

《民法典》视域下土地经营权担保法律制度研究

胡瑜瀚

(四川农业大学 法学院, 四川 雅安 625000)

【摘要】《中华人民共和国民法典》构建了土地经营权担保法律制度的宏观框架和基本原则,针对试点实践中土地经济价值难以实现和土地经营权担保融资效果不明显的问题,从学理和规范层面入手,提出土地经营权担保物权的权利性质为抵押权,担保类型为抵押。以流转为标准区分担保主体,不发生流转时,主体为土地承包经营权和金融机构;发生流转时,主体为土地经营权和金融机构。应当在《中华人民共和国民法典》视域下结合土地经营权担保的适用困境,明确土地经营权担保的主、客体,采用登记生效主义,探索担保权利实现方式,并进一步完善配套制度建设。

【关键词】土地经营权担保;土地经营权抵押;土地经营权;土地承包经营权

【中图分类号】D922.3

【文献标识码】A

【文章编号】1671-7252(2023)04-0045-07

一、引言

土地经营权担保是实现农村土地经济价值的重要方式。《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》)以立法形式固定了农村土地“三权分置”改革的试点成果,允许“承包地的土地经营权”进行流转、担保。《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)删去“耕地使用权不得担保”的规定,从法律层面上允许了土地经营权担保。然而《农村土地承包法》第四十七条“土地经营权融资担保办法由国务院有关部门规定”,因相关融资担保办法暂未出台,无法对其权利性质、担保类型等问题作出回

应。为保证法律的稳定性和可预测性,应当从法律解释论的角度对《民法典》未尽事宜进行解释和补充。

二、土地经营权担保制度的规范分析

(一)土地经营权担保的权利性质

1. 土地经营权担保的权利性质以土地经营权的权利性质为基础

一部分学者认为只有厘清土地经营权的权利性质,才能明确土地经营权担保物权,在此基础上存在“用益物权说”“债权说”和“物权债权二元说”三种观点。

持第一种观点“用益物权说”的学者认

【基金项目】国家社会科学基金青年项目(19CFX018)

【收稿日期】2023-02-26

【作者简介】胡瑜瀚(2000—),女,四川成都人,四川农业大学法学院2021级马克思主义法学专业硕士研究生。
研究方向:农村法治、土地法。

为, 土地经营权是权利人对土地依法占有、使用、收益^[1]。土地经营权担保的客体是土地经营权, 以用益物权作为担保物^[2], 其担保权属于抵押权。

持第二种观点“债权说”的学者认为, 依据现行法律债权意思主义和登记对抗主义的物权变动条款^[3], 土地经营权不以登记为生效要件, 属于债权, 其担保权属于权利质权。如果承包方需要在土地未流转时设立担保, 可采用两种方式, 方式一是直接以土地承包经营权设立担保, 按此方式, 土地经营权“债权说”的观点对于认定土地承包经营权担保的权利性质没有关联。方式二是承包方先为自己设立土地经营权, 再以土地经营权设立担保, 但这种方式属于在自有的用益物权上设立债权, 不符合《民法典》第五百五十七条“债权债务终止和《农村土地承包法》第九条承包方“保留土地承包权, 流转其承包地的土地经营权由‘他人’经营”的法律规定。

持第三种观点“物权债权二元说”的学者认为, 流转期限不满五年的土地经营权的权利性质为债权, 五年以上的为用益物权^[4]。直接以未经流转的土地承包经营权设立担保或以流转五年以上的土地经营权设立担保的, 担保物土地经营权具有物权属性; 以不满五年的土地经营权设立担保的, 担保物土地经营权具有债权属性^[5]。但是, 土地经营权是土地利用权能和经营权能的集合, 单纯以经营期限或设立方式作为权利性质的区分标准, 不符合“物权法定原则”和“物权债权二分原则”。

2. 直接认定土地经营权担保的权利性质

持第四种观点“土地经营权担保一体说”的学者认为, 从立法目的出发, 土地经营权

担保规则的逻辑起点应当是通过赋予金融机构担保权利, 实现土地的融资功能, 发挥土地的经济价值^[6]。因此, 土地经营权的权利性质与其担保物权利性质之间没有必然联系, 可以越过土地经营权直接讨论土地经营权担保的权利性质^[7]。

第一种观点认为土地经营权担保的权利性质依赖于土地经营权, 否则会给之后的立法工作和实践工作留下难题。但是, 结合土地经营权担保的试点情况, 笔者认为第四种观点更符合“三权分置”“土地经营权”和“土地经营权担保”的立法目的, 并且按照体系解释, 《农村土地承包法》明确规定了土地经营权担保。因此, 应当重点关注土地融资的实践路径。基于上述讨论, 在明确土地经营权担保物权的必要性和设权思路的基础上, 还需进一步分析担保物权的担保类型, 以厘清担保物权的权利性质。

(二) 土地经营权担保的类型

第一, 土地经营权抵押于法有据。2014 年中央一号文件提出允许以承包土地的经营权“抵押融资”。《民法典》第三百四十二条明确将抵押作为土地经营权流转方式之一。

第二, 土地经营权担保不适合设立权利质权。比较来看, 抵押人有权在抵押期间继续占有、使用或转让抵押物, 也可以转让抵押财产; 而设立权利质权后, 出质人应当向质权人交付权利凭证, 质权自交付或登记时设立, 原则上需协商同意才能转让。金融机构致力于金融领域的投资, 没有进行农业经营的能力, 为其设立权利质权不符合充分利用土地的原则。且建设用地使用权、海域使用权等不动产权利也是规定在抵押权之列, 仅动产权利进入了权利质权的范畴^[8], 土地经营权担保物权在不动产属性和实物属性上更贴合抵

押权而非权利质权。

第三,土地经营权担保物权的物质基础是作为不动产的土地。根据《民法典》第四百二十五条和第四百四十七条规定,其担保物权不存在动产质权和留置权的可能。综上分析,土地经营权担保物权的权利性质为抵押权,担保类型为抵押。

(三)土地经营权担保的主、客体

根据《农村土地承包法》第四十七条规定,担保主体是指担保人(承包方、受让方)和担保权人(具有土地经营权担保业务资质的金融机构)。《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》)中规定,担保人是指“通过家庭承包方式依法取得土地承包经营权”的承包方和“通过合法流转方式获得承包土地的经营权的农户及农业经营主体”,即受让方。

学界普遍认同受让方作为担保人在土地经营权上设立担保物权,但是当担保人是承包方时,担保客体“承包地的土地经营权”的性质是“土地经营权”还是“土地承包经营权”存在较大争议。持前一观点的学者认为,承包地没有流转就不存在承包方的“土地经营权”,但是当在承包地上设立担保物权时,承包方提供的担保财产是不具有身份属性的“土地经营权”^[9]。也有学者提出,应允许承包方先为自己设定土地经营权再设定担保^{[4]8}。而持后一观点的学者认为,根据物权法定原则,承包方对承包地享有的权利在法律表达上仅为“土地承包经营权”而非“土地经营权”^{[7]216}。实际上,土地承包经营

权和土地经营权都具有经营收益的权能,是否具有身份属性与能否担保没有必然联系。

因此,应当采用后一种观点,当不发生土地流转时,土地经营权担保的主体是作为承包方的土地经营权人和金融机构,客体是“承包地的土地经营权”,即土地承包经营权;当土地流转时,土地经营权担保的主体是作为受让方的土地经营权人和金融机构,客体是“通过流转取得的土地经营权”,即土地经营权。

三、土地经营权担保制度的适用困境

(一)土地经营权担保的主、客体不明

第一,承包方提供担保时,担保人具体为全体家庭成员还是户主存在争议。承包方可能基于土地经营权流转收益不符合预期等现实原因,以担保人未征求全体家庭成员同意为由,请求确认担保合同无效,损害担保权人合法权益。实践中,有为证明家庭成员知晓土地流转事宜而签订《借款家庭成员承诺书》^①的先例。

第二,担保人土地经营权担保资格的审查存在漏洞。法律要求承包方应当具有农村集体经济组织成员身份,受让方应当具有农业经营能力或资质。申请担保时,担保人应当提供土地权属证书,受让方还应当提供承包方的书面同意证明。但在实践中,某合作社作为土地承包经营权的抵押人,未提供土地承包经营权的权属证书,而银行通过了资格审查,造成土地承包经营权抵押合同纠纷^②。

① 吉林公主岭农村商业银行股份有限公司与张善刚、赵秀云金融借款合同纠纷一案,案号:(2020)吉0184民初3618号。

② 乌鲁木齐米东浦发村镇银行股份有限公司、新疆金成肉牛养殖专业合作社抵押合同纠纷一案,案号:(2022)新01民终1719号。

第三,地上附着物是否作为担保客体随土地经营权一并抵押。地上附着物一般是指农作物和构筑物,主要争议在于因农作物成熟收获具有周期性和季节性,如果农作物一并担保,担保人在担保期限届满前收获农作物,会造成担保权人实现的担保权低于预期;如果农作物分别担保抵押,担保人在担保期限届满后迟迟不收获农作物,会造成担保权人不能按时实现担保权。

(二) 土地经营权担保登记缺乏实效

第一,土地经营权担保的登记对抗主义不适应新兴土地市场发展要求。按照登记对抗主义规则,担保物权自担保合同生效时设立,是否登记不影响担保物权的效力,只起公示作用。实践中承包方可能将土地流转给非本村集体经济组织成员,也可能在土地承包经营权上设立抵押等权利负担,需要引入登记生效主义掀开农村土地权利状态的“面纱”。

第二,当事人缺乏土地相关权利的登记意识和程序意识。《民法典》第三百四十一条规定,土地经营权自流转合同生效时设立。长期以来,我国农村土地承包经营权属于意定物权,权利的变动模式采用债权意思主义^[10]。但法院一般认为,土地流转时,担保人没有经过承包方书面同意、相关部门登记备案、抵押登记等程序的,抵押合同不能生效^{③④}。

第三,土地登记体系未衔接,土地经营

权担保登记制度不完整。权利登记普遍采用登记对抗主义,加大了整合土地登记信息的难度。目前,土地承包经营权登记交易中心仍在建设中,不同部门之间可能出现登记重复、登记遗漏和登记错误,造成担保登记混乱和交易风险上升。

(三) 土地经营权担保权利行使困难

第一,担保物权的受让人范围较窄。土地承包经营权具有身份属性,只能由本集体经济组织成员享有,一般以家庭为单位承包,折价、拍卖、变卖的可行性低。在拍卖土地承包经营权实现抵押权时,竞拍人不得突破本集体经济组织成员的身份限制,竞拍人对竞拍到的土地承包经营权的使用也不能突破土地用途管制的限制,作为金融机构的银行很难直接成为土地承包经营权人或土地经营权人。

第二,折价、拍卖、变卖等方式在农村受到限制。拍卖虽然能最大程度实现土地经营权的价值,但土地本身流通性较低,土地经营权拍卖资格的主体范围较小,极易出现流拍。从实践试点来看,虽然法院在执行裁定书中写到“对土地经营权折价、拍卖或变卖后所得价款在 XX 万元范围内享有优先受偿权”,但实际执行的往往是车辆等财产,金融机构难以通过折价、拍卖或变卖土地经营权实现抵押权^⑤。

第三,在村民失地风险和银行金融风险的利益平衡中前者优先。银行作为抵押权人

③ 黑龙江象屿农业物产有限公司与逊克县松树沟现代农机专业合作社、杨长轩种植、养殖回收合同纠纷一案,案号:(2020)黑 0223 民初 1113 号。

④ 甘肃银行股份有限公司庆阳分行与西峰区刘苑种植农民专业合作社住所地、刘建辉等金融借款合同纠纷一案,案号:(2019)甘 10 民终 1207 号。

⑤ 江苏金湖民泰村镇银行股份有限公司与冯国华、梁月梅等借款合同纠纷一案,案号:(2019)苏 0831 执 2013 号。

能够通过向法院提供完整的土地经营权担保法律关系证明，取得胜诉判决^⑥。但农民是弱势方，法律在绝对避免村民失地风险和相对避免银行金融风险之间优先保护前者。金融机构可能会基于担保权利实现难度大、金融风险高等原因，限制土地经营权的抵押贷款业务。

（四）土地经营权担保配套制度空缺

第一，土地承包经营权、土地经营权的价值评估体系缺失。根据《暂行办法》规定，双方当事人可通过第三方机构评估、贷款人自行评估或者双方协商评估等方式进行，但实践中无论评估方式如何，通常采用政府指导价。土地经营权价值评估小组成员一般包括试点地区农业主管部门、第三方评估机构和村干部等。但一些地区的价值评估小组成员也包括金融机构，其为实现担保权利和降低金融风险，难免使评估结果低于土地价值，损害农民的经济利益。

第二，农村产权流转交易平台未建立。土地经营权流转市场和交易平台仍在建设和试点当中，大部分土地经营权流转仅限于县域、村域和熟人之间。规模化的市场交易平台和专业性的市场信息发布平台缺失，土地经营权难以市场化流转，交易价格往往低于市场价格。出让方不能以相对合理的价格流转，受让方也没有“货比三家”的平台和途径，未知的交易风险可能会降低双方的交易意愿。

四、土地经营权担保制度的实现路径

（一）明确土地经营权担保的主、客体

第一，土地承包经营权的户主及其家庭成员均有权设立担保。《农村土地承包法》第二十四条规定，土地承包经营权证等证书应当将具有土地承包经营权的全部家庭成员列入。户主及其家庭成员共同共有土地承包经营权，有完全民事行为能力的家庭成员共同签名或事后追认的，可以认定同意其家庭成员代表签订的担保合同。家庭成员之一以个人名义超出合理范围签订土地承包经营权担保合同的，合同无效。这样做既避免担保人事后否认已设立的担保义务，又保证担保人有证明担保合同有效的依据。

第二，从担保合同的角度加强担保人的担保义务。土地经营权担保未登记的，担保权人可通过担保合同要求担保人承担登记义务或违约责任，或在合同中约定担保权人可以主张担保人在受损范围内承担责任。

第三，对于地上附着物应当分别讨论，一是构筑物可以类推适用“房随地走”的原则，作为土地经营权担保的客体一并抵押，这在实践中争议不大。二是农作物与土地并非不可分割，也非主物与从物的关系，二者的分开与绑定对各自价值影响不大，可以由担保双方在担保合同中意思自治，没有约定的，原则上不作为抵押物。因农作物收获发生延迟履行的，由违约方按照合同约定承担相应违约责任。

^⑥ 黑龙江讷河农村商业银行股份有限公司与龚志臣、谭秀英金融借款合同纠纷一案，案号：（2019）黑 0281 民初 540 号。哈尔滨银行股份有限公司双鸭山宝清支行与曾祥杰、曾范山金融借款合同纠纷一案，案号：（2017）黑 0523 民初 901 号。一审民事。哈尔滨银行股份有限公司双鸭山宝清支行与曾凡海金融借款合同纠纷一案，案号：（2017）黑 0523 民初 902 号。拜泉县农村信用合作联社与张学义金融借款合同纠纷一案，案号：（2019）黑 0231 民初 487 号。

（二）采用土地经营权担保登记生效主义

第一，保证土地经营权担保法律关系的公示公开。在土地市场化环境下，土地经营权和担保权人可能非本集体经济组织成员，土地经营权担保需要通过登记公示以固定担保法律关系，保护相关权利人利益。同时，相关权利人是否同意抵押不影响权利设立，只产生相应违约责任。

第二，培养土地权利人主动登记保护自身合法权利的意识。我国农村土地制度从制定设立之初便采用登记对抗主义，实践中没有登记土地权利的传统，土地承包经营权人也没有登记土地权利的意识。应遵循土地经营权担保登记生效主义，逐步培养土地权利人的权利意识和登记意识，以适应农村经济发展和土地融资的市场化运作模式。

第三，完善土地承包经营权担保登记制度。农村土地承包经营权应当经确权、登记、公示、颁证等程序，并统一造册上网，担保权人完成土地经营权担保登记后，无需另外向发包方备案。应探索方便、快捷、高效的颁证和登记方式，推进农村土地资产确权登记工作一体化，提高土地经营权的流通性和土地经营权抵押的融资效果。

（三）探索土地经营权担保权利实现方式

第一，适当保护土地经营权人。当前法律对土地经营权人作了诸多限制，如《农村土地承包法》第四十二条承包方对土地经营权流转合同的单方解除权、第四十六条受让方流转土地经营权需承包方书面同意等。土地经营权担保权利的实现要以由受让方继受土地经营权为前提条件，由新的土地经营权人继续经营，发挥土地的经济价值，金融机构在此基础上就土地经营权的流转价款或收益优先受偿。在兼顾各主体权益的基础上保

护土地经营权人利益，并结合实际情况放宽其资格限制。

第二，强制管理土地经营权。类比适用破产管理人制度，由执行法院选任土地经营权的管理人，以土地管理所得收益实现担保权利^[1]。强制管理没有改变土地承包经营权和土地经营权的权利归属，利用土地经营收益偿还担保债务，能够保证土地资源有效合理利用，解决担保人的资格问题，也能将强制管理与拍卖等权利实现方式并行适用。

（四）完善土地经营权担保的配套制度

第一，建立土地经营权流转交易平台。由政府牵头建立农村土地经营权流转交易平台，利用互联网和大数据提供交易信息，并与其他信息平台连通，如土地经营权抵押登记平台等，保证土地登记和交易信息的完整性和权威性。提供多样化的便民服务，如政策咨询、程序引导等，维持交易秩序稳定，减少交易纠纷。

第二，构建农村土地经营权价值评估体系。一是设立专业化的第三方评估机构，制定选择评估机构的规范程序。二是培养专业评估人员，由农业主管部门组织和指导相关培训。三是制定评估标准，综合考虑土地等级、经营权剩余年限、预期收益、市场波动等因素，严格按照评估标准开展工作。

第三，引入农业保险制度。为应对自然因素、市场因素和政策因素的不确定性，可以提高农业保险的理赔效率并简化索赔程序，保证农业保险及时稳定赔付，提高村民、农业经营主体和金融机构的参保意愿。

五、结语

随着乡村振兴战略的全面推进，农业经营主体的融资问题逐渐凸显，而农业金融体系

建设可为农村产业的持续发展保驾护航。土地经营权作为“三权分置”改革的重要成果,其担保制度是发挥土地经济价值的重要手段。应当在《民法典》视域下充分保证我国土地所有制度和村民基本权益,积极探索如何最大限度发挥土地经营权担保融资功能,让村民享受到农村经济发展和农业市场化的成果。

【参考文献】

- [1] 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.
- [2] 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.
- [3] 单平基.土地经营权债权定性之解释论[J].法学家,2022(04):146-160,195-196.
- [4] 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.
- [5] 王雷.房地产法学[M].北京:中国人民大学出版社,2021:233.
- [6] 张素华,王年.《民法典》视域下土地经营权担保规则之续造[J].中国政法大学学报,2022(04):91-109.
- [7] 高圣平.民法典视野下农地融资担保规则的解构论[J].广东社会科学,2020(04):212-225,256.
- [8] 高圣平.土地承包经营权制度与民法典物权编编纂:评《民法典物权编(草案二次审议稿)》[J].法商研究,2019,36(06):16-27.
- [9] 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.
- [10] 李长健,兰馨.农村土地经营权抵押的法律适用及运行保障:以《农村土地承包法修正案(草案)》为中心[J].吉首大学学报(社会科学版),2018,39(05):93-101.
- [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.

(责任编辑 任卫娜)

Research on the Legal System of Land Management Right Guarantee from the Perspective of the *Civil Code*

HU Yuhuan

(College of Law, Sichuan Agricultural University, Ya'an Sichuan 625000, China)

Abstract: The *Civil Code* establishes a macro framework and basic principles for the legal system of land management right guarantee. In view of the problems that the economic value of land is difficult to realize and the financing effect of land management right guarantee is not obvious in pilot practice, starting from the academic and normative levels, it is proposed that the right nature of real property of land management right guarantee is mortgage, and the type of guarantee is mortgage. Distinguishing the guarantee subjects based on the rural land circulation, when there is not rural land circulation, subjects are the land contracting and management right holders and financial institutions; when the transfer occurs, the subjects are the land management right holders and financial institutions. It is necessary to clarify the subject and object of land management right guarantee from the perspective of the *Civil Code* in combination with the applicable difficulties of land management right guarantee, adopt registration effectiveness doctrine, explore the realization methods of guarantee rights, and further improve the construction of supporting systems.

Keywords: guarantee of land management right; mortgage of land management right; land management right; land contracting and management right