

# 析論中國農村土地 「三權分置」下的經營權

• 劉旭東、何東

**摘要：**中國政府近年來提出的農地「三權分置」的政策目標在於放活農村「土地經營權」，以實現農業的集約化、規模化轉型，因此土地經營權是「三權分置」的核心與亮點。但是，學術界以及政策制訂者在實踐中將土地經營權解讀為物權的做法無疑違背了基本的物權法理，顯然不是以「全面依法治國」為建設目標的中國所應當出現的改革路徑。本文在對物權基本法理進行闡釋的基礎上指出，土地經營權「物權論」違反了《物權法》的「物權法定」原則，而且無法以符合法理的路徑派生出用益物權性質的土地經營權，土地經營權的本質只能是債權性質的不動產租賃權。然而，債權性質的土地經營權無法充分實現「三權分置」政策的目標，在全球化進程逐步深入的當下，實現該政策目標的最優路徑在於突破固守土地公有或集體所有的思維桎梏，推動包括農地在內的土地要素配置的市場化，率先實現國內土地的自由流轉。

**關鍵詞：**「三權分置」 土地經營權 物權 債權 自由流轉

## 一 問題的提出

「三權分置」是中國政府從2013年起開始逐步推行的農村土地制度改革，這一改革的亮點與核心在於土地經營權之產生。2013年中共十八屆三中全會通過的〈關於全面深化改革若干重大問題的決定〉（以下簡稱〈決定〉）開啟了中國農村新一輪的土地權利制度改革，〈決定〉提出要「賦予農民對承包地佔有、使用、收益、流轉及承包經營權抵押、擔保權能，允許農民以承包經營權入股發展農業產業化經營」<sup>①</sup>；2014年1月中央一號文件〈關於全面深化農村改革加快推進農業現代化的若干意見〉（以下簡稱2014年中央一號文件）則首次正式使用「土地經營權」這一概念，為解決改革開放後土地承包經營權中經營

權無法流轉的問題，建議「在落實農村土地集體所有權的基礎上，穩定農戶承包權、放活土地經營權」<sup>②</sup>。所謂「放活土地經營權」，就是指讓土地經營權從土地承包經營權中予以分離，在保障農民基本權益的基礎上開放土地資源要素市場，實現土地經營權經營主體與流轉方式的多元化。同年11月，中共中央辦公廳、國務院辦公廳在〈關於引導農村土地經營權有序流轉發展農業適度規模經營的意見〉（以下簡稱2014年〈意見〉）中進而指出要「堅持農村土地集體所有，實現所有權、承包權、經營權三權分置，引導土地經營權有序流轉」，這就是當下中國農村實行的土地「三權分置」改革<sup>③</sup>。2016年10月，中共中央辦公廳、國務院辦公廳印發的〈關於完善農村土地所有權承包權經營權分置辦法的意見〉（以下簡稱2016年〈意見〉）對「三權分置」做了具體解釋，即「將土地承包經營權分為承包權和經營權，實行所有權、承包權、經營權分置並行」的「三權分置」土地產權制度<sup>④</sup>。

從結果意義上看，「三權分置」的目標指向與着力點乃是「放活土地經營權」<sup>⑤</sup>，「土地經營權」這一概念的提出無疑是「三權分置」改革的核心與亮點。然而時至今日，學術界以及政策制訂者在實踐中存在將土地經營權界定為物權（指權利人依法對特定物享有的直接支配的排他性權利，包括所有權、用益物權和擔保物權）的現象，這一屬性界定不僅與基本的物權法理相衝突，在學理上無疑使得「三權分置」改革「無法在法律上得以表達」<sup>⑥</sup>，而且在實踐中也容易與當下已經趨於穩定的土地制度發生矛盾。法治要求規則的穩定性與可預期性，2014年中共十八屆四中全會也明確提出「重大改革必須於法有據」<sup>⑦</sup>。因此，經濟政策必須能夠經得起法理的檢驗，這就需要對土地經營權的性質正本清源，並在此基礎上提出得以實現「三權分置」目標的規範改革路徑。

## 二 「三權分置」的背景及理論誤區

### （一）「三權分置」的構建背景

改革開放以後，為了提升農民的生產積極性，解決溫飽問題，國家實行了「家庭聯產承包責任制」，確立了集體土地所有權和農戶的土地承包經營權「兩權分離」的農村土地權利結構。「兩權分離」的模式在短期內迅速解放了農村的生產力，為中國農村經濟的發展作出了無與倫比的貢獻。但從今天來看，這一制度與當下國家農業發展現代化的需求已漸行漸遠。首先，在生產方式上，「家庭聯產承包責任制鞏固了傳統農業小規模經營的生產方式」<sup>⑧</sup>，「兩權分離」下的每一個農戶就是一個獨立的生產單位，這種「各自為政」的低效率、低產出的生產方式與新型農業經營體制對土地經營規模化、集約化的要求背道而馳，阻礙了農業經營向現代化邁進的步伐。其次，隨着國家經濟結構的變革，大批農村勞動力進城務工，使得農村出現了大量閒置土地。然而，現行土地承包經營權在流轉中存在權利形態單一、限制性規定過多、缺乏抵押融資功能等缺陷，這導致土地承包經營權已無法實現市場對土地資源

的高效配置。正如論者指出：「土地承包經營權的身份屬性，制約了我國農業產業現代化的轉型。土地承包經營權取得的基本條件是權利主體必須具備特定的集體成員身份，建立在特定集體或村落身份基礎上的土地承包經營權，必然造成農村市場的彼此分割，阻礙土地及其權利的有序流轉，制約我國農業產業現代化的轉型。」<sup>⑩</sup>

更重要的是，當下土地不得自由交易的事實也促使中國缺乏達致「劉易斯拐點」(Lewis turning point) 所必須的「擠出效應」和「拉出效應」——一方面，國家土地承包經營權採用行政手段予以分配，任何農戶僅憑成員身份便可「分得一杯羹」，有能力的農戶無法通過競爭和兼併獲得更多土地，部分能幹的農戶在農村無法實現擴大土地經營規模的目標，紛紛流向城市，農村成為了老弱病殘婦這類生產效率較低的勞動人口之歸宿；另一方面，在現行戶籍制度及高房價的約束下，進城務工的青壯年勞力通常無法在城市定居，待其年老力衰或結婚生子後，往往被迫遷回老家，進一步加劇了農村老弱病殘婦的人口比例<sup>⑪</sup>。在這種情況下，一邊是農業技術的飛速進步加劇了社會對農村土地承包經營權流轉的迫切需求，另一邊是農民承包的土地或是無人經營、閒置浪費，或是主要流轉到生產效率較低的其他農戶手中，無法形成規模化、集約化的經營主體，導致了「『有田沒人種』與『有人沒田種』的現實矛盾」<sup>⑫</sup>。

因此，中共中央推動農地「三權分置」的目的就是在保障農民利益的前提下，通過三權分離並置來促進土地經營權的流轉，盤活農村資源、資金、資產，將農地從分散經營變為規模經營，實現農村土地資源配置最大化。具體而言，就是使承包權和經營權在政策上進行分離，一方面維護農民的身份保障性權利，即繼續肯定承包農戶對承包土地的佔有、使用、收益以及流轉的權利，保證農戶能夠安心流轉承包地；另一方面則「新設」土地經營權，引導農民將土地經營權向現代企業流轉，吸引第三方以規模化的方式對農地進行「二輪經營」，允許其以經營權的收益權做擔保，從而為農業的現代化轉型注入金融支持，克服原有制度下個體農戶經營無法最大限度發揮土地利用價值的缺陷。

## (二)「三權分置」內含的理論誤區

「三權分置」的概念早在上世紀90年代便已被經濟學界提出，此後「三權分置」始終僅僅是作為一種經濟術語或政策術語而存在，在經濟學界看來，「三權分置」的願景乃是建立集體土地所有權、承包權以及經營權三權共存分置的新型農地關係<sup>⑬</sup>。或許是囿於知識體系不同的原因，經濟學界並未對土地經營權這一「三權分置」的亮點與核心權利的性質進行過系統探討，但以上的表述實際上已經暗含了將土地經營權界定為用益物權的理論判斷。用益物權是指對土地佔有、使用和收益的權利，在中國主要包括土地承包經營權、建設用地使用權、宅基地使用權、地役權。按照《物權法》「一物一權」的基本原則，同一宗土地上不可能存在兩個或以上的用益物權。法學界對「三權分置」的系統探討則起步較晚，針對土地經營權的性質，亦有很多學者將其界定為

物權——一種派生於集體土地所有權或土地承包經營權的用益物權<sup>13</sup>；此外，部分官方部門和主流媒體也僅僅是從字面意義上簡單地理解土地經營權，認為它的產生就是國家將土地承包經營權分解為承包權和經營權的結果<sup>14</sup>。

更重要的是，從官方文件的表述中可以看出，中央實際上也是在物權的層面上對土地經營權進行設計及實施的。2015年8月國務院〈關於開展農村承包土地的經營權和農民住房財產權抵押貸款試點的指導意見〉、12月全國人大常委會〈關於授權國務院在北京市大興區等232個試點縣(市、區)、天津市薊縣等59個試點縣(市、區)行政區域分別暫時調整實施有關法律規定的決定〉，以及2016年3月中國人民銀行、銀監會、保監會、財政部和農業部(現為農業農村部)聯合出台的〈農村承包土地的經營權抵押貸款試點暫行辦法〉(以下簡稱〈暫行辦法〉)，都規定「三權分置」下試點地區的土地經營權可以被抵押，而〈暫行辦法〉第五條就規定在滿足法定要求的情況下，通過家庭承包方式依法取得土地承包經營權和通過合法流轉方式獲得承包土地的經營權的農戶及農業經營主體，均可按程序向銀行業金融機構申請農村承包土地的經營權抵押貸款<sup>15</sup>。按照國內民法學界的通說，抵押權屬於物權(擔保物權、他物權、從物權)而非債權<sup>16</sup>，因此「三權分置」的制度設計者顯然是試圖通過三種物權的分置來推動土地經營權的自由流轉，並最終實現農業的現代化轉型。

然而，土地經營權「物權論」顯然是一個理論誤區，這在法理上必須得到澄清。中國財產法律制度以物權與債權的嚴格區分為基礎，因此，物權、債權屬性不明的財產權利的內容與效力必將混亂不清<sup>17</sup>。盲目地創設新的甚至是違背法理的「權利類型」，用政治術語替換法律術語，將兩個完全不在同一法律邏輯關係上的「權利」歸置在一起，無疑會造成政策以及物、債法律關係的紊亂，令本已趨於穩定的農地法律關係變得愈加複雜且在法理上無法自圓其說，更會讓廣大民眾在這一過程中難以適從，甚至引發農民的抵觸情緒。

### 三 對土地經營權「物權論」的批判

「物權法定」原則決定了土地經營權在現有法律框架下無法獲得物權的定位；更重要的是，他物權的生成邏輯和「一物一權」原則也從法理的層面否決了土地經營權為物權的可能性。

#### (一)「物權法定」原則對土地經營權物權性質的否定

「物權法定」原則是《物權法》的基本原則，在這一原則下，物權的種類、內容以及效力都必須由法律直接規定，當事人無權任意創設新的物權，而且這裏的法律「即僅指國家立法機關(全國人大及其常委會)制訂的『法律』(包括《物權法》和其他法律)，而不能擴張到司法解釋、行政法規、部門規章和地方性法規」<sup>18</sup>，這是判斷一項權利是否屬於物權的重要判准。論者指出：「目前，現行法律中只有國有企業經營權名稱，而無土地經營權這一名稱。『我國的立法既沒有單獨規定經營權，也沒有承認從土地承包經營權中能分離出獨



立的經營權。』<sup>19</sup>因此，土地經營權並不是當下國家《物權法》法律體系中的獨立物權。

值得注意的是，「物權的變動以採取某種可使外界知曉的方式，即物權的變動必須公示於眾，這是各國立法的普遍主張，學理上稱之為公示原則」<sup>20</sup>。原因在於，作為一種對世權（或稱絕對權）的物權<sup>21</sup>，其義務人乃是所有權以外一切不特定的人，故而物權的變動須以一種能夠令公眾知曉的方式表現出來。具體而言，不動產物權的變動需要以登記為公示方式，動產物權的變動需要以交付為公示方式。然而在當下的實踐中，土地經營權的變動並不需要進行登記公示，這也就反證了土地經營權並非用益物權的法律事實。

## （二）土地所有權無法派生出土地經營權

有學者認為土地經營權「來源於農民集體所有權」<sup>22</sup>，即土地經營權乃是集體土地所有權派生出的用益物權，這種觀點無疑經不起民法「權能分離」理論的檢視。在「權能分離」理論的視閾下，一種權利往往可以派生出多項權能，這些權能可以再次組合成新的隸屬於原權利的新權利。在物權中，所有權被分為佔有、使用、收益、處分四項權能，這些權能中的一項或幾項權能可以被分離出去並形成一項他物權，因此，任何他物權都是自物權即所有權「權能分離」的結果。對於他物權而言，所有權就是其產生的唯一母權與根據，即他物權只能由這一母權而不能由其餘的他物權派生<sup>23</sup>。另一方面，「所有〔權〕人將財產交給他人使用而自己失去了使用的機會，財產還給所有〔權〕人時，所有〔權〕人恢復了自己使用的權利，所有〔權〕人不能使用自己財產的那一段時間，正是他人使用權存在的期間」<sup>24</sup>。換言之，經過「權能分離」後的所有權即受到了限制，只有在限制解除以後，所有權方能恢復至圓滿狀態，並派生出新的用益物權<sup>25</sup>。

具體放到「三權分置」的情形中，土地承包經營權的產生具有充分的法理基礎，作為其母權的所有權將土地的佔有、使用、收益的權能轉讓給了土地承包經營權，這是土地承包經營權產生的法律邏輯。也正因為如此，土地經營權的物權屬性便自然失去了法理根基，因為在所有權—土地承包經營權「兩權分離」的權利構造中，所有權人原先享有的佔有、使用、收益的權能已然暫時性地賦予給土地承包經營權人，所有權人對土地失去了直接的佔有、使用和收益的權利，此時的所有權如論者所形容，已經「裸體化（虛有化），徒擁其名」<sup>26</sup>，即所有權因土地承包經營權的存在而受到了限制，所有權人自然無法再重新設置新的用益物權。易言之，在土地承包經營權已然存在的前提下，所有權不可能再次派生出同樣為用益物權的土地經營權。

## （三）土地承包經營權無法派生出土地經營權

部分學者認為土地承包經營權可以派生出土地經營權，即在「三權分置」制度之下，土地承包經營權在保留承包權的基礎上將經營的權利再次派生為單獨的土地經營權<sup>27</sup>，另有學者認為土地經營權是一種「次級土地承包經營

權」<sup>28</sup>，甚至有學者主張承包權與經營權分離後，「土地承包經營權的概念將因權利的分解而消亡」<sup>29</sup>。上述觀點同樣違背了《物權法》的基本法理。

其一，《物權法》第一百二十五條僅規定「土地承包經營權人依法對其承包經營的耕地、林地、草地等享有佔有、使用和收益的權利」，可見《物權法》並未賦予土地承包經營權人處分權，而由土地承包經營權派生出土地經營權顯然是一種處分行為，故後者派生於前者的說法自然就被《物權法》否決掉了。

其二，《物權法》第一百三十三、一百八十條和《農村土地承包法》第四十六、四十九條只規定了四荒地（荒山、荒溝、荒丘、荒灘）的承包經營權可以抵押，對家庭承包的土地經營權能否抵押則未有明文規定；《擔保法》第三十七條第二款則明確規定耕地、自留山、自留地等集體所有的土地使用權屬於不得抵押的財產，可見現行立法對家庭承包的土地能否抵押持否定態度。如果土地經營權派生於土地承包經營權，則其自然不應享有土地承包經營權尚不具備的權能。但從目前北京、天津試點地區的情況來看，土地經營權卻是可以抵押的<sup>30</sup>，這也反過來證明了土地經營權絕對不是土地承包經營權的派生權利。

其三，這種觀點不符合他物權的生成機理。按照上述「權能分離」理論，自母權即所有權分離出來後，作為子權的他物權始終是一種定限物權<sup>31</sup>，無法作為母權再次生發出其他用益物權<sup>32</sup>。對此有學者主張，「我國土地承包經營權本身是集體成員分享集體土地收益的權利，不同於民法所有權主體與用益物權主體的異質性」<sup>33</sup>；又或者，「農民的土地承包經營權，正是他們作為土地所有權人的一部分所享有的一項『自物權』，……所以土地承包經營權作為『自物權』的特徵會越來越強烈」<sup>34</sup>；「農民對承包的土地具有『準所有權』」<sup>35</sup>。但是，「固化」或「相對固化」的事實並不能在法理上推導出土地承包經營權的「所有權」或「準所有權」性質，可以看到上述學者的這一表述也僅停留於類比的層面，而並未進行（實際上也無法進行）法理論證。是故，將土地承包經營權視為「自物權」或「準所有權」的觀點無法獲得足夠的理論支撐，並非嚴格的法律闡釋，毋寧說僅僅是一種具有中國特色的比喻。

其四，也是最重要的一點，主張土地經營權派生於土地承包經營權的觀點更違背了《物權法》「一物一權」的原則。所謂「一物一權」原則，乃是指「一物之上不得設立兩個〔或〕以上內容相衝突的物權」<sup>36</sup>，換言之，同一標的物（客體）上不得出現兩個或以上以佔有為內容的定限物權<sup>37</sup>，這是物權排他性的重要面向。設立該原則的目的是為了「確保每一件經濟上獨立的物能夠獨立於其他物而被支配和利用」<sup>38</sup>。如果土地經營權的性質為用益物權，則其必然表現為對土地實際上的佔有、使用以及收益，這就相應地架空了原土地承包經營權人對土地享有的直接權能，導致土地承包經營權有名無實，這也是「對私權的一種剝奪，最終也必將影響集體土地所有權的實現」<sup>39</sup>；而倘若土地承包經營權人得以行使對承包土地的直接權利，則土地經營權人根據中央規定享有的諸如抵押土地等權利又將無法實現。是故，物權性質的土地經營權將與同一宗土地上的土地承包經營權形成嚴重的、不可調和的內容衝突。

面對土地經營權「物權論」與「一物一權」原則的衝突，部分學者主張「經營權是基於土地承包經營權人的意願、以土地承包經營權為客體創設的用益

物權。而土地承包經營權是基於農地所有權人的意願、以農地為客體創設的用益物權」<sup>④</sup>，因此客體的相異自然導致二者不存在內容衝突的矛盾，「一物一權」原則的詰責也就失去了意義。但是，土地經營權終究無法脫離對土地的直接使用，否則所謂土地經營權就僅僅是一句空話，在對土地的使用這一層面上，可以說土地經營權與土地承包經營權並無本質區別。申言之，「土地承包經營權與其派生的物權性經營權儘管名義客體存在差異，但是兩權都是直接佔有、使用農用地的權利，即兩權的作用對象是同一特定農用地，是基於『一物』產生的種類相同、具有相同效力的用益物權」<sup>④</sup>，所以「一物一權」原則的詰責依然具有充分的現實基礎。另有學者認為，土地經營權的權能「並未超出土地承包經營權剩餘權能的空間，且其設立以土地承包經營權主體明確的暫時放棄權能的意思表示為前提，因而不會造成權利衝突以及物權受侵犯的問題」<sup>④</sup>，可是，這種意義上的土地經營權的本質就是純粹的債權，因而這種解讀也幾乎沒有任何實踐意義。

綜上所述，2014年〈意見〉所提出的「實現所有權、承包權、經營權三權分置」，學理上決不能簡單地理解為三種並列的物權的分置，僅憑「經營」的字眼無法簡單地推導出土地經營權的物權性質。更重要的是在實踐中，「經營權的本權是基於土地流轉合同意定原因而產生的，因而其本權是債權，為意定本權，不是物權」<sup>④</sup>。換句話說，實踐中土地經營權產生的根據就是土地承包經營權人與土地經營權人協商得出一致的意思表示後，土地經營權人通過轉包、出租或入股的方式獲得土地經營權，這種雙方當事人之間的關係自然無法對抗合同以外的第三人，即合同以外的人仍然可以與土地承包經營權人再次就同一宗土地簽訂關於獲取土地經營權的合同，因此，土地經營權並不具備物權的排他性。實際上，2016年〈意見〉就明確指出要「平等保護經營主體依流轉合同取得的土地經營權」，這就證明了即便是官方文件也承認「此處土地經營權的性質是依合同取得的，屬於債權性質」<sup>④</sup>。此外，實踐中流入方須在獲得土地經營權的同時支付一定的土地租金即對價，這顯然違背了「物權不以對價為要素」的特質<sup>④</sup>；再如，當下國家土地經營權的再流轉都需要得到土地承包戶以及發包方的書面同意，這也透露出土地經營權租賃債權的本質。上述事實都足以證明，「所謂的承包權和經營權分離，不過是承包地的租賃經營方式」<sup>④</sup>，土地經營權的本質乃是債權性質的不動產租賃權。事實上，經營形態背後的權利「可能是土地所有權、土地承包經營權，也可能是非農戶的土地租賃權。這意味着將『土地經營權』籠統地界定為一種獨立的用益物權類型，根本無法明確該項權利的內涵及其涵攝範圍，極易引起權利體系的混亂，也無法涵括複雜多變的社會現實」<sup>④</sup>。

#### (四) 土地承包經營權性質的理論澄清

上述對土地經營權「物權論」的批判有可能在學理與實踐中產生另外一種質疑，即土地承包經營權在本質上是否也同樣為債權而非《物權法》所認定的物權？因為按照上文的批判邏輯，既然農戶的土地承包經營權也源自於農戶與集體的合同，那麼土地承包經營權的性質應當亦為債權而非物權。其實

在2007年《物權法》出台之前，已有很多學者支持土地承包經營權「債權論」，如有學者認為，聯產承包合同屬於債權關係，基於聯產承包合同所取得的農地使用權自然屬於債權性質；同時，從聯產承包的本義出發，承包經營權人在享有對集體土地的耕作、收益權時，負有服從發包人的意願去「種甚麼、種多少、上交多少」的義務，也體現出濃郁的債權屬性之特質<sup>④</sup>。但是，國內學術界關於土地承包經營權的爭論「基本上都沒有觸及深究集體土地所有權之本質所在，而是從既定土地承包合同形成的承包關係中，片面考究承包經營權的內核所得出的理論描述，或通過對承包經營的生活實際進行實證考察而作的概括」<sup>⑤</sup>。事實上，同土地經營權一樣，「農村土地承包經營制並不是單純按民法理念設計的制度」<sup>⑥</sup>，這意味着對這一權利性質之探討或定位亦須將物權法理與創設該權利之背景及目的有機結合。

中國農村現行的集體土地所有權歷經了五個發展階段：一、建國初期，《土地改革法》使廣大農民獲得了土地所有權；二、1952年土地改革結束後，全國開始興起成立互助組、合作社，農民在土地私有的基礎上開始自願合作，後來又以土地入股初級社，共同耕種、收益分紅；三、1956年開始的農業合作化運動將農村土地性質由農民私有轉為集體公有，取消收益分紅制，實行按勞分配；四、1958年隨着大躍進的開展，人民公社取代了農業合作社，土地歸人民公社所有，土地「三級所有、隊為基礎」的制度配合「統一生產、統一分配」的模式，生產效率極其低下，其造成的糧食嚴重短缺極大地損害了農民的利益；五、改革開放後，國家進行經濟體制改革，實行家庭聯產承包責任制，在土地公有制的基礎上，農民獲得了生產和分配自主權。

如果我們的觀察僅僅停留於土地所有權的實現方式之層次上，則土地承包經營權是物權還是債權便無關緊要了，因為物權或債權性質的土地承包經營權都可以在形式上實現土地在集體所有基礎上由家庭承包經營的「他主經營模式」，從而打破計劃經濟體制下低效的「自主經營模式」。但是，從上述國家農村土地制度的發展歷程中可以看出，土地承包經營權不僅僅是要解決農村土地的經營問題，更重要的是它需要提高農民的生產積極性與生活水平，為農民提供基本的生活（土地）保障，社會保障性是農村土地承包經營權與生俱來的鮮明特質<sup>⑦</sup>。申言之，土地承包經營權既要實現對集體土地的高效經營，又要滿足生於斯長於斯、作為集體組織成員的農民所必然能夠分享的集體土地利益訴求，避免其失去直接的生活保障。因此，土地承包經營權的雙重使命決定了債權定位無法實現上述願景，債權性質的土地承包經營權因其不具備排他性的特質，容易使農村集體組織跨過農戶而直接與他人締結土地承包經營關係，這與農戶所享有的成員權也格格不入：「要保證農民對分得的這部分利益能排他支配，唯一的保證是認可它〔他〕享有的土地承包權是他物權。」<sup>⑧</sup>顯然，對土地承包經營權這一具有中國特色的權利之物權定位內含鮮明的「建構」色彩，但與基於政策目的而將土地經營權定位為物權的做法不同，土地承包經營權的物權定位則既滿足了現實需要，也沒有違背「權能分離」、「一物一權」等物權法理。

但需要說明的是，土地承包經營權的物權定位具有強烈的目標指向性，而不僅僅是純粹的學理建構，這種物權定位並不意味着土地承包經營權就完



全不具備債權的屬性。正如上文所述，農村土地承包經營制並不是單純按民法理念設計的制度，這就決定了此種權利無法嚴格套用傳統的民法理論，土地承包經營權中契約因素的存在也使得「債權論」、「物權債權混合論」<sup>⑤③</sup>與「物權債權二元說」<sup>⑤④</sup>具有學理層面上的適切性。簡言之，基於現實的需要（為農民提供直接的生存保障）與物權法理，土地承包經營權「可以」被定位為物權，而同樣是基於現實的需要（放活經營權）與物權法理，土地經營權則「只能」被定位為債權。

## 四 對土地經營權債權性質的檢討

造成學術界乃至政策制訂者在實踐中對土地經營權性質發生誤解的重要原因或許在於，「三權分置」這一概念最早並不是由法學界所提出，而是經濟學界的一種研究邏輯，直到今天「三權分置」仍然主要體現為一種經濟理念和政治上的政策主張，而非規範的法律術語；「三權分置」具有濃厚且鮮明的功能指向，其聚焦於中國土地制度改革以及土地經營權流轉的面向極容易令土地經營權獲得物權的表象。因此，為土地經營權的性質正本清源，賦予其不同於現有解讀的符合法理的內涵，並以此為基礎探尋變革「三權分置」的實踐路徑，是國家繼續推動並在法治的框架下逐步完善土地制度改革的重要前提。

### （一）土地經營權的債權屬性及其局限

2016年〈意見〉指出要「將土地承包經營權分為承包權和經營權」，這一政策表述當然需要經過法理的闡釋。如上文所述，土地承包經營權派生於集體土地所有權，「正因為所有權人在其用益權利與佔有權利上被剝奪，故而所有權人的『夥伴』，應僅只能是所有權人所准許的用益權人，而不能是該用益權人的權利繼受人。但是對用益權之行使，可以債權方式轉讓給他人」<sup>⑤⑤</sup>。詳言之，在「三權分置」的制度中，派生於集體土地所有權的土地承包經營權僅僅是一種定限物權，無法對土地進行再次處分，但經過債權約定，土地承包經營權人便可與土地經營權人設定經營權的存續期限，以及約定足以讓土地重新回歸土地承包經營權人手中的特定事由。因此，只有將土地經營權界定為債權性質的不動產租賃權，方能符合法律邏輯。如果將土地經營權定位為物權性質，在土地經營權人實際佔有、使用土地時，將因物權的排他性而剝奪土地承包經營權人對土地享有的直接權利，這在法理上無法自圓其說。土地經營權的債權屬性無疑具備充分的法律邏輯，然而債權性質的土地經營權又同時內含其自身難以克服的局限：

其一，債權的救濟渠道及效力有限。在債權體系下，違約的承包經營權人至多承擔違約的賠償責任，經營權人無法具備物權體系下繼續直接佔有土地的權利；再如，債權本身具備的平等性特質將導致債權在先（先行簽訂土地經營權合同）的土地經營權人的權利始終處於風險之中：在同一宗土地上，當土地承包經營權人通過合同為多個主體分別設定土地經營權後，由於雙方意

思表示一致便可促使合同成立，因此當糾紛發生後，債權在先的土地經營權人往往可能得不到充分的補償。

其二，第三人侵權時債權的防範效果較為薄弱。債權具有相對性，無法像物權一樣因公示公信而產生排他性的效果，是故當合同以外的第三人侵犯土地經營權人的利益時，土地經營權人無法直接對抗第三人，即債權對第三人的防範效果較物權薄弱。

其三，無法滿足土地適度規模經營的目標。論者指出：「在農地被細碎分割和承包的客觀現實下，欲實現對土地的適度規模經營，必須把土地連片集中起來，並能夠維持長期的持續經營，只有這樣才能真正產生適度規模經營效益。因此，對適度規模的土地經營者來說，土地經營權的法律效力越強，期限越長，越利於確保適度規模經營產生更大效益。」<sup>⑥</sup>而在債權框架內，土地經營權的期限一次最長僅為二十年（《合同法》第二百一十四條規定租賃期限最長不得超過二十年），加之上述債權的效力比物權薄弱的特點，這些都決定了債權性質的土地經營權無法滿足土地規模經營的政策目標。

其四，土地經營權抵押融資的功能難以實現。2014年中央一號文件提出要「穩定農戶承包權、放活土地經營權，允許承包土地的經營權向金融機構抵押融資」<sup>⑦</sup>，但「債權性的租賃經營權並不具備成為抵押權客體之條件。債權期限具有任意性，內容具有相對性，不但其權利價值難以量化，其設定方法也難以公示，所有這些都不符合抵押權成立的要件」<sup>⑧</sup>。總之，如果投資者獲得的僅僅是債權，必然會喪失投資的熱情。

於是，這就出現了如下悖論：如果堅持土地經營權「物權論」，則其不僅在法理上無法自圓其說，而且勢必會因其排他性的特質而架空原有的土地承包經營權，引發農地法律關係的混亂；如果回歸其債權的本質，那麼「三權分置」似乎就是多此一舉了，因為這與實踐中的「集體土地所有權—土地承包經營權—債權」的權利結構並無本質甚至形式之別，同時「債權效力較弱，且缺乏穩定性」<sup>⑨</sup>，理論上無法抵押的特點也導致其無法滿足中央通過「三權分置」來實現農地適度規模經營、拓寬農地抵押融資渠道的政策要求。

其實，即便「三權分置」在實踐中果真能使土地優先並迅速地向「種地能手」集中，實現農村土地的適度規模經營，在這種情況下，「種地能手」的收入固然大幅提升，但失去土地經營權而僅保留承包權的農民的數量則不僅會愈來愈多，而且其所得租金也會因相互競爭而日益降低，這顯然與「三權分置」旨在發揮農地社會保障功能的初衷背道而馳。同時，出於追逐「政績」的緣故，部分集體也有可能以「響應中央政策」的名義，人為地引入城市資本，強制全體農民轉移自己的經營權，從而造成無地農民的大量出現。再者，集體成員以土地入股的方式轉讓土地經營權為「三權分置」的要點之一，但股權本身並不屬於物權，尤其是不屬於債權<sup>⑩</sup>，因為持股者唯有在經營者盈利的情況下才得以分紅，且本金最後也未必能夠拿回，這與債權人不管債務人經營狀況如何都可固定收取利息並按期拿回本金有着本質區別。倘若在「三權分置」的框架下，部分農戶以有限期的土地經營權入股無限期的農業公司，則勢必會涉及一系列金融風險，實踐中很難在保證承包期屆滿後農戶順利退出

農業公司與維護農業公司的利益之間做出雙贏的平衡。這些都是隨着「三權分置」的實施而可能出現的亂象。

## (二)「三權分置」目標視閾下的土地制度改革

顯然，「三權分置」中土地經營權的性質只有被界定為債權方能符合法律邏輯，但與此同時，這一界定也會弱化「三權分置」設計者所賦予的功能。有學者指出：「純粹法律邏輯的解讀與農村土地經營制度的發展過程並不符合，農村土地流轉的實際和政策的推動總是走在法律制度修正的前面。」<sup>⑥</sup>這種主張當然具備相當程度的實踐方案的合理性，實際上，在中國改革開放的進程中一直都是農業實踐先行、法律修改殿後，正如馬克思所言：「社會不是以法律為基礎的。那是法學家們的幻想。相反地，法律應該以社會為基礎。」<sup>⑦</sup>但同樣必須堅守的是，法律制度的修改應當符合基本的法理，這亦是法治國家的行為底線。因此，克服土地經營權債權屬性的局限、實現「三權分置」政策目標的規範路徑應當是以「三權分置」的目標為指引，並在遵循法理的基礎上適度變革當下的土地制度。「三權分置」政策將承包權與經營權予以分置並列的原因就在於強調「兩手都要抓」——一方面要確保農民享有土地承包權，避免農民因徹底失去土地而喪失基本的社會保障，誘發社會危機；另一方面也要盡可能地突破不動產租賃權的局限，實現土地較為自由地流轉。所以，問題的核心就在於，如何在符合法律邏輯的基礎上實現保障失地農民的權利和促進土地較為自由地流轉並舉。在市場經濟體制改革逐漸深入和中國日益成為全球化積極推手的當下，合理的解決路徑就是：突破固守某種所有制的底線思維之桎梏，促進土地要素的自由流轉，給予農民自願退出集體組織和買賣、抵押、出租或轉讓其土地的權利，同時為農民提供不僅僅局限於生存保障的社會保障制度。

一方面，如論者所言，進行上述土地制度改革的內在必要性在於，多年來中國農村的土地產權模式「始終沒有解決農村土地所有權主體抽象、虛化和集體所有人與代理人之間權限不清晰的問題。農民和集體的財產權利如何界定的問題一直未解決好，導致農民對土地的權利在實際中處於缺失狀態」<sup>⑧</sup>。申言之，當下國家的農村土地制度始終未能解決農村人口的流動性與土地本身需要穩定性之間的矛盾。在這種制度下，正如上文所述，因身份性條件的限制，農村「種地能手」無法在農村獲得足夠的土地予以規模經營，因而紛紛流向城市，在農村留下來的普遍是勞動生產效率較低的老弱病殘婦及留守兒童，阻礙了現代農業的穩定發展，二元結構遲遲得不到消解；同時，集體之內土地面積相對穩定，而組織之內的成員卻處於不斷的動態變化之中，在「增人不增地，減人不減地」的模式下，以不變的土地總量保障日益增多的成員，必然涉及「代際公平」問題<sup>⑨</sup>；最後，願意到農村進行投資的外來資本因其不具備身份要素，也完全被排斥於土地的用益物權之外，導致土地資源的耗散與農業資本的流失<sup>⑩</sup>。可以看到，這種以身份性條件為前提的地權分配模式與市場化導向的改革漸行漸遠，也引發了政府的不當干預與操

控，形成了當下低效配置、市場扭曲的不公局面。這不禁引發我們反思：既然我們總是在強調生產關係必須符合生產力，強調我們正長期處於社會主義初級階段，並已將幾十萬家國有企業私有化，為何我們卻要始終死守着農村土地的公有制？既然《憲法》第十條明確規定農業用地的所有權歸各地農民集體所有，又為何不能允許農民集體自行交易土地呢？1950至1960年代，高度公有化的人民公社制度一度被視為共產主義的實踐，結果帶來了全國範圍內的大饑荒<sup>⑥</sup>，而迄今為止，但凡實行真正的市場經濟的國家皆允許土地自由交易，這種歷史的教訓以及現實中被反覆驗證的經驗值得我們認真對待。因此，我們的底線絕不應設在不惜一切代價來維持某種所有制，而是應當設在不能讓任何一個農民因無法獲得市場經濟中的平等權利尤其是平等的產權，而無法分享改革開放帶來的紅利。

另一方面，變革現行土地制度亦具備深刻的時代背景。十八屆三中全會〈決定〉指出要「緊緊圍繞使市場在資源配置中起決定性作用深化經濟體制改革，……推動經濟更有效率、更加公平、更可持續發展」，土地要素亦應由市場來進行決定性配置，而所謂市場配置，實際上就是價格配置，即推動產權（包括土地）的私有制<sup>⑦</sup>。正如論者所指出的：「為了讓價格能夠發揮配置作用，就要允許所有的土地，不管它們被劃為農業用地，還是非農用地，都是可交易的，因而是有價的。」<sup>⑧</sup>在所有土地皆可自由交易的體制下，任何無法與需求達成平衡的土地供應都會導致該種類型的土地價格暴漲或暴跌，政府部門會據此進行調節，增加或減少價格暴漲或暴跌的土地供應量，從而實現供求平衡。如果將各種類型及地區的土地市場割裂，則土地用途的分類以及土地價格的確定就必然失去客觀的市場基礎，而只能由政府靠「拍腦袋」的方法決定，這種決策方式必然缺乏科學性。所以，如果土地不能實現自由交易，則〈決定〉所提出的市場導向將無從實現；當資本與土地只能集中在少部分人手中時，其結果必然是產生嚴重的權貴資本主義，受到傷害的終究是廣大民眾。更具時代意義的是，在當下英國脫歐、美國欲廢除各種貿易協定的「逆全球化」背景下，中國開始成為全球化的積極推手。這本是一件可喜的事情，因為一個開放的中國無疑會對世界的發展提供無窮的推動力。但是，健康良性的全球化必須依賴於各種要素在各個國家內部的自由流動，英美兩國過去都是在這一前提下推動全球化的。而中國目前的土地要素尚無法自由交易，尤其是農田的配置取決於家庭佔鄉村中總人口的份額，而不是其土地的使用效率，這是中國的農地配置根本區別於市場經濟之處。「如果中國在自己的國界之內都拒絕讓要素市場在配置資源中起決定性的作用，後果又如此的嚴重，又如何通過自己的表率，事半功倍地去推動全球範圍內的要素自由流動和收入分配的公平呢？」<sup>⑨</sup>可見，目前國內的要素流動自由度尚無法支撐起中國矢志推動全球化的雄心壯志，這也昭示着國家土地制度變革的迫切性。

具體到農村土地制度的問題上，符合市場經濟規律的土地制度改革在於推動國家農地多元土地所有制的建立，「即允許希望退出土地集體所有制的農民帶着包產到戶下所分的那份土地退出，並保證其對土地的擁有、出租、轉讓、抵押、收益，乃至買賣的權利。同時，在自願的基礎上允許其他農民繼



續保留現行的土地集體所有制」<sup>⑳</sup>。從單純的土地經濟學理論來看，土地資源的稀缺性和有用性使其得以按供求關係調節，並依據市場的價格信號進行資源配置，從而提高產出率和農業生產力，優化生產要素功能<sup>㉑</sup>。上述允許私有制存在的多元土地所有制賦予農民極大的自主性，令部分退出集體的土地在市場上、在農業與非農業之間自由流動，這勢必會極大地降低土地的交易成本，提高土地的利用率。對比之下，現行《農村土地承包法》第四十八條規定：「發包方將農村土地發包給本集體經濟組織以外的單位或者個人承包，應當事先經本集體經濟組織成員的村民會議三分之二以上成員或者三分之二以上村民代表的同意，並報鄉（鎮）人民政府批准。由本集體經濟組織以外的單位或者個人承包的，應當對承包方的資信情況和經營能力進行審查後，再簽訂承包合同」<sup>㉒</sup>，這種低效的土地交易方式是決不可能發生在土地私有制模式之下的。當然，上述方法並不同於強制農地的私有化，因其允許農民在自願的基礎上保留現行的集體所有制，充分尊重農民的自主選擇權。

此外，有兩點需要指出的是：第一，在土地自由流轉的制度中，政府仍需對土地的用途進行必要管制，但正如《憲法》所規定的那樣，合理的管制路徑應當是政府只有為了公共利益才能通過正當的聽證、補償程序徵收農民土地，而不是像當下這般，即便是為了商業開發，政府也能夠剝奪農民的土地。第二，私有制——尤其是土地私有制——長期以來在中國這個國度一直被視為洪水猛獸。拋開意識形態的原因不談，反對（農村）土地私有制最有力的理由莫過於，這一制度將導致大範圍的土地兼併並最終形成無數失地農民，有損社會穩定<sup>㉓</sup>。但歷史經驗已經表明，土地兼併只會緩慢地發生；更重要的是，在當代城市化的進程中工業與服務業都會造就大量的就業機會，從而有效地吸收農村的剩餘人口，這是過去的歷史所不曾具備的條件；同時，農戶間基於效率的競爭而發生的兼併恰恰是農戶擴大經營規模、提高收入的最優路徑，沒有兼併，就沒有高效的農村土地利用局面<sup>㉔</sup>。

最後，上文曾提及，「三權分置」政策對農民承包權的堅守以及現有的土地承包經營權被定位為物權的制度考量，乃是為了令農民不會徹底失去土地，從而獲得直接的社會保障。這當然透露着設計者的良苦用心，因為「在城鄉剛性二元經濟結構的背景下，社會保障體系僅僅能覆蓋城鎮戶口人員，而佔人口絕大多數的農民則長期游離於規範的社會保障體系之外，土地便自然成為了數億農民仰賴的保障之源，兼具生存保障、就業保障、醫療和養老保障的多重功能」<sup>㉕</sup>。但是，這種人為地將農民與土地強硬捆綁的方式並無法為農民提供優渥的社會保障，當前對土地承包經營權的利用僅能解決農戶溫飽問題，不能轉化為實際的收入，這其實是將農民的收入僅僅限定為勞動性收入，阻斷了廣大農民財產性收入的來源，而且「隨着農村社會保障制度的逐步發展完善，農村土地所承載的社會保障功能逐漸居於次要地位」<sup>㉖</sup>。所以，為農民提供社會保障的關鍵不在於為其提供一塊不可自由流動的土地，而是應當在土地自由交易的框架下，建立專項針對農民的社會保障基金，保證來源於農村土地的利益能夠有效地投入到農民的社會保障建設中，最終建立起不僅僅局限於溫飽保障的全方位農村社會保障制度體系。

## 五 結語

放活土地經營權、提高土地的利用效率固然是實現農業現代化轉型的必要條件，但任何經濟政策或制度創新都應當能夠經得起法理的檢視，尤其是對於「全面依法治國」<sup>①⑥</sup>的中國而言更是如此。當下學術界對「三權分置」的解讀以及政策制訂者在實踐中所存在的將土地經營權界定為用益物權的現象，無疑人為地將農地法律關係複雜化，更違背了基本的物權法理，國家的土地制度改革決不能以這種架空農民利益的方式展開。學理上，土地經營權的屬性只能是債權，這種債權屬性又反過來促使我們以「三權分置」的目標為基點，反思當下土地承包經營權在流轉方式上的局限性，以至當下國家土地制度的時代局限性。在市場化、全球化逐步深入的今天，突破固守土地公有或集體所有的底線思維之桎梏，實現土地要素在市場中的自由流轉，並為農民提供不僅僅局限於單純擁有土地承包權的社會保障制度，無疑是符合時代指向的最優改革路徑。

實際上，產業革命以來世界各國的經濟發展歷程已經充分證明，唯有土地私有制配合法治的制度，才能徹底地釋放經濟活力，這種已為世界證明行之有效的道路模式絕不是「改旗易幟的邪路」，而是通往富強與民主的康莊大道，中國對此不應予以排斥。正所謂「海納百川，有容乃大」，只要我們杜絕在恪守某種落後的土地所有制範圍內的反覆「折騰」，不再人為地將農民與特定大小的土地予以強硬捆綁，相信農民的智慧，率先實現國內土地要素配置的市場化，並進而推動各種要素在全球範圍內的自由流動，中華民族億萬民眾所內蘊的無限活力與智慧一定能夠得到釋放，從而為全球化的進程貢獻出中國力量。

### 註釋

①⑥ 〈中共中央關於全面深化改革若干重大問題的決定〉，《人民日報》，2013年11月16日。

②⑦ 〈中共中央國務院印發《關於全面深化農村改革加快推進農業現代化的若干意見》〉，《人民日報》，2014年1月20日。

③ 〈中辦國辦印發《關於引導農村土地經營權有序流轉發展農業適度規模經營的意見》〉，《人民日報》，2014年11月21日。

④ 〈中共中央辦公廳、國務院辦公廳印發《關於完善農村土地所有權承包權經營權分置辦法的意見》〉，《人民日報》，2016年10月31日。

⑤ 王東明：〈以放活土地經營權為突破口深化農村改革〉，《求是》，2014年第20期，頁18。

⑥ 高聖平：〈新型農業經營體系下農地產權結構的法律邏輯〉，《法學研究》，2014年第4期，頁85。

⑦ 參見聶希斌：〈「重大改革於法有據」寓意「先立後破」〉（2015年3月11日），求是網，[www.qstheory.cn/politics/2015-03/11/c\\_1114598970.htm](http://www.qstheory.cn/politics/2015-03/11/c_1114598970.htm)。

⑧ 顧鈺民：〈論土地承包經營權流轉〉，《復旦學報（社會科學版）》，2009年第5期，頁86。

⑨⑩ 馬俊駒、丁曉強：〈農村集體土地所有權的分解與保留——論農地「三權分置」的法律構造〉，《法律科學（西北政法大學學報）》，2017年第3期，頁143；144。

- ⑩⑨ 參見文貫中：〈抵達劉易斯拐點的中國道路及其後果〉（2017年5月13日），愛思想網，[www.aisixiang.com/data/104304.html](http://www.aisixiang.com/data/104304.html)。
- ⑪ 胡震、朱小慶吉：〈農地「三權分置」的研究綜述〉，《中國農業大學學報（社會科學版）》，2017年第1期，頁108。
- ⑫ 參見馮海發：〈對十八屆三中全會《決定》有關農村改革幾個重大問題的理解〉，《農業經濟問題》，2013年第11期，頁6。
- ⑬ 參見潘俊：〈農村土地「三權分置」：權利內容與風險防範〉，《中州學刊》，2014年第11期，頁67-73；張力、鄭志峰：〈推進農村土地承包權與經營權再分離的法制構造研究〉，《農業經濟問題》，2015年第1期，頁79-92；蔡立東、姜楠：〈承包權與經營權分置的法構造〉，《法學研究》，2015年第3期，頁31-46；李國強：〈論農地流轉中「三權分置」的法律關係〉，《法律科學（西北政法大學學報）》，2015年第6期，頁179-88；宋宗宇、何貞斌、陳丹：〈農村土地經營權的確定化及其制度構建〉，《農村經濟》，2015年第7期，頁19-24；劉恆科：〈「三權分置」下集體土地所有權的功能轉向與權能重構〉，《南京農業大學學報（社會科學版）》，2017年第2期，頁102-12。
- ⑭ 參見〈中辦國辦出台意見完善農村土地「三權分置」辦法〉（2016年10月31日），國土資源部網，[www.mlr.gov.cn/xwdt/jrxw/201610/t20161031\\_1420429.htm](http://www.mlr.gov.cn/xwdt/jrxw/201610/t20161031_1420429.htm)；〈農村土地《「三權分置」意見》政策解讀〉（2016年11月3日），國務院新聞辦公室網，[www.scio.gov.cn/34473/34515/Document/1515220/1515220.htm](http://www.scio.gov.cn/34473/34515/Document/1515220/1515220.htm)；〈中國推動農村土地「三權分置」放活土地經營權〉（2016年10月31日），中國新聞網，[www.chinanews.com/cj/2016/10-31/8048716.shtml](http://www.chinanews.com/cj/2016/10-31/8048716.shtml)；〈農地「三權分置」：農村改革又一重大制度創新〉（2016年11月21日），新華網，[http://news.xinhuanet.com/house/2016-11-21/c\\_1119950328.htm](http://news.xinhuanet.com/house/2016-11-21/c_1119950328.htm)。
- ⑮ 〈國務院印發《關於開展農村承包土地的經營權和農民住房財產權抵押貸款試點的指導意見》〉，《人民日報》，2015年8月25日；〈全國人大常委會關於授權國務院在北京市大興區等232個試點縣（市、區）、天津市薊縣等59個試點縣（市、區）行政區域分別暫時調整實施有關法律規定的決定〉，《人民日報》，2015年12月28日；〈關於印發《農村承包土地的經營權抵押貸款試點暫行辦法》的通知〉（2016年3月15日），中央人民政府網，[www.gov.cn/zhengce/2016-05/24/content\\_5076149.htm](http://www.gov.cn/zhengce/2016-05/24/content_5076149.htm)。
- ⑯ 參見梁慧星、陳華彬：《物權法》（北京：法律出版社，2005），頁339；馬俊駒、余延滿：《民法原論》（北京：法律出版社，2010），頁407-408；王利明主編：《民法》（北京：中國人民大學出版社，2010），頁257。
- ⑰ 宋志紅：〈三權分置關鍵是土地經營權定性〉，《中國經濟時報》，2016年7月14日。
- ⑱ 溫世揚：《物權法要義》（北京：法律出版社，2007），頁18。
- ⑲ 丁關良、阮韋波：〈農村集體土地產權「三權分離」論駁析——以土地承包經營權流轉中「保留（土地）承包權、轉移土地經營權（土地使用權）」觀點為例〉，《山東農業大學學報（社會科學版）》，2009年第4期，頁6。
- ⑳ 溫世揚、廖煥國：《物權法通論》（北京：人民法院出版社，2005），頁139。
- ㉑ 所謂「對世權」、「絕對權」，是指效力針對一切人即義務人為任何人的權利。例如，當某人對某物享有所有權後，那麼世界上其他任何人都負有不侵犯其所有權的義務。與此對應，債權則是「對人權」、「相對權」，該種權利意指義務人為特定人的權利。例如，當甲乙簽訂借款合同後，二者之間就形成了債權，且只有乙對甲負有償還借款的義務。
- ㉒ 高富平：〈農地「三權分置」改革的法理解析及制度意義〉，《社會科學輯刊》，2016年第5期，頁76。
- ㉓ 參見崔建遠：《準物權研究》（北京：法律出版社，2012），頁99。
- ㉔ 李國強：〈「權能分離論」的解構與他物權體系的再構成——一種解釋論的視角〉，《法商研究》，2010年第1期，頁38。
- ㉕ 參見姚瑞光：《民法物權論》（北京：中國政法大學出版社，2011），頁7。
- ㉖ 王澤鑒：《民法物權》（北京：北京大學出版社，2009），頁110。

- ⑳ 參見潘俊：〈農村土地「三權分置」〉，頁67-73；蔡立東、姜楠：〈承包權與經營權分置的法構造〉，頁31-46；李國強：〈論農地流轉中「三權分置」的法律關係〉，頁179-88；宋宗宇、何貞斌、陳丹：〈農村土地經營權的確定化及其制度構建〉，頁19-24；孫憲忠：〈推進農村土地「三權分置」需要解決的法律認識問題〉，《行政管理改革》，2016年第2期，頁21-26。
- ㉑⑤ 朱廣新：〈土地承包權與經營權分離的政策意蘊與法制完善〉，《法學》，2015年第11期，頁88；95。
- ㉒ 參見〈全國人大常委會關於授權國務院在北京市大興區等232個試點縣（市、區）、天津市薊縣等59個試點縣（市、區）行政區域分別暫時調整實施有關法律規定的決定〉。
- ㉓ 定限物權是在他人所有物上設定的權利，包括用益物權和擔保物權。它以所有權為基礎，定限物權人的權限以當事人的約定及法律規定為準，不得私自擴大權利範圍，更不得再次創設其他定限物權。
- ㉔ 參見哈里·韋斯特曼(Harry Westermann)、哈爾姆·韋斯特曼(Harm Westermann)著，張定軍、葛平亮、唐曉琳譯：《德國民法基本概念》（北京：中國人民大學出版社，2014），頁131。
- ㉕ 劉恆科：〈「三權分置」下集體土地所有權的功能轉向與權能重構〉，頁103。
- ㉖ 孫憲忠：《物權法》（北京：社會科學文獻出版社，2011），頁258。
- ㉗ 黃凱平：〈試析農地「三權分置」下土地經營權的法律性質〉，《學海》，2017年第4期，頁188。
- ㉘ 馬俊駒、余延滿：《民法原論》，頁275。
- ㉙ 參見申衛星：《民法學》（北京：北京大學出版社，2013），頁206。
- ㉚ 沃爾夫(Manfred Wolf)著，吳越、李大雪譯：《物權法》（北京：法律出版社，2004），頁17。
- ㉛④ 單平基：〈「三權分置」理論反思與土地承包經營權困境的解決路徑〉，《法學》，2016年第9期，頁63；60。
- ㉜ 蔡立東、姜楠：〈承包權與經營權分置的法構造〉，頁39。
- ㉝ 高海：〈論農用地「三權分置」中經營權的法律性質〉，《法學家》，2016年第4期，頁45。
- ㉞ 鄭若瀚：〈土地承包經營權制度改革：邏輯、原則與制度選擇〉，《西北農林科技大學學報（社會科學版）》，2016年第3期，頁15。
- ㉟ 此處的「意定」指當事人在合同中的約定。參見吳興國：〈承包權與經營權分離框架下債權性流轉經營權人權益保護研究〉，《江淮論壇》，2014年第5期，頁124。
- ㊱ 參見〈中共中央辦公廳、國務院辦公廳印發《關於完善農村土地所有權承包經營權分置辦法的意見》〉；李哲：〈「三權分置」下的農村土地經營權研究〉，《蘭州學刊》，2017年第8期，頁125。
- ㊲ 參見李偉偉：〈「三權分置」中土地經營權的權利性質〉，《上海農村經濟》，2016年第2期，頁29。
- ㊳⑤ 陳小君：〈我國農村土地法律制度變革的思路與框架——十八屆三中全會《決定》相關內容解讀〉，《法學研究》，2014年第4期，頁12。
- ㊴ 參見呂來明：《走向市場的土地——地產法新論》（貴陽：貴州人民出版社，1995），頁201；王衛國：《中國土地權利研究》（北京：中國政法大學出版社，1997），頁182；梁慧星主編：《中國物權法草案建議稿》（北京：社會科學文獻出版社，2000），頁527；中國社會科學院法學研究所物權法研究課題組：〈制訂中國物權法的基本思路〉，《法學研究》，1995年第3期，頁1-10；陳甦：〈土地承包經營權物權化與農地使用權制度的確立〉，《中國法學》，1996年第3期，頁88-95。
- ㊵ 郭升選：〈農村土地承包經營權性質探究〉，《當代法學》，1999年第3期，頁30。
- ㊶⑤ 劉俊：〈土地承包經營權性質探討〉，《現代法學》，2007年第2期，頁170；171。
- ㊷ 郭升選：〈農村土地承包經營權性質探究〉，頁31。此外，〈最高人民法院關於審理涉及農村土地承包糾紛案件適用法律問題的解釋〉公布時，時任最高人民法院



- 副院長黃松有表示：「農民通過家庭承包方式依法取得的土地承包經營權是其安身立命的根本，其權利性質應屬於物權，這也是農村土地承包法的立法重點所在。」參見倪曉：〈解讀土地承包糾紛案件司法解釋〉，《法制日報》，2005年7月30日。
- ⑤③ 參見陳煜、彭俊瑜：〈對於完善我國土地承包經營權的幾點思考——兼論建立地上權和永佃權的概念考證〉，《甘肅農業》，2005年第8期，頁32-33；李敏飛、柳經緯：〈農地承包經營權流轉的制約性因素的法律分析和思考〉，《福州大學學報（哲學社會科學版）》，2006年第3期，頁80-84。
- ⑤④ 參見丁關良：〈農村土地承包經營權性質二元化之客觀界定〉，《經濟問題》，2007年第9期，頁88-91。
- ⑤⑤ 鮑爾（Jürgen F. Baur）、施蒂爾納（Rolf Stürner）著，張雙根譯：《德國物權法》，上冊（北京：法律出版社，2004），頁696。
- ⑤⑥ 朱繼勝：〈「三權分置」下土地經營權的物權塑造〉，《北方法學》，2017年第2期，頁33。
- ⑤⑦ 參見康德瑄：〈股權性質論辯〉，《政法論壇（中國政法大學學報）》，1994年第1期，頁67-72。
- ⑤⑧ 李國強：〈論農地流轉中「三權分置」的法律關係〉，頁179-80。
- ⑤⑨ 馬克思（Karl Marx）：〈對民主主義者萊茵區域委員會的審判 馬克思的發言〉，載中共中央馬克思恩格斯列寧斯大林著作編譯局編譯：《馬克思恩格斯全集》，第六卷（北京：人民出版社，1961），頁291-92。
- ⑤⑩ 夏鋒：〈農民土地財產權的長期保障走向：物權化改革與對應收入〉，《改革》，2014年第3期，頁86。
- ⑤⑪ 參見劉俊：《中國土地法理論研究》（北京：法律出版社，2006），頁279。
- ⑤⑫ 劉雲生：〈永佃權之歷史解讀與現實表達〉，《法商研究》，2006年第1期，頁80。
- ⑤⑬ 參見潘佐夫（Alexander V. Pantsov）著，卿文輝、崔海智、周益躍譯：《毛澤東傳》，下冊（北京：中國人民大學出版社，2015），頁687-94。
- ⑤⑭ 文貫中：〈土地制度改革急需新思維〉（2016年10月13日），上海財經大學高等研究所網，<http://iar.shufe.edu.cn/iar/content/159/44048>。
- ⑤⑮ 文貫中：《吾民無地：城市化、土地制度與戶籍制度的內在邏輯》（北京：東方出版社，2014），頁71-72。
- ⑤⑯ 參見高帆：〈我國農村土地的保障功能應逐步弱化〉，《經濟縱橫》，2003年第6期，頁4。
- ⑤⑰ 中國法制出版社編：《中華人民共和國農村土地承包法》（北京：中國法制出版社，2009），頁11。
- ⑤⑱ 參見〈中財辦副主任：土地私有化會產生嚴重社會問題〉（2015年1月29日），新浪網，<http://finance.sina.com.cn/review/hgds/20150129/074621425117.shtml>；〈警惕土地私有化思潮對農村土地集體所有制的衝擊〉（2016年4月14日），新華網，[www.xinhuanet.com/politics/2016-04/14/c\\_128894377.htm](http://www.xinhuanet.com/politics/2016-04/14/c_128894377.htm)。
- ⑤⑲ 參見文貫中：《吾民無地》，頁80-81。關於對批判土地私有制的其他回應，可參見該書頁79-83。
- ⑤⑳ 李曉茜：〈社會保障功能下的土地承包經營權性質探析〉，《學術界》，2009年第3期，頁164。
- ⑤㉑ 劉凱湘：〈論農村土地承包經營權的可繼承性〉，《北方法學》，2014年第2期，頁26。
- ⑤㉒ 「全面依法治國」是中共在十八屆四中全會上提出的新任務，總目標是建設中國特色社會主義法治體系，建設社會主義法治國家。參見〈十八屆四中全會提出全面推進依法治國的總目標和重大任務〉（2014年10月23日），中國共產黨新聞網，<http://cpc.people.com.cn/n/2014/1023/c64094-25896586.html>。

劉旭東 南京師範大學法學院博士研究生

何東 浙江工商大學公共管理學院副教授