争议,但亦有观点坚持“凡是实体民事权利均在《侵权责任法》所保护的范围内,债权是民事权利,当然受到侵权责任法的保护”。<sup>11</sup> 《民法典》侵权责任编将其调整对象统一概括为“民事权益”,不再以列举的方式详细展开,表明了其保护对象兼容并包的开放立场。债权作为最重要的民事权利之一,自然应属于侵权责任法的调整范围之内,故受到侵权责任法的保护并不能作为土地经营权的物权特征之一。

### 三、土地经营权的产生机制及法律性质

根据民法典,流转期限五年以上的土地经营权“自流转合同生效时设立”,从流转的角度规

定了土地经营权的设立过程。“流转”的含义,本应是权利从一方当事人向另一方的流动,其前提是流转方已经享有了该权利,而受让方是从流转方处继受取得该权利。换言之,土地经营权应先经过设立并生效的过程,然后才能进入流转环节,法理上两者具有先后次序而非同时发生,但民法典将土地经营权的设立与流转进行了一体化处理,虽然在实际操作中简单易行,却掩盖了设立土地经营权的实质过程。

#### (一) 设立土地经营权的法律构造

《农村土地承包法》在第9条规定了家庭承包关系中土地经营权的产生机制,即“承包方承包土地后,享有土地承包经营权,可以自己经营,也可以保留土地承包权,流转其承包地的土地经营权,由他人经营”。根据该规定,承包方先从其享有的土地承包经营权中分离出土地经营权,再将其流转给他人。因此,土地经营权的设立本质上是基于承包方的单方处分行为,但由于该设立行为是为流转作出的,没有必要在订立流转合同前单独实施,故法律上认为承包方在与受让方签订“出租、入股或其他方式”的流转合同时,即同时包含了为自己设立土地经营权的处分意思。虽然实践中大多数情况下两者是同时作出、即时生效的,但理论上设立行为一经作出即生效,而流转合同需待合意达成才能生效,两者的生效时间实际上存在细微的差别。

此外,《农村土地承包法》第47条第1款规定:“承包方可以用承包地的土地经营权向金融机构融资担保……”该条的主体是“承包方”,在未发生流转的情况下其享有的应是土地承包经营权,但提供融资担保的对象却是土地经营权,可见其与第9条类似,承包方自行用土地经营权融资担保的过程实则内涵了承包方先行为自己设定土地经营权的过程。<sup>12</sup>

9 同前引注3。

10 同前引注3。

11 王利明、杨立新、王轶、程啸:《民法学》(第5版),法律出版社2017年版,第871页。

12 同前引注3。

## （二）承包方为自己设立土地经营权的法律性质

从产生机制来看，承包方为自己设立的土地经营权应属于用益物权。因债权只能在有相对方的法律关系中产生，而承包方在自己的承包经营权上分离出的经营权，在性质上只能为物权。对此，学界仍存在其是“用益物权”还是“次级用益物权”的进一步探讨。“次级用益物权说”<sup>13</sup>主要借鉴了德国民法上的次级地上权制度，认为土地经营权是以土地承包经营权为客体的权利用益权。<sup>14</sup>但笔者认为，《民法典》第340条规定的土地经营权是“在合同约定的期限内占有农村土地，自主开展农业生产经营并取得收益”，其客体是承包地，与其他方式承包关系中集体土地所有权派生的土地经营权具有同质性，故其性质属于以物为客体的用益物权，而非以权利为客体的“次级用益物权”。况且从权利用益权的运行原理出发，如果将土地经营权的客体界定为土地承包经营权，则土地经营权人只能用益土地承包经营权本身（如就土地产出物进行收益），却无权耕作利用承包地，这显然与土地经营权的立法本旨相去甚远。<sup>15</sup>此外，从权利内容上看，虽然土地经营权源自土地承包经营权的经营权能，但土地经营权具有更为自由的流转权能，故权利内容上两者并非完全涵盖的从属关系，而是部分重叠的并列关系，就这个角度而言，土地经营权应是与承包经营权同等位阶的用益物权，而非派生于土地承包经营权的“次级用益物权”，这样的性质认定亦有利于保持“家庭承包关系”中的土地经营权与“其他方式承包”的土地经营权的内在一致性。

## 四、流转语境下土地经营权的权利类型分析

### （一）“流转”法律内涵的历史变迁

《民法典》物权编仅在土地经营权部分采用“流转”一词描述其权利变动，主要是对《农村土地承包法》修订前既成用法的继受。“流转”一词用于农地承包关系中由来已久，早在2001年，中发〔2001〕18号文件即以《中共中央关于做好农户土地使用权流转工作的通知》命名；2005年《农村土地承包经营权流转管理办法》规定，农村土地承包经营权的流转方式包括转包、出租、互换、转让或者其他方式。这些流转方式最终在农村土地承包法中得到确认。根据修订前的《农村土地承包法》，“流转”是指土地承包经营权的权利变动，在家庭承包关系中主要包括转包、出租、互换、转让或者其他方式；在其他方式的承包关系中，主要指转让、出租、入股、抵押或者其他方式。

其中，互换、转让、入股、抵押将产生物权法上的权利转移效果，出租（转包）则是典型的债权关系，并未发生实质上的物权变动，但由于实际利用土地从事农业生产的主体已经发生了变化，合同权利义务的实际承担者发生了变更，因此亦被作为农地流转的方式之一。<sup>16</sup>可见，农地承包关系中的“流转”，保持了既包括出租等债权性让渡，亦涵盖包含抵押在内的物权变动的宽泛尺度。但修订前的《农村土地承包法》对承包经营权的物权性流转和债权性流转作了实质区分，对物权性流转设置了更为严格的前提条件，其第37条规定土地经营权采取转让方式流转的，需要以发包方的同意为必要前提，且转让对象限定于集体经济组织内部；而采取转包、出租或者其他方式流转的，则仅报发包方备案即可，且相

13 参见于飞：《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》，载《法学杂志》2020年第2期。

14 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。

15 参见前引注1。

16 参见韩鹏：《物权法视野中的农地承包权流转》，载《内蒙古农业大学学报（社会科学版）》2006年第4期。

对方可以是集体经济组织以外的组织和个人。

《农村土地承包法》修订后，其第17条规定了土地承包经营权人享有“依法互换、转让土地承包经营权”“依法流转土地经营权”的权利，即集体土地所有权与土地承包经营权是承包地处于未流转状态的一组权利，是“两权”分离；集体土地所有权与土地承包权、土地经营权是承包地处于流转状态的一组权利，是“三权”分置。两组权利关系是并行不悖的关系。<sup>17</sup>“流转”一词的法律内涵亦有较大调整。首先，土地承包经营权的权利变动限于集体经济组织内部的互换和转让，“流转”一词专用于土地经营权。<sup>18</sup>其次，流转相对方的范围发生了实质性变化，新《农村土地承包法》强调无论土地经营权的流转属于物权性还是债权性，其对象均扩大为任何有农业经营能力或者资质的组织和个人，并不限于本集体经济组织的内部成员。最后，在流转方式上，新《农村土地承包法》依旧强调“流转”可以包括出租等债权性流转关系，但对家庭承包关系和其他方式承包关系的规定稍有不同。第36条规定家庭承包关系中土地经营权的流转方式为“出租（转包）、入股或其他方式”，该法第4章第53条规定在其他方式承包关系则增加了“抵押”，强调抵押交易在这种情形的可适用性。<sup>19</sup>

## （二）流转语境下土地经营权的权利类型

在严格的法律意义上，入股属于物权性流转，即入股企业取得了土地经营权而成为土地经营权人；而出租属于债权性流转，其受让人并未取得土地经营权，理论上仅具有承租人的法律地位。但民法典及农村土地承包法却将出租、入股等流转相对方统称为“土地经营权人”，等于赋予土地经营权的承租人与作为土地经营权人的入股公司等具有同等的物权法地位，并未作物权与债权

的实质区分。同时，根据《民法典》第340条的规定，“土地经营权人有权在合同约定的期限内占有农村土地，自主开展农业生产经营并取得收益”的法律意蕴，亦可在内容上完全涵盖租赁的权利义务关系。从体系上分析，第340条紧随第339条“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”之后，故文义上应将“土地承包经营权人采取出租向他人流转”的权利解释为土地经营权。可见，对于以出租流转的土地经营权，虽然实质上受让方取得的是承租人的权利义务，与作为用益物权的土地经营权有本质不同，却被民法典和承包法一并称为“土地经营权”。因此，民法典与农村土地承包法上的“土地经营权”本质上并非作为单独的权利类型，而是同时包含用益物权、租赁权两种权利类型的集合性概念，而目前关于土地经营权性质的争论是在物债区分背景下就同一类型权利展开的，这与民法典及农村土地承包法所指的“土地经营权”存在方向性偏差，两者不可能实现解释论上的衔接。

## （三）土地经营权的租赁关系在物权法规范下的体系效应

以出租流转的土地经营权实质上等同于农村土地承包法修订前以出租、转包流转的土地承包经营权。在“两权分离”模式下已经形成了以出租、转包为主的农地流转现状下，并非所有地区的经济发展程度、自然环境条件均适合农业现代化规模化经营，出租对农民群众而言仍是最为重要的农地流转方式之一。《民法典》物权编将土地经营权的出租与入股等流转方式一并规范，实际上是一定范围内赋予了土地经营权的承租人相当于用益物权人的法律地位，在法律层面极大地稳定了承租人的经营预期，不仅有力保障了“两权分

17 刘振伟：《巩固和完善农村基本经营制度》，载《农村经营管理》2019年第1期。

18 参见高圣平：《农村土地承包法修改后的承包地法权配置》，载《法学研究》2019年第5期。

19 参见龙卫球：《民法典物权编“三权分置”的体制抉择与物权协同架构模式——基于新型协同财产权理论的分视角》，载《东方法学》2020年第4期。

离”向“三权分置”的顺利过渡，更为放活土地经营权、进一步促进以出租方式流转土地经营权提供了制度支持，具体体现在以下两个方面：

其一，流转期限五年以上的租赁权应具有不动产登记能力。根据民法典及农村土地承包法的规范逻辑，第341条所指具有不动产登记能力的土地经营权，应为以出租、入股等方式流转、且流转期限五年以上的土地经营权。如果严格按照物债区分理论，出租流转的土地经营权是债权性的，法律赋予其不动产登记能力是否具有足够的法理支持？如前所述，物权与债权的区分界限实际上受到物权变动模式的直接影响。登记要件主义下，债权与物权的界限在于相对效力和绝对效力的区分，此种前提下债权（如租赁权）如果进行不动产登记将彻底破坏物债区分的基本体系。但在登记对抗主义下，不动产物权未经登记亦已生效，登记并非物权债权的区分标志。故法律基于特殊的价值判断，亦可赋予债权性的租赁权以登记能力，这在登记对抗主义下反而获得了较登记要件主义下更为合理的解释路径。据此，笔者认为，即使出租流转关系中受让方取得的是租赁权，只要流转期限在五年以上，当事人亦可申请不动产登记。此外，虽然《不动产登记暂行条例》第5条规定“不动产权利，依照本条例进行不动产登记”，但该条“法律规定需要登记的其他不动产权利”的兜底规定，亦为土地经营权的租赁登记留下了立法空间。

其二，出租流转的土地经营权亦应发挥融资担保功能。土地经营权制度的主要功能之一就是为农民群众提供资本支持，《农村土地承包法》第47条的对象是“受让方通过流转取得的土地经营权”，并未将出租流转方式排除在外，结合《中共中央、国务院关于坚持农业农村优先发展做好“三农”工作的若干意见》（中发〔2019〕1号）中“允许承包土地的经营权担保融资”的政策精神，以及《民法典》第395条“法律、行政法规未禁止抵押的其他财产”的兜底性规定，以出租流转的土地经营权经登记后，亦应被纳入作为抵

押权的客体范围。

## 五、民法典土地经营权的规范适用逻辑

民法典将土地经营权的租赁关系置于物权编与入股等物权性转让一同规定，体现了立法者对承租人提供物权化保护的政策性立场。在法已有明文规定的情况下，不应纠结于这种一视同仁的规定方式对财产权利基本秩序的违背，而应在接受现实的前提下，将条文中所指的“土地经营权”解释为包括租赁权在内的集合性概念，并将此作为土地经营权有关规范适用的逻辑起点。具体而言，首先，在民法典与农村土地承包法有明文规定的情况下，根据“特别法优于一般法”的原则，对以出租方式流转的土地经营权应优先适用有关土地经营权的统一规定，承认其（期限五年以上）可以进行不动产登记和融资担保。其次，在法无明文规定时，仍应以物债区分作为规范适用的内在逻辑，对以出租流转的土地经营权适用合同编“通则”及“典型合同”下租赁合同的有关规则。如《民法典》第716—719条关于转租的规定、第721条关于租金支付期限的确定规则等，均可以作为土地经营权租赁关系的法律依据。第三，以入股或其他物权性流转方式取得的土地经营权为真正意义上的用益物权，除了适用物权编第十一章“土地承包经营权”中有关规定外，还可以适用用益物权编的一般规定，特别是依据第327条，当承包地被征收、征用致使用益物权消灭或者影响用益物权行使，土地经营权人享有一定的补偿请求权。第四，在未经登记的情况下，可能出现承包方将其土地经营权“先出租后入股”或者“先入股后出租”的二重流转情形，因土地经营权本身作为物权的“对物支配性”优先于租赁权作为债权的“对人请求性”，同一承包地上的土地经营权一定条件下仍具有优先于租赁权的效力，这是由物权债权核心本质所决定的权利秩序，在未经登记的情况下亦应遵守，以作为纠纷解决或司法裁判的基本规则。■