《民法典》中两类土地经营权解释论*

高　海

摘要：《民法典》中土地承包经营权上的土地经营权与基于所有权产生的以其他方式承包的土地经营权的性质均存在债权一元论、物债二分论、物权一元论等论争。本文综合运用文义、体系、目的等解释方法，对两类土地经营权的性质和担保依次进行再解读。土地承包经营权上土地经营权宜以五年为界物债二分，以其他方式承包的土地经营权宜以登记为界物债二分。但是，《民法典》第339条中分置次级用益物权的出租与入股宜分别缩限解读为转包与股份合作。流转期限五年以上土地经营权的物权设立及其抵押应采取登记对抗主义；流转期限五年以下土地经营权宜以再流转收益质押并采取登记对抗主义；已登记的以其他方式承包的土地经营权的物权设立及其抵押应采取登记生效主义，未登记的不能用于担保。允许承包方自设土地经营权融资担保，亦应允许集体自设以其他方式承包的土地经营权抵押。《民法典》中两类土地经营权的规定，推进了更具中国元素的物权理论与物权制度的创新发展。

关键词：民法典　三权分置　土地经营权　登记效力

中图分类号：D912.3　　**文献标识码：**A

一、引言

为落实承包地“三权分置”，《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）用益物权分编中共有5个条款（第339条到第342条、第381条）6次提到土地经营权。这些土地经营权可以分为两类：一是土地承包经营权上分置的土地经营权；二是土地所有权上以其他方式承包的土地经营权。除用益物权分编第342条提及以其他方式承包的土地经营权抵押、第381条提及土地经营权抵押之外，担保物权分编未明确提及土地经营权担保。

《民法典》的颁布实施“意味着‘立法论’研究的谢幕或者式微、‘解释论’研究的强势登场”（张新宝，2020）。两类土地经营权的性质定位与担保适用本来就极具争议，《民法典》相对简单的规定使其存在较大解释空间。如谢鸿飞（2020）认为，《民法典》对土地经营权的性质语焉不详；崔建远（2020a）认为，“高于5年的是否为物权，确实有些拿捏不准”，“土地经营权有解释为物权或

*本文是国家社会科学基金重大项目“深化农村集体产权制度改革的法治保障研究”（项目编号：20ZDA046）的阶段性成果。

债权的空间”[①]。学界对《民法典》中土地承包经营权上分置的土地经营权与土地所有权上产生的以其他方式承包的土地经营权的性质，均存在债权一元论、物债二分论、物权一元论等论争。此外，以其他方式承包的土地经营权的物权设立是采取登记对抗主义还是登记生效主义、债权性质的土地经营权能否抵押或直接质押、土地承包经营权人能否自设土地经营权担保、土地经营权担保是采取登记对抗主义还是登记生效主义，对这些问题，专家学者们存在解释分歧，实务界也存在适用困惑。

《民法典》没有终结承包地“三权分置”改革中土地经营权的论争，甚至引发了解释适用中的新分歧。“实施《民法典》应该确立体系性思维，系统理解民法典体系中的基本规则”（孙宪忠，2020）。为此，本文首先梳理目前对两类土地经营权性质的四种解读以及影响性质定位之出租设立方式和登记效力等争议焦点，然后再解释《民法典》中两类土地经营权的性质定位与担保规则，推动更具中国元素的物权理论与物权制度的创新发展。

二、《民法典》中两类土地经营权的四种解读

《民法典》颁布后，学界解读两类土地经营权，形成了四种代表性观点。笔者依循从债权论向物权论逐渐强化的顺序，对四种观点进行梳理、比较和评析。

（一）两类土地经营权均为债权的一元论

第一种观点主张，两类土地经营权均为债权（如肖鹏，2021），登记后产生对抗力，按类似物权保护。吴昭军（2020）主张，“土地经营权的性质界定应坚持一元论，将农户流转产生的和以其他方式承包取得的土地经营权一体界定为债权”；“法律赋予其登记能力，以强化对抗效力”。袁野（2020）认为，2018 年修正的《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》）和《民法典》中的“土地经营权统一为债权属性”，“债权属性的土地经营权同样可以通过登记产生对世效力”。

第一种观点对土地承包经营权上以出租方式分置的土地经营权的性质定位有较强的解释力，也有助于实现《民法典》中两类土地经营权性质、登记效力以及出租法律效果[②]的一致性。但是《民法典》颁布后，仍主张《民法典》中两类土地经营权都是债权的观点，未必妥当。理由如下：

首先，通过对《民法典》第 376 条到第 379 条、第 381 条的解读，第 381 条中可以设立地役权的土地经营权[③]应是用益物权性土地经营权，将两类土地经营权均解释为债权会导致无法在土地经营权上设立地役权，进而使《民法典》第 381 条中抵押权实现时土地经营权与“地役权一并转让”成为没有用武之地的虚置规则。“地役权作为一种用益物权，是地役权人对他人物权所享有的一种权利”（黄薇，2020），而且《民法典》第 376 条到第 379 条也可以佐证地役权是设立在物权上的一项用益物权。

[①]另从学者“不管定性为债权还是物权”的表达看，土地经营权亦有定性为债权或物权的空间（参见谢鸿飞，2020）。

[②]崔建远（2020a）认为，“通过出租或转包方式流转而形成的土地经营权，被定性和定位为债权，理由更充分些”，“作为物权缺乏支撑”；陈小君（2019）指出，“债权流转产生的土地租赁权理论上称之为债权性土地经营权也未尝不可”。

[③]《民法典》第 381 条规定：“土地经营权、建设用地使用权等抵押的，在实现抵押权时，地役权一并转让。” 第 381 条规定是地役权从属性的表现之一，从属于土地经营权的地役权因土地经营权上抵押权实现而与土地经营权一并转让。

第一，《民法典》第 376 条“地役权人应当……尽量减少对供役地权利人物权的限制”的规定直观表明，地役权发生在地役权人与供役地权利人之间，而且地役权是在供役地权利人物权上设立并对物权进行限制。第二，《民法典》第 377 条中“地役权期限……不得超过土地承包经营权、建设用地使用权等用益物权的剩余期限”的规定表明，地役权是建立在物权上（除所有权外就是用益物权）。否则，如果地役权可以设立在债权上，《民法典》还应增设“地役权期限不得超过债权剩余期限”的规定；既然《民法典》没有规定“不得超过债权剩余期限”，就可以推定不能在债权上设立地役权。第三，从《民法典》第 378 条到 379 条中用益物权人享有或者负担土地所有权人已经享有或者负担的地役权、土地所有权人设立的地役权须经已经存在的用益物权人同意的规定看，用益物权人可以享有或者负担地役权，地役权也可以设立在用益物权上，排除了债权人直接作为需役地和供役地的权利人设定地役权的可能，即不能直接在债权性土地经营权上设立地役权。综上所述，第 381 条中的土地经营权应当属于第 377 条到第 379 条“等用益物权”名下的具体子权利，应当限于用益物权性质的土地经营权。

其次，《民法典》第 341 条已经规定了流转期限五年以上土地经营权[①]的债权意思主义物权设立规则，仍主张该土地经营权为债权会造成第 341 条与《民法典》其他条款的债权意思主义物权变动效果不一致，破坏《民法典》内部一致表达的法律效果。《民法典》第 341 条与第 374 条地役权、第 403 条动产抵押权等公认的物权一样，采取了“合同生效时设立；未经登记，不得对抗善意第三人”的债权意思主义（经登记对抗善意第三人）物权变动模式。基于对债权意思主义（经登记对抗善意第三人）物权变动模式的体系解释，流转期限五年以上土地经营权于流转合同生效时设立为用益物权，只是登记后才具有对抗善意第三人的效力。登记对抗力既可以发生在债权上也可以发生在物权上，《民法典》物权编中权利自“合同生效时设立”的明确规定是判断是否产生物权登记对抗力的关键。《农村土地承包法》第 41 条没有包含债权意思主义物权设立模式的“自流转合同生效时设立”的规定，该条规定的流转期限五年以上土地经营权有解释为债权经登记产生对抗力（债权物权化）的空间。而《民法典》第 341 条在《农村土地承包法》第 41 条的基础上，增加能够体现债权意思主义物权设立模式的“自流转合同生效时设立”的规定，这表明《民法典》第 341 条更倾向于将流转期限五年以上土地经营权定性为用益物权。

（二）两类土地经营权均物债二分论

第二种观点主张，流转期限五年以上土地经营权与登记的以其他方式承包的土地经营权为物权，前者中登记是对抗要件，后者中登记是生效要件；而流转期限五年以下土地经营权与未登记的以其他方式承包的土地经营权为债权。如黄薇（2020）提出，“不宜简单规定土地经营权的性质，应当根据土地经营权流转期限长短的不同，作出不同的法律安排。因此，基于《民法典》第 341 条规定，土地经营权流转期限为 5 年以上的，当事人可以向登记机构申请土地经营权登记，取得物权效力”。“以招标、拍卖、公开协商等方式取得的土地经营权，承包方有的与发包人是债权关系，……而承包‘四荒地’，由于期限较长，投入又大，双方需要建立一种物权关系，以便更好地得到保护。因此，应当

[①]本文中流转期限五年以上土地经营权与流转期限五年以下土地经营权均指土地承包经营权上分置的土地经营权。

依法登记取得权属证书”（黄薇，2020）。王利明等（2017）认为，《中华人民共和国物权法》（以下简称《物权法》）中，“通过其他方式承包取得的权利，原则上为合同债权，经依法登记后具有一定的物权性质”。那么，在《物权法》中以其他方式承包的土地承包经营权仅仅被《民法典》更名为以其他方式承包的土地经营权的情况下，以其他方式承包的土地经营权亦应“原则上为合同债权，经依法登记后具有一定的物权性质”。第二种观点将土地承包经营权上的土地经营权以五年为界区分为债权和物权[①]，将以其他方式承包的土地经营权基于登记区分为债权和物权。

第二种观点将流转期限五年以上土地经营权视为物权，最有力的根据是：《民法典》第 341 条与第 374 条地役权、第 403 条动产抵押权等公认的物权一样，采取了债权意思主义（经登记对抗善意第三人）物权设立模式。既然《民法典》物权编没有规定五年以下土地经营权自流转合同生效时设立，那么可以推定流转期限五年以下土地经营权未采取债权意思主义（经登记对抗善意第三人）物权设立模式，不具有用益物权性质；尽管流转期限五年以下土地经营权也应当自合同生效时设立，但是只能理解为设立的是债权。在出租方式亦可使土地承包经营权上分置物权性土地经营权的情况下，以土地经营权是否超过五年将土地经营权区分为物权和债权，为土地承包经营权上分置债权性土地经营权预留了空间。

第二种观点以登记与否区分以其他方式承包的土地经营权的性质，有如下合理性：第一，以登记决定以其他方式承包的土地经营权的物权性质，是《民法典》第 342 条要求经登记才能抵押的合理解释，因为未经登记便不具有用益物权性质，当然不能用于抵押。《民法典》之所以没有要求流转期限五年以上土地经营权经登记才能抵押，原因在于立法者已经将五年以上土地经营权视为物权。第二，《民法典》第 342 条规定以其他方式承包的土地经营权登记后才能通过出租、入股、抵押等方式进行支配，说明以其他方式承包的土地经营权登记后才能彰显并契合物权的支配性。由此，以登记为界，将以其他方式承包的土地经营权的性质物债二分，更符合第 342 条的文义表达。但是，并不能仅仅从该条直接得出以其他方式承包的土地经营权出租、入股、抵押的，不登记不发生法律效力，因为第 342 条要求的登记只是以其他方式承包的土地经营权流转的前置条件。第三，《民法典》第 342 条规定的以其他方式承包的土地经营权被解读为经登记才具有用益物权性质，能够与更名前的以其他方式承包的土地承包经营权的用益物权性质保持一致，避免因名称改变而更改权利性质。在家庭承包的土地承包经营权因《物权法》禁止耕地抵押而不能用于抵押的情况下，《物权法》第 165 条中的土地承包经营权抵押应当是指《物权法》第 133 条已登记的以其他方式承包的土地承包经营权抵押；而且，在《物权法》第 160 条、第 161 条、第 163 条将地役权设立客体限于物权的前提下，《物权法》第 165 条中的土地承包经营权只能是用益物权性质的以其他方式承包的土地承包经营权。因此，以其他方式承包的土地经营权经登记具有用益物权性质。

但是，第二种观点也有可商榷之处，会导致《民法典》中出租、入股的法律效果不一致，主要体现如下：

[①]但是也有学者主张“绝不可以”以五年为界区分为债权和物权（参见屈茂辉，2020）。

首先，第二种观点使《民法典》第339条能产生五年以上土地经营权的出租具有创设次级用益物权的效果，与《民法典》第342条及其他6个条款中出租产生租赁债权效果不一致。第一，家庭承包地“三权分置”的初衷是，家庭承包的土地承包经营权承载社会保障功能，使承包户放活土地经营权时保留土地承包经营权；但是以其他方式承包的土地经营权无社会保障功能，可以自由流转，显然没有必要通过创设次级用益物权使权利体系复杂化。因此，第342条中经登记的以其他方式承包的土地经营权出租后不宜再分置次级用益物权，第342条中的出租仅产生债权效果；物权编内部两类土地经营权条款（第339条与第342条）的出租，具有物债不同的法律效果。同理，第339条能在土地承包经营权上分置次级用益物权性土地经营权的入股（兼有出租属性）与第342条一般不宜在以其他方式承包的土地经营权上分置次级用益物权的入股（类似于转让），也会产生不同的法律效果。第二，其他6个条款包含物权编第275条第1款、第369条、第405条，合同编第638条第2款、第945条第2款以及人格权编第1019条第2款。这6个条款中的出租不能产生物权效果，否则，第638条第2款中的出租将导致试用买卖的动产上产生用益物权，这与《民法典》“物权法定原则下无动产上设立的用益物权”（崔建远，2020a）相矛盾。第945条第2款中的出租将导致建筑物专有部分上因出租而设立居住权，这与该条将出租与设立居住权并列表达的逻辑不符，导致重复规定。因此，《民法典》第339条中产生物权效果的出租不同于《民法典》第342条与其他6个条款中产生债权效果的出租。

其次，第339条中出租与合同编租赁合同章出租人中出租的法律效果也不一致。《民法典》合同编租赁合同章有32处出租人的表达，融资租赁合同章有43次出租人的表达。虽然作为租赁合同（或融资租赁合同）中出租人行为的出租不同于租赁合同，但是作为出租人的土地承包经营权人出租土地经营权后，也需与承租人（土地经营权人）签订租赁合同，就此而言，土地承包经营权人与土地经营权人签订的租赁合同对应于合同编的租赁合同，土地承包经营权人对应着合同编租赁合同章的出租人，按照体系解释，土地承包经营权人的出租与合同编出租人的出租应具有相同的法律效果。这一点从《民法典》第405条“抵押权设立前，抵押财产已经出租并转移占有的，原租赁关系不受该抵押权的影响”中出租与租赁关系的表达，亦可得到证实。但是，《民法典》第339条与第341条却倾向于土地承包经营权人出租产生五年以上物权性土地经营权，这明显与合同编出租人的出租产生租赁债权效果不同。

最后，流转期限五年以上土地经营权在无社会保障功能且已经被放活的情形下，再以出租、入股方式流转[①]，不宜在其上再产生下级用益物权，宜回归与《民法典》第342条中出租、入股同样的解释。但是，这样又导致第339条中能够产生五年以上用益物权性土地经营权的出租、入股与流转期限五年以上土地经营权再流转的出租、入股之间的法律效果不一致。

（三）两类土地经营权分别为物债二分与物权一元论

第三种观点主张，流转期限五年以上土地经营权与所有以其他方式承包的土地经营权均为物权，两类土地经营权的登记均为对抗要件；而流转期限五年以下土地经营权为债权。如房绍坤（2020）认

[①]有专家认为，土地承包经营权上的土地经营权再流转可以采取《农村土地承包法》第36条规定的出租、入股或其他方式（参见黄薇，2019）。

为，“流转期限五年以上的土地经营权具有用益物权属性，而流转期限不满五年的土地经营权则仅具有债权属性”；“‘四荒地’土地经营权无论是否登记，都不影响其物权的属性，……未登记，不具有对抗善意第三人的效力”[①]。

第三种观点与第二种观点同样主张以五年为界对土地承包经营权上土地经营权物债二分，因此第二种观点因物债二分引发的《民法典》中出租、入股的法律效果不一致的问题，同样也是第三种观点存在的问题。此外，第三种观点中以其他方式承包的土地经营权的物权一元论面临的问题有：

首先，将未登记的以其他方式承包的土地经营权也视为物权，因其没有自“合同生效时设立”的债权意思主义物权设立的明确表达而缺乏法律根据。若将以其他方式承包的土地经营权解读为物权一元论，需有法律明确规定该权利自“合同生效时设立”。在《民法典》无明确规定的情况下，《农村土地承包法》第 49 条中“以其他方式承包农村土地的，应当签订承包合同，承包方取得土地经营权”的规定，是否可以视为《民法典》第 209 条第 1 款中不采取登记生效主义所需的“法律另有规定”，并以其作为以其他方式承包的土地经营权自合同生效时具有用益物权效力的根据？这一观点较为存疑，理由有三：一是《农村土地承包法》第 49 条的表达，不仅不同于《农村土地承包法》第 23 条“承包方自承包合同生效时取得土地承包经营权”以及第 47 条第 2 款“担保物权自融资担保合同生效时设立……”的规定，而且不同于《民法典》第 333 条第 1 款土地承包经营权、第 341 条流转期限五年以上土地经营权、第 374 条地役权、第 403 条动产抵押权等物权自“合同生效时设立”的一致表达。尤其就已被普遍承认采取债权意思主义物权设立模式的土地承包经营权而言，《农村土地承包法》采用了与《民法典》中“合同生效时设立”极为类似的“合同生效时取得”的表达；就已采取债权意思主义（经登记对抗善意第三人）物权设立模式的土地承包经营权上土地经营权担保物权而言，《农村土地承包法》采用了与《民法典》一致的“合同生效时设立”的表达。二是《农村土地承包法》第 49 条的规定亦可与产生债权性质的以其他方式承包的土地经营权的表达一致，签订承包合同后承包方也可以取得债权性质的以其他方式承包的土地经营权。由此可见，即使《农村土地承包法》第 49 条有权利自“合同生效时设立”或“合同生效时取得”的规定，能否被援引为以其他方式承包的土地经营权采取了债权意思主义物权设立模式，也不无疑问。三是在《农村土地承包法》第 41 条没有“流转合同生效时设立”的类似规定的情况下，流转期限五年以上土地经营权尚不能根据《农村土地承包法》第 40 条规定的“应当签订书面流转合同”，确定依流转合同取得的土地经营权是用益物权（有解读为债权登记对抗效力[②]的空间），那么《农村土地承包法》第 49 条规定的“应当签订承包合同”也不能作为以其他方式承包的土地经营权自合同生效时具有用益物权效力的根据。

其次，将“未登记的以其他方式承包的土地经营权”定性为物权，因其未纳入《民法典》物权编而依据不足。李国强（2020）将流转期限五年以上土地经营权纳入《民法典》物权编作为其应为物权

[①]另有学者持有类似观点（参见陈耀东、高一丹，2020；宋志红，2020b）。

[②]有学者解释《农村土地承包法》第 41 条流转期限五年以上土地经营权时，指出“经由登记，债权性质的土地经营权取得类似物权的效力”（如高圣平等，2019）。

的理由，基于同样的思路，在《民法典》第 342 条规定以其他方式承包的土地经营权经登记才能流转，而《民法典》物权编无《农村土地承包法》第 49 条的类似规定，也没有明确规定“未登记的以其他方式承包的土地经营权”的情况下，应当因“未登记的以其他方式承包的土地经营权”未纳入《民法典》物权编而理解为未规定其为物权。这种理解与以其他方式承包的土地经营权因为未登记而不能流转、不具有物权支配性也是相适宜的。

最后，区分以其他方式承包的土地经营权与租赁取得的土地权利，并分别定位为物权和债权，未必妥当。持第三种观点的学者还主张，“‘四荒地’土地经营权仅指以招标、拍卖、公开协商等方式取得土地经营权，不包括以出租方式取得的权利，该权利应为租赁权”（房绍坤，2020）[①]。从公开操作和竞价机制角度看，招标、拍卖、公开协商等其他方式主要是为了保障承包人公平地获取土地经营权和集体最大化取得农用地收益，未必直接决定以其他方式承包的土地经营权的性质。而且，同样基于上述两项目的，集体与“四荒地”承租人订立租赁合同，也应当公开协商。由此，集体与“四荒地”土地经营权人无论是签订承包合同还是租赁合同，都可以通过以其他方式承包中的公开协商方式达成一致；而且，除合同名称在形式上不同外，两类合同的协商机制（均应公开）与实质内容（均意思自治）在相当程度上是重合或难以区分的，即使区分也无实际意义——有裁判文书直接将租赁视为以其他方式承包[②]。显然，在允许公开协商创设土地经营权的前提下，与公开协商形成的承包合同有类似效果的租赁合同难以有独立适用空间。在此情形下，将以其他方式承包的土地经营权均视为物权，会否限制土地所有权人在集体土地上创设债权性土地经营权的空间，不无疑问。

（四）两类土地经营权均为物权的一元论

第四种观点主张，两类土地经营权均为物权，其设立中的登记均为对抗要件，而以其他方式承包的土地经营权再流转中的登记则为生效要件。如李国强（2020）提出：“土地经营权流转期限不足五年的不能登记并不是说此时土地经营权就是债权，与五年以上的土地经营权未经登记一样，只是不能对抗善意第三人而已”；“以其他方式承包的土地经营权设立不需要登记，仅签订承包合同即可发生物权效力，但再流转土地经营权的登记依据《民法典》第 342 条‘经依法登记取得权属证书’的流转前置条件，应解释为再流转土地经营权需遵循登记生效要件规则”[③]。

第四种观点实现了两类土地经营权性质（不论期限长短、登记与否均为用益物权[④]）、设立中登记效力（均为登记对抗主义）的一致性。而且，第四种观点为解释土地承包经营权上出租分置的土地经营权为用益物权，提出作为“土地经营权主要设立方式的‘出租’并不是《民法典》合同编规定的‘租赁合同’”（李国强，2020）。这种阐释进一步揭示了第 339 条出租的法律效果相对于合同编租

[①]另有学者主张以其他方式承包的土地经营权可以通过出租方式设立（参见高圣平，2021；吴昭军，2021）。

[②]参见内蒙古自治区赤峰市中级人民法院（2014）赤民一终字第 1044 号民事判决书；北京市第三中级人民法院（2018）京 03 民终 2062 号民事判决书；河北省承德市中级人民法院（2019）冀 08 民终 275 号民事判决书。

[③]但是也有学者主张，以其他方式承包的土地经营权的设立和再流转，均应适用登记对抗主义规则（参见郭志京，2020）。

[④]也有学者主张土地经营权无需区分不同种类、期限，一概界定为物权（参见谢鸿飞，2021）。

赁合同章出租人出租法律效果的不同，而且也与第 341 条债权意思主义物权设立模式、出租产生的五年以上土地经营权为用益物权的立法倾向相契合。

第四种观点包含第二种观点和第三种观点中流转期限五年以上土地经营权为物权的观点，与第三种观点中以其他方式承包的土地经营权为物权的一元论一致。因此，第四种观点同样存在第二种观点中将流转期限五年以上土地经营权定性为物权引发的《民法典》中出租、入股的法律效果不一致的问题，以及第三种观点中将所有以其他方式承包的土地经营权都定性为物权引发的疑惑。此外，第四种观点还面临下列问题：

第一，将流转期限五年以下土地经营权解读为采取登记对抗主义的用益物权，缺乏明确的法律依据。其理由是：《民法典》第 341 条规定的债权意思主义物权设立规则，仅适用于流转期限五年以上土地经营权，流转期限五年以下土地经营权缺乏《民法典》第 209 条第 1 款中不动产物权设立不采取登记生效主义所需的“法律另有规定”。如果土地承包经营权上土地经营权不论期限长短（流转期限五年以下与流转期限五年以上一样），均为采取登记对抗主义的用益物权，那么《民法典》第 341 条中“流转期限为五年以上”的限定语就累赘多余，第 341 条应改为“土地承包经营权上的土地经营权，自流转合同生效时设立……”。

第二，将土地承包经营权上出租分置的土地经营权，不论出租期限长短，均解读为用益物权，会不会限制土地承包经营权人创设债权性土地利用权？在第四种观点中，土地承包经营权上分置物权性土地经营权的出租已经被视为《民法典》租赁合同中出租的另类，那么土地承包经营权人还能否按照《民法典》租赁合同（或其中的出租）创设债权性土地租赁权？如果可以，实践中如何区分两类出租及其产生的法律效果？

三、《民法典》中两类土地经营权性质的再解释

（一）再解释时法律解释方法的运用规则

面对学界对《民法典》中两类土地经营权性质四种解读的分歧，本文运用文义解释、体系解释、目的解释进行再解释。尽管上述四种解读都运用了一定的解释方法，但是鉴于不同的法律解释方法都存在一定局限性，需要综合、依序、合理运用不同的法律解释方法对两类土地经营权性质进行再解释。“仅以文义解释，往往难于确定法律条文之真正意义”；仅以体系解释，会“过分拘泥于形式而忽视法律之实质目的”；仅以目的解释，“在社会急剧变动时期，则可能发生旧有法律之目的与社会目的的不一致，不能切合社会发展的需要”（梁慧星，1993）。为此，陈金钊（2020）指出，“文义解释解决不了，可寻求体系解释、目的解释解决”；“法治奉行法律至上，解释方法上秉持文义解释优先的原则。这是维护法律权威性、安全性之必须”。“除了文义解释的基本方法之外，重要的是体系解释”（张新宝，2020）。此外，《民法典》近期根据“既保障农户不丧失土地承包经营权又能放活土地经营权进而促进农业适度规模经营”的社会目的确定两类土地经营权规则，当下进行目的解释，无需担心“可能发生旧有法律之目的与社会目的的不一致”。

因此，在梳理、比较和评析学界四种解读的基础上，笔者认为，对《民法典》中两类土地经营权

再解释时应以文义解释为基石，依次以体系解释和目的解释进行补充或验证。具体而言，体系解释和目的解释不能超出文义解释的解释范围；经文义解释仍有多种结果时可以用体系解释进行补充解释，或用体系解释验证文义解释；经体系解释还有多种结果时可以用目的解释进行补充解释，或用目的解释验证体系解释（梁慧星，1993）。其中，“体系思维、体系解释不仅是普遍联系的思维，还包括对要素间的逻辑关系的探寻”（陈金钊，2020）。体系解释有助于“以法律条文在法律体系上关联探求其规范意义”，并“维护法律体系及概念用语之统一性”（梁慧星，1993）。因此，既应注重两类土地经营权之间、《民法典》物权编与合同编之间、《民法典》与《农村土地承包法》之间等宏观问题的体系解释，又要加强土地经营权的性质与流转方式、流转期限、登记效力、担保方式、担保范围、担保登记等微观问题的体系解读，以便尽量保持《民法典》内外部体系协调。

（二）两类土地经营权均物债二分的再阐释

流转期限五年以上土地经营权，经文义解释和体系解释，已被解读为两种不同性质：基于《民法典》第 339 条与其他条款中出租之法律效果的一致性，第一种观点将其解读为债权；基于《民法典》第 341 条、第 374 条和第 403 条中权利自“合同生效时设立”法律效果的一致性，后三种观点将其解读为用益物权。面对体系解释结果的不同，再经目的解释后，流转期限五年以上土地经营权宜解读为用益物权，其理由是：首先，流转期限五年以上土地经营权被纳入《民法典》物权编以及《民法典》第 341 条采用债权意思主义物权设立模式，均表明立法目的更倾向于将流转期限五年以上土地经营权定性为用益物权；其次，基于前述地役权客体应为物权的解读，将流转期限五年以上土地经营权定性为用益物权，能满足其权利人直接享有或为他人设定地役权的现实需求；最后，基于后文权利抵押客体应为物权的阐释，将流转期限五年以上土地经营权定性为用益物权，更便于其权利人以抵押方式融资。将流转期限五年以上土地经营权解读为用益物权，既符合文义解释、体系解释，又符合目的解释。

《民法典》第 341 条等条款未明确提及流转期限五年以下土地经营权，基于第 339 条文义解释难以断定其性质；经体系解释，更宜将流转期限五年以下土地经营权定性为债权。理由是：《民法典》第 341 条中“合同生效时设立”等规定，已有将流转期限五年以上土地经营权定性为用益物权的倾向，并明确采取登记对抗主义。若将流转期限五年以下土地经营权定性为用益物权，因缺乏《民法典》第 209 条第 1 款中不采取登记生效主义所需的“法律另有规定”，该用益物权只能适用登记生效主义，但是这不符合登记公示的正常体系逻辑。正常体系逻辑是：要么不论期限长短均采取登记对抗主义或登记生效主义，要么期限长的土地经营权采取登记生效主义，期限短的土地经营权采取登记对抗主义。此外，流转期限五年以下土地经营权因未被明确纳入《民法典》物权编，又缺少与流转期限五年以上土地经营权一样的债权意思主义物权设立规则的规定，经目的解释，也可以验证立法机关应无意将其定性为用益物权。

以其他方式承包的土地经营权，经文义解释和体系解释，应以登记为界物债二分。《民法典》第 342 条规定表明，以其他方式承包的土地经营权经登记才可以以抵押等方式流转，才具有物权支配性，这不仅与《民法典》第 209 条第 1 款不动产物权设立经依法登记才发生效力是一致的，而且与后文权利抵押客体应为物权的阐释一致。《民法典》没有未登记的以其他方式承包的土地经营权的明确规定，

将其解读为用益物权不符合文义解释；《农村土地承包法》也没有以其他方式承包的土地经营权采取债权意思主义物权设立的明确规定，故将未登记的以其他方式承包的土地经营权定性为用益物权也无法获得体系解释和目的解释的验证。

因此，土地承包经营权上土地经营权以五年为界物债二分、以其他方式承包的土地经营权以登记为界物债二分的第二种观点优于其他三种观点。而且第二种观点的共识更多、冲突最少。共识更多体现在：第二种观点主张土地经营权具有物权性质，都是第三种、第四种观点包含的；第二种观点主张两类土地经营权均物债二分，第一种观点主张根据登记与否决定两类土地经营权有无对抗力或类似物权效力，就两类土地经营权均效力二分而言，第二种观点与第一种观点较为接近。冲突最少原因在于：一是如前文所述，第二种观点与第三种、第四种观点一样，都无法消除《民法典》第 339 条中能分置次级用益物权性土地经营权的出租、入股与其他条款中出租、入股法律效果的不一致问题，这也是第二种观点仅剩的体系冲突。二是第二种观点避免了前述第一种观点因其主张两类土地经营权均为债权而与债权意思主义物权设立条款（第 341 条）、地役权条款（第 381 条）的直接冲突，也能避免前述第三种、第四种观点因其主张以其他方式承包的土地经营权均为用益物权并采取登记对抗主义，而与《民法典》第 209 条第 1 款要求不动产物权设立采取登记生效主义[①]的冲突，而且还能避免第四种观点因其主张流转期限五年以下土地经营权为用益物权并采取登记对抗主义，而与《民法典》第 209 条第 1 款要求不动产物权设立采取登记生效主义的冲突。

此外，第二种观点还便于土地承包经营权人和集体土地所有权人创设债权性土地利用权利，保障两类土地经营权均有物债二分利用方式的选择权。两类土地经营权物债二分标准不一致主要是因为土地承包经营权的设立采取了债权意思主义例外规定，流转期限五年以上土地经营权的设立又延续了土地承包经营权的例外规定（或与其协调一致），而以其他方式承包的土地经营权遵循了不动产物权登记生效的一般规则。

（三）出租与入股法律效果不一致的解释方案

前文已提及，《民法典》第 339 条中能分置次级用益物权性土地经营权的出租、入股与其他条款中出租、入股的法律效果不一致，是第二种观点仅剩的体系冲突。“同一法律或不同法律使用同一概念时，原则上应作同一解释；作不同解释时，须有特别理由”（梁慧星，1995）。前文关于流转期限五年以上土地经营权应为次级用益物权的阐释，正是对《民法典》第 339 条中能分置次级用益物权性土地经营权的出租、入股作另类解释的特别理由。从有助于同一概念法律效果一致化的角度看，应区分土地承包经营权上物权性土地经营权与债权性土地经营权的设立方式，不再共用出租、入股等方式，将债权性土地经营权的设立方式限于出租或出租性流转[②]（将出租或出租性流转排除在次级用益物权

[①]因缺少《民法典》第 209 条第 1 款中不采取登记生效主义所需的“法律另有规定”，所以应采取登记生效主义。

[②]土地承包经营权人以土地经营权入股合作社获取“固定收入+浮动分红”的实践，已经使该类入股兼具出租的属性——基于出租属性获取固定收入。这也是入股可以与出租一样产生“三权分置”的原因。

性土地经营权分置方式之外），并用专门术语解读或替代分置次级用益物权性土地经营权的出租、入股[①]。

首先，可以基于《农村土地承包法》第 36 条中“出租（转包）”的表达，将《民法典》第 339 条中分置流转期限五年以上土地经营权的出租解释为转包，即重新启用《民法典》物权编中未使用的转包替代土地承包经营权上分置物权性土地经营权的出租，而将第 339 条中剩余的流转期限五年以下的出租解读为土地承包经营权上产生债权性土地经营权。这种做法可以实现《农村土地承包法》第 36 条中“出租（转包）”的类型化细分（因类型化对第 36 条中出租与转包分别缩限解释）：出租适用于流转期限五年以下土地经营权并产生债权性土地经营权，转包适用于流转期限五年以上土地经营权并分置次级用益物权性土地经营权。在《农村土地承包法》不再严格区分出租与转包的情况下，这一做法实际上是重新为出租和转包确定了不同以往的区分标准和适用范围：以往的区分标准是承租人可以是非本集体成员，受包人限于本集体成员；而如此处理后，出租适用于产生债权性土地经营权，转包适用于分置次级用益物权性土地经营权。同时，可以将转包分置次级用益物权性土地经营权的期限解读为不受《民法典》第 705 条租赁期限不超过二十年的限制，以满足将土地承包经营权上超过二十年剩余期限的土地经营权转包分置物权性土地经营权的需要。将分置物权性土地经营权的出租解读为转包并突破二十年限制，既有助于由转包替代《民法典》第 339 条中流转期限五年以上的出租分置次级用益物权性土地经营权，又有助于缓和与第 705 条二十年租赁期限的冲突，并为未来完善《民法典》第 339 条中出租的表达指明方向——直接将第 339 条中的出租改为转包。而且，这样还可以将出租产生的债权性土地经营权解读为土地租赁权，以便尽量避免土地承包经营权上分置的土地经营权既有物权又有债权的现象。

其次，可以基于《农村土地承包法》第 50 条中股份合作的表达，将《民法典》第 339 条中能够在土地承包经营权上分置次级用益物权性土地经营权的入股解释为股份合作。如此解读的正当性在于：第 339 条分置次级用益物权性土地经营权的入股与《农村土地承包法》第 50 条中的股份合作均有派生用益物权的法律效果，前者使土地经营权人取得土地承包经营权上分置的次级用益物权，后者可以使股份合作经营主体取得集体土地所有权上派生的用益物权——相当于以其他方式承包的土地经营权。如此解读后，股份合作可以替代《民法典》第 339 条中的入股分置次级用益物权性土地经营权，缓和《民法典》第 339 条和第 342 条入股法律效果的不一致，并为未来《民法典》第 339 条中入股表达的完善指明方向——直接将第 339 条中的入股改为股份合作。

综上所述，第二种观点，尤其是用转包和股份合作分别替代《民法典》第 339 条中能够分置次级用益物权性土地经营权的出租和入股之后的第二种观点，是最优的解释方案。为此，下文将在两类土地经营权均物债二分的第二种观点的基础上，对两类土地经营权担保展开解释。

[①]有学者提出，“引入‘分置’指称承包农户设立物权性土地经营权的行为”（宋志红，2020a）；有学者主张以出让方式创设物权性土地经营权（参见房绍坤，2019）。

四、《民法典》中两类土地经营权担保的再解读

两类土地经营权的担保与其法律性质相互关联，因此两类土地经营权担保的再解读需以两类土地经营权性质之再阐释为基础，反过来又可以佐证两类土地经营权性质的再阐释。对《民法典》中两类土地经营权担保进行再解读，仍应按照前述文义解释、体系解释、目的解释的运用规则进行综合解读。

（一）债权性土地经营权能否抵押

债权性土地经营权能否抵押，直接关系着两类土地经营权的担保方式。《农村土地承包法》以融资担保的表达回避了土地经营权性质的明确规定，《民法典》除第 342 条和第 381 条中土地经营权抵押的表达外，再无土地承包经营权上土地经营权担保方式的明确规定。学界对土地经营权的担保方式则有不同观点：既有学者主张无论土地经营权为债权还是物权均能抵押（如单平基，2020；高圣平，2021），也有学者主张只有物权性土地经营权才能抵押，债权性土地经营权宜质押（如陈小君，2019；宋志红，2020a；崔建远，2020b）。本文认为，应以物权性土地经营权抵押，以债权性土地经营权流转收益质押。根据土地经营权性质选择担保方式，符合《民法典》内部条款与内外部条款的体系解释。理由如下：

第一，《民法典》第 342 条已经明确规定只有登记的以其他方式承包的土地经营权才能够抵押。前文已阐释，登记的以其他方式承包的土地经营权为用益物权，未登记的为债权。第 342 条基于以其他方式承包的土地经营权是否为用益物权决定其能否抵押，构成根据土地经营权性质选择担保方式的第一个实定法依据。这样的解读，与前文对《民法典》第 381 条中土地经营权抵押之土地经营权为用益物权的分析也正好吻合。当然，第 381 条中土地经营权不限于已登记的以其他方式承包的土地经营权，还应包括流转期限五年以上的土地经营权。

第二，《民法典》第 342 条和第 381 条用益物权性土地经营权抵押与第 440 条债权质押的类型化，构成根据土地经营权性质选择担保方式的第二个实定法依据。在法律未明确允许债权性土地经营权抵押的情形下，《民法典》第 440 条“现有的以及将有的应收账款”可以出质的规定，明确了现有和将有的债权质押。而且，公路、桥梁等不动产的收费权“实质上是一种预期债权，可以纳入应收账款。物权法采纳了这一意见”（黄薇，2020）。在《民法典》物权编第 440 条增加“将有的应收账款”的表述后，更应采纳“预期债权可以纳入应收账款”的观点。这就为债权性土地经营权担保指明了质押方向：可以以权利期限内可预期取得的流转收益（相当于将有的应收账款）质押。

第三，物权性土地经营权可以抵押而债权性土地经营权不宜抵押的体系解释，可以得到《农村土地承包法》第 47 条的支持。正是因为《农村土地承包法》未明确土地承包经营权上土地经营权的性质，第 47 条才采取了兼顾物权性土地经营权抵押和债权性土地经营权质押的“融资担保”的表达（黄薇，2019）；否则，如果债权性土地经营权也可以抵押，第 47 条就应当直接将“融资担保”改为抵押。因此，《农村土地承包法》第 47 条构成根据土地经营权性质选择担保方式的第三个实定法依据。

第四，《民法典》第 395 条第 1 款第（七）项中“……法律、行政法规未禁止抵押的其他财产”可以抵押的规定，不宜作为债权性土地经营权可以抵押的依据。相反，在《民法典》第 342 条以其他

方式承包的土地经营权登记（因登记具有物权效力）才可以抵押、未登记（只有债权效力）不能抵押的情况下，可以将第 342 条视为禁止了债权性土地经营权抵押。据此，也可以推定流转期限五年以下土地经营权因其债权定性而不能抵押。

第五，《民法典》第 418 条“以集体所有土地的使用权依法抵押的……”规定中的“土地的使用权”，也不宜解读为包括债权性土地经营权。第 418 条中“依法抵押”意味着债权性土地经营权能否抵押要“依法”确定，而且应当是本条规定之外的法，如《民法典》中要求已登记的以其他方式承包的土地经营权可以抵押的第 342 条或用益物权性土地经营权才能抵押的第 381 条。

综上所述，根据土地经营权性质选择担保方式，既能遵守《农村土地承包法》第 47 条和《民法典》第 342 条规定的基本文义，又能实现《民法典》第 342 条与第 381 条、第 395 条、第 440 条之间以及《民法典》上述条款与《农村土地承包法》第 47 条之间的逻辑自洽。否则，肯定债权性土地经营权抵押，会超出第 342 条只允许已登记的以其他方式承包的土地经营权抵押的基本文义，也会使第 381 条土地经营权抵押和设立地役权之土地经营权的性质滋生歧义，进而造成与《民法典》第 376 条到第 379 条将地役权客体限于物权的冲突。

（二）承包方和集体能否自设土地经营权抵押

1.承包方能否自设土地经营权抵押

《民法典》未再复述《农村土地承包法》第 47 条第 1 款承包方可以在土地承包经营权上自设土地经营权融资担保的表达。但是，有专家将第 339 条中的“其他方式”解读为包括了承包方在土地承包经营权上自设土地经营权抵押（如黄薇，2020；崔建远，2020a）；也有学者主张承包农户借以融资担保的是土地承包经营权，而非土地经营权（如高圣平，2020；单平基，2020），即认为无需承包方自设土地经营权抵押。在《农村土地承包法》第 47 条已经允许承包方在土地承包经营权上自设土地经营权融资担保的前提下，将《民法典》第 339 条中的“其他方式”解读为包括融资担保，能有效衔接《农村土地承包法》第 47 条，符合体系解释。

《民法典》第 339 条“依法采取出租、入股或者其他方式向他人流转土地经营权”中的“依法”，既需依《民法典》第 341 条，又需依《农村土地承包法》第 47 条。依《民法典》第 341 条类型化判断土地承包经营权上土地经营权的法律性质；依《农村土地承包法》第 47 条，根据土地经营权性质选择担保方式并明确登记效力，即流转期限五年以上物权性土地经营权采取抵押方式，流转期限五年以下债权性土地经营权采取流转收益质押。但是，无需依《农村土地承包法》第 40 条第 1 款“土地经营权流转，当事人双方应当签订书面流转合同”的规定，土地承包经营权人与自己签订流转合同，该流转合同的流转方式既不能是出租也不能是入股，只能解读为担保——为担保而流转（高海，2019a）。理由是：土地承包经营权人与债权人签订的土地经营权担保协议，本身就暗含了设立土地经营权的意思表示——实际上省略了土地承包经营权人与自己签订流转协议的环节，否则也无法用土地经营权担保。崔建远（2020a）指出，“不是在担保权设立之前已经存在土地经营权这个担保物，而是设立担保权之时才‘催生’出土地经营权这个担保物，简言之，担保权和担保物同时诞生”。不过，此时作为担保物的土地经营权只是承诺分置、拟制存在，在承包方自设土地经营权担保的情况下，“作为担保

物的土地经营权实际上还未现实存在，承包方是用将来的土地经营权融资担保，到需要实现担保物权时，土地经营权才从土地承包经营权中分离出来，作为优先受偿的财产出现”（黄薇，2019）。实际是承包方用拟制存在的土地经营权担保，并承诺担保物权实现时，将拟制存在的土地经营权实质分出，并以拍卖、变卖、折价等方式保障担保物权人优先受偿。其中，承包方自设物权性土地经营权抵押，在抵押权通过拍卖、变卖土地经营权等方式实现前，用于抵押的土地经营权的主体只能是承包方，这会导致承包方突破他物权范畴为自己创设用益物权，由此扩展物权权利体系。

2.集体能否自设土地经营权抵押

既然已经允许承包方在土地承包经营权上自设土地经营权抵押，那么能否允许集体土地所有权人（通过集体土地所有权代表行使主体）自设以其他方式承包的土地经营权抵押？首先需要明确的是，在大力发展农村集体经济、允许并鼓励集体统一规模经营、加快制定《中华人民共和国农村集体经济组织法》的当下，缺少其他担保物又经营较大面积农用地的集体比单个土地承包经营权人更需要以其他方式承包的土地经营权抵押融资。但是，应根据集体未分包到户的统一经营的土地是否折股量化进行类型化分析：

首先，如果已经折股量化（即确权确股不确地）到户，那么基于坚持集体土地所有权客体的不可分割性，折股量化到户是对集体土地使用权折股量化，而且折股量化的集体土地使用权相当于以其他方式承包的土地经营权（高海、李红梅，2020）。显然，对未分包到户的集体土地以确权确股不确地的方式折股量化，会使集体土地所有权的代表行使主体农村集体经济组织异化为用益物权人，即股份经济合作社（高海，2019b）。股份经济合作社既然可以享有用益物权性以其他方式承包的土地经营权，那么直接根据《民法典》第 342 条以用益物权性以其他方式承包的土地经营权进行抵押即可，无需集体自设以其他方式承包的土地经营权抵押。

其次，如果未折股量化到户，作为农村集体经济组织具体组织形态的经济合作社只是代表行使集体所有权，并不享有独立的以其他方式承包的土地经营权，因而应允许集体自设以其他方式承包的土地经营权抵押。具体的实施路径是：将《民法典》第 342 条和《农村土地承包法》第 48 条“通过招标、拍卖、公开协商等方式”中的“等”解读为等外等，以便包括融资担保。同理，集体也不需要与自己单独签订承包合同，可以将集体与债权人签订的土地经营权抵押协议视为暗含了设立以其他方式承包的土地经营权的意思表示，将以其他方式承包的土地经营权抵押登记视为暗含了以其他方式承包的土地经营权已登记的意思表示。

（三）两类土地经营权担保的登记效力

《民法典》中只有第 342 条和第 381 条明确涉及土地经营权抵押，除第 342 条要求以其他方式承包的土地经营权经登记才能抵押外，无关于两类土地经营权担保登记效力的直接特别规定。《农村土地承包法》第 47 条第 2 款“担保物权自融资担保合同生效时设立。……未经登记，不得对抗善意第三人”的规定，也只是土地承包经营权上土地经营权担保登记的特别规定。因此，流转期限五年以上土地经营权抵押具备《民法典》第 209 条第 1 款不采取登记生效主义所需的“法律另有规定”，应采取登记对抗主义。

前文已论及流转期限五年以下债权性土地经营权担保应采取质押方式，但是质押的登记效力需结合质押客体进行分析。质押客体可以有两种表达：一是直接以流转期限五年以下土地经营权质押，依据是《农村土地承包法》第 47 条中的融资担保包含了债权性土地经营权质押，可以将《农村土地承包法》视为《民法典》第 440 条第（七）项“法律、行政法规规定可以出质的其他财产权利”中的“法律”；二是以流转期限五年以下土地经营权再流转收益质押，依据是将再流转收益纳入《民法典》第 440 条第（六）项“现有的以及将有的应收账款”名下。比较而言，更宜将流转期限五年以下土地经营权再流转收益作为质押客体，这样不仅因再流转方式的多样化可以使质权的实现方式多样化，而且还可以产生流转期限五年以下土地经营权直接质押的类似效果。类似效果体现如下：流转期限五年以下土地经营权再流转收益，既包括出租、入股收益，也应包括转让收益[①]；以流转收益质押，并以其中的转让收益实现担保债权，与以流转期限五年以下土地经营权直接质押，再通过流转期限五年以下土地经营权的拍卖、变卖价款实现债权具有类似效果，转让收益相当于拍卖、变卖价款。由此可见，宜对《农村土地承包法》第 47 条融资担保的客体进行扩大解读，视为包括了流转期限五年以下土地经营权的流转收益。因此，若以流转期限五年以下土地经营权直接质押，应将《农村土地承包法》第 47 条第 2 款的规定视为《民法典》第 209 条第 1 款不采取登记生效主义所需的“法律另有规定”，采取登记对抗主义；若以流转期限五年以下土地经营权再流转收益质押，根据特别法优于一般法的原则，也宜适用《农村土地承包法》第 47 条第 2 款的规定采取登记对抗主义，而非适用《民法典》第 445 条“以应收账款出质的，质权自办理出质登记时设立”的规定采取登记生效主义。

《农村土地承包法》第 47 条第 2 款处于第二章家庭承包第五节，其能否用于判断第三章以其他方式承包的土地经营权抵押的登记效力，不无疑问[②]。本文认为，基于文义解释和体系解释，不适用为宜，经登记的以其他方式承包的土地经营权抵押宜采取登记生效主义。理由如下：首先，尽管两类土地经营权作为市场化的无身份性的权利可以一体规定，但是不同于《民法典》第 343 条国有农用地承包经营参照适用集体土地承包经营有关规定、第 446 条权利质押除适用本节规定外适用动产质权规定等类似表达，相关法律没有以其他方式承包的土地经营权参照适用土地承包经营权上土地经营权规定的条款，反而《农村土地承包法》集中规定“其他方式的承包”的第三章第 48 条强调“适用本章规定”。其次，前文已阐释以其他方式承包的土地经营权经登记后才取得物权效力，其抵押以登记为要件，具备抵押登记生效的条件。流转期限五年以上土地经营权的物权设立及抵押均采取登记对抗主义，物权性质的以其他方式承包的土地经营权的设立及其抵押均采取登记生效主义，这符合体系逻辑。最后，在不宜参照五年以上土地经营权抵押采取登记对抗主义又无“法律另有规定”的前提下，以其他方式承包的土地经营权抵押的登记效力，宜适用《民法典》第 209 条第 1 款“未经登记，不发生效力”的一般规则，即采取登记生效主义。同理，《民法典》第 342 条中与抵押一样发生物权变动的入

[①]《农村土地承包法》第 46 条“再流转土地经营权”中的“流转”应包括转让（参见高圣平等，2019）。

[②]有学者主张，“以其他方式承包取得的土地经营权应类推适用《农村土地承包法》第 41 条，采登记对抗主义，期限五年以上的具备登记能力”（参见吴昭军，2020）。

股，也因缺乏“法律另有规定”而应适用《民法典》第 209 条第 1 款规定的登记生效主义；而未发生物权变动的出租等产生的债权，经登记可使债权产生登记对抗力。由是观之，以其他方式承包的土地经营权再流转的登记效力，宜根据流转方式的不同进行类型化分析。一概主张采取登记对抗主义或登记生效主义的观点，超出了《民法典》第 342 条的基本文义，也无法获得体系解释的验证。

未登记的以其他方式承包的土地经营权是债权性土地经营权，但是不能效仿流转期限五年以下土地经营权直接质押或以流转收益质押。理由是：《民法典》第 342 条与《农村土地承包法》第 53 条均规定以其他方式承包的土地经营权登记后才可以以出租、入股等方式流转。显然，未登记的以其他方式承包的土地经营权不能流转，不具备质押财产可以处分（《民法典》第 440 条）或可以转让（《民法典》第 426 条和第 446 条）的要求，自然不能直接质押。同理，未登记的以其他方式承包的土地经营权既然不能流转，就不会产生流转收益，更无法谈及流转收益质押。因此，按照文义解释，将以其他方式承包的土地经营权用于担保，宜排除质押方式，而且需先登记再抵押。

五、结语

本文以《民法典》中 5 个土地经营权条款为核心，兼顾《民法典》内部及内外部体系协调，在梳理、比较、评析学界对《民法典》中两类土地经营权的四种观点及其分歧的基础上，综合运用文义、体系、目的等解释方法，对两类土地经营权的性质定位和担保适用进行了再解读。

经过再解读，本研究得出如下结论：土地承包经营权上土地经营权宜以五年为界物债二分，以其他方式承包的土地经营权宜以登记为界物债二分。《民法典》第 339 条中分置次级用益物权的出租与入股宜分别缩限解读为转包与股份合作。流转期限五年以上土地经营权的物权设立及其抵押应采取登记对抗主义；流转期限五年以下土地经营权宜以再流转收益质押并采取登记对抗主义；已登记的以其他方式承包的土地经营权的物权设立及其抵押应采取登记生效主义，未登记的不能用于担保。允许承包方自设土地经营权融资担保，亦应允许集体在特定情形下自设以其他方式承包的土地经营权抵押。

《民法典》中两类土地经营权的规定及其解释，会催生双层用益物权权利结构，突破并刷新对“一物一权原则”的传统认识，为集体农用地权利体系的类型化、系统化提供新的理论根基；会强化地役权客体限于物权、权利抵押与权利质押以权利性质界分等民法表达的认识；会因流转期限五年以上土地经营权等物权性质的认定，丰富用益物权的权利体系；会因允许承包方自设土地经营权抵押，导致承包方突破他物权范畴为自己创设用益物权而扩展物权权利体系。简言之，《民法典》中两类土地经营权的规定，推进了物权理论与物权制度的创新发展，彰显了较多中国元素。

参考文献

1.陈小君，2019：《土地改革之“三权分置”入法及其实现障碍的解除——评<农村土地承包法修正案>》，《学术月刊》第 1 期，第 87-95 页、第 104 页。

2.陈金钊，2020：《体系思维及体系解释的四重境界》，《国家检察官学院学报》第 4 期，第 66-82 页。

3.陈耀东、高一丹，2020：《土地经营权的民法典表达》，《天津法学》第 3 期，第 5-13 页。

4.崔建远，2020a：《中国民法典释评·物权编》（下卷），北京：中国人民大学出版社，第 15-16 页、第 132-133 页、第 140 页、第 143 页、第 144 页。

5.崔建远，2020b：《物权编对四种他物权制度的完善和发展》，《中国法学》第 4 期，第 26-43 页。

6.房绍坤，2019：《<农村土地承包法修正案>的缺陷及其改进》，《法学论坛》第 5 期，第 5-14 页。

7.房绍坤，2020：《民法典用益物权规范的修正与创设》，《法商研究》第 4 期，第 32-45 页。

8.高海，2019a：《“三权”分置的法构造——以 2019 年<农村土地承包法>为分析对象》，《南京农业大学学报（社会科学版）》第 1 期，第 100-109 页、第 167 页。

9.高海，2019b：《论集体土地股份化与集体土地所有权的坚持》，《法律科学（西北政法大学学报）》第 1 期，第 169-179 页。

10.高海、李红梅，2020：《农垦“两田制”变化与农用地权利体系重构——国有与集体两类农用地比较的视角》，《中国农村经济》第 6 期，第 37-55 页。

11.高圣平，2020：《民法典视野下农地融资担保规则的解释论》，《广东社会科学》第 4 期，第 212-225 页、第 256 页。

12.高圣平，2021：《土地经营权登记规则研究》，《比较法研究》第 4 期，第 1-16 页。

13.高圣平、王天雁、吴昭军，2019：《<中华人民共和国农村土地承包法>条文理解与适用》，北京：人民法院出版社，第 280 页、第 300 页。

14.郭志京，2020：《民法典视野下土地经营权的形成机制与体系结构》，《法学家》第 6 期，第 26-39 页、第 192 页。

15.黄薇（编），2019：《中华人民共和国农村土地承包法释义》，北京：法律出版社，第 200-201 页。

16.黄薇（编），2020：《中华人民共和国民法典物权编释义》，北京：法律出版社，第 198 页、第 350 页、第 357-359 页、第 424 页、第 588 页。

17.李国强，2020：《<民法典>中两种“土地经营权”的体系构造》,《浙江工商大学学报》第 5 期，第 26-37 页。

18.梁慧星，1993：《论法律解释方法》，《比较法研究》第 1 期，第 47-64 页。

19.梁慧星，1995：《民法解释学》，北京：中国政法大学出版社，第 215 页。

20.屈茂辉，2020：《民法典视野下土地经营权全部债权说驳议》，《当代法学》第 6 期，第 47-57 页。

21.宋志红，2020a：《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》，《东方法学》第 2 期，第 146-158 页。

22.宋志红，2020b：《民法典对土地承包经营制度的意义》，《经济参考报》8 月 25 日 008 版。

23.单平基，2020：《土地经营权融资担保的法实现——以<农村土地承包法>为中心》，《江西社会科学》第 2 期，第 26-36 页。

24.孙宪忠，2020：《从人民法院司法的角度谈解读和实施<民法典>的几个问题》，《法律适用》第 15 期，第 18-38 页。

25.王利明、杨立新、王轶、程啸，2017：《民法学》（第五版），北京：法律出版社，第 425 页。

26.吴昭军，2020：《土地经营权体系的内部冲突与调适》，《中国土地科学》第 7 期，第 9-16 页。

27.吴昭军，2021：《“四荒地”土地经营权流转规则的法教义学分析》，《安徽师范大学学报（人文社会科学版）》第 2 期，第 135-143 页。

28.肖鹏，2021：《民法典视野下土地经营权性质的再探讨》，《法治研究》第 5 期，第 75-83 页。

29.谢鸿飞，2020：《<民法典>制度革新的三个维度：世界、中国和时代》，《法制与社会发展》第 4 期，第 61-76 页。

30.谢鸿飞，2021：《<民法典>中土地经营权的赋权逻辑与法律性质》，《广东社会科学》第 1 期，第 226-237 页、第 256 页。

31.袁野，2020：《土地经营权债权属性之再证成》，《中国土地科学》第 7 期，第 17-23 页、第 31 页。

32.张新宝，2020：《侵权责任编：在承继中完善和创新》，《中国法学》第 4 期，第 109-129 页。

（作者单位：安徽财经大学法学院）

（责任编辑：光　明）

The Interpretation of Two Types of Rural Land Management Rights in *the Civil Code*

GAO Hai

Abstract: In *the Civil Code*, there are controversies on the nature of rural land management rights derived from land contract management right and land management right contracted by other ways based on ownership, such as creditor’s right monism, dichotomy of property right and creditor's right, property right monism and so on. This article comprehensively uses the interpretation methods of text, system and purpose to reinterpret the nature and guarantee of the two types of land management rights in turn. The rural land management right on the land contractual management right is bounded by five years, and land management right contracted by other methods is bounded by registration, both of which should be the dichotomy of property right and creditor's right. However, in Article 339 of *the Civil Code*, the leasing and shareholding of separate secondary usufructuary rights should be reduced and interpreted as subcontracting and share cooperation, respectively. The establishment of property right and mortgage of rural land management rights with a circulation period of more than five years adopts registration antagonism. The rural land management rights with a circulation period of less than five years should be pledged with re-circulation incomes and adopt registration antagonism. The establishment of property right and mortgage of the registered rural land management rights contracted by other methods adopts the registration effective doctrine, and the unregistered ones cannot be used for guarantee. Contractors are allowed to establish their own rural land management right for financing guarantee, and the collective shall also be allowed to establish their own rural land management right contracted by other methods for the mortgage. The provisions of the two types of rural land management rights in *the Civil Code* have promoted the innovative development of property rights theory and property rights systems with more Chinese elements.

Keywords: Civil Code; “Three Rights Separation”; Rural Land Management Right; Registration Effect