



建筑房地产法实务指导丛书 ①6

TUDI WUQUAN YINAN FALU WENTI JIEXI

土 地 物 权 疑难法律问题解析

张庆华 著

- 我国土地权利物权化建设中的疑难问题
- 农村集体土地使用权流转中的疑难问题
- 国有土地使用权划拨制度中的疑难问题
- 国有土地使用权出让制度中的疑难问题
- 集体土地征收（征用）中的疑难问题
- 国有土地使用权转让中的疑难问题
- 合作开发房地产合同中的疑难问题
- 土地使用权抵押中的疑难问题
- 土地违法行为及其处罚

随书附赠超值光盘
下载打印即可使用



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



建筑房地产法实务指导丛书 ①⑥

TUDI WUQUAN YINAN FALU WENTI JIEXI

土 地 物 权 疑难法律问题解析

张庆华 著



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

土地物权疑难法律问题解析 / 张庆华著. —北京:法律出版社, 2007. 9

ISBN 978 - 7 - 5036 - 7638 - 3

I. 土… II. 张… III. 土地法:物权法—研究—中国
IV. D922. 304

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 131397 号

©法律出版社·中国

责任编辑/张 戢

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/法规出版社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京中科印刷有限公司

责任印制/吕亚莉

开本/787×960 毫米 1/16

印张/24.5 字数/379 千

版本/2007 年 10 月第 1 版

印次/2007 年 10 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995 苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 7638 - 3

定价:45.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

2007年3月16日,《物权法》在第十届全国人民代表大会第五次会议上获得通过,并于2007年10月1日起开始施行。毫无疑问,《物权法》的颁布实施,在我国立法史上具有里程碑的意义,必将对我国经济发展、法治文明,以及和谐社会的构建产生深远影响。

《物权法》是调整因物的归属和利用而产生的民事法律关系的基本法律,而“土地”这一在经济上最具价值和使用价值的“物”,则是《物权法》最主要的调整对象之一。纵观《物权法》全文,大量的内容都与土地问题有关。在《物权法》长达13年的制定过程中,有关土地物权方面内容的争论也最为激烈。本书写作之前,笔者一直关注着《物权法》的立法过程,并计划在有关土地物权方面的争论有了定论以后才开始本书的写作。现在看来,《物权法》对于土地领域引发争论的许多问题虽有所涉及,并且有些争论的问题也有了定论,但在各种意见争论之下,最终通过的《物权法》也带有明显的妥协痕迹:有些本应作出的立法性规定被搁置了;有些仅仅作出原则性规定;有的内容仍然是在重复已有特别法的规定;还有一些问题采用了“其他法律另有规定的,依照其规定”的授权性安排。因此,土地物权领域的许多法律问题恐怕还要长期争论下去,现有法律(包括《物权法》)也仍需经过一个长期的修改和完善过程。据笔者所知,按照国家立法部门的要求,目前一些与物权有关的法律、法规已开始进入修改程序,最高人民法院也在抓紧制定有关司法解释。但笔者认为,在短时间内,土地物权领域的立法还难有大的突破,一些争论已久的问题还不会有最终定论。因为有些立法上的无奈,并不是学者和专家的无能,而是由于我们的立法工作不能超越特定的历史阶段,也不能脱离特殊的国情,更不能违背现有的基本土地制度。正是基于这种考虑,对于本书所列各种疑难问题,笔者采用的解析原则是:凡《物权法》和其他法律以及司法解释有明确规定的,则主要依据这些规定提出分析意见和解决办法;如果上述规范性法律文件未加规定或规

定不明的,则依据基本的法律原则,并不违背我国基本国情和基本土地制度的前提下加以阐释。其中,凡是《物权法》对土地物权问题有所规定的内容,特别是在立法上有所突破的创新规定,在本书中基本都有所涉及。这些内容既是有关疑难问题的主要解析依据,同时也作为本书的解析对象。

本书所列各种土地疑难法律问题,主要是根据笔者多年从事理论研究和司法实践活动的经验加以选择的。其中涉及我国的土地产权制度、集体土地的征收补偿制度、农地流转制度、国有土地的出让和使用制度,以及土地使用权的转让、抵押制度等。应当说,这些问题无论在土地法理论研究,还是土地法实务操作领域,都具有普遍性和典型性。如能对这些问题加以深入研究并提出解决办法,不仅能够对我国土地物权法理论的发展有所贡献,对于提高解决具体司法实务问题的能力,也一定会有所帮助。这也是本书写作的初衷之一。当然,由于认识水平和看问题的角度不同,肯定会有一些被认为疑难复杂的问题在本书中没有被论及,或者没有达到理想的研讨深度,笔者愿与广大读者就共同感兴趣的问题作进一步的探讨,书中的不当或错误之处,也欢迎大家批评指正。

作者单位:山东北极之星律师事务所

地址:山东省青岛市高雄路18号海洋大厦六层

办公电话:0532-85874422

传真:0532-85923216

网址:<http://www.sdbjzx.com>

E-mail:zhangqhls@yahoo.com.cn

张庆华

2007年10月1日于青岛

目 录

第一章 我国土地权利物权化建设中的疑难问题	(1)
一、土地权利的物权化保护问题	(3)
(一)土地权利物权化保护的重要意义	(3)
(二)用益物权——我国土地权利物权化建设的重点	(5)
(三)《土地管理法》与《物权法》的关系	(9)
二、地役权——我国土地用益制度的新突破	(13)
(一)地役权的概念和特点	(14)
(二)地役权与相邻权的区别	(15)
(三)地役权设定和行使中应注意的几个实务问题	(17)
三、不动产登记制度——土地权利物权化建设的基础	(20)
(一)物权变动的公示原则	(20)
(二)合同效力与登记效力的区分	(23)
(三)不动产登记机构的责任及行为限制	(25)
(四)我国不动产登记制度创新	(28)
第二章 集体土地征收(征用)中的疑难问题	(35)
一、《物权法》对农村集体土地征收补偿标准的新规定	(37)
(一)首次将社会保障费用纳入征地补偿范围	(38)
(二)突出强调了征地补偿款的足额支付	(39)
(三)突出强调了耕地保护和土地征收程序	(39)
二、征地前提——“公共利益”认定问题	(40)
(一)应将“公共利益”的界定列入征地听证内容	(40)
(二)应将“公共利益”的界定纳入司法审查范围	(42)
三、土地征收补偿标准如何确定	(42)
(一)制定征地补偿标准的指导思想应当调整	(43)
(二)农民所获补偿与被征土地改变用途后的价格落差不应过大	(45)
(三)目前征地补偿的立法标准不合理	(46)
(四)征地补偿标准应当如何确定	(47)

四、征地补偿款分配争议	(51)
(一) 征地补偿款的构成及分配之争	(51)
(二) 征地补偿款分配纠纷的立案条件之争	(53)
(三) 农村集体经济组织成员资格的确认之争	(58)
(四) 几种特殊情形的农村集体经济组织成员资格的确认	(61)
 第三章 农村集体土地使用权流转中的疑难问题	(63)
一、农村建设用地使用权流转方式及相关法律问题	(65)
(一) 集体建设用地使用权流转的原因	(65)
(二) 集体建设用地使用权流转的意义及主要形式	(67)
(三) 目前农村集体建设用地使用权流转中存在的主要问题及规制 建议	(72)
二、农村宅基地转让行为的效力认定	(78)
(一) 农村宅基地转让行为的效力认定依据	(78)
(二) 确认农村宅基地转让行为效力的基本价值取向	(81)
(三) 农村宅基地转让几种不同情况的效力认定原则	(84)
(四) 农村宅基地和房屋转让合同被确认无效的法律后果	(87)
三、农村土地承包经营权流转中的疑难问题分析	(89)
(一) 农村土地承包经营权的法律性质	(89)
(二) 农村土地承包经营权流转方式及难点分析	(94)
 第四章 国有土地使用权划拨制度中的疑难问题	(111)
一、国有土地使用权划拨制度的适用范围及制度缺陷	(113)
(一) 我国土地使用权划拨制度的建立及适用范围	(113)
(二) 土地使用权划拨制度存在的主要问题	(116)
二、国企改革中划拨土地使用权的处置	(119)
(一) 国企改革中土地使用权的处置方式	(119)
(二) 国企改革中土地使用权处置程序及应注意的问题	(121)
三、划拨土地使用权转让合同的效力认定及性质转化	(123)
(一) 划拨土地使用权转让合同的效力认定标准	(123)
(二) 划拨土地使用权转让合同的性质转化	(128)
四、将划拨土地上房屋有偿出租行为的效力认定	(134)
(一) 出租划拨土地上的房屋的法定条件	(135)
(二) 出租划拨土地及其地上房屋的效力认定标准	(137)
五、经济适用住房采用划拨方式供地的弊端及解决对策	(138)

(一)经济适用住房用地供应方式的政策和法律依据	(138)
(二)经济适用住房采用划拨方式供地的弊端	(139)
(三)解决经济适用住房用地问题的对策	(141)
第五章 国有土地使用权出让制度中的疑难问题	(145)
一、土地使用权出让合同性质之争	(147)
(一)土地使用权出让合同性质之争的实践意义	(147)
(二)当前理论界对土地使用权出让合同的几种不同观点	(148)
二、土地出让合同的效力认定	(151)
(一)土地出让合同效力认定的法律依据	(151)
(二)以协议方式出让经营性土地使用权的合同效力认定	(152)
(三)协议出让国有土地使用权合同无效的过错责任承担	(155)
三、《物权法》关于土地使用期限届满后处理规定的不足及操作障碍	(156)
(一)问题的缘由	(156)
(二)《物权法》新规定的不足之处和操作困难	(158)
(三)破解土地使用期限届满处理难题的思路选择	(161)
四、收回土地使用权的条件及法律后果分析	(164)
(一)收回土地使用权的法定条件	(164)
(二)土地使用权收回的适用原则	(165)
(三)土地使用权收回后已收到的土地出让金可以不返还吗	(166)
(四)已经抵押、开始预售或被法院查封的土地使用权可否收回	(168)
五、土地使用权转让的量化限制条件有无必要	(174)
(一)对土地使用权转让量化条件设置的争议	(174)
(二)为土地使用权转让设置量化限制条件的背景和目的	(175)
(三)土地使用权转让的量化限制条件应适时取消	(176)
第六章 国有土地使用权转让中的疑难问题	(179)
一、国有土地使用权转让合同的定义及司法意义	(181)
(一)国有土地使用权转让合同的定义	(181)
(二)土地使用权转让定义的司法意义	(182)
二、国有土地使用权转让合同的效力认定	(183)
(一)司法领域对国有土地使用权转让合同效力认定原则	(183)
(二)国有土地使用权转让合同的主要无效情形	(187)
三、国有土地使用权转让中的常见纠纷及预防	(192)
(一)土地使用权转让合同纠纷的主要表现形态	(192)

(二) 如何预防土地使用权转让合同纠纷	(196)
第七章 合作开发房地产合同中的疑难问题	(201)
一、合作开发房地产合同的概念演变及其法律特征	(203)
(一) 合作开发房地产合同的概念演变	(203)
(二) 合作开发房地产合同的法律特征	(203)
二、合作开发房地产合同的效力认定	(204)
(一) 合作开发房地产合同效力认定的变化	(204)
(二) 以划拨土地使用权作为投资合作开发房地产合同的效力认定 及补正原则	(206)
(三) 开发经营资质对于合作开发房地产合同效力的影响	(210)
三、合作开发房地产合同履行中的常见纠纷及处理	(213)
(一) 房地产合作开发合同被确认无效的后果及责任承担	(213)
(二) 因合作开发房地产合同履行中投资额增加引发的争议	(218)
(三) 因合作当事人未足额出资引发的争议	(220)
(四) 因合建项目建筑面积增减引发的争议及处理	(225)
第八章 土地使用权抵押中的疑难问题处理	(233)
一、《物权法》对于抵押物转让限制性规定的立法变化及利弊分析	(235)
(一) 我国立法对于抵押物转让限制性规定的演变过程	(235)
(二) 《物权法》对抵押物转让采用严格标准的利弊分析	(236)
(三) 抵押物转让的实务操作建议	(240)
二、抵押权与工程价款优先权的冲突及解决	(242)
(一) 工程价款优先于抵押权的法理基础	(243)
(二) 工程价款优先权实现时应注意的问题	(244)
(三) 优先受偿权与抵押权等他项权利冲突的司法救济	(245)
(四) 抵押权人面对优先受偿权的风险控制	(247)
三、划拨土地使用权抵押的条件及规制	(249)
(一) 划拨土地使用权的抵押条件	(249)
(二) 防止假借抵押方式变相转让划拨土地使用权	(251)
四、农村集体土地使用权抵押问题	(252)
(一) 农用地可否抵押	(252)
(二) 关于非农建设用地以及其他农村集体土地使用权的抵押问题	(253)
五、抵押权与地上新增房屋买受人的权利冲突	(255)
(一) 权利冲突的根源	(255)

(二) 权利冲突的解决	(257)
六、土地使用权与房屋的重复抵押及其法律后果	(260)
(一) 《物权法》关于重复抵押的立法变化	(260)
(二) 重复抵押的设定方式	(261)
(三) 重复抵押并不必然引发权利冲突	(262)
第九章 土地违法行为及其处罚	(265)
一、土地违法行为的主要表现形式及新动向	(267)
(一) 土地违法行为的主要表现形式	(267)
(二) 土地违法行为的新动向	(271)
二、政府土地违法行为的动因分析	(275)
(一) 政府土地违法的主客观原因	(276)
(二) 对政府土地违法行为的规制建议	(281)
三、土地违法的刑事责任及追究难点分析	(285)
(一) 土地违法刑事责任及其构成要件	(285)
(二) 土地违法行为罪与非罪的界限	(287)
(三) 土地违法刑事责任难追究原因何在	(289)
附录 常用法律法规及司法解释	(295)
中华人民共和国物权法	(297)
中华人民共和国土地管理法	(325)
中华人民共和国土地管理法实施条例	(340)
中华人民共和国城市房地产管理法	(350)
中华人民共和国城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例	(360)
最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释	(366)
招标投标挂牌出让国有土地使用权规定	(370)
协议出让国有土地使用权规定	(375)
划拨土地使用权管理暂行办法	(378)

第一章

我国土地权利物权化建设中的疑难问题

- ◎ 土地权利的物权化保护问题
- ◎ 地役权——我国土地用益制度的新突破
- ◎ 不动产登记制度——土地权利物权化建设的基础

土地权利本身,应该是土地法律制度的核心内容。然而长期以来,我国土地制度的改革和建设始终围绕以管理为主导的思想进行。两部与土地制度有最密切关系的法律:《土地管理法》、《城市房地产管理法》,在法律名称上就直接体现了“管理”的特点,而且具体内容大多都是有关土地行政管理的规定,对于土地权利的 settings 和保护,则要么未加规定、要么规定不完善、不具体,在理论和实务操作两方面,给学者和实务工作者留下了太多的困惑和难题。这种局面不仅引发了学术界的许多争论,而且在司法领域,有时就同类型的案件,不同的法院也常常作出大相径庭的判决。

2007年3月,第十届全国人民代表大会第五次会议审议并通过了《物权法》(该法于2007年10月1日起施行)。由于《物权法》中有大量与土地制度有关的规定,其中包括许多立法性的改革和创新内容,因此该法的施行必然会我国土地制度的理论和实践产生重大影响。然而由于立法的种种局限因素,我国土地制度中一些长期困扰人们的理论和制度难题并未通过《物权法》的制定而得到全面解决,因此,一些理论上的争论还会继续。

一、土地权利的物权化保护问题

(一) 土地权利物权化保护的重要意义

长期以来,在我国的法律体系中,有关土地权利的内容呈分散规定的状态,并且主要是由体现行政管理内容的行政管理法律规范加以规定的。例如,《土地管理法》、《城市房地产管理法》、《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》,均包含了许多土地权利的内容。但是,这样的规定既不系统,也不明晰。有关土地权利的 settings 和保护主要按照以管理为主导的思路进行,而民事权利规范,特别是有关土地权利的物权化建设问题,则没有受到应有的重视。在土地权利的建设方面,仍然是重管理、轻权利,以债权代替物权,造成我国土地权利体系以及权利规范残缺的局面。比如,土地使用权,《土地管理法》第9条规定:“国有土地和农民集体所有的土地,可以依法确定给单位或者个人使用。使用土地的单位和人,有保护、管理和合理利用土地的义务。”同时该法第43条规定:“任何单位和个人进行建设,需要使用土地的,必须依法申请使用国有土地。”这些规定,主要强调的是对土地权利人和土地本身的管理,而对土地使用权的内容、范围和土地本身的保护则少有关关注。在这里,权利人只是被管理的对象,而不是保护的 object。在这种局面之下,不仅土地使用权人的权

利不能产生排他的物权效力,合法权利极易受到侵害,而且也往往影响权利人对土地效能的挖掘和利用的积极性,使土地难以发挥物尽其用的效果。再比如,土地承包经营权,虽然根据《土地承包法》的规定,已经可以有条件流转,而且该法也规定了许多权利保护措施,据此有些学者认为土地承包经营权已经具有物权属性,然而根据“物权法定”的原则,在立法上未将土地承包经营权纳入物权法体系之前,并不能当然认为土地承包经营权已经具有物权属性,尤其是在土地承包经营权仍需通过合同的方式取得,其流转仍存在许多法律限制的情况下,更是如此。也正因为这一原因,在《土地承包法》颁布后,发包人单方解除承包合同,以少数服从多数为名,强迫承包人交回承包土地重新招标承包或者阻止承包经营权合理流转的情形仍时有发生。土地承包经营权缺乏稳定的物权性保护,使得农民对自己依法取得的土地承包经营权的安全性和稳定性仍然充满疑虑。

在计划经济时期,土地实行计划调拨无偿分配,土地的财产属性难以彰显,人们的土地权利意识自然十分淡漠。改革开放,特别是当我们真正步入市场经济的轨道之后,我们的财富意识、权利意识开始觉醒。而土地作为一项最重要的财产权利,其真实价值也为人们所重视。正是在这一背景之下,经过十多年的努力,包含有重要土地权利内容的《物权法》终于得以颁布。应该说《物权法》的颁布,标志着我国土地权利物权化建设迈出了关键的一步。我们终于通过立法的形式,将一些重要的土地权利纳入了物权保护体系,其理论和实践意义非常重要:

(1) 有利于明确土地权利归属,保护土地权利人的权益,从而鼓励权利人充分发挥土地资源的效用。将土地权利通过物权的表达方式,将其各项权能的内涵与外延加以明确和具体化,不仅便于权利的识别和行使,而且有助于权利价值的实现和最大化。一般来说,物权化的权利比债权化的权利具有更高的稳定性,且权利保护期限更长。物权权利人行使物权权利不受诉讼时效限制,而且物权的义务主体是不特定的多数人。权利人所拥有的权利一旦具有物权效力,则可以排除任何单位和个人的侵害,即任何单位和个人都负有不侵害、妨碍他人行使物权权利的义务。所谓“有恒产者有恒心”,稳定的和保护充分的权利,既能够给权利人以安全感、稳定感,同时也可以使权利人最大限度地发挥土地等物的效用,从而权利人在享受权利带给他的经济利益的同时,也促进社会财富的增长。

(2)有利于私权的保护和对公权滥用的限制。著名法学家、《物权法》主要起草者之一梁慧星教授曾说:“长期以来,不管是从法律规定上,还是人们的思想观念上,国家和其他民事主体不是平等的,对他们的财产不能平等保护。由于缺乏物权法律制度的平等保护,当对私有财产的保护与对国家财产的保护发生冲突时,必然要牺牲公民私人的财产权益而确保国家的财产权益;当公民私有财产受到政府滥用行政权力的侵害,法律保护的天平往往向政府一方倾斜。”^①我国由于在社会制度和政治概念上突出强调“社会主义公有财产的神圣不可侵犯”,使得在财产保护方面,漠视和淡化公民个人财产利益的倾向逐渐成为一种思维定式和行为习惯。反映在土地权利的保护方面,表现为国家土地所有权不仅权能全面、充分,而且法律的保护措施也更加完善,但是农村集体和公民个人的土地权利,不仅权能缺失,而且保护力度也明显弱于国有土地的保护。特别是在面对政府的征用和拆迁行为时,集体和个人的土地权利就显得特别脆弱和无助。原因之一就是我们没有建立一种对国家、集体和私人财产权利平等保护的法律制度。大多数学者认为,“就其整体性而言,《物权法》在性质上应当为私法”,^②而在私法当中,“平等保护”则应是基本的法律原则。在私法当中,无论权利人是国家、集体还是个人,其法律地位一律平等。当不同的权利主体之间因物权的行使和保护发生冲突时,即使冲突一方为国家,其也不能当然拥有优于其他权利人的权利,更不能基于国家所拥有的行政特权侵害其他物权权利人的利益。可见,赋予土地权利以物权化的内涵,其真正意义不在于权利名称的变化,而在于这种权利因获得了平等保护而变得更可靠、更安全和更有力量。今后,凡涉及公民的物权利益,政府再也不能像以前那样仅凭行政命令和行政强制措施任意而为了。政府作为国家利益的代表,在因物权的设立、消灭而发生的法律关系中,其法律地位也为平等的民事主体,并不拥有高于其他民事主体的特权。当然,我国的物权立法还远未达到实体和程序完全平等的理想境界,土地权利的物权化建设仍将是一项长期的任务。

(二)用益物权——我国土地权利物权化建设的重点

长期以来,我国的土地制度总是将所有制问题放在首位。在《物权法》起

① 李倩:“走进《物权法》时代”,载《中国土地》2007年第3期。

② 刘智慧主编:《物权法立法观念与疑难制度评注》,江苏人民出版社2007年版,第60页。

草之初,土地的所有权问题,特别是有关集体土地所有权的权能设置以及其与国有土地所有权的平等性问题,曾经是学者们探讨和争论的重点。但在《物权法》制定的后期,越来越多的学者认识到,在我国,土地使用权才是整个土地权利体系的核心,完善土地的用益物权制度才更具有现实意义。^① 笔者同意这种观点。土地所有制是我国政治经济制度的基础,在很大程度上,所有制是一个政治概念而非法律概念。因此,与所有制直接相关的所有权问题,不应成为物权立法的重点,更不能因此而成为物权立法的障碍。在当今社会,土地权利已经不仅仅指土地所有权,土地权利制度的重心已经由土地的归属转移到土地的利用。在我国尤其如此。比如,国有土地所有权的主体自身——全体国民,不会也不可能直接使用土地,土地的使用是由国家通过使用权的让渡,由使用权的受让人直接支配和使用土地。集体土地所有权也是如此,真正使用土地的不是集体经济组织的全体成员,而是通过土地承包、宅基地使用权的分配,由每一个具体成员分别支配和使用。可见,对于土地权利的实现和土地效能的发挥更有实际意义的是对土地直接支配和使用的权利。而在这方面,我国长期的土地制度建设实践,已有很多成功的探索和切实可行的操作模式。将这些具有实际意义且在实践中较为成熟的土地权利内容加以完善,并通过立法的方式对其加以物权化改造,不仅可以回避一些长期争论不休而又一时难有结论的理论障碍,而且从立法技术角度看,也不失为一种技巧和捷径。也许正是基于这一考虑,《物权法》对于土地所有权问题,特别是关于所有权权能的设置及其范围、国有土地所有权与集体土地所有权的性质和差别等内容,没有过多涉及,而是专设一篇对不动产用益物权制度进行了较为全面和完整的规定。其中除有关用益物权的一般规定外,其余四章对四种不同的用益物权分别作出规定。

1. 土地承包经营权

将土地承包经营权直接在物权法中加以规定,这一立法安排本身就已经表明法律对土地承包经营权物权性质的确认,从而也解决了土地承包经营权是债权还是物权的争论。当然这种立法安排也有助于打消农民对于债权保护欠缺稳定性的担心和疑虑。同时,《物权法》对于土地承包经营权的各项权能、权利范围、效力、流转方式、承包期限、承包地被征收的补偿等作了明确规定。

^① 王卫国主编:《中国土地权利的法制建设》,中国政法大学出版社2002年版,第10页。

虽然《物权法》中的许多规定都源于《土地承包法》，但笔者认为，这些内容在《物权法》中的重复规定并非多余，同样内容的权利被赋予物权效力并受到物权法的保护，其法律意义自然会有实质性区别。

但是值得注意的是，立法在将土地承包经营权赋予物权效力的同时，对于该项权利的转让和抵押目前仍有限制。有人据此认为，土地承包经营权仍然不是一种完整的物权或认为是打了折扣的物权。笔者认为，这种立法安排的本意并不是为了限制而是为了保护大多数农民的利益，防止农地流转失去限制而可能导致的土地兼并以及农民失去生产生活基础而产生的社会问题。当然，这种本意良好的立法安排，虽然动机正当，但客观效果却是对农民土地处分权的限制和对物权完整性的损害。这种制度安排能否实现主观动机和客观效果的统一，是利大于弊还是弊大于利还有待于实践的检验。不过在当下农村，农民最关心、最担心的问题，似乎并不是土地承包经营权能否自由流转，而是土地承包经营权被发包方任意剥夺、土地承包合同被随意变更或者承包地被征收却不能获得合理补偿。在这方面，《物权法》的规定也许更有现实意义。《物权法》第130条明确规定：“承包期内发包人不得调整承包地。”第131条规定：“承包期内发包人不得收回承包土地。农村土地承包法另有规定的，依照其规定。”这样的规定既强化了土地承包经营权的物权效力，也反映了农民最真切的利益关怀。而有关土地征用补偿的问题，《物权法》也首次将“社会保障费用”列入补偿范围。这些规定都是农民最关心，也最有实际价值的内容。

2. 建设用地使用权

我国从20世纪90年代初开始，实行国有土地的有偿使用制度，通过行政法规的形式规定国有土地使用权可以通过出让和转让的方式由受让人在一定期限内使用。但受让人所受让的究竟属于什么性质的权利，具有什么样的法律效力，在《物权法》颁布之前并无明确的规定，理论界也一直存在争论。现在《物权法》以专章规定建设用地使用权，明确了建设用地使用权的具体权能和权利范围，从而在立法上实现了建设用地使用关系的物权化。

应该说，经过近二十年的探索和实践，我国的建设用地使用制度已逐步成熟，理论界对于该项权利在性质上属于用益物权也没有太大分歧。《物权法》有关建设用地使用权的规定，其主要内容在现有法律和行政法规中皆有反映。《物权法》对这些内容重新加以规定，体现了建设用地使用权物权化的立法要求。同时，《物权法》关于建设用地使用权的几点立法创新也值得关注。首先