

单位代码	10476
学    号	1813183018
分  类  号	D922.29

河南師範大學

碩 士 学 位 论 文

我国农村土地经营权抵押的法律问题研究

学 科 、 专 业 ： 法 学

研 究 方 向 ： 经 济 法 学

申请学位类别：法学硕士

申    请    人：李志恒

指 导 教 师：黄延廷 教授

二〇二二年三月



STUDY ON LEGAL ISSUES OF THE LAND  
MANAGEMENT RIGHT MORTGAGE IN RURAL AREAS  
OF CHINA

A Dissertation Submitted to  
The Graduate School of Henan Normal University  
In Partial Fulfillment of the Requirements  
For the Degree of Master of Law

By  
Li Zhiheng  
Supervisor: Huang Yanting

March 2022



## 摘要

目前，我国的农业经营主体范围不断扩大，规模化耕作经营是农业发展的必然趋势，资金紧张且融资困难成为阻碍农业经营发展的大问题。为不断深化我国农村金融改革，赋予农业经营主体更多的财产权利，国家在政策层面突破了土地经营权抵押的相关规定，对试点地区进行特别授权，鼓励探索，积累实践经验。《民法典》将土地经营权的相关内容写入物权编内，明确了土地经营权的用益物权性质，明确了依法取得权属证书的承包地，可以通过抵押等方式流转土地经营权。通过梳理我国六大地区的实践情况，不难发现土地经营权抵押存在很多问题，具体表现为土地权属不清及登记规则的不完善、法律对土地经营权抵押的主客体规定不清晰、经营权人设立抵押需要承包权人同意的制度设计不合理、缺少合理的价值评估制度以及信息互通的土地交易平台、抵押实现难度较大、缺少健全的风险防范及分担机制、缺少抵押实现后针对农民的安置措施。为解决现存问题，实现土地经营权抵押制度的稳步推进，提出了如下完善建议：强化土地经营权登记规则及土地经营权抵押登记规则；土地经营权抵押应采用登记生效主义；立法层面应明确农村土地经营权抵押的主客体范围，同时要合理限制土地承包经营权人的解除权，丰富土地经营权抵押权的多种实现方式，要完善包括土地价值评估、土地流转市场交易平台、土地经营权抵押风险分担等在内的配套制度。

**关键词：**土地经营权，土地经营权抵押，土地经营权抵押的设立，土地经营权抵押的实现



## ABSTRACT

Since the scope of agricultural management entities in China is constantly expanding at present, large-scale farming operation is an inevitable trend of agricultural development. However, the shortage of funds and financing difficulties have become major problems hindering agricultural management. In order to continuously deepen the financial reform in rural areas and entitle agricultural business entities to more property rights, China has broken through the relevant regulations on mortgage of land management rights at policy level, and has specially authorized pilot areas to encourage exploration and accumulate practical experience. Relevant contents of the land management right have been included in Real Right section of the Civil Code, clarifying the nature of usufruct right of land management right and identifying that the land management right can be transferred through mortgage and other methods in terms of the contracted land that has obtained the ownership certificate in accordance with the law. By reviewing the practical experience of the six regions in our country, it is not difficult to find that there are many problems in the mortgage of land management rights, These problems can be manifested in following aspects: unclear land ownership and imperfect registration rules, unclear legal provisions on the subject and object of land management rights mortgage, inappropriate design of the policy that the management right holder needs to obtain the consent of the contract holder when establishing a mortgage, insufficient reasonable value assessment system and land transaction platform, difficulties in realizing mortgage right, lack of mature risk prevention and sharing mechanisms, and shortage in resettlement measures for farmers after mortgaging land. In order to solve the existing problems and realize the steady progress of the mortgage system of land management rights, China government has introduced series of methods including strengthening the registration rules of land management rights and mortgage of land management rights, reasonably limiting the right to rescind for land contract management right holder, and improving various supporting institutions including land value assessment, transaction platform for land circulation market, and risk sharing for land management right mortgage.

**KEY WORDS:** land management right, land management right mortgage, establishment of land

---

management right mortgage, realization of land management right mortgage



# 目 录

摘要.....	I
ABSTRACT.....	III
目 录.....	V
第 1 章 绪论.....	1
1.1 研究背景.....	1
1.2 研究目的及意义.....	1
1.2.1 研究目的.....	1
1.2.2 研究意义.....	2
1.3 研究综述.....	3
1.3.1 关于土地经营权抵押的基础理论研究.....	3
1.3.2 关于土地经营权抵押的模式分析.....	4
1.3.3 关于土地经营权抵押权实现方式的研究.....	5
1.4 研究方法及其研究框架.....	6
1.4.1 研究方法.....	6
1.4.2 研究框架.....	6
第 2 章 我国农村土地经营权抵押的基本理论.....	9
2.1 土地经营权的概念、特征及性质.....	9
2.1.1 土地经营权的概念.....	9
2.1.2 土地经营权的特征.....	9
2.1.3 土地经营权的性质.....	10
2.2 土地经营权抵押的概念和主体.....	12
2.2.1 土地经营权抵押的概念.....	12
2.2.2 土地经营权抵押的主体.....	12
第 3 章 我国农村土地经营权抵押的立法现状及实践探索.....	15
3.1 我国农村土地经营权抵押的立法现状.....	15

3.1.1 我国农村土地经营权抵押的政策演进.....	15
3.1.2 《农村土地承包法》中土地经营权抵押的相关规定 .....	16
3.1.3 《民法典》中土地经营权抵押的相关规定.....	18
3.2 我国农村土地经营权抵押的实践探索 .....	19
3.2.1 总体情况.....	19
3.2.2 我国农村土地经营权抵押的主要模式 .....	22
<b>第4章 我国农村土地经营权抵押的法律问题.....</b>	<b>27</b>
4.1 土地经营权抵押设立的规则障碍.....	27
4.1.1 我国土地权属不清及登记规则的不完善 .....	27
4.1.2 法律对土地经营权抵押主体的规定不清晰 .....	28
4.1.3 土地经营权抵押的客体范围模糊.....	29
4.1.4 经营权人设立抵押需要承包权人同意的规则设计不合理 .....	29
4.2 土地经营权抵押实现的法律困境.....	30
4.2.1 承包人解除权影响土地经营权抵押实现.....	30
4.2.2 《民法典》规定的抵押权实现方式存在适用障碍 .....	31
4.2.3 土地经营权抵押实现的配套制度缺失.....	32
<b>第5章 我国农村土地经营权抵押制度的完善建议.....</b>	<b>35</b>
5.1 完善农村土地经营权抵押的设立规则 .....	35
5.1.1 完善土地经营权登记及土地经营权抵押登记的相关规定 .....	35
5.1.2 立法层面明确农村土地经营权抵押的主体范围 .....	36
5.1.3 立法层面明确土地经营权抵押的客体范围 .....	37
5.1.4 土地经营权人抵押无需取得承包方同意 .....	37
5.2 健全农村土地经营权抵押的实现机制 .....	38
5.2.1 合理限制土地承包经营权人的解除权.....	38
5.2.2 丰富土地经营权抵押实现的方式.....	39
5.2.3 健全土地经营权抵押实现的配套制度.....	41
<b>结 语.....</b>	<b>45</b>
<b>参考文献.....</b>	<b>47</b>

致 谢.....	53
独 创 性 声 明.....	55
关于论文使用授权的说明.....	55



## 第1章 绪论

### 1.1 研究背景

中国共产党第一个关于农村工作的中央一号文件于 1981 年正式出台，文件充分肯定了家庭联产承包责任制。在那个百废待兴的时代，以农户为单位承包土地的做法极大程度地激发了农民的生产热情，提高了粮食产量，实现从吃不饱到吃饱的跨越。如今，距离这次跨越已过去了 40 年，农村生产力发展之迅速，家庭联产承包责任制已经无法满足当前农村社会的发展程度，其经营规模小、农业生产长期高成本、农业管理高成本、专业化程度低的弊端逐渐显现。同时随着城镇化的推进，农民群体从过去的“面朝黄土背朝天”到逐步进入社会的各行各业从事非农工作，逐渐脱离了对土地的依赖。随着机械化水平的提高，农业生产需要的不再是地道的庄稼人而是新型农业生产者，出现了土地承包者和土地经营者不一致的新情况。2018 年，《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》）的修订，标志“三权分置”土地制度的问世，这是中国农村改革与发展的“第二次飞跃”。随着农业经营主体范围不断扩大，规模化耕作经营是农业发展的必然趋势，资金紧张且融资困难成为阻碍农业经营的一大问题。为不断深化我国农村金融改革，赋予农业经营主体更多的财产权利，国家在政策层面鼓励试点地区积极探索，积累实践经验。《民法典》物权编解除了原《物权法》中禁止耕地抵押的禁忌，让农村土地金融的发展有了更多可能，增设了“土地经营权”设立、抵押的规定。从政策探索到法律确认，在实践的检验下，土地经营权抵押在制度层面存在的问题需要进一步探讨。

### 1.2 研究目的及意义

#### 1.2.1 研究目的

本研究旨在梳理我国土地经营权抵押试点地区的典型模式，梳理试点地区土地经营权抵押存在的法律问题，提出完善土地经营权抵押的建议，盘活农村土地资源，拓宽农村融资的渠道，为农业规模化生产经营提供资金保障，以期促进我国农村经济发展。具体目标如下：（1）通过查阅文献，理清土地经营权抵押的相关政策演进过程、立法进程，

找到理论层面、政策层面中的争议点及争议原因；（2）通过走访试点地区的金融机构、农户（土地承包经营权人）、农业经营者（土地经营权人），了解目前我国农村土地经营权抵押的现状，因笔者能力、精力有限，走访调研的对象仅为河南省济源市一个试点，本文中其余试点的相关数据、资料均从文献中查阅而得；（3）结合理论层面的冲突，以及政策与试点地区实践操作的矛盾，分析出我国农村现阶段土地经营权抵押模式的问题；（4）探索出我国农村土地经营权抵押相关问题的解决方案。本文围绕着我国东北、华东、华中、西北、西南、东南沿海试点地区的情况进行梳理，找到问题，抓住共性及矛盾点，提出解决对策及建议。

### 1.2.2 研究意义

改革开放初期，家庭联产承包责任制实施，从土地所有权中剥离出了土地承包经营权。土地承包经营权在很长的一段时间里承担着我国五亿农民的社会保障职能，所以其抵押和流转的功能受到限制，但随着时间推移，两权分离已经不能够满足生产需要，2018年《农村土地承包法》的修订，在不改变土地集体所有制的前提下，从原有的土地承包经营权中，分离出土地承包权和土地经营权，三权分置这一新型土地制度登上舞台。改革仍处于探索阶段，土地经营权作为本文的研究对象，其性质是物权还是债权？承包经营权人能否作抵押的主体？土地经营权抵押权人的范围是否应当被限制？土地经营权人流转、抵押土地经营权应当经过土地承包经营权人同意的制度设计是否适当？流转合同被解除后抵押权是否继续存续？抵押物处置方式有哪些？等等这样实践和理论上都悬而未决的问题有待探讨。

理论意义：完善我国土地经营权以及土地经营权抵押的法律表达，夯实法理基础。《民法典》虽删去了禁止抵押的条文，但为了应对实践中的复杂情况，《民法典》对很多冲突问题选择了回避，留下了解释以及选择的空间。本文对于土地经营权抵押的研究从法律层面出发，以期完善相关法律规则，为土地经营权抵押制度保驾护航。

实践意义：提高土地资源的利用效率，完善农村土地经营权抵押制度，健全配套制度，指导农村土地抵押实践，深化农村改革，推动我国乡村振兴战略。土地“三权分置”这一政策的目的是赋予土地经营权流通属性，从而盘活土地。促进土地从传统“一亩三分地”的农户向成片耕作、机器耕作的新型农业经营者流转，通过完善我国土地经营权抵押制度，从而扩宽农村融资途径，打开农村融资通道。

## 1.3 研究综述

### 1.3.1 关于土地经营权抵押的基础理论研究

#### (1) “用益物权”与“债权”之争

《民法典》中规定了五大用益物权<sup>①</sup>，但土地经营权不在其列，仅在土地承包经营权部分有所体现。面对这种情况，土地经营权的性质是否能被认定为用益物权？学界历来有“债权说”和“用益物权说”的激烈讨论。

从土地经营权的设定这一角度来说，土地经营权是基于土地承包经营权人与他人之间的流转合同而设定的，即通过合同方式取得，土地承包经营权人和土地经营权的受让方之间形成的是债权债务关系。温世扬教授认为，土地经营权系不动产租赁债权，如果承认其物权属性，则突破了“物权法定”的原则<sup>[1]</sup>。本文认为，如果肯定了债权论的合理性，将《民法典》中的土地经营权全部认定为债权，便是将土地经营权和土地租赁权混同，否认了“三权分置”的必要性。因为土地租赁权的设立无需权利分置。另土地经营权规定在物权编部分，如果认为土地经营权属于债权，明显与立法原意不符。

朱广新教授认为，在固定的土地上不能创设多个土地经营权，且他人也不得干涉经营权人的自主使用，土地经营权具有物权最显著的排他性质。同时考虑到三权分置的目的，便是赋予土地经营权可流转、可担保的属性，只有将其认定为物权，才切合制度意图，才能与土地所有权、土地承包经营权实现“平起平坐”，达到权利分置的目的<sup>[2]</sup>。本文认为，长期的土地经营权应当被认定为物权，赋予其稳定的权利属性一方面符合农业生产者的需求，另一方面在进行抵押时，抵押权的实现能够得到保障，后文会做详细分析。但是，通过出租方式流转的土地经营权无需赋予物权属性，笔者认为“土地租赁权”这一表达更能够被接受和理解。

#### (2) 土地经营权抵押与土地收益权质押

《农村土地承包法》第47条<sup>②</sup>规定了承包方可以用承包地的土地经营权向金融机构融资担保，不过并未明确融资担保的方式，立法的回避引发了“抵押”和“收益权质押”的激烈讨论。

为解决融资难的问题，各试点积极探索农村融资担保制度，吉林省在2012年开展

① 包括土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权、居住权、地役权

② 《农村土地承包法》第47条：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。

了“土地收益权质押”试点工作，什么是收益权质押呢？质押人将土地经营权流转给农业融资公司，并用该部分土地经营权的预期收益作为还款担保，融资公司作为保证人为质押权人提供保证担保，承担连带责任，金融机构放款<sup>[3]</sup>。赵申豪认为，虽然名为收益权质押，但本质上是土地经营权的让与担保，与现行法律关于土地经营权流转的限制性规定相抵触<sup>[4]</sup>。

虽然《农村土地承包法》并未明确，但从学理角度上来看，经营权作为担保物并未发生移转，这不符合质押权的设立要件，因此，笔者认为将《农村土地承包法》中的融资担保方式限定为抵押更恰当。

### （3）关于土地经营权主体的研究

关于主体部分本文从抵押人和抵押权人两个角度来谈。抵押人包括土地承包经营权人以及受让土地经营权的第三方农业经营主，这一观点系学界通说。白洋、胡峰提出，土地承包经营权人一般并非个人，而是以农村家庭为单位，那么抵押人究竟是“户主”还是“全体成员”<sup>[40]</sup>，亦或者将“农村承包经营户”看做一个整体，参照“公司法人”的相关制度？法律并无相关定论，应对此加以明确规定。关于抵押权人的范围是否需要限制，存在争论，主要有两种观点：（1）范围需要限制，部分学者认为土地经营权抵押中的抵押权人应当限制为金融机构<sup>[79]</sup>，其他民事主体不具有抵押权人资格。在制度探索时期，要对此加以限制<sup>[5]</sup>。如果放开限制，可能引发以担保的名义进行土地买卖的行为，动摇土地所有制度，以至于土地的保障功能遭到破坏<sup>[7]</sup>。（2）范围可适当放开，房绍坤教授认为，如果土地经营权人的贷款目的是为了治病，此处的限制应当被解除，以体现人道主义关怀<sup>[49]</sup>。简言之，我国目前土地经营权抵押的制度不成熟，不能不加限制的放任资本流入，否则农民由土地带来的权益将无法得到保障，对抵押权人应当谨慎选择。本文认为如果随着土地经营权抵押制度的完善，能够保证程序合法、风险监管防控到位，可以解除对抵押权人范围的限制。

### 1.3.2 关于土地经营权抵押的模式分析

从抵押功能这一方向考虑，汪险生、郭忠兴提出“资产主导型”与“关系主导型”的模式划分，依据为农地抵押贷款中对资产或私人间的担保（联保）的依赖程度。具体而言，就是在“资产主导型”模式中，借款人主要凭借其持有的规模化的土地资产及地上附属设施作为其还款的保证；在“关系主导型”模式中，借款人需要提供反担保（仍未



物保,担保物为一定的土地经营权)、主要依靠“情感性关系网”作为其还款能力的保证<sup>[50]</sup>。黄惠春、徐霁月根据土地经营权抵押在金融机构贷款客户甄别中的作用大小将土地经营权抵押贷款模式分为“直接型”与“间接型”两类<sup>[39]</sup>。“直接型”是将土地经营权作为唯一抵押物抵押给金融机构的贷款模式,抵押人和抵押权人的关系相对简单直接。“间接型”模式是在土地经营权抵押基础上,辅以附加担保等增信方式获取贷款的模式。

### 1.3.3 关于土地经营权抵押权实现方式的研究

高圣平<sup>[18]</sup>、焦富民<sup>[44]</sup>等学者认为土地经营权抵押权的实现不能采用折价的方式取得。在土地经营权抵押中,抵押权人被限制为金融机构,如果采取折价的方式实现抵押权,不从事农业经营的金融机构将取得经营权,其流转需要过程和时间,容易导致土地的闲置。

而支持抵押权人扩展为金融机构以外的主体的学者认为,当抵押权人的限制取消时,便能够解决折价方式的适用障碍<sup>[51]</sup>。韦福认为,即便限制了抵押权人范围,折价也不存在适用障碍,但应当明确规定,在规定的期限内及时转让土地<sup>[52]</sup>。关于拍卖、变卖的方式,学界不存在过多争论,但亦有学者主张,实现方式需要区分承包地经营权抵押的类型加以确定。高圣平认为在土地承包经营权人抵押的情形中,抵押物为“土地承包经营权”,为保障农户的承包权不被破坏,拍卖变卖的方式应当被限制;在土地经营权人抵押的情形中,土地经营权作为抵押物,拍卖、变卖不受影响<sup>[51]</sup>。对此,焦富民认为不妥,虽然“土地承包经营权”和“土地经营权”表现为两种法权形式:农户的土地承包经营权和农业经营主体的土地经营权,但单就抵押物来说,都是以土地经营权进行抵押,所谓“土地承包经营权抵押”实为土地承包权人为自己设立了一项土地经营权,并以此作为抵押物进行抵押贷款。在抵押权实现方面,应进行一体化规定,便于实践操作。抵押权的实现所处置的权利一定是土地经营权,并不影响土地承包权<sup>[44]</sup>。两种观点分歧源于承包地经营权抵押的类型构建差异,争议焦点在于针对土地承包经营权人抵押的情形如何进行法律构造。

## 1.4 研究方法及研究框架

### 1.4.1 研究方法

(1) 文献研究法。通过梳理相关文献，对现行政策、以及《民法典》物权制度进行归纳总结，在研究中立足学界的理论基础，提出本人意见，对相关问题提供解决方案。

(2) 价值分析法。经济学重效率、法学重公平。土地权利的分配要体现出公平，但土地资源的配置更看重效率，那么如果将土地权利的分配当做是土地资源的配置，则需要法学和经济学的交叉领域。在研究中运用价值研究方法，寻求以符合我国实际国情的法律价值为导向，构建出于我国发展现状相匹配的农村土地法律制度。

(3) 实证研究法。作者在济源市通过走访的形式广泛征询农户、经营业主、金融机构工作人员、政府农办工作人员，以求获取河南省济源市农村土地抵押状况的一手资料。由于我国东西部经济发展不均衡，南北自然资源环境差距大，本研究选取了黑龙江穆棱市、山东省寿光市、山东省枣庄市、宁夏回族自治区平罗县、同心县、贵州省湄潭县、凤冈县、福建省明溪县、浙江省嵊州市 9 个典型试点地区的实践范例，覆盖了我国从东部到西部、从南部到北部六大地区，尽可能做到差异化以及覆盖化，对目前这些地区的典型做法进行归纳总结，全面掌握我国农村土地经营权抵押制度的运行现状。

### 1.4.2 研究框架

本文共分为五个部分：

第一部分：绪论。包括研究背景、研究意义、相关研究综述、研究方法以及概念界定。阐述了农村“三权分置”的提出以及土地经营权抵押贷款的放活这一背景，分析了制度改革在理论层面以及实践层面的意义。试图通过本部分内容说明本研究的价值所在；

第二部分：浅谈我国土地经营权抵押的相关理论。本部分内容主要阐述土地经营权以及土地经营权抵押的基础理论，结合学界分歧，谈谈笔者对一些冲突问题的看法，着重分析了土地经营权的性质、以及土地经营权抵押的主体范围等内容，同时在本部分谈到了土地经营权抵押这一融资方式的必要性和可行性；

第三部分：土地经营权抵押的政策演进过程、立法现状以及在实践中的典型模式。本部分内容通过分析文献，了解了土地经营权抵押的政策演进，以及在《农村土地承包

法》和《民法典》中是如何规定的，简要分析了土地经营权作为抵押财产的法律属性。通过梳理文献，笔者根据具体抵押形式不同，将现有的土地经营权抵押划分为“直接抵押”和“组合担保抵押”两大类模式，选取了我国十个试点城市，对这些具有地方特色的抵押模式进行阐述；

第四部分：我国农村土地经营权抵押实践中的困境以及问题成因。本部分通过对近些年相关文献的概况，结合试点地区不同模式的运作情况，剖析在实践中遇到的困境，以及问题成因；

第五部分：土地经营权抵押的制度完善。针对第四部分的问题及成因，借鉴先进地区的相关经验，为问题的解决提出建议。



## 第2章 我国农村土地经营权抵押的基本理论

### 2.1 土地经营权的概念、特征及性质

#### 2.1.1 土地经营权的概念

土地经营权这一概念来源于2014年中共中央颁布的一号文件，但该概念在法律层面上如何表达却并未明确。有学者认为农村土地经营权是指“农业经营主体依法对承包经营的或者农村集体经济组织未曾发包的农地享有进行林业、畜牧业、种植业等农业生产经营并获取收益的权益”<sup>[6]</sup>。2018年修订的《农村土地承包法》于2019年1月正式实施，正式明确了土地经营权的概念，“土地经营权人在一定期限内占有农村土地，并在承包地上从事农业生产经营，取得相应收益的权利”。可以看出，土地经营权的主要表现形式有两种，一种是土地承包经营权，农民基于集体成员的身份取得；第二种是通过土地流转取得的土地经营权，经流转合同的生效而设立的土地经营权。

土地经营权从土地承包经营权中分离，是为了解决农地“碎片式分布”的问题，实现现代化农业的规模化经营，让土地向农业经营“能手”集中<sup>[36]</sup>。土地经营权就不再具有人身性。权利主体上，土地承包经营权的主体必须是集体成员，但土地经营权的主体无此限制，无需考虑身份属性。这样“分离”的设计能够在保障农民土地承包权的基础上，流转经营权，生存和发展能够兼顾。

#### 2.1.2 土地经营权的特征

土地经营权的法律特征总结如下：

(1) 土地经营权具有独立性，土地经营权自合同成立生效，经营权人可以在合同约定的范围内独立开展经营活动，有权排除他人干涉，在合同约定的时间内，承包人不能随意收回该权利，以保障土地经营权权利的稳定。

(2) 土地经营权可作抵押物，在《农村土地承包法》修订之前，土地经营权是否能够作为抵押物进行抵押融资，一直是学界讨论的热点问题。法律规定其权利基础——土地承包经营权不得抵押，究其原因，禁止抵押是为了防止土地所有制遭到破坏。

(3) 土地经营权具有较多限制。首先，土地经营权人不得改变土地用途，此处的

不得改变包含两层含义：1. 不得将农业用地转变为非农用地；2. 不得转变农业内部细分的用途，如该土地本用作种植粮食，土地经营权人进行非粮化种植，是不被允许的；3. 土地经营权的期限受制于土地承包期限，即土地经营权的存续日期不得超过承包期的剩余期限。

### 2.1.3 土地经营权的性质

土地经营权虽规定在《民法典》的物权编中，但并未明确地被列入用益物权范畴，关于其性质就可能会出现多种解释。

债权论是否还有存在的空间？支持债权说的学者普遍认为，土地经营权的取得基于流转合同的生效，通过合同取得，且在《民法典》中，仅赋予了五年以上的土地经营权登记对抗的效力，可得出以五年为界限，短期的土地经营权（流转期限为五年以下）并不能够对抗第三人。单平基提到应当将土地经营权定位为生发自承包经营权的具有登记功能的债权<sup>[32]</sup>。在民法典颁布之前，土地经营权的性质不明确，基于物权法定的原则，不能随意地将某项权利定位为物权。

本文认为，如果肯定了债权论的合理性，将《民法典》中的土地经营权认定为债权，便是将土地经营权和土地租赁权混同，否认了“三权分置”的必要性。另外土地经营权规定在物权编部分，如果认为土地经营权属于债权，明显与立法原意不符。

既然土地经营权规定在物权编，那么是否就可以说土地经营权的属性是物权？这依然存在着一些争论。支持者认为，立法者将土地经营权写入物权编这一行为本身便是赋予了物权属性<sup>[37]</sup>。值得揣摩的是，土地经营权被定位在农村土地承包经营权之下，土地经营权并非是单独列出的用益物权，从体系上看，立法者有意突出土地承包经营权，将土地经营权规定在土地承包经营权的部分，作为保证承包权的同时盘活土地的方式，所以债权性土地租赁权仍有存在的可能<sup>[19]</sup>。因此，仅从体系位置这一角度进行解读，很难确切地得出土地经营权的属性一定是物权的结论。

当今主流理论认为，既然出现了多种解释的现象，债权论和物权论都有其存在的理由，为探求出一种可能的解释路径，便是将土地经营权属性二元化，即物权债权共存。实践中广泛存在的通过出租方式流转土地经营权（可称作土地租赁权），基于其短期、不稳定的情况，无需赋予其物权属性，定性为债权即可；长期且稳定（期限为五年以上）的土地经营权，可以明确其物权属性。针对此种理论，本文认为仍有不妥，首先，在我

国民权利体系中,没有哪种权利的性质既是物权性质又是债权性质,同一权利的性质必须是统一的;其次,这样二元化的语境,虽然看起来像是契合了法条,但这样不统一的解释势必会给实务操作带来区分的困难。为解决该矛盾,可以不再将出租设立的土地租赁权认定为“土地经营权”,土地租赁权这一说法更容易被人们理解和认知,且更为熟悉。

仅就土地经营权性质这一问题,学界的争议至今未停。出现争议的原因便是土地经营权来源。《民法典》中第339条、第342条<sup>①</sup>规定了土地经营权的来源及形成机制,其二元化模式为土地经营权性质的探求带来了不小的麻烦。(1)权利分置型土地经营权。土地承包经营权人把自己的权利分置为土地承包权和土地经营权,流转土地经营权实现盘活土地资源的目的;由于取得“四荒地”土地经营权无需集体成员这一身份限制,流转并无障碍,关于这部分土地权利,《民法典》便舍弃了《农村土地承包法》以及《物权法》之前“土地承包经营权”的说法,直接将其规定为土地经营权,该土地经营权的土地权利分置结构为土地所有权+土地经营权。同时需要注意的是,采取出租方式流转的土地经营权并不需要从承包经营权中剥离,本文中称为土地租赁权。(2)通过流转得来的土地经营权。根据法律规定<sup>②</sup>,经承包方同意并经备案,受让方可以再次流转或以土地经营权抵押,从而也会形成土地经营权。此种土地经营权并不需要权利分置。

本文认为,三权分置改革的核心目的便是分离出土地经营权,以促进土地流转,解决土地“碎片化”分布的问题。就是说需要权利分置的经营权才属于土地经营权,法条将无需权利分置的流转所得的土地经营权以及土地租赁权统统归属到土地经营权的概念中,土地经营权的内部构造存在逻辑矛盾,而且我国农村土地权利结构有其特有的历史背景及现实基础,具有特殊性,以传统大陆法系“物债二分”的思路对土地权利进行界定实属不易。

① 《民法典》第339条规定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;《民法典》第342条通过招标、拍卖、公开协商等方式承包农村土地,经依法登记取得权属证书的,可以依法采取出租、入股、抵押或者其他方式流转土地经营权。

② 《农村土地承包法》第46条 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 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。

## 2.2 土地经营权抵押的概念和主体

### 2.2.1 土地经营权抵押的概念

根据《民法典》物权编第十七章抵押权的相关规定，抵押的目的是为了担保债务人履行债务，当债务人履行不能或者约定的抵押情况实现时，债权人可以通过折价、拍卖、变卖的方式处理抵押财产，并对所得价款优先受偿，抵押不转移占有。由于农村土地在我国属于集体所有财产，抵押当然不得突破集体所有这一制度红线，通过这些可以推出土地经营权抵押的相关概念，土地经营权抵押是指在保证我国现有土地所有制度的前提下，土地占有和土地用途不做调整，将土地经营权作为抵押物，作为履行债务的担保，当抵押人难以履行债务或约定的抵押情况实现时，抵押权人有权对土地经营权进行处置，所得价款优先受偿。

### 2.2.2 土地经营权抵押的主体

(1) 土地经营权抵押人范围。前文说到土地经营权的多元化来源，这意味着土地经营权的主体也并不是单一的，那么抵押人也不是单一的。按照《民法典》第三百三十九条的内容“土地承包经营权人可以自主决定采取……的方式向他人流转土地经营权”，土地经营权的主体应当是土地承包经营权人以外的“他人”，部分学者认为，土地承包经营权人不属于土地经营权主体范围，土地承包经营权中承载着经营的功能。如果认为土地承包经营权人不是土地经营权主体，那么土地承包经营权人便不可成为土地经营权抵押人。根据相关规定，承包人有权以承包地的土地经营权融资担保，土地承包经营权人不是土地经营权抵押主体的理论有些站不住脚。本文认为，土地承包经营权人并非土地经营权人，但仍可以作为抵押人进行融资。首先土地承包经营权这一权利本身就带有“经营”的权能，无需重新创设一个土地经营权来进行土地经营，前文提到，土地经营权出现就是为了放活土地资源，这是一项分置出来的权利，以达到流转土地的目的。其次，《民法典》第三百三十九条中的“流转”、“他人”等表述，土地经营权人应当是土地承包经营权人之外的他人。但是在需要扩大生产，抵押融资时，土地承包经营权人可以为自己创设经营权，成为抵押人。为行文方便，下文对此不再进行区分。按照法律规定，在承包方备案以及承包方许可的前提下，流转的受让方可以进行抵押，除土地承包经营权人之外，抵押人还包括受让土地经营权的第三方经营主体，现实中应主要体现为



具有农业生产经营能力和资质的民事主体<sup>[53]</sup>。承包“四荒地”的土地经营权人，因其流转不存在任何障碍，关于其作为抵押人的情况，本文不作讨论。

（2）抵押权人。国务院发布的《农村承包土地的经营权抵押贷款试点暂行办法》（以下简称《暂行办法》），《暂行办法》第二条做了明确了限制。部分学者认为，抵押权人应作民商区分，如果贷款目的为消费，则无需特别限制范围；如抵押是一项具有持续性和营业性的金融商事行为，则立法上应将抵押权人限制为金融机构<sup>[51]</sup>，本文认为，抵押权人应当加以限制，目前我国农村土地经营权抵押的制度仍处于探索时期，不排除一旦放开会出现名为“抵押”实为“买卖”的情况，但此处的限制为土地经营权抵押的发展带来了一定的不利影响，具体会在本文第四章进行阐述。待抵押制度逐渐健全，取消抵押权人的限制当然是可行的，更能够体现民法的意思自治原则。



## 第3章 我国农村土地经营权抵押的立法现状及实践探索

### 3.1 我国农村土地经营权抵押的立法现状

首先,政策先行是一定必要的,任何一项重大改革的实施,必然是从政策推进和部分地方开展试点工作入手的,以保证改革的稳步推进。随着试点工作的推进,立法工作应当及时跟进,将政策先行的改革成果以法律制度的形式确立下来,让全国农村共享此项制度红利。

#### 3.1.1 我国农村土地经营权抵押的政策演进

##### (1) 限制农村土地抵押时期——突出社会保障属性

改革开放初期,我国城市建设需要大量的劳动人口,基于拉动农民进城务工的目的,同时出于对农民社会保障和社会福利的考虑,为保障农民不失土地,国家对土地抵押进行了严格的限制。《中华人民共和国担保法》(以下简称《担保法》)第三十七条明确规定了耕地的土地使用权不得抵押。“三权分置”提出前,中央层面并没有土地经营权的正式表述,但土地使用权的本质便是农村集体土地的使用人依法利用土地并取得收益的权利<sup>[63]</sup>。2007年制定的《中华人民共和国物权法》中的担保物权章节,保留了《担保法》中关于土地使用权禁止抵押的规定。在这一特定的历史背景下,促进社会稳定发展,推动我国现代化建设是首要任务,对土地抵押进行限制是有必要的。

##### (2) 探索完善农村土地承包经营权权能时期——两权分置无法解决失地难题

进入21世纪,农村大量劳动力向城市转移,土地的保障属性已经逐年弱化。与此同时,农业规模化经营的需要导致激活土地经济属性的要求越来越迫切,更加强调土地的经济属性。为唤醒“沉睡”中的资本,国家政策层面逐渐肯定了土地承包经营权抵押。2008年,党的十七届三中全会提出完善土地承包经营权权能的要求,2013年中共中央发布《关于全面深化改革若干重大问题的决定》,政策层面确认了土地承包经营权抵押的合理性,实现了土地抵押政策松绑的第一步。在这一探索时期,多地进行了多方尝试,取得了一些成绩和效果,但这个时期的农村土地“两权分置”制度设计下,仍无法解决农民失地的担忧,农村土地制度改革的需求很紧迫。

##### (3) 土地经营权的抵押担保时期——三权分置的提出及相关政策支持

为解决承包经营权基于其身份属性带来的流转障碍问题,在三权分置的土地制度正式提出之前,全国各地就有相关的理论探索,早在2004年9月,安徽省合肥市政府发布的《关于规范农村土地承包和经营权流转的若干问题》,是首次将土地的承包经营权拆分为承包权和经营权的官方文件<sup>[62]</sup>。2016年,中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于完善农村土地所有权承包权经营权分置办法的意见》(以下简称《意见》),文件明确提到了我国实行“土地所有权+土地承包经营权+土地经营权”三权分置,这是第一次在中央文件中体现这一新型土地制度,标志着我国“三权分置”的农村土地基本经营制度已经确立。《意见》强调,落实权利主体,坚持土地集体所有权,稳固集体成员的承包权,促进土地经营权流转,激活农村资本。土地承包权的主体和经营主体分离的问题,“催生”了三权分置,其本质便是鼓励“流转”,从而发展农业规模化经营、推动农业现代化。经过“三权分置”制度改革,农村土地抵押的财产便不再是土地承包经营权,而是土地经营权,农民的土地承包权便可以得到保障,不必再担心失地。“三权分置”的提出,为农村土地抵押提供了逻辑起点。在2018年《农村土地承包法》修订前,《农村土地承包法》和《物权法》都是禁止土地使用权抵押的,国务院于2015年发布《国务院关于开展农村承包土地的经营权和农民住房财产权抵押贷款试点的指导意见》(国发〔2015〕45号),其中在“法律授权”一项中明确提到,允许试点暂停执行相关法律条款,使土地经营权改革试点工作得以合法且顺利的推行。试点涉及突破《中华人民共和国物权法》第一百八十四条、《中华人民共和国担保法》第三十七条等相关法律条款,由国务院按程序提请全国人大常委会授权,允许试点地区在试点期间暂停执行相关法律条款<sup>[61]</sup>。2016年3月,国务院五部门联合发布的《农村承包土地的经营权抵押贷款暂行办法》,对土地经营权抵押贷款条件、具体程序等内容做出了具体安排。从国务院的“绿灯”到中国人民银行等五部门的“操作方案”,可以看出国家层面对农村土地抵押融资制度探索的大力支持。

### 3.1.2 《农村土地承包法》中土地经营权抵押的相关规定

《农村土地承包法》第36条<sup>①</sup>明确了土地经营权能通过哪些方式流转,其中“以出租、入股或者其他方式流转土地经营权”,虽未明确表达出“抵押”,但“其他方式”这一开放式规定在一定程度上为“抵押”留下了空间。

<sup>①</sup> 《农村土地承包法》第三十六条: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。

《农村土地承包法》第41条<sup>①</sup>规定了土地经营权抵押的前提条件,即土地经营权的确权登记。以五年为期限作为限制条件,采用“登记对抗主义”,登记后的土地经营权具有对抗善意第三人的效力。

《农村土地承包法》第47条<sup>②</sup>为土地经营权抵押的法律应允规定,规定的内容包括:

(1) 土地经营权抵押的主体。抵押人包括两类:a. 基于集体成员这一身份取得的土地承包经营权的家庭承包经营户;b. 通过流转的方式得到土地经营权的农业经营者(流转受让人)。关于抵押人问题,前文已做过讨论,土地承包经营权人在需要融资担保时可以为自已设立一个土地经营权,当做融资担保的财产标的。当通过流转取得土地经营权的抵押人在进行融资担保时,47条设计了两个前提,承包方书面同意以及发包方备案,土地经营权人才有资格将土地经营权作为抵押物进行融资担保,以防止出现农民失地的情况,在抵押权人方面,47条对此加以限制,抵押权人必须为金融机构;(2) 土地经营权抵押的抵押物。“用承包地的土地经营权……融资担保”,说明融资担保的抵押物为土地经营权;(3) 土地经营权抵押的登记效力;(4) 土地经营权抵押的实现方式。

《农村土地承包法》的修订工作完成,意味着农村土地经营权抵押贷款的法律障碍消失。但关于《农村土地承包法》中的相关制度设计,理论界存在争议。(1) 关于土地经营权抵押流转中需不需要取得承包经营权人的同意,高圣平认为,既然将土地经营权的性质认定为物权,那么权利所有人处分权利便不应加以限制,土地经营权设定抵押权时需要取得承包方(土地承包经营权人)同意的规则设计是不合理的<sup>[11]</sup>。同时,因目前农村的耕地分散于不同农户,为实现规模化经营,土地经营权“由多变一”,向一个经营权人集中,在进行抵押贷款时,如果需要所有的承包经营权人同意,操作起来难度较大,不易实现,有学者就指出,能否在设立经营权时(即登记时),做统一安排,只要是登记过的土地经营权都是可以流转、抵押的<sup>[22]</sup>。(2) 登记对抗主义是否恰当?部分学者认为,土地经营权抵押的设立应采登记生效,土地经营权作为一项物权,且属于一项不动产物权,我国不动产物权抵押权的设立,采用的是登记生效主义。由于我国农村系“熟人社会”,土地与土地的界线比较清楚,所以《农村土地承包法》用的是登记对抗

① 《农村土地承包法》第四十一条: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。

② 《农村土地承包法》第47条: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。

主义,即流转合同一经签订,权利即设定,但随着土地规模化发展进程的推进,土地经营权进入市场流通,为切合现在的经济市场状况,应采取登记生效主义,以期清晰土地经营权的状态,避免引发不必要的法律纠纷。(3)关于流转期限为五年以下的土地经营权合同能否登记的问题,根据《农村土地承包法》规定,对于流转期限不足五年的土地经营权流转合同的保护是空白的,极有可能出现一地二转的情况。(4)是抵押还是质押?

《农村土地承包法》第47条“融资担保”的表述,并未明确规定形式。根据我国民法的相关理论,担保方式主要有保证担保、抵押担保、质押担保、动产留置以及定金,保证属于“人保”,抵押担保针对的是不动产权利,质押和留置主要适用于动产,质押中除了指向动产有权利质权,定金是为担保合同履行而给付的金钱,可以看出,和土地经营权融资担保相关的只有抵押担保和质押担保,出现分歧的根本原因是对于土地经营权属性的认定分歧。本文认为,土地经营权的融资担保主要形式应当是抵押,法律层面上《民法典》第418条“抵押”的表述,表明国家认可土地经营抵押;实践角度上,自2015年起,国务院授权全国232个试点地区进行土地经营权抵押试点,各地区在中央精神的指导下,结合本体情况制定了关于土地经营权抵押的方案,探索出了许多宝贵经验。但是,实践中情况极为复杂,吉林地区出现过如“当地合同”的担保形式。当地合同是指,借款人将其土地经营权流转给贷款人用以担保借款偿还,由贷款人经营借款人的承包地并用借款利息抵顶承包费,借款人返还借款后收回承包地<sup>[60]</sup>。其本质便是权利质押,根据《王海龙与邵希贵、刘淑芹民间借贷纠纷一审民事判决书》((2019)吉0781民初2287号)可以看出,审判实务中认可这种融资方式。回归立法角度,立法上并未将融资担保形式限制为抵押,是为了应对多种实践中的担保形式,鼓励探索多元化的土地经营权融资担保形式。

### 3.1.3 《民法典》中土地经营权抵押的相关规定

将土地经营权的相关内容写入物权编内,明确了土地经营权的用益物权性质,明确了依法取得权属证书的承包地可以抵押经营权。

关于土地经营权抵押人资格的确定,《民法典》第55条认可了“农村承包经营户”这一独立的民事主体<sup>①</sup>,但此处需要指出的是,“农村承包经营户”作为一个民事主体,应该由谁作为代表进行土地经营权抵押呢?即应由谁代表“农村承包经营户”向金融机

<sup>①</sup> 《民法典》第55条:农村集体经济组织的成员,依法取得农村土地承包经营权,从事家庭承包经营的,为农村承包经营户。

构贷款呢? 本文认为, 如果将该项权利赋予户主, 可能会出现表见代理的情况, 立法中应明确抵押人为承包经营户的全体成员, 即借款人为农村承包经营户中具有完全民事行为能力能力的直系成员, 避免权利行使的复杂性, 保证交易安全。

《民法典》物权编第 342 条<sup>①</sup>是对曾经《物权法》第 133 条<sup>②</sup>的突破。《民法典》修改了关于《物权法》中土地承包经营权流转的相关规定, 确认“三权”中“土地经营权”可流转、可抵押的属性。

《民法典》第 341 条<sup>③</sup>是对《农村土地承包法》第 41 条的承继。2020 年 1 月 16 日, 全国人大常委会法工委民法室组织召开了《中华人民共和国民法典·物权编(草案)》研讨会, 会上有关领导介绍了第 341 条的立法目的, 其本意是为应对实务中不同经营主体的不同需求, 流转期限为 5 年以上的定性为物权, 5 年以下的定性为债权, 但是这样的设计在理论界存在争议, 前文已作叙述。

《民法典》第 399 条<sup>④</sup>删去了《物权法》第一百八十四条中的“耕地”的使用权, 从法律层面上确认了土地经营权可以抵押。

## 3.2 我国农村土地经营权抵押的实践探索

### 3.2.1 总体情况

2021 年 6 月, 国务院六部门联合发布了《关于金融支持巩固拓展脱贫攻坚成果 全面推进乡村振兴的意见》(银发〔2021〕171 号) 以期推动农村金融市场的稳步发展。根据中国人民银行发布的《2020 年金融机构贷款投向统计报告》的相关内容可知, 2020 年全国农业贷款余额为 4.27 万亿元, 全国贷款余额为 172.75 万亿元, 仅占 2.4%, 国家统计局的查询系统显示, 2020 年第一产业对我国国民生产总值的贡献率是 9.5%。通过梳理近五年的农业贷款余额和第一产业贡献率的数据, 不难发现, 金融对农业的支持力度远低于农业对国民经济的贡献<sup>[35]</sup>, 我国农业经营主体贷款难的问题一直没有得到妥善

① 《民法典》第 342 条: 通过招标、拍卖、公开协商等方式承包农村土地, 经依法登记取得权属证书的, 可以依法采取出租、入股、抵押或者其他方式流转土地经营权。

② 《物权法》第 133 条: 通过招标、拍卖、公开协商等方式承包荒地等农村土地, 依照农村土地承包法等法律和国务院的有关规定, 其土地承包经营权可以转让、入股、抵押或者以其他方式流转。

③ 《民法典》第 341 条: 流转期限为五年以上的土地经营权, 自流转合同生效时设立。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。此内容与《农村承包土地法》中的规定相同。

④ 《民法典》第 399 条: 下列财产不得抵押: (一) 土地所有权; (二) 宅基地、自留地、自留山等集体所有土地的使用权, 但是法律规定可以抵押的除外; (三) 学校、幼儿园、医疗机构等为公益目的成立的非营利法人的教育设施、医疗卫生设施和其他公益设施; (四) 所有权、使用权不明或者有争议的财产; (五) 依法被查封、扣押、监管的财产; (六) 法律、行政法规规定不得抵押的其他财产。

解决。2016 年农业部的针对黑龙江、河南、浙江三省的 2400 多个农业规模经营主体进行了典型调查，报告显示，有近 60% 的农业经营主体没有得到过正规金融机构的信贷支持。

表 2-1 近五年农业贷款余额同全国贷款余额的数据梳理

(单位：万亿)

	2020 年	2019 年	2018 年	2017 年	2016 年
农业贷款余额	4.27	3.97	3.94	3.9	3.66
全国贷款余额	172.75	153.11	136.3	120.1	106.6
占比	2.47%	2.59%	2.89%	3.25%	3.43%

数据来源：中国人民银行每年发布的《金融机构贷款投向统计报告》

表 2-2 近五年我国第一产业对国民生产总值（GDP）的贡献率

	2020 年	2019 年	2018 年	2017 年	2016 年
贡献率	9.5%	3.9%	4.1%	4.6%	4.0%

数据来源：国家统计局官网

农业贷款难这个问题在很长的一段时间里阻碍了我国农业规模化的发展，缺乏正规信贷的支持，很多农业经营者为解决资金需求不得不借助民间借贷。借款人缺乏有效的抵押担保物是贷款难的主要原因，即农村抵押资产缺乏与金融机构基于资产抵押的信贷供给之间的矛盾。土地对于农业经营者来讲，是最具有经济价值的资产，那能否作为抵押资产向金融机构申请抵押贷款呢？我国农村实行土地集体所有制，并非农业经营者的个人财产，所以在很长一段时期里，国家是严格禁止将土地作为抵押资产申请贷款的。土地能不能贷款这个问题在理论界的争议很大，否定者认为，我国农村的土地不仅仅承载着经济属性，同时还兼具社会属性，具有社会保障职能。即便随着城镇化进程的推进，大量农村劳动力向城市转移，但这部分人在城市中的生存能力相对薄弱，土地是农民的最后保障，如果放开土地融资，这些农民便存在失地的危险，生活没有最后的保障可能会对社会稳定产生不良影响。但伴随着农民在城市中生存能力的增强，农村土地所承担的社会保障职能逐渐弱化，经济属性更加突出，农业生产和经营需要进一步规模化和现代化。2008 年党的十七届三中全会胜利召开，国家在政策方面逐步允许农村土地承包经营权抵押，我国农村土地确权登记办证工作于 2013 年已全部结束，这为农村土地抵押融资的开展打下了坚实的基础。土地所有权归村集体所有制度是红线，土地承包权具有



强烈的身份属性,不得转让,不具有担保能力,可以流转的土地经营权便可以作为抵押担保的担保物。

2015年12月,第十二届全国人民代表大会常务委员会第十八次会议通过《关于授权国务院在北京大兴区等232个试点县(市、区)、天津市蓟县等59个试点县(市、区)行政区域分别暂时调整实施有关法律规定的决定》<sup>[85]</sup>,暂停《物权法》禁止抵押相关规定在试点地区的实施,允许全国232个试点地区对土地经营权抵押权能进行多种形式的探索。自此,我国土地经营权抵押的试点工作拉开了序幕,各试点从对土地经营权的价值评估,到对贷款风险分担机制的完善,再到对抵押权实现后抵押物处置方式的探索,从多方面入手以期畅通农村土地经营权融资链条。

在实践中存在两种路径,包含政府和市场两种主导模式。在以政府为主导的模式中,由政府制定各种政策引导搭建土地经营权作为抵押物时的价值评估平台,以期实现土地经营权和金融机构间一定程度上的平等<sup>[59]</sup>;后一种模式,则是尽量排除行政干预,发挥市场的作用,在实践中通常表现为由第三方机构介入,这里的第三方机构普遍是村委会或者合作社,为土地经营权人的贷款提供相对稳定的担保<sup>[59]</sup>。目前我国农村土地经营权抵押的主要模式还是以政府为主力,在东南沿海发达地区、经济欠发达的中西部地区以及东北三省进行差异性试点部署。2016全年,232个试点地区的贷款余额达到140亿元(2016年中国农村金融服务年度报告),2017年则是突破了295亿元,实现了成倍增长,两年来累计发放贷款448亿<sup>①</sup>。到2018年,国务院办公厅发布了《国务院关于全国农村承包土地的经营权和农民住房财产权抵押贷款试点情况的总结报告》,根据文中相关内容可知,仅2015年至2018年的三年时间里,试点地区开办农地抵押贷款业务的金融机构从0扩大到了1193家,贷款余额达到520亿元,累计发放贷款964亿元,有190个地区成立了政府性担保公司,140个地区建立了抵押风险补偿基金<sup>[58]</sup>。在很大程度上唤醒了农村资产,缓解了我国农村融资难的问题。根据陈明亮、叶银龙等人对浙江丽水300个农业经营主体的调查可知<sup>[42]</sup>,2015年至2018年三年时间,经营主体户均流转面积从2015年的5.53公顷提升到了8.8公顷,农村土地经营权抵押的发展极大地推动了土地规模化经营向前推进。

① 中国人民银行副行长潘功胜关于《关于延长授权国务院在北京市大兴区等232个试点县(市、区)、天津市蓟州区等59个试点县(市、区)行政区域分别暂时调整实施有关法律规定的期限的决定(草案)》的说明

### 3.2.2 我国农村土地经营权抵押的主要模式

早在 2018 年《农村土地承包法》修订前,我国就开始了关于土地经营权抵押模式的试点探索,时至今日,试点工作仍在继续。为全面把握全国农村土地经营权抵押模式的探索情况,本文选取了东北(黑龙江省穆棱市)、华中(河南省济源市)、华东(山东省的寿光市及枣庄市)、东南(福建省明溪县、浙江省嵊州市)、西南(贵州省的湄潭县、凤冈县)以及西北(宁夏回族自治区的平罗县、同心县)六大地区,以保证研究对象的全面性和差异性。通过走访金融机构、农户、梳理相关文献材料,本文对上述试点地区的探索情况进行了归纳和总结。

#### (1) 直接抵押模式

采用直接抵押模式的试点地区有:贵州省湄潭县、山东省寿光市、福建省明溪县、河南省济源市等

土地经营权直接抵押是指土地经营权人不需要中间机构,将承包土地的经营权作为抵押物向银行业金融机构提出贷款申请,以满足扩大农业生产经营规模的现实需求,由于其简便性,这是多数试点地区的一种常用模式。由于各地区实际情况不同,上述试点地区的直接抵押模式在操作上各具特色。

贵州省湄潭县的土地金融公司抵押模式。同其他地区不同的是,湄潭县土地经营权抵押的抵押权人并非银行,而是由政府牵头组织,在财政扶持和政策帮助下,成立的土地金融公司,由土地经营权人将土地经营权以及地上附着物(包括房屋、农产品、农机等)一并抵押给土地金融公司,由土地金融公司发放贷款<sup>[43]</sup>。为规避金融风险,土地金融公司一般会要求借款人提供其他担保。

山东省寿光市的大棚抵押模式。早在 2009 年,《农业知识》杂志上刊登了李建忠的一篇名为《寿光蔬菜大棚可抵押贷款》的文章,寿光市的“大棚抵押”为我国农村土地经营权抵押提供了宝贵的经验,寿光市政府对提供“大棚抵押”业务的金融机构提供 1.5% 的风险补偿<sup>[55]</sup>,大棚抵押是指,土地经营权人将大棚所有权、大棚内农作物、以及大棚法定寿命内的土地使用权(当时并无土地经营权的官方叫法)同时抵押,以获取贷款。

福建省明溪县针对“大农户”的土地经营权抵押。在明溪县的土地流转交易服务中心,集合了本县各村土地流转信息,各村委会集中本村的细碎土地,同各散户签订流转合同,经整合后将土地经营权流转给经营大户。经营大户如有融资需要,需持流转

合同到土地流转交易服务中心办理抵押登记申请,并领取经营权证,需要向金融机构提交的材料包括但不限于:土地经营权证、变更登记申请书、土地经营权权属证明材料、地上种养物情况说明等。金融机构在完成审核后,由明溪县农业局办理抵押登记<sup>[46]</sup>。

河南省济源市的直接抵押模式。济源市打造了河南省第一家地市级的农村产权交易中心,由该交易中心为农村土地经营权抵押贷款登记、签证。土地经营权抵押的操作流程:由借款人提交土地权属证明,通过流转取得土地经营权的主体需要提交合法有效的流转合同,由第三方机构对抵押物进行价值评估,金融机构对借款人的贷款用途以及贷款条件进行核查,最后签订抵押贷款合同,向农村产权交易中心办理抵押登记,贷款总额不高于抵押物价值的70%<sup>[84]</sup>。

#### (2) 组合担保模式

典型地区包括:黑龙江省穆棱市、宁夏回族自治区同心县、平罗县、浙江省嵊州市、贵州省凤冈县等

本节所探讨的组合担保模式指:第三方担保模式、农户联保+经营权抵押模式、存地证抵押模式等各地区自行探索出的土地经营权抵押模式。第三方担保模式一方面是指农户联保,即借款人除提供土地经营权作抵押物之外,还要由其他农户作为保证人,提供保证担保;另一方面指的是担保公司(或保险公司)担保,是指担保公司或者保险公司提供追加担保的模式。总的来说,组合担保抵押模式出现的原因主要是,土地经营权的评估价值较低且处置受限,现实操作中,金融机构会要求借款人提供其他类型的担保,以解决价值低额度小的问题<sup>[35]</sup>。

黑龙江省穆棱市的“农户联保+经营权抵押”贷款模式。由三至五名自然人组成联保组,在联保组中互相承担连带保证责任,既是以信用贷款,也需要提供抵押物,即由其他担保人将自有土地经营权作为借款人的还款保证,同金融机构签订抵押合同,且必须由县农业局及农村经济管理服务中心登记确认<sup>[75]</sup>。

宁夏回族自治区同心县的“三户联保+合作社担保+农业保险”模式。农民以自家承包地面积五分之二的经营权入股土地协会,以取得会员身份,协会还规定了入股的每公顷土地标准作价为44776元。当会员贷款时,需要至少3名会员作为担保人保证其按期履约,同时以借款人、担保人、协会为当事人签订一份抵押协议,合同内容大致为:如果借款人(即会员)到期无法偿还贷款,其“入会费”(土地经营权)将被处置<sup>[28]</sup>。除此之外,金融机构还要求借款人购买意外伤害险,如果借款人在未清偿贷款时发生意外,

其理赔金用来偿还金融机构的本息<sup>[72]</sup>。

宁夏回族自治区平罗县的存地证抵押模式，其本质便是土地收益权抵押。平罗县构建起了以村为单位的土地信用合作社，农户将自己所有的土地经营权“存”入合作社，并由合作社向农户发放“存地证”。合作社将这些零散的土地进行整合，“散”化为“整”后将土地经营权转让给农业经营者，实现规模化经营，经营者需要向合作社缴纳土地经营权转让的相关费用，合作社按照“存地证”上记载的面积向农户发放收益，通过这种方式，平罗县的农户们获得了土地收益，还规避了失地的风险。当农户需要贷款时，在获得合作社理事会的同意后，可以将“存地证”抵押给金融机构以获得贷款，如农户违约不能还款，金融机构“凭证”收取收益，至债务连本带息得到清偿<sup>[57]</sup>。

浙江省嵊州市的第三方担保模式。嵊州市引入了嵊州三农投资担保有限公司以及中国人民财产保险股份有限公司等第三方风险共担机构，当土地经营权人有贷款的需要时，需要向该担保（保险）公司支付一笔担保（保险）费，并将土地经营权反担保给担保公司或保险公司，作为第三方风险共担机构的担保（保险）公司为土地经营权人的该笔贷款提供担保，金融机构和第三方风险共担机构按照约定的比例共同承担贷款风险。这样的模式一定程度上降低了金融机构的信用风险，提高金融机构的积极性，有助于实现农村土地的价值变现<sup>[35]</sup>。

贵州省凤冈县的反担保抵押模式。在凤冈县的土地经营权抵押流程中，农业担保公司（国有）扮演着重要角色。其流程大致如下：

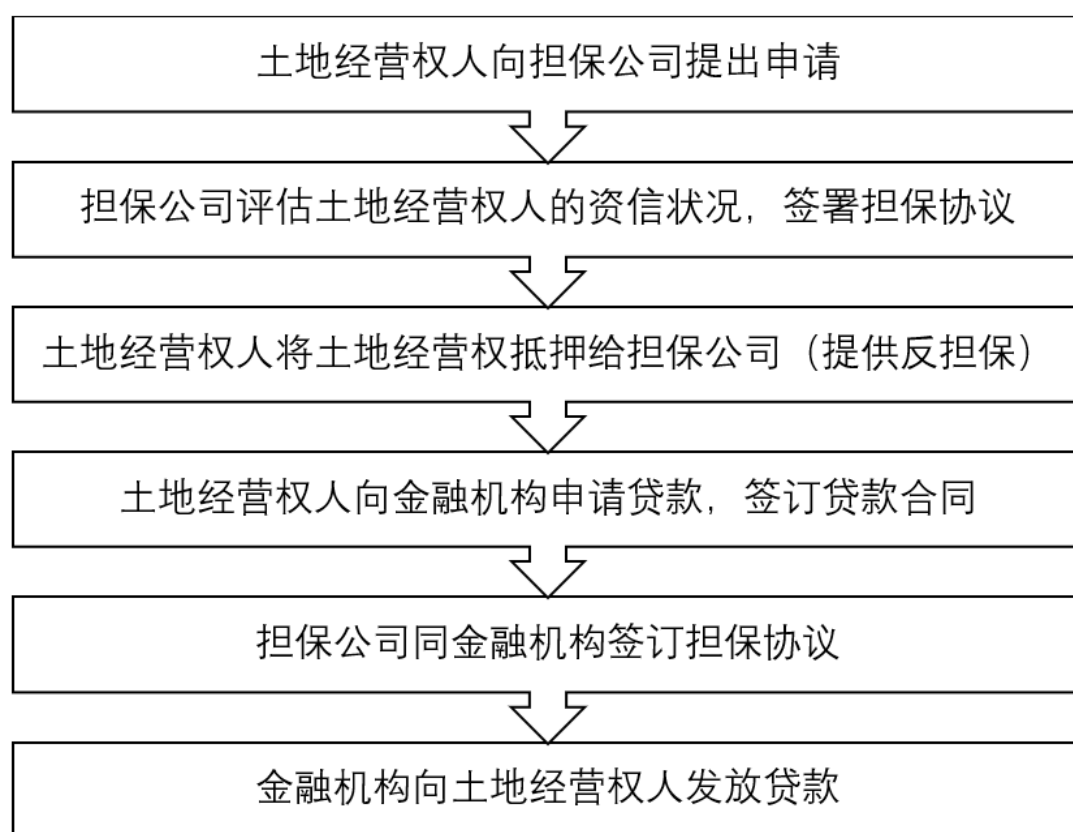


图 3-1 凤冈县土地经营权抵押申请流程图

当债务不能被清偿时，金融机构可以申请担保公司代偿，担保公司在清偿债务后，取得抵押物的处置权，即对土地经营权的处置权，可以自行处置，也可以申请法院或第三方机构进行。



## 第4章 我国农村土地经营权抵押的法律问题

### 4.1 土地经营权抵押设立的规则障碍

#### 4.1.1 我国土地权属不清及登记规则的不完善

抵押财产的权属清晰是抵押权设立的前提要件。不过在实践操作中,许多试点地区都存在着承包土地边界不明、权属不清的问题,“有权无证”、“权证不一”为土地经营权抵押带来了障碍,通过调研发现,具体表现如下:(1)部分地区存在村民私自占有土地,进行土地承包经营权的私下转让,存在实际情况与登证书不一致的情况;(2)我国土地确权颁证工作开始时间晚,部分地区未全面覆盖;(3)存在档案丢失的情况。土地权利的不明确使得土地经营权归属的确定以及登记颁证工作无法开展,严重影响了土地经营权抵押的实现。《农村土地承包法》的第24条以及《民法典》的第333条第二款都明确规定了土地承包经营权应统一登记造册,但由于实践情况的复杂性,多数地区并未构建起统一的土地承包经营权登记平台,甚至部分地区存在多头登记的情况,出现登记混乱的现状。

从《民法典》第333条第一款<sup>①</sup>,以及延续了《物权法》第129条的第335条<sup>②</sup>可以看出,我国农村土地承包经营权属于意定物权,即双方(农户和村集体)达成合意时,土地承包经营权设立,登记仅是对抗要件,权利生效无需登记做前提。如此制度设计在特定时期里具有合理性,“三权分置”提出前,土地流转被限制在村集体内部,熟人社会中的流转不必要以登记作为物权生效要件,但随着社会的发展,土地流转的对象不再仅限于村集体成员,而是扩大到任何从事农业生产经营的主体。若还是延续过去熟人社会的债权意思主义,其弊端有二:(1)并不能体现出土地经营权的物权性质,关于土地经营权的性质之争前文已做过讨论,“合同生效”即物权生效,为“债权说”留下了空间;(2)在土地经营权抵押实践中,会造成无法准确判断权利范围的情况,成为金融机构是否接受土地经营权抵押的影响因素,不利于土地经营权抵押制度的完善和发展。

笔者发现,近些年出现了一定数量的通过伪造土地经营权合同骗取贷款的刑事案

<sup>①</sup> 《民法典》第333条第一款:土地承包经营权自土地承包经营权合同生效时成立

<sup>②</sup> 《民法典》第335条:土地承包经营权互换、转让的,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

件,被告利用伪造的土地经营权流转合同,向金融机构申请土地经营权抵押贷款,由于缺乏统一的土地经营权登记查询平台,信息不互通,在公示对抗主义的现状下,金融机构无法分辨出流转合同的真伪性,致使国家财产遭到侵犯<sup>①</sup>。虽然,此类案件数量不多,但反应出了土地经营权登记工作的重要性,在大数据时代下,构建全国统一的土地经营权登记查询平台是推进土地经营权抵押制度完善以及预防骗贷案件发生、保护国家、公民财产不受侵犯的重要举措。

#### 4.1.2 法律对土地经营权抵押主体的规定不清晰

##### (1) 抵押人

在本文上一章的论述中提到了,虽然《民法典》第55条的规定赋予了“农村承包经营户”民事主体的法律地位,当承包方即“农村承包经营户”作为抵押人进行土地经营权抵押融资时,是适格的担保人,但真正的抵押人究竟是“户主”还是“全体成员”,亦或者将“农村承包经营户”看做一个整体,参照“公司法人”的相关制度?法律并无相关定论。在实践中,存在着一些“擦边情况”,当承包方发现土地经营权流转的收益未达到预期,便以户主的行为并未得到全体家庭成员的同意为由,请求认定抵押贷款合同无效<sup>[40]</sup>。法律对抵押人的模糊规定,导致协议效力存在瑕疵。农村承包经营户在《民法典》中的规定位于总则编第二章“自然人”的第4节,从体系出发,《民法典》将“家庭承包经营户”置于“自然人”的章节下,如果类比“公司法人”意思表达的方式便与立法原意相悖,但“农村承包经营户”在实践中往往是以家庭为单位进行农业生产的,其从事农村土地承包经营的成员至少为2人,甚至更多,其意见未必会达成统一,在成员较多的情况下取得全部家庭成员的同意难度很大。从《民法典》的第56条第二款的规定<sup>②</sup>可以看出,家庭中从事农村土地承包经营的成员都要对家庭债务承担责任,单纯看“户主”的意思表示也并不合理。所以用解释手段很难弥补立法空缺,农村土地经营权抵押的抵押人必须以相关立法予以明确。

##### (2) 抵押权人

《民法典》以及《农村土地承包法》中关于土地经营权抵押的贷款发放人主体资格并不明确。仅在2016年中国人民银行发布的《农村承包土地的经营权抵押贷款试点暂行办法》中做了相关规定,以政策性文件的方式将抵押权人限制为银行业金融机构<sup>[82]</sup>,

① 见中国裁判文书网:(2018)黑0208刑初48号、(2018)黑0128刑初13号

② 《民法典》第56条第二款:农村承包经营户的债务,以从事农村土地承包经营的农户财产承担;事实上由农户部分成员经营的,以该部分成员的财产承担



其目的是考虑到土地经营权收益的不稳定性,同时由于土地经营权抵押融资涉及农民利益,出于保护的目的做此限制。银行业金融机构尤其是农村商业银行,在涉农金融方面已经是渗入已久,同时以及较强的经济实力和服务能力,在目前看来是农村土地经营权抵押融资中抵押权人的最优路径,但是银行业金融机构亦存在劣势。从实践中来看,过度重视安全而轻视效益的情况普遍存在,银行业金融机构设定了严格的贷款申请审批程序,一方面是繁重的申请材料会加重贷款人的时间及经济成本,另一方面是审批难,存在不能通过审批的可能,亦或者批下的金额同预期贷款金额存在出入,仍无法满足生产经营的需求。随着农村经济的发展,对贷款发放人(抵押权人)的限制不利于释放农村土地的经济属性,会成为“三权分置”政策目标实现的障碍。

#### 4.1.3 土地经营权抵押的客体范围模糊

我国立法层面至今没有关于土地经营权抵押客体的具体规定,各试点地区对农村土地经营权抵押客体的要求并不一致,其分歧点主要集中在抵押时地上附着物的性质认定,当权利人将土地经营权抵押给银行业金融机构时,如庄稼、树木、水井等附着物该如何处理?北京市平谷区发布的《平谷区农村承包土地经营权抵押贷款暂行实施办法》中第四条<sup>①</sup>明确规定了,土地附着物需要一并抵押,但前提是权属清晰并合法有效,这是参照了“房地一体”的抵押规则<sup>[83]</sup>,这种处置方式的优点是可以提高贷款人的抵押物价值,但存在弊端,一旦银行放松监管,土地经营权人可能会在抵押期限届满前对农作物先行收割、变卖,从而侵犯抵押权人的利益<sup>[56]</sup>。学界中同样存在着“分离抵押”的声音,认为附着物与土地并不是不可分离的,纳入土地经营权抵押的客体范围是不合理的。实务中,湖北省襄阳市便是采用了“分离抵押”的做法<sup>②</sup>。但因抵押范围不包括地上附着物,如抵押权人要实现抵押权,需等待土地经营权人将附着物处理完,抵押权人的权利在一定程度上受到限制。

#### 4.1.4 经营权人设立抵押需要承包权人同意的规则设计不合理

上文已经阐述了土地经营权抵押人的两类主体,一类是土地承包经营权人(下文简称为承包方),一类是通过土地流转方式取得土地经营权的农业经营者(下文简称为经

① 《平谷区农村承包土地经营权抵押贷款暂行实施办法》第四条规定,农村承包土地经营权进行抵押贷款时,其权属清晰、合法有效的土地附着物一并抵押。抵押不得改变农村土地所有权的性质、不得改变现有的承包关系、不得改变土地的农业用途,抵押期限不得超过土地承包期的剩余期限。

② 《襄阳市农村土地经营权抵押贷款管理办法(试行)》第四条规定:农村土地经营权可以单独设立抵押担保,也可以作为其他担保方式的有效补充。

营权人)。根据《民法典》、《农村土地承包法》的相关规定,在土地经营权人进行土地经营权抵押贷款时需要承包方的同意,抵押权实现时,可能会发生土地经营权的再次流转,这样的设计是为了保证承包方避免面临失地风险。但笔者认为,如此设计系过于重视安全而忽视效率的做法,具有不合理性,原因有三:(1)从物权的支配性这一角度来看,按照前文所述,《民法典》中将土地经营权规定在物权编中,五年以上经过登记的土地经营权应被赋予独立且完整的物权地位,土地经营权人的权利支配行为应当具有独立性,抵押需要承包方的同意这一制度设计是对土地经营权这一独立用益物权性质的否认;(2)从合同的相对性原理来看,土地经营权融资担保合同的双方是经营权和金融机构,承包权人不在此合同关系内,抵押设立需要其同意违背了合同的相对性原理;(3)在实践中,经营权人尤其是规模较大的经营权人,出于土地整合成片的目的,其土地往往来自于很多承包方,在抵押贷款时需要几十甚至上百个承包方的同意是难度极大的,原本出于保护目的的制度设计会成为融资障碍。

## 4.2 土地经营权抵押实现的法律困境

### 4.2.1 承包人解除权影响土地经营权抵押实现

《民法典》为了赋予土地经营权更加稳定的权属状态,将其相关规定置于物权编中,确认了物权性质。据《民法典》第341条规定可知,土地经营权是否存续受流转合同的影响,那么流转合同的稳定性便影响了土地经营权抵押的稳定性。为保障土地经营权的稳定,《土地承包法》在第42条第一款作了禁止承包方单方解除的规定,以及三种例外情况和一项兜底条款<sup>①</sup>。但通过调研可知,在实践过程中,由于农业经营收益的特殊性,土地经营权人为节省投入成本,费用支付方式大多是一年一付,那么,当土地经营权人不能按期向土地承包经营权人支付土地流转费用时,土地承包法能否适用《民法典》563条第一款关于合同的一般法定解除权的规定解除土地流转合同?拖欠土地流转费用是否属于《土地承包法》中第42条规定中的“其他严重违约行为”?承包方有权单方解除流转合同,即收回土地经营权,那么金融机构的抵押权是否还存在?抵押权人的权益如何保护?笔者认为,根据《民法典》第563条第一款规定<sup>②</sup>,在《土地经营权流转合

① 《土地承包法》第四十二条 承包方不得单方解除土地经营权流转合同,但受让方有下列情形之一的除外:(一)擅自改变土地的农业用途;(二)弃耕抛荒连续两年以上;(三)给土地造成严重损害或者严重破坏土地生态环境;(四)其他严重违约行为。

② 《民法典》第563条第一款规定,当事人一方迟延履行主要债务,经催告后在合理期限内仍未履行,当事人一方

同》中，支付流转费用系土地经营权人的主要债务，经土地承包人催告后，土地经营权人仍不支付，属于“其他严重违约行为”，土地承包人可以单方解除《土地经营权流转合同》，收回土地经营权。当土地经营权被承包方收回时，抵押物不复存在。抵押权人只能按照抵押合同的约定追究抵押人的违约责任，因抵押物不再有处置的可能，抵押权人的优先受偿权不复存在。在试点地区，此类案例时有发生，土地经营权人在办理抵押后，出现违约的情况，金融机构实地调查后发现，土地经营权已被土地承包经营权人收回，从而产生纠纷<sup>[81]</sup>。任由承包方因土地经营权人价款违约解除合同收回土地经营权则难以稳定抵押权，禁止抵押期间解除合同又会损害承包方的价款利益。如何化解金融机构抵押权与承包方价款债权的冲突，急需立法层面出台相关的利益平衡规则<sup>[48]</sup>。

#### 4.2.2 《民法典》规定的抵押权实现方式存在适用障碍

根据《民法典》的相关规定，我国抵押权的实现方式包括折价、拍卖以及变卖，土地经营权抵押实践中，这三种处置抵押物的方式存在实施难度。具体表现如下：（1）折价。通过《农村土地承包法》第42条规定可知，土地经营权人若擅自改变土地农业用途，承包方可以单独解除土地经营权流转合同，《暂行办法》第4条也明确要求的土地经营权抵押贷款不得改变土地公有制的性质、不突破耕地红线。从这些规定可以看出，土地经营权不同于一般的抵押财产，其特殊之处就在于，土地经营权抵押的实现需要土地经营权的流转，但流转是具有前提条件的——不得改变土地的农业用途。抵押权实现，土地经营权流转的对象只能是具有相应生产资质的农业经营者，金融机构不具备相应资质，所以传统抵押权实现方式中的折价便不宜适用；（2）拍卖。流转对象的限制本就缩小了受让范围，再加上此项投资具有不稳定、收入低的特点，受让方还需要在抵押权实现时支付额外的管理成本、评估成本以及处置变现成本，采用拍卖的方式变现土地经营权，会出现受让方热情不高导致拍品流拍<sup>[8]</sup>；（3）变卖。中国人民银行出台的《暂行办法》中第15条给出了处置建议：金融机构可以通过贷款重组、按序清偿、协议转让、交易平台挂牌再流转等多种方式处置抵押物。但按照我国目前土地经营权抵押试点的实际情况，并未建立起成熟的交易平台和流转市场，供求双方信息对接不顺畅，金融机构难以及时找到合适的受让方。变卖的方式在实践操作中程序复杂，占用时间长，可能会出现无人接手导致土地抛荒的情况。抵押权的实现难度直接影响着贷款人是否愿意接受

---

可以解除合同。

土地经营权抵押贷款，当下处置难的情况严重制约了金融机构开展土地经营权抵押的积极性。

### 4.2.3 土地经营权抵押实现的配套制度缺失

#### （1）缺少合理的土地经营权价值评估制度

谈及土地经营权抵押，一定涉及土地经营权的估值，这关系到土地经营权人及金融机构的切实利益，合理的土地经营权抵押制度必然以合理的价值评估制度为前提。但目前，我国的土地经营权价值评估仍处于探索时期，并未形成完备、合理的评估制度，目前的价值评估主要有以下问题：（1）评估标准不统一。我国目前采用的评估依据是《农用地估价规程》（GB/T28406—2012），常用的有收益还原法、市场比较法、成本逼近法、剩余法、评分估价法、基准地修正法 6 种评估方法<sup>[40]</sup>，但实践中，评估依据和评估方法往往置之高阁，为了提高效率节约成本，多是按照本地区的平均净利润同抵押期限简单地相乘进行估值，或者直接按照政府确定的指导价格进行定价；（2）缺少专业评估人员。多数试点地区的土地经营权价值评估人员并非专业人员，其队伍构成主要是金融机构或农业农村部门的工作人员以及当地村干部，评估队伍极缺专业人员，主观性强，随意性大；（3）金融机构既作抵押权人又作评估人的做法不合理。部分地区存在金融机构自行评估这种既作“选手”又当“裁判”的情况，抵押人（土地经营权人）与抵押权人（金融机构）的利益视角不同，这样的评估很难实现双方满意，实践中金融机构为了自身利益，降低金融风险，在评估时刻意压低价值，减少贷款数额，土地经营权人的利益难以得到保障，从而失去对金融机构的信任，甚至降低对土地经营权抵押这一项土地金融制度的认可。前文谈到了山东省寿光市的大棚抵押，根据相关文献可知，在对抵押的大棚进行评估时，除去大棚附属物以及人工费用，平均每个大棚的评估价值比实际价值低了三万元<sup>[86]</sup>。

#### （2）土地经营权抵押缺少健全的风险防范及分担制度

缺乏健全的风险防范及分担机制亦是一项阻碍土地经营权抵押发展的重要因素。前文谈到了抵押实现难的问题，实践中除了抵押物处置风险，金融机构面临的更多风险来自借款人的违约，这里的违约包括因借款人主动逃避债务的主动违约，又包括因农业生产中的不稳定因素导致借款人无法还债的被动违约。这两种风险致使土地经营权抵押部分试点地区的金融机构出现“不愿贷、不敢贷”的情况。

在风险防范上,金融机构的办法是提高贷款门槛,根据《暂行办法》的要求,严格审查土地经营权人的信用状况、借款需求和偿还能,自评土地经营权价值,但实践中存在刻意压低土地经营权价值,增加审核内容、拉长办理周期的情况。土地经营权抵押审核的严苛并没有从本质上提高土地经营权人的还款能力来进行风险防范<sup>[54]</sup>,过度强调“卡紧入口”的做法背离了政策初衷。关于风险分担,主要有农业保险和政府财政保障两个方面。我国自1982年起就开展起了农业保险业务,但多是在政府主导下的政策性业务,虽得到了政府的大力支持,但普遍存在规模不大、赔付能力差、覆盖率低的问题,再加上农业不稳定的特点。在土地经营权抵押实践中,为了给金融机构“宽心”,多地试点制定了政府补助机制,不可否定地是,政府花钱为抵押风险兜底暂时解决了部分问题,但存在问题:(1)政府财政保驾护航不长久,政府这样“输血”只能解决一时之困,土地经营权抵押的健康持久发展不能产生依赖思想,需要提高土地经营权人的还款能力,以及科学合理的风险分担机制;(2)政府补助仅能应对小规模金融风险,一旦遭遇较大风险,政府财政能力被削弱,可能会影响民生维持;(3)政府的干预会阻碍其他风险分担主体的发展<sup>[72]</sup>。

### (3) 缺少抵押权实现后“失地”农民的安置制度

如前文所述,“三权分置”政策的提出,其目的便是解放土地经营权,放活土地流转,唤醒农村沉睡资本,但与此同时,无论是土地承包经营权人,还是经土地流转取得经营权的农业经营者,在进行土地经营权抵押时,都面临着“失地”的风险,一旦经营不善,无法按期偿还金融机构的贷款,就有可能失去在土地上进行生产经营的权利。无论是土地承包经营权人还是土地经营权人,作为完全行为能力人,应当能够理性判断能否抵押自己所有的土地经营权,在我国农村对于一定数量的群体来说,生活来源主要是靠土地经营的收入,这部分群体一旦因为抵押权实现而失去了在土地上耕作经营的权利,该如何生活?这是涉及农民根本利益的问题。通过调研了解到,在当前试点地区,由于缺少对“失地群体”的安置措施,部分农业经营者因为“输不起”所以“不敢贷”,从而阻碍了土地经营权抵押的发展。

虽说土地经营权抵押属于自担风险的市场行为,但对于无法享受到城镇居民社会保障福利的农民来说,应从关怀的角度出发,在完善土地经营权抵押制度的同时,本着人民利益至上的原则,积极探索抵押权实现后“失地农民”的安置制度。



## 第5章 我国农村土地经营权抵押制度的完善建议

### 5.1 完善农村土地经营权抵押的设立规则

#### 5.1.1 完善土地经营权登记及土地经营权抵押登记的相关规定

##### (1) 进一步推进土地经营权登记颁证工作

清晰的权属边界，土地能够清晰地被市场主体知晓权利状态，是土地经营权抵押的前提。要进一步推进土地经营权登记颁证工作，笔者建议修改《民法典》第三百四十一条的内容，建议将五年以上的土地经营权登记工作明确下来，具体而言，应明确土地经营权登记和颁证的相关规定，统一各地的登记机关，避免多头登记情况的发生。结合我国现实情况，土地经过长期发展，部分地区存在棘手的历史遗留问题，导致权属不清，权属登记困难。同时，土地登记工作复杂程度高，对基层政府和基层工作人员的能力提出了考验。关于进一步推进土地经营权登记工作，笔者提出以下四点建议：（1）细化流程。政府要发挥“领头羊”作用，结合本地实际情况，出台相应的操作细则，细化土地经营权登记工作流程，加强登记工作相关人员的业务培训，强化认识水平；（2）加强宣传。面对农民群体要做好土地确权的宣传工作，用贴近生活的知识普及途径让农民群体认识到土地确权登记的价值，提高配合的积极性；（3）技术支撑。现代测量技术的加入让土地经营权登记工作的开展更加顺利，土地面积、方位等数据能够得到更加精准的测量，建设土地经营权登记、土地经营权流转的数据库，为建立统一的土地经营权流转信息平台打好基础；（4）落实监管。土地经营权登记颁证工作耗费的人力物力成本较大，要切实落实好财政支持，建立健全问责制度，对在土地经营权登记颁证工作中出现的违规人员依法问责，涉及违法的及时移交纪检监察机关处理。

##### (2) 土地经营权抵押应采用登记生效主义

前文谈到了流转期限为五年以上的长期的土地经营权的性质应定性为用益物权，其抵押权设定的登记方式便不宜用“登记对抗”主义。笔者建议修改《农村土地承包法》第47条第2款，担保物权应以登记为生效要件，如未登记，则抵押不生效。

在“三权分置”背景下，土地的流转从集体内部流转，进入了市场流转，虽法律规定对流转受让方仍存在诸多限制，但已然是从“熟人社会流转”过度到了市场“陌生人

社会流转”。在集体内部，乡里乡亲之间“合同生效、登记对抗”的做法省去了复杂的登记程序，节约了流转成本，具有其合理性。但一旦进入市场，为保障土地经营权人以及抵押权人的利益，土地经营权抵押（流转）便不宜采用“登记对抗主义”。建议采用“登记生效主义”的原因有下：（1）保护交易安全。所谓登记，便是赋予物权变动行为公信力，抵押权登记可以明确抵押的范围、担保的债权以及债权的类型<sup>[26]</sup>。第三人可通过登记平台查询到标的物的状态，防止贷款诈骗案件的发生，交易安全才能够得到保障。

（2）强化规则意识。站在当事人的角度，当双方的抵押权设立合意需要经过政府部门的登记才能成立时，在一定程度上行为会更加谨慎小心，避免随意性，有利于减少争端。

### 5.1.2 立法层面明确农村土地经营权抵押的主体范围

主体范围部分包括抵押人以及抵押权人，由于法律规定的回避，致使实践中抵押主体范围模糊而产生纠纷，笔者建议在《民法典》以及《农村土地承包法》中对抵押主体的范围进一步明确。（1）抵押人。土地经营权的抵押人分为家庭承包经营户（土地承包经营权人）以及土地经营权流转的受让方（土地经营权人）两种情况，争议较大的是当家庭承包经营户（土地承包经营权人）作为抵押人进行抵押的情形，由于《民法典》赋予了以家庭为单位的农村承包经营户独立的民事主体地位，那么户主的意思表示能否等同于家庭承包经营户（土地承包经营权人）的意思表示？笔者认为，按照《民法典》第56条的规定，既然家庭承包经营户的债务由本户中所有从事农村土地承包经营的成员财产承担，作为一个风险共担的集体，当土地经营权抵押贷款的目的是为了家庭承包经营户进行土地生产经营时，本户中任何一个从事农村土地承包经营的成员都可以作为家庭承包经营户的代表签订抵押协议，不能因缺少户主或全部签字为理由，认定抵押协议无效。当土地经营权流转的受让方，即土地经营权人作为抵押人进行抵押时，只需考虑土地经营权人是否具有农业经营资质即可，关于抵押人申请贷款的目的学界基本达成通说，抵押所担保的范围应当限定为债务人本人的、用于农业生产经营的债务；（2）抵押权人。土地经营权抵押权人被限制为金融机构，一般的组织和个人不能作为抵押权人。因为土地经营权抵押作为一种全新的抵押方式，要慎重选择抵押权人，不宜在一开始就全部放开。如果一般的组织和个人全都可以接受土地经营权抵押，可能引发以担保的名义进行土地买卖的行为，或者产生高利贷，以至于土地的保障功能被破坏。笔者认为如果随着土地经营权抵押制度的完善，能够保证程序合法、风险监管防控到位，抵押权人



的范围可以进行扩大至有融资能力的其他商业主体和社会组织。

### 5.1.3 立法层面明确土地经营权抵押的客体范围

关于土地经营权抵押中的客体范围，立法选择了回避，赋予了当事人自由选择的权利，以期抵押形式的多元化，但模糊的规定让实务操作遇到了麻烦，前文已做过分析，此处不再赘述。目前学界主要争论的焦点在于抵押物是否包括地上附着物。笔者认为，地上附着物包括两大类，一类是土地上生长的农作物（以下简称附着物）；一类是与土地不易分离的配套设施及住房（以下简称定着物），如机井、农业用房等，对这两类附着物，在抵押物的认定上应作区分处理。地上附着物不建议纳入抵押物范围，原因有二：

（1）无论抵押人是土地承包经营权人还是土地经营权人，在抵押权设立后，都不会丧失对土地的使用、收益权利，依然在土地上进行农业生产。如果在价格评估时将附着物纳入了抵押客体的范围，那么在抵押设立后，抵押人有丧失耕种积极性的可能<sup>[79]</sup>；（2）土地附着物与土地并非不可分割的，不适用“一并抵押”规则<sup>[40]</sup>。关于定着物，由于其农业用途和不易与土地分割的特点，可以将其纳入土地经营权抵押的客体范围。当然，对于抵押物的选择，当事人双方应当享有自行约定的权利，以应对实践操作中的复杂情况<sup>[53]</sup>。无论范围如何确定，应当在立法角度尽快清晰，为实践操作提供指引。

### 5.1.4 土地经营权人抵押无需取得承包方同意

从《农村土地承包法》第47条第1款到中国人民银行发布的《农村承包土地的经营权抵押贷款试点暂行办法》第7条第（四）项，从法律到政策性文件都明确规定了通过合法流转方式取得土地经营权的农业经营主体申请贷款，应取得承包方的同意，笔者认为此项规定不合理，应进行修改，应取消土地经营权人抵押贷款时需要承包方同意的限制，理由有下：（1）土地经营权作为一项用益物权，物权人处分物权无需取得他人的意思，无须得到他人同意。土地经营权一经设立，便独立于土地承包经营权之外，土地承包人就没有权利干涉土地经营权人的处分行为，立法机关如此设计可能是受到债法中债务转移规则的影响，但在土地经营权已经确立物权性质的背景下，仍用债法规则的做法值得推敲<sup>[11]</sup>；（2）抵押设立需要承包方同意的制度设计不符合合同相对性法理逻辑，不具有正当性。土地经营权抵押权的设定基于抵押合同的成立，当土地经营权人与抵押权人达成合意时，土地经营权抵押合同便成立了，抵押权便已完成设立<sup>[11]</sup>；（3）抵押权实现对承包方没有影响。承包方作为土地承包经营权人，在其权利上剥离出了一部分，

为他人设立了土地经营权，应当受到这一设立行为的约束，土地经营权人享有完整的权利，为了农业生产经营的需要，以其土地经营权进行抵押贷款达到融资目的，并不会对承包方（土地承包经营权人）产生任何不利影响，即便是抵押权实现，土地经营权被强制拍卖、变卖，其处分的也只是剩余使用期限内的土地经营权，抵押处置并未加重承包方（土地承包经营权人）的任何责任和负担。综上，笔者认为，土地经营权的设立无需取得承包方（土地承包经营权人）的同意，因此，建议修改《农村土地承包法》第 47 条的内容，删去对于土地经营权人抵押需经承包方同意的限制，融资担保时，不再区分承包户和流转受让方（土地经营权人），一视同仁。

## 5.2 健全农村土地经营权抵押的实现机制

### 5.2.1 合理限制土地承包经营权人的解除权

前文谈到实践中大量存在土地流转金一年一付的情况，土地承包经营权人同金融机构（即抵押权人）的利益实现出现了冲突。《土地承包法》第 42 条的“其他严重违约行为”中是否包含“拖欠土地流转金”这一情形，法律条文及司法解释尚未明确，从而导致了土地经营权的不稳定，这是金融机构慎贷的重要原因。在不改变此种支付方式的前提下，如何解决金融机构的抵押权和土地承包经营权人的价款债权之间的冲突？需从法律技术的取向寻找思路。

王泽鉴在《民法物权》中提到了我国台湾地区的地上权制度，法律明确规定了地上权因欠租而终止，可以导致抵押权消灭。笔者认为关于台湾地区的制度，可以借鉴的内容包括：（1）明确规定地上权人欠租两年，经过定期催告，仍未支付租金，其地上权方被终止。这样的明确一方面是给予地上权人经济上的缓冲，另一方面通过明确解除条件，解除权得到法律认可；（2）地上权人（抵押人）须将催告的情况通知抵押权人。抵押权人可以通过代位清偿的方式避免地上权的终止，保护抵押权。笔者认为，抵押办理后的价款违约应当被纳入《土地承包法》第 42 条，作为土地承包经营权人单方解除合同的法定情形，并明确严重程度，即拖欠总额达到一定的数额，经催告，土地经营权人仍不支付，土地承包经营权人可解除土地流转合同。土地承包经营权人在催告时，应同时将催告内容通知抵押权人，抵押权人有权代为清偿。当土地经营权人同时出现价款违约和贷款违约时，应当如何处理？有学者认为，应当优先保护抵押权，限制解除权。即土地经营权人在拖欠土地流转金的同时，出现了贷款违约的情况，土地承包经营权人就不得

解除合同。其原因是，抵押权人实现抵押权后就能够为土地承包经营权人找到新的土地经营权人，其价款可以由新的土地经营权人支付，并未损害土地承包经营权人的价款利益<sup>[48]</sup>。通过清晰的规定，合理限制土地承包经营权人的解除权，能够在保障抵押权实现的同时兼顾土地承包经营权人的利益。土地经营权趋于稳定，调动金融机构的贷款积极性。

### 5.2.2 丰富土地经营权抵押实现的方式

土地经营权抵押权实现难是阻碍该项制度推进的重要阻力，因土地经营权的特殊性以及法律规定存在诸多限制，土地经营权不能像一般抵押物一样，适用抵押权实现的一般规则。国务院《关于开展农村承包土地的经营权和农民住房财产权抵押贷款试点的指导意见》（以下简称《指导意见》）中强调要采取多种方式处置抵押物，对此，《暂行办法》中列举了贷款重组、按序清偿、协议转让、交易平台挂牌再流转等多种处置抵押物的方式，《暂行办法》关于处置的规定一定程度上丰富了抵押权的实现方式，提高了金融机构的贷款积极性。笔者结合试点地区的调研情况，从以下几个方面为丰富抵押权的实现方式提出建议。

#### （1）关于《民法典》中规定的抵押权实现方式

根据《民法典》的第410条规定<sup>①</sup>可知我国法律规定的抵押物变价方式包括折价、变卖、拍卖三种方式。《民法典》中的折价，是指具有债权债务的关系的双方以共同认可的价格将标的物由债务人转让给债权人，放在土地经营权抵押中就是，将土地经营权转让给抵押权人，以求全部或部分了结双方的债权债务关系。目前，我国农村土地经营权抵押权人的范围被限制在银行金融机构，不宜适用折价方式的理由有二：（1）金融机构不符合《民法典》以及《农村土地承包法》中土地经营权人的条件，不具备农业生产经营的资质，折价后成为土地流转的受让方违反法律规定；（2）《中华人民共和国商业银行法》第43条规定了金融机构不得购买非自用不动产<sup>[20]</sup>。综上，根据目前我国的实际情况，银行金融机构作为唯一抵押权人，抵押权实现不宜采用折价方式。但是，折价的实现方式存在着不可否认的优势，相对简便易行，可以节约交易成本，提高交易效率<sup>[51]</sup>，随着土地经营权抵押制度的日趋成熟，待抵押权人的范围扩大，折价便有其适用空间了。

<sup>①</sup> 《民法典》第410条：当债务人不履行债务或者当约定的实现抵押权的情形发生时，抵押权人可以与抵押人协商，以折价或者拍卖、变卖该抵押财产所得的价款优先受偿

抵押人与抵押权人可以协议以拍卖、变卖的方式实现抵押权，但根据《农村土地承包法》的相关规定，应对在立法层面对拍卖、变卖的受让方加以限制，应“具备农业生产资质”，这样的限制出于保护目的，保障农民的权益不受损，保证土地用途不改变。但拍卖、变卖存在其适用前提——双方协商一致，当抵押的双方就抵押权实现无法达成一致时，需要采取其他方式对抵押物进行处置。

## （2）建议《农村土地承包法》增加强制管理的相关规定

土地经营权抵押的难点在于：（1）如何在抵押权实现时保护农民权利，在不触碰农村土地集体所有权、农村集体成员的土地承包经营权这两权的前提下，盘活农村土地资源。既要让土地“稳下来”，防止农民失去土地这一重要的生活保障，又要让土地资源“活起来”，实现抵押权；（2）如何调动金融机构的积极性。农业经营不稳定、价值低的特点，以及法律规定的诸多限制让多数金融机构对土地经营权抵押这一融资交易品种难以接受。同时，抵押物的处理难导致坏账赖账的出现，损害了金融机构的权益，严重影响了金融机构的积极性。概而言之便是“利润”，农民要增收，但又不能置金融机构利益不顾。强制管理理论的提出在一定程度解决了这一现实矛盾。

强制管理，是指通过委托他人管理抵押财产，以其收益使得债权优先受偿<sup>[49]</sup>。当土地经营权人作抵押人，抵押权实现时，抵押权人或执行法院委托第三方，强制性地对土地经营权进行债权性质的再流转，如出租、转包（此处流转期限不得超过土地经营权剩余期限），抵押权人就土地农业经营收益优先受偿；当土地承包经营权人作抵押人时，对再流转的期限可不作限制，待收益清偿完债务，抵押人可恢复享有土地经营权。与折价、拍卖、变卖这种针对转移权利的处置方式不同，强制管理更加着眼于收益。不管抵押人是土地经营权人还是土地承包经营权人，抵押物都是土地经营权，即在土地上获得收益的权利，既能够保障不触碰制度底线，不害己土地承包经营权，又能够保证银行能够收回账款。强制管理的本质是一种特殊的再流转的实现方式，笔者建议可以在《土地承包法》中加以规定。

## （3）建议赋予抵押人在同等条件下的优先受雇权

农业生产是资本与劳动力的合作<sup>[74]</sup>，原本就具有农业生产资质的抵押人当然可以胜任农业劳动的角色。抵押权实现后，必然导致土地经营权的再次流转，抵押人可能会面临“失业”，赋予其优先受雇的权利有以下几点理由：（1）抵押人具有农业生产的能力，赋予其优先受雇的权利可以保障其劳动就业，获得一份劳动收入；（2）抵押人对抵押物

的熟悉程度高于受让方,更具有生产经验,赋予优先受雇的权利可以在一定程度上提高生产效率。当然,优先受雇这一权利的前提是在同等条件下,受让方的权益也应当受到保护。如抵押人的从事农业生产的能力或态度不尽人意,或其自愿从事其他劳动,此项权利可视为自动放弃。

### 5.2.3 健全土地经营权抵押实现的配套制度

#### (1) 完善土地经营权价值评估制度

土地价值评估影响着土地经营权的交换价值,是土地经营权抵押的关键所在,构建科学的价值评估制度是完善土地经营权抵押制度的重要方面。根据《暂行办法》的相关规定,借贷双方可以委托第三方评估机构进行评估,或者可以由贷款人(即金融机构)自行评估或者协商的方式确定价值。如前文所述,金融机构既然作为抵押权人,便不宜再同时承担评估人的角色,尽量实现抵押权人与抵押评估相分离,保证评估的中立性和公平性。

笔者建议引入专业性的土地经营权评估主体,设置相关职业资格考试以及相关考核方式,政府作为牵头主体,可对专业的评估机构给予政策优惠,同时借助现代科技手段,利用土地经营权信息管理系统以确保评估的科学性、专业性、准确性。加快制定出操作性强的细化规定,在评估方法上应综合考虑土地经营权的剩余期限、土地的位置和类别、适宜种植的经济作物、开发潜力以及抵押权的实现成本等因素<sup>[75]</sup>。同时应加快完善我国基准地价,避免实践中出现“同地不同价”的情况,防止出现过度压价的情况。构建评估监督机制,对渎职、违规评估的工作人员依法问责。

#### (2) 推进土地流转市场以及交易平台的建设

土地经营权抵押制度的构建最终还是要落在“流转”上,从土地经营权的设立、土地经营权抵押权的设立到土地经营权抵押权的实现这些关键环节,流转市场都扮演着重要角色。根据国务院发布的《国务院关于开展农村承包土地的经营权和农民住房财产权抵押贷款试点的指导意见》(国发〔2015〕45号)文件精神,按照中国人民银行的《农村承包土地的经营权抵押贷款试点暂行办法》第十六条的要求,要依托公共资源管理平台,推进建立县、乡等多级联网的农村产权流转交易平台。如前文所述,如果从立法层面将土地经营权抵押登记对抗主义改为登记生效主义,土地经营权流转交易平台的重要性将更加显现。5G技术的日趋成熟,我国迎来了大数据时代,信息化、智能化高度发展,笔者建议利用互联网技术进行全国通用的土地经营权交易平台搭建,交易平台的主要职

能可以包括但不限于：（1）待流转土地经营权相关信息查询功能。此项内容包括土地经营的位置、剩余期限、受让条件及价格。及时对接流转方与受让方，整合全国各区域相关资料，做到及时更新，打通流转屏障，将土地信息透明化、高效化，最大程度地促进土地经营权“活起来”；（2）土地经营权设立合同和抵押合同的备案功能。前文谈到，在试点地区出现了伪造土地经营权合同进行骗贷的情况，如果能够实现信息互通、合同编号一键查询，抵押权人及登记机关的工作人员，只需要登录平台查询真伪即可避免损失。同时，按照《民法典》的现行规定，并未明确5年以下流转期限的土地经营权是否能够登记，在无法登记的情况下，备案功能将可以增大其公示力度，以保障权利；（3）土地经营权拍卖、变卖信息查询功能。这是金融机构实现抵押权的重要平台，抵押物信息的畅通，是抵押权顺利实现的前提。

### （3）构建土地经营权抵押的风险分担制度

土地经营权抵押制度的构建，一方面要保障农民的利益，另一方面要确保金融机构不受损失，因农业生产的特殊性，金融机构所面临的借款人失信风险更大。如果能够构建起风险分担机制，将一定程度上提高金融机构的金融供给积极性。从试点地区的调研情况来看，多地政府实行风险补偿机制来为担保兜底，通过政府财政保障来调动金融机构接受土地经营权抵押的积极性，但这样的“输血”治标不治本，土地经营权抵押说到底是一项市场行为，过度依赖政府不仅加重地方财政负担，还不利于制度的深入开展，以及其他风险分担主体的生存发展。笔者认为关于风险分担可以从以下两个方面入手：

（1）借鉴组合担保模式。本文列举了如黑龙江省穆棱市的“农户联保”、宁夏自治区同心县的“三户联保”，浙江省嵊州市的“第三方担保”等组合担保的经验，这种“保证担保”+“抵押担保”的担保方式很大程度上分担了抵押权人的风险，尤其是同心县的“三户联保”模式，不仅分担了风险，其“谁担保，谁接盘”的抵押物处置方式，还为抵押权实现提供了新的思路。（2）发展农业保险。一是可以对第三方担保单位提供政策支持及税收优惠，二是推动商业性农业保险、政策性保险以及社会互助保险等险种多方位发展<sup>[47]</sup>。

### （4）健全农村社会保障，着眼农民权益

保障民生乃国之大计，从“三权分置”的提出到赋予土地经营权的融资功能，这些政策部署所围绕的核心所在便是赋予农民更多的权利，以期提高农民收入。从保护农民利益的角度出发，笔者有以下建议：（1）对抵押土地比例进行限制，宁夏回族自治区同

心县提供了可参考的经验，要求农户留存一定比例的口粮土地，即便是经营失败导致抵押权实现，农户依旧可以通过农业生产获得基本生活来源，笔者建议地方政府在制定操作细则时可以结合本地实际对土地经营权抵押的面积比例作出限制，以保障民生；（2）构建最低生活保障制度以及农村基本养老制度，解决后顾之忧可以降低农民进行土地经营权抵押的顾虑，提高扩充农业生产经营规模的积极性；（3）合理安置失地农民。地方政府应针对因抵押而失地的农民的生存问题出台相关政策，通过优先安排再就业技能培训、纳入社会保险统筹等措施，承担起失地农民的安置工作。





## 结 语

我国农业生产水平和生产规模走向现代化是必然趋势，农村土地经营权抵押能够有效地解决资金问题，为农业生产的规模化提供经济支持，对实现乡村振兴具有重要意义。截止目前，土地经营权抵押融资试点工作已经开展了六年的时间，各试点地区的积极探索为日后实现土地经营权抵押的全国性开展提供了宝贵的经验。

关于土地经营权抵押的一些问题，立法选择了回避，以赋予当事人根据实际情况自由选择的权利，赋予试点地区更大的探索空间。《民法典》以及《农村土地承包法》相对模糊的规定导致了学界长期的争论，也为试点地区的实践操作带来了难度。通过梳理相关理论成果，本文认为经合法登记的土地经营权属于用益物权，通过出租方式设立的短期土地经营权没有必要赋予物权地位，建议更名为实务界更为熟悉的“土地租赁权”。当家庭承包经营户（土地承包经营权人）作为抵押人时，本户中任何一个从事农村土地承包经营的成员都可以作为家庭承包经营户的代表签订抵押协议。结合我国目前实际情况，土地经营权的抵押权人应当限制为银行金融机构，随着制度成熟以及配套的完善，抵押权人的范围可以进行适当扩大。为解决目前试点地区所遇到的现实问题，结合部分地区的先进经验，本文对土地经营权抵押的制度完善提出了以下建议：进一步推进土地经营权登记颁证工作，以确保土地的权属清晰。土地经营权抵押应采用登记生效主义，以更好地应对“陌生人市场”，保护交易安全。立法角度要明确土地经营权抵押的主客体范围，取消土地经营权人抵押需要“承包方同意”的相关规定。从合理限制土地承包经营权人的解除权、丰富土地经营权抵押权实现方式以及完善土地经营权抵押权的配套制度入手，以期保护抵押权人的权利实现，调动银行金融机构的放贷积极性。健全土地经营权评估制度、流转交易平台的相关配套措施，真正实现土地经营权“活起来”。同时，要着眼于农民利益的保护，完善农村社会保障体系，让农民从以土地“求生存”过度到“求发展”。土地经营权抵押工作的顺利开展，能够充分激活土地经济价值，解决农民融资难的问题，真正实现农民增收致富和农业生产现代化。



## 参考文献

### (1) 连续出版物

- [1]温世扬.从《物权法》到“物权编”——我国用益物权制度的完善[J].法律科学(西北政法大学学报),2018,36(06):155-163.
- [2]朱广新.论土地承包经营权的主体、期限和继承[J].吉林大学社会科学学报,2014,54(04):28-37+171.
- [3]高海.土地承包经营权之收益权融资担保[J].安徽大学学报(哲学社会科学版),2012,36(04):109-119.
- [4]赵申豪.土地收益权质押:一个虚幻的担保[J].西北农林科技大学学报(社会科学版),2018,18(06):66-74.
- [5]高圣平.农地金融化的法律困境及出路[J].中国社会科学,2014(08):147-166+207-208.
- [6]高圣平.承包地三权分置的法律表达[J].中国法学,2018(04):261-281.
- [7]厉以宁.论城乡二元体制改革[J].北京大学学报(哲学社会科学版),2008(02):5-11.
- [8]吴国喆.“三权分置”背景下农地抵押的规则设计[J].北方法学,2018,12(05):16-24.
- [9]罗兴,马九杰.不同土地流转模式下的农地经营权抵押属性比较[J].农业经济问题,2017,38(02):22-32+1.
- [10]于嘉.产权改革视角下的农村土地“三权分置”与抵押融资模式研究[J].安徽农业科学,2020,48(19):264-268.
- [11]高圣平.承包土地的经营权抵押规则之构建——兼评重庆城乡统筹综合配套改革试点模式[J].法商研究,2016,33(01):3-12.
- [12]孟光辉.承包土地经营权的抵押登记问题探析[J].中国农村经济,2016(10):27-38.
- [13]李军国,赵晓强.从“两权分离”到“三权分置”——改革开放以来中国土地流转政策实践与探索[J].中国经济报告,2020(03):60-76.
- [14]蔡立东.从“权能分离”到“权利行使”[J].中国社会科学,2021(04):87-105+206.
- [15]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[J].法学杂志,2020,41(02):69-77.
- [16]单平基.分解、舍弃抑或改造:《民法典》编纂中土地承包经营权的定位[J].南京农业大学学报(社会科学版),2020,20(03):123-131.
- [17]崔梦溪.民法典时代土地经营权租赁合同特殊性的立法实现[J].资源科学,2021,43(08):1628-1637.

- [18]高圣平. 民法典视野下农地融资担保规则的解释论[J]. 广东社会科学, 2020(04):212-225+256.
- [19]郭志京. 民法典土地经营权的规范构造[J]. 法学杂志, 2021, 42(06):73-86.
- [20]高圣平. 民法典物权编的发展与展望[J]. 中国人民大学学报, 2020, 34(04):19-29.
- [21]谭贵华, 吴大华. 农村承包地经营权抵押权的实现方式[J]. 农业经济问题, 2020(06):119-130. DOI:10.13246/j.cnki.iae.2020.06.011.
- [22]许明月. 农村承包地经营权抵押融资改革的立法跟进[J]. 比较法研究, 2016(05):1-13.
- [23]周晨曦. 农地经营权抵押贷款法理分析与路径优化[J]. 人民论坛·学术前沿, 2020(16):120-123.
- [24]孙晓勇. 农地诉讼频发的成因分析——以司法实践调研为基础[J]. 中国法律评论, 2021(01):69-81.
- [25]张龙耀, 王梦琚, 刘俊杰. 农民土地承包经营权抵押融资改革分析[J]. 农业经济问题, 2015, 36(02):70-78+111. DOI:10.13246/j.cnki.iae.2015.02.010.
- [26]王鹏鹏. 三权分置下农地抵押制度的变革与重构[J]. 农村经济, 2020(02):65-73.
- [27]彭澎, 刘丹. 三权分置下农地经营权抵押融资运行机理——基于扎根理论的多案例研究[J]. 中国农村经济, 2019(11):32-50.
- [28]李伟伟, 张云华. 土地承包经营权抵押标的及其贷款操作:11省(区、市)个案[J]. 改革, 2011(12):76-84.
- [29]汪险生, 郭忠兴. 土地承包经营权抵押贷款:两权分离及运行机理——基于对江苏新沂市与宁夏同心县的考察[J]. 经济学家, 2014(04):49-60.
- [30]赵龙, 阮梦凡. 土地经营权抵押的破产处置——以“浙江大唐生态农业公司破产案”为实践[J]. 法律适用, 2020(02):25-34.
- [31]李超, 李韬. 土地经营权抵押响应对农户土地转出行为的影响——来自宁夏回族自治区农地产权抵押试点区的证据[J]. 农业技术经济, 2021(03):94-104.
- [32]单平基. 土地经营权融资担保的法实现——以《农村土地承包法》为中心[J]. 江西社会科学, 2020, 40(02):26-36.
- [33]房绍坤. 土地经营权入典的时代价值[J]. 探索与争鸣, 2020(05):12-14.
- [34]李彩霞. 我国农村产权抵押融资实现机制:典型模式与区域经验——基于全国多样本的案例研究[J]. 金融理论与实践, 2020(11):22-28.
- [35]林一民, 林巧文, 关旭. 我国农地经营权抵押的现实困境与制度创新[J]. 改革, 2020(01):123-132.
- [36]崔建远. 物权编对四种他物权制度的完善和发展[J]. 中国法学, 2020(04):26-43.
- [37]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[J]. 东方法学, 2020(02):146-158.

- [38]胡历芳.中国农村土地资本化中“三权”的权能及边界[J].农村经济,2020(05):18-26.
- [39]黄惠春,徐霁月.中国农地经营权抵押贷款实践模式与发展路径——基于抵押品功能的视角[J].农业经济问题,2016,37(12):95-102+112.
- [40]白洋,胡锋.农村土地融资担保的法律制度完善[J].中州学刊,2021(08):62-67.
- [41]高圣平.土地经营权登记规则研究[J].比较法研究,2021(04):1-16.
- [42]陈明亮,叶银龙等.推进土地承包经营权抵押贷款的优化路径——基于浙江丽水300个农业经营主体的调查[J].浙江金融,2018(07):75-81.
- [43]张晓霞.我国农地金融制度建设的经验教训与启示[J].上海金融,2011(02):20-22.
- [44]焦富民.“三权分置”视域下承包土地的经营权抵押制度之构建[J].政法论坛,2016,34(05):25-36.
- [45]邓小云.我国农村土地抵押的实践困境与法制完善[J].甘肃社会科学,2014(05):184-187.
- [46]那拉,门建芳等.土地承包经营权抵押贷款运行机制基本经验与完善——基于宁夏同心与福建明溪试点的对比[J].江西农业学报,2018,30(07):134-140+145.
- [47]张树锋,安海燕.产权交易市场完善条件下的农地抵押贷款模式及效果研究——以嘉兴市海盐县为例[J].中国农业资源与区划,2016,37(05):135-142+147.
- [48]王杨,孙蕊.乡村振兴视域下土地经营权融资担保法律制度研究[J].中国土地科学,2021,35(10):20-26.
- [49]房绍坤.论土地承包经营权抵押的制度构建[J].法学家,2014(02):41-47.
- [50]汪险生,郭忠兴.承包型土地经营权抵押贷款的实践探索——基于对宁夏平罗县与同心县的比较分析[J].农村经济,2016(06):77-82.
- [51]曾大鹏.土地承包经营权抵押的法律困境与现实出路[J].中国农村观察,2017(02):15-26.
- [52]韦福.论农村土地承包经营权抵押权实现的法律规制[J].农业经济,2012(05):89-91.
- [53]房绍坤,林广会.解释论视角下的土地经营权融资担保[J].吉林大学社会科学学报,2020,60(01):5-17+219.
- [54]黎毅,王燕等.农地认知、农地确权与农地流转——基于西部6省(市、区)的调研分析[J].经济与管理研究,2021,42(01):120-132.
- [55]张艳艳.金融支持县域经济发展的问题研究——以寿光市为例[J].时代金融,2015(26):62-63.
- [56]陈耀东,高一丹.土地经营权的民法典表达[J].天津法学,2020,36(03):5-13.
- [57]吕杏平.农村承包土地经营权抵押贷款风险缓释机制研究——基于浙江嵊州市的试点调查[J].浙江金融,2017(12):75-80.
- [58]肖峰,赵哲.农地“三权分置”框架下承包权的定位与制度保障[J].华北电力大学学报(社会科学版),2020(04):102-110.
- [59]王秀鹏.乡村振兴背景下土地经营权融资担保的困境及对策[J].农业经济,2021(07):100-102.

- [60]徐铁良, 张晓娟. 农村土地承包经营权流转问题探析[J]. 成都大学学报(社会科学版), 2008(04):39-40.
- [61]王洪亮. 三权分置与土地使用权权能的完满[J]. 清华法律评论, 2016, 9(01):122-137.
- [62]张毅, 张红等. 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[J]. 中国软科学, 2016(03):13-23.
- [63]穆兰. 从博弈论角度分析农村土地使用权的流转[J]. 咸宁学院学报, 2009, 29(S1):25-26.

## (2) 专著

- [64]王利明. 物权法研究[M]. 中国人民大学出版社
- [65]王泽鉴. 民法物权[M]. 北京:北京大学出版社

## (3) 法律及政策性文件

- [66]《中华人民共和国民法典》
- [67]《中华人民共和国土地承包法》
- [68]《中华人民共和国物权法》
- [69]《金融机构贷款投向统计报告》
- [70]《关于延长授权国务院在北京市大兴区等 232 个试点县(市、区)、天津市蓟州区等 59 个试点县(市、区)行政区域分别暂时调整实施有关法律规定期限的决定(草案)》
- [71]《农村承包土地的经营权抵押贷款试点暂行办法》

## (4) 学位论文

- [72]陈晓晓. “三权分置”背景下土地经营权抵押的法律问题研究[D]. 首都经济贸易大学, 2018.
- [73]李润泽. “三权分置”下土地经营权抵押制度研究[D]. 山东政法学院, 2020.
- [74]沈思言. 农村承包土地的经营权抵押制度研究[D]. 对外经济贸易大学, 2019.
- [75]胡建. 农村土地抵押法律问题研究[D]. 西南政法大学, 2015.
- [76]姜平. 农村土地经营权融资担保的实践考察与制度完善[D]. 湘潭大学, 2020.
- [77]刘广明. 农地抵押融资功能实现法律制度研究[D]. 西南政法大学, 2014.
- [78]贺思博. 三权分置框架下农地经营权抵押融资问题研究[D]. 西南大学, 2020.
- [79]曾秀云. 我国农村土地经营权抵押问题研究[D]. 安徽财经大学, 2020.
- [80]吕梁山. 土地经营权融资担保问题研究[D]. 苏州大学, 2020.
- [81]唐之晟. 土地经营权抵押实现的法律问题研究[D]. 西南大学, 2021.
- [82]魏妍萍. “三权分置”下农村土地经营权抵押融资法律问题研究[D]. 兰州大学, 2021.
- [83]赵子方. 清代洛阳土地典当契约研究[D]. 兰州大学, 2021.
- [84]王雷雷. 农地经营权抵押贷款中抵押物价值评估研究[D]. 西北农林科技大学, 2018.
- [85]兰馨. “三权分置”下农村土地经营权抵押法律问题研究[D]. 华中农业大学, 2018.

(5) 报纸文章

- [86]刘成友. 关键是解决农民后顾之忧——山东寿光土地承包经营权抵押贷款试点调查(下). [N]. 人民日报, 2010—9—15 (010)





## 致 谢

研究生的三年学习生活转瞬即逝，2022 年夏，我在河南师大的日子正式结束。从 2014 年高中毕业初来乍到，到 2018 年以研究生支教团成员的身份奔赴新疆支教，再到 2019 年完成身份的又一次转换，重新回到课堂，回顾这片承载了我七年青春的热土，感触良多。

首先是感谢，感谢这一路陪伴的良师益友，感谢我的导师黄延廷教授，给予我学业、生活上的指导和帮助，在黄老师的悉心指导和鼓励下，我从研一的不适应，“不会写”、“不敢写”，到如今“愿意写”、“喜欢写”，从科研项目申报到学位论文的撰写 真正感受到了三农问题的魅力。感谢法学院的各位领导老师，从本科时期的学生干部，到硕士时期的兼职辅导员，感谢老师们给予我锻炼的机会和工作的指导，让我在学生工作中得到了能力的提高。当然，最应当感谢的是我的父母，念我父母，其艰其辛，生我劬劳，至于成人，感谢他们无私的爱，给予我精神上的鼓励和物质上的帮助，我的父母虽从未接受过高等教育，但总是在我迷茫和困惑时，用朴素的道理教导我，指引我。最后要感谢的是一直陪伴我的同学、舍友，大学时期坚实的友情我将终生怀念。

其次是感悟，在毕业论文中谈谈生活感悟是我一直想做的，一来是总结记录，二来是作为步入社会后进行自我要求、自我激励的材料。我主要谈交际和读书两个方面。首先谈谈人际交往，我曾将人际交往简单片面的理解为人际关系的搭建与维护，简言之，致力于培养自己的聊天、喝酒等交际技能，暂且不谈酒桌文化这一社会风气的正确与否，不可否认的是，酒作为媒介确实在一定程度上拉近了人与人之间的距离，尤其是中原地区。但通过这样的方式所搭建的人际关系，所谓的人脉，是不可靠的，或者说是表面的，人与人深度交往的前提是二者境界、谈吐各方面的匹配，所以说社会人际交往的途径并不是费心费力的主动靠近，而是不断提升自身，吸引那些和你一样努力的优秀人才。提升自身的方法便是我想谈的第二个问题，读书。这是我学生生涯一直在回避的问题，多次制定读书计划，多次出师不利，为自己找各种借口，没能用好学校的书籍资源是我学生生涯的最大遗憾，如今即将结束学生身份，便总想着以“过来人”的身份同师弟师妹们谈，但确实才疏学浅，面对浩如烟海的法学典籍，我深感无力。研二时期有幸上过于庆生老师和徐晓老师的法学经典带读课，过程艰辛，读的吃力，说来惭愧，仅过一年，

便将知识如数奉还，但终究能够在自己的“学术简历”中填上一笔。在当前浮躁的大环境里，做到精读一本书确实不易，甚至连浅读也只是从社交媒体上断章取义，浅尝辄止，在我看来，即便不从事专业的法学研究工作，作为法学生，也需要经典书籍的滋润和净化。步入社会后，在面对家庭、工作等多方面的压力下，静下心来读本书，这是我对自己的人生要求。

最后是祝福，愿老师们身体健康，工作顺利，愿我和同学们找到满意的工作，能够在我們热爱的法律工作中发光发热，愿一路走来帮助过我的人平安幸福。

从学七载，恩长纸短，道不尽也不必道尽，是序幕而并非终章，诸君来日方长！

李志恒

2022年3月

## 独 创 性 声 明

本人郑重声明：所呈交的学位论文是我个人在导师指导下进行的研究工作及取得的研究成果。尽我所知，除了文中特别加以标注和致谢的地方外，论文中不包含其他人已经发表或撰写过的研究成果，也不包含为获得河南师范大学或其他教育机构的学位或证书所使用过的材料。与我一同工作的同志对本研究所做的任何贡献均已在论文中作了明确的说明并表示了谢意。

作者签名：\_\_\_\_\_日期：\_\_\_\_\_

## 关于论文使用授权的说明

本人完全了解河南师范大学有关保留、使用学位论文的规定，即：有权保留并向国家有关部门或机构送交论文的复印件和磁盘，允许论文被查阅和借阅。本人授权河南师范大学可以将学位论文的全部或部分内容编入有关数据库进行检索，可以采用影印、缩印或扫描等复制手段保存、汇编学位论文。（保密的学位论文在解密后适用本授权书）

作者签名：\_\_\_\_\_导师签名：\_\_\_\_\_日期：\_\_\_\_\_