

# 农户土地经营权融资担保实践模式的法表达

罗亚文<sup>1</sup>

**【摘要】**农户土地经营权融资担保的实践路径可总结为“直接抵押担保”和“抵押反担保”，涉及权利主体分别为“农户+金融机构/农土公司”“农户+合作社/联保小组/农业担保公司+金融机构”。融资担保实践路径存在担保客体构成复杂、“同意、备案、登记”法效力不明确、抵押权实现规则缺失的问题，“抵押反担保”路径面临违背物权基本理论、保证担保人不真正承担连带保证责任的质疑。立法规范应当明确“农户土地经营权抵押”的法形式、厘清抵押客体的范畴、适当扩张抵押权人的主体范围、确立土地经营权抵押登记生效规则，构筑包括拍卖、变卖、强制管理、强制缔约、预处置等在内的抵押权的多元实现路径，以期推进土地经营权融资担保实践模式的入法进程，促进理论与实践的衔接与耦合。

**【关键词】**土地经营权 融资担保 抵押权 农户

**【中图分类号】**F321.1 **【文献标识码】**A **【文章编号】**1003—7470 (2022)—12—0108 (09)

《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)、《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》)将农地“三权分置”的改革成果纳入立法规范中，明确土地承包经营权人可向他人流转土地经营权，承包方可将承包地的土地经营权向金融机构融资担保。尽管土地经营权融资担保已“入法”，但立法规范尚未对担保形式、主客体范围、担保实现方式等问题作出回应。一方面，针对土地经营权融资担保的制度建构，法学学者采法教义学的分析方式，置重于土地经营权性质以及担保形式的解释论研究。<sup>[1,2,3]</sup>另一方面，试点地区的实践模式极为多样，担保流程、担保形式、权利主客体等内容存在较大差异，而相应的调整规范付之阙如。现有立法规范和理论阐释无法回应多样化的实践模式，难以指引融资担保合法、有序地开展，因而如何实现理论与实践的衔接与耦合是土地经营权融资担保制度完善的核心问题之一。基于此，笔者以试点地区的实践模式为证成基础，剖析实践路径的结构缺陷，以此探索土地经营权融资担保应有的规范形式和具体的规范路径。

## 一、实践模式的法结构梳理

试点地区的融资担保模式存在较大差异，就法律结构而言，可大致分为“直接抵押担保”模式和“抵押反担保”模式。笔者选取宁夏平罗和江苏沛县作为“直接抵押担保”模式的典型代表，选取宁夏同心和重庆江津作为“抵押反担保”模式的典型代表，一一剖析各模式的担保流程、法律关系以及法结构缺陷。<sup>①②</sup>

### 1. 直接抵押担保模式：平罗及沛县

(1) 平罗模式。<sup>③</sup>宁夏平罗县土地经营权融资担保试点经验较为典型，属于“直接抵押担保”的典型模式，相类似的试点地区还包括江苏武进、福建明溪等。该模式的实践流程为：具有贷款需求的农户向村委会提出贷款申请的意向，村委会经初步审

<sup>1</sup> **【作者】**罗亚文 博士研究生 南京大学法学院 江苏南京 210093

本文系国家社会科学基金项目“统一国土空间用途管制法律问题研究”(编号:21BFX134)的阶段性研究成果。

<sup>2</sup> ①“农户”包括“普通承包户”以及“家庭农场”形式的大规模种植农户，“家庭农场”仍为农户经营，但更为市场化和专业化，在生产技术水平及经营管理能力等方面比普通承包户更专业。其中平罗和同心的农户主要为普通承包户，沛县和江津的农户主要表现为家庭农场形式。

<sup>3</sup> ②《平罗县农村产权抵押贷款管理暂行办法》(平政发[2016]63号)。

查后出具申请贷款意见函；农户携土地承包经营权证、意见函等证明文件向金融机构提出贷款申请；金融机构委托农村土地经营管理体制改革服务中心(以下简称“农改中心”)进行价值评估；金融机构与农户签订借贷合同及抵押合同后办理土地经营权抵押登记，金融机构取得他项权利证书；金融机构审核完成后发放贷款。农户按照合同约定清偿债务的，办理抵押注销手续，农户未按照约定清偿债务的，由土地产权交易中心代为处置土地经营权，以偿还金融机构。

平罗模式涉及的主要权利主体<sup>④</sup>为农户和金融机构，分别为借款人和贷款人、抵押人和抵押权人。该模式的法律关系较清晰，但在抵押权的实现方式上偏离抵押担保的制度规范。当农户未能按照约定偿还贷款或者发生抵押权实现的其他事由时，实践中金融机构并非按照一般抵押权的实现规则折价、拍卖、变卖土地经营权，而是直接向农改中心申请代偿，而且代偿资金来源于农村产权抵押融资风险基金，由该风险基金弥补金融机构大部分的借贷亏损，金融机构自行承担一部分不良风险。<sup>④</sup>在借款未偿还时，金融机构作为抵押权人并非直接主张抵押权的实现，而是由财政的风险基金弥补亏损，即使土地产权交易平台通过流转土地经营权以取得收益，但在该借贷关系中，金融机构的债权实现并不依赖于土地经营权抵押权的实现。因此，平罗模式名为土地经营权的直接抵押担保，但实际上并未充分发挥土地经营权的担保价值。

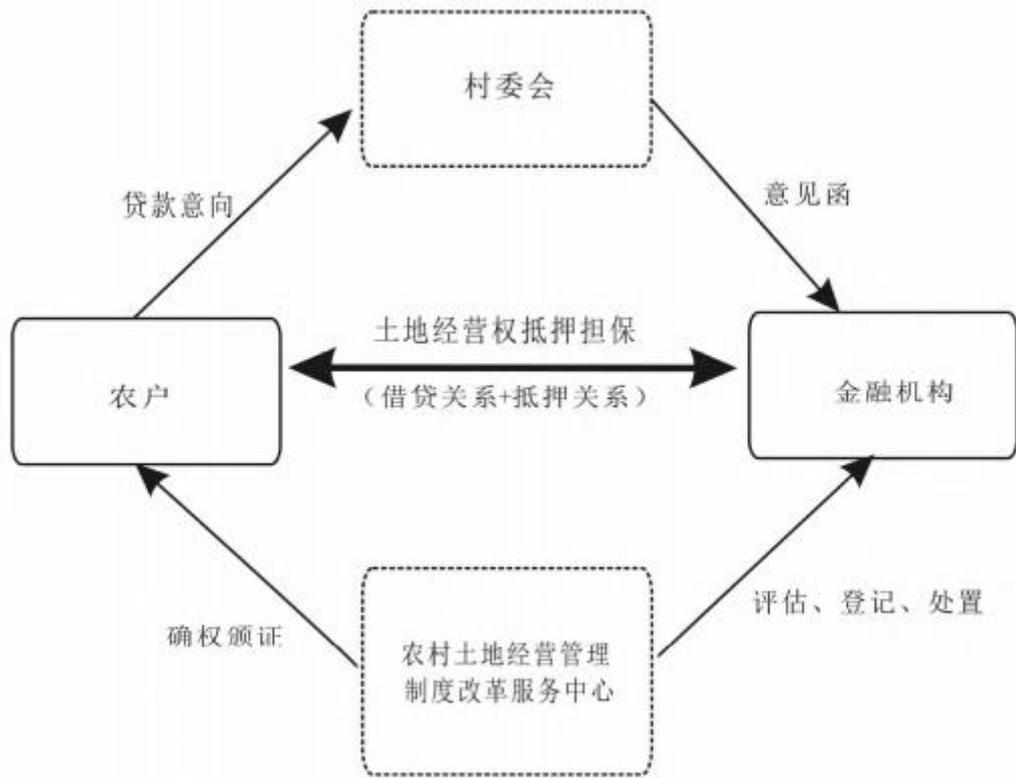


图 1 平罗县土地经营权抵押担保法律关系

(2) 沛县模式。<sup>⑤</sup>江苏沛县模式同样属于“直接抵押担保”模式，主要采“农户—农土公司”的交易形式。具体而言：沛县政府与银行合作，成立政府类农村土地管理公司(以下简称“农土公司”);<sup>⑤</sup>农土公司向金融机构申请贷款；农土公司设立县—镇—村三级审查体系，意愿贷款农户需经三级审查批准，由农土公司总公司贷审会最终审批决定；农户与农土公司签订借款合同和土地经营权抵押合同，办理抵押登记后，农土公司向农户发放贷款。

<sup>4</sup> ④村委会及农改中心虽非土地经营权抵押担保的主体，但起到极为重要的作用，尤其是农改中心，不仅以“确权颁证”(土地承包经营权证)的形式为农户提供融资担保身份资格的证明，更为金融机构提供价值评估、抵押登记、抵押物处置等系列服务。

<sup>5</sup> ⑤《沛县农村承包土地的经营权抵押登记办法(试行)》(沛政办发[2016]12号)。

沛县模式创设了农土公司，采用统贷统还的方式，免去金融机构与农户逐一建立借贷关系和抵押关系、逐一审批农户信贷资质的繁琐程序。农土公司具有专业的农业技术团队，可在农村产权交易服务平台上直接处置违约农户的土地经营权，进行农地的托底管理。金融机构虽不与农户直接发生借贷关系，但可对农土公司的贷款去向、用款过程进行监督。沛县模式的特殊之处在于贷款农户用以抵押担保的客体除土地经营权外，常辅以农地附着物，甚至农户住宅房产，也存在增加第三人保证担保的情形，同样以土地经营权和农地附着物为主要抵押财产的试点地区还包括山东枣庄、陕西高陵等。因此，沛县模式与平罗模式存在共性问题，即农户的土地经营权在交易中是否具有独立的担保价值？若不辅以其他财产或者第三人，土地经营权融资担保能否发挥独立的制度价值？

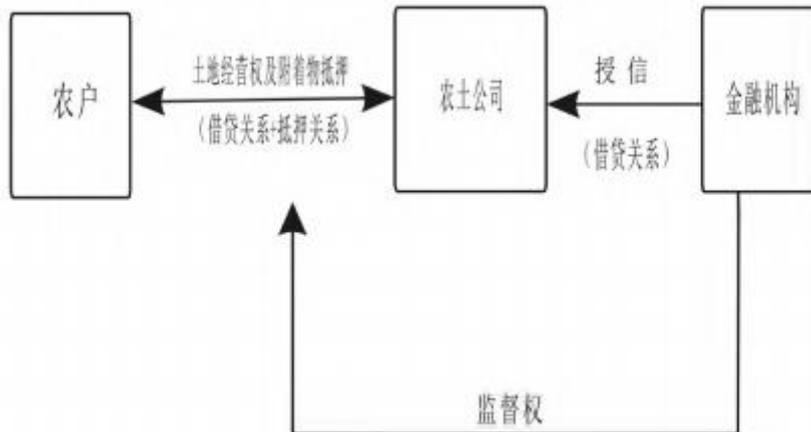


图 2 沛县土地经营权抵押担保法律关系

## 2. 抵押反担保模式：同心及江津

### (1) 同心模式。<sup>⑥</sup>

宁夏同心县的农户采取抵押反担保的形式进行贷款融资。具体流程包括：村委会组织成立土地承包经营权流转合作社（以下简称“合作社”），农户以土地经营权“入股”合作社，取得社员资格，合作社内部形成由三户农户组成的联保小组；农户向金融机构申请贷款，签订借款合同，同时将“入股”的土地经营权以抵押的形式反担保给合作社，办理抵押登记；合作社与金融机构签订总担保合同，由联保小组向金融机构提供保证担保；贷款手续办理完成后，金融机构向农户放款。<sup>[6]</sup>同心模式中，农户与金融机构形成借贷关系，农户与合作社为抵押反担保关系，合作社、联保小组与金融机构之间均为保证担保关系，合作社与联保小组为农户的贷款债务向金融机构提供保证担保，农户以土地经营权为合作社承担保证责任后的追偿权提供抵押反担保。当农户未按照约定偿付贷款时，金融机构可请求合作社或联保小组承担连带保证责任，保证人可通过实现土地经营权抵押权的方式追偿。

同心模式运行中存在两个法律问题。一是农户与合作社的实质法律关系为“股权关系”还是“抵押关系”，同心模式实践流程为“农户将土地经营权入股、抵押给合作社”，但入股和抵押为两个法律概念，若农户将土地经营权入股于合作社，合作社取得土地经营权，农户仅取得股权，不再享有土地经营权，则不存在农户先以土地经营权入股、再以土地经营权抵押的可能性，农户所能质押的客体仅为股权，因而同心模式中“入股”的实践表达不符合法理逻辑。二是合作社是否真正承担保证责任、能否起到实质的代偿作用。当农户未按约偿还贷款时，代偿金融机构的保证人主要是联保小组的另两户农户，<sup>[7]</sup>请求合作社代偿的结果往往表现为合作社以小组内部流转的形式由联保农户代偿，而非对合作社的财产直接执行，土地经营权交由代偿的联保农

<sup>6</sup> ① 《吴忠市农村土地承包经营权反担保贷款管理办法》（吴政发[2010]77号），根据《吴忠市人民政府关于废止和宣布失效部分行政规范性文件 and 政策性文件的决定》（吴政规发[2021]1号）的规定，前述管理办法继续有效。

户处置。从追偿方式来看，合作社几乎不承担实质的连带保证责任，因此合作社是否为真实的连带责任保证人，亦或合作社是否仅提供了一种促成交易的信用保障，均存在疑问。

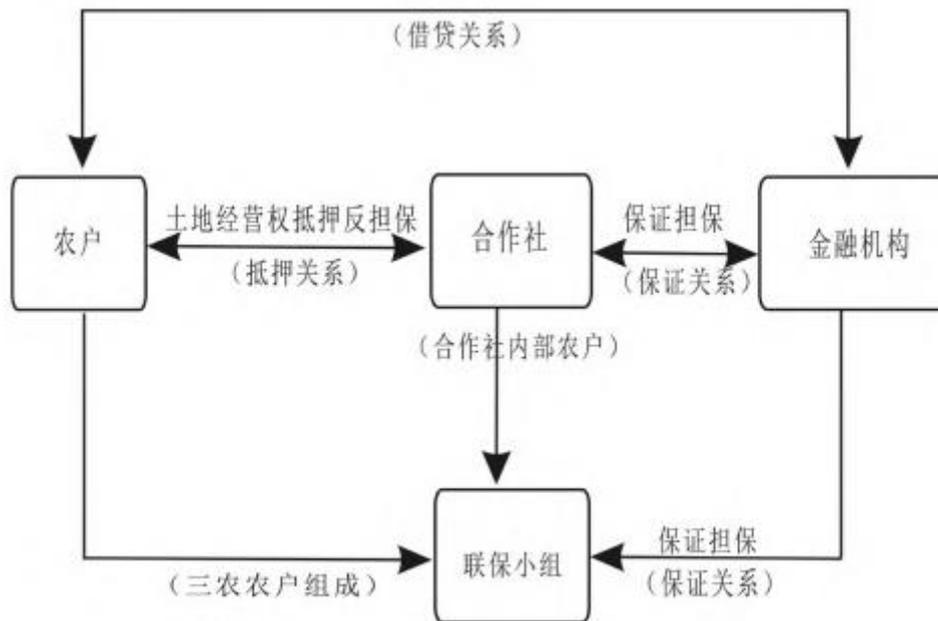


图 3 同心县土地经营权抵押反担保法律关系

(2)江津模式。<sup>⑦</sup>

重庆江津区抵押反担保关系中的抵押权人为农业担保公司，江津模式具有融资担保的市场特色。意向贷款农户需先取得发包方及转出户(将土地经营权流转于贷款农户的农户)的贷款同意书，而后向农业担保公司申请贷款担保。农户向金融机构申请贷款，同时由农业担保公司向金融机构提供连带责任保证，农户将土地经营权抵押反担保给农业担保公司以担保担保公司追偿权的实现。山东枣庄模式与江津模式相似，由金土地融资担保有限公司为贷款农户提供担保，贷款农户向担保公司提供包括土地经营权、地上资产、保证人等在内的各类反担保措施，但在违约追偿中，金融机构除自行承担 20% 的债务外，80% 的债务由反担保方代替担保公司进行偿还，<sup>[8]</sup>而非担保公司直接赔付。事实上，除特殊约定外，该债权的实现方式已突破合同的相对性原则。

除引入合作社、担保公司作为保证担保人外，另有试点地区以政府平台作为融资担保的中间主体，<sup>[9]</sup>即农户将土地经营权流转于政府的土地交易平台，由政府平台向金融机构出具评估报告、交易凭证、保函等材料，使农户获取金融机构的贷款。<sup>[10]</sup>其中，“土地经营权流转于政府平台”中“流转”的法律性质及流转形式、农户与政府平台之间的法律关系均不甚明晰。

<sup>7</sup> ① 《江津区农村土地承包经营权证登记管理实施细则(试行)》(江津府办发[2014]109号)，《江津区“五权”抵押融资工作实施方案》(江津府办发[2011]302号)。

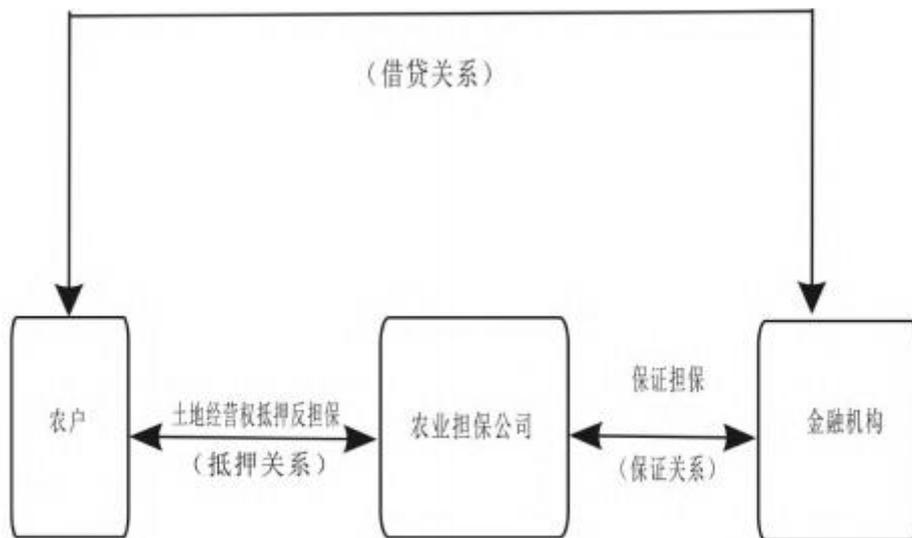


图 4 江津区土地经营权抵押反担保法律关系

## 二、实践担保路径的法反思

### 1. 反担保路径的理论质疑

同心、江津等地区通过增加合作社、担保公司等中间主体来实现农户土地经营权的融资担保，但该反担保模式存在实践表达与理论表达的异质性问题。

(1)同心模式中“入股反担保”的路径表达偏离物权基本理论。农户将土地经营权入股合作社后，农户取得股权，类似于公司股东，土地经营权作为出资财产已转移至合作社，农户不再享有土地经营权，因而该模式中“先入股、后抵押”的形式存在法律矛盾。而真正符合法律规范的入股担保模式应表现为合作社将农户入股的土地经营权进行统一经营管理，以合作社名义向金融机构融资担保，即抵押人为合作社，而非农户，而以农户为主体的土地经营权入股担保的法律表达应为股权质押，<sup>[11]</sup>而非土地经营权抵押。因此，同心“入股反担保模式”正确的法表达应为抵押反担保，实践表述应予以修正。

(2)合作社与担保公司所承担的连带保证责任真实性存疑。合作社以小组内部流转的形式承担保证责任，该形式体现为联保农户的代偿，因而连带保证责任的承担主体为联保农户。合作社的保证担保责任具有表象性，偏离保证担保的法律本质，合作社的本质功能在于整合联保农户、提供信用保障、促成合约缔结，而非真实的保证担保。枣庄模式中“反担保方代替担保公司向金融机构代偿”的债权实现方式实则略过了担保公司保证责任的承担过程，该债权的实现过程违背了合同相对性原理，<sup>⑧</sup>此时担保公司与合作社一样，并未发挥保证担保的功能，难以谓之法律意义上的保证人。

(3)农户将土地经营权“流转”于政府平台以获取贷款的路径本质为土地经营权的抵押反担保。质言之，土地经营权于政府平台的“初流转”为“假流转”，该流转并未实现土地经营权的对价转移，平台评估、出具流转凭证后，农户将流转凭证抵押给金融机构的本质为政府向金融机构提供信用担保，仅当金融机构通过平台实现债权的追偿时才发生土地经营权的“真流转”。“农户将土地经营权流转于政府平台”具有两种法解释路径。一是农户将土地经营权抵押反担保于平台，平台向金融机构提供

<sup>8</sup> ①担保公司与金融机构之间为保证担保关系，担保公司与反担保方之间为抵押反担保或者保证反担保关系，基于合同相对性原则，金融机构仅可向担保公司请求承担保证责任，而不能直接向反担保方请求承担担保责任。

限定范围(以土地经营权的价值为限)的保证担保。二是农户与平台之间形成让与担保形式的反担保关系,即土地经营权“名义上移转于平台,实际上作为平台追偿权的反担保”,平台向金融机构提供限定范围的保证担保。事实上,第二种解释路径更符合“流转”的实践形式,但两种解释殊途同归,构筑成以政府平台为保证主体的土地经营权抵押反担保模式,但保证范围限定于平台接收的抵押反担保的土地经营权的价值。

## 2. 融资担保客体的复杂性

从实践中的抵押客体类型以及债权实现方式来看,“土地经营权”并非唯一且独立的融资担保客体,平罗模式虽以土地经营权直接抵押,但金融机构却主要以财政风险基金弥补债权未能按约偿还的亏损;沛县模式则直接要求将农地附着物与土地经营权一并抵押,且以住房抵押、第三人保证的形式提供额外担保;江津、枣庄等反担保模式中农户也需向担保公司提供土地经营权、农地附着物、保证人等反担保措施。因此实践中,土地经营权融资担保的客体较为多样。<sup>[12]</sup>事实上,将各类不同法学意义的担保形式统称为土地经营权融资担保,易导致理论与实践的制度脱节,难以充分发挥土地经营权的担保价值。一方面,“土地经营权融资担保制度”意在将土地经营权作为担保客体,以拓宽农户取得融资的路径,然而实践担保客体、担保形式的多样化施于农户更多的担保负担,并未解决农户融资缺少有效担保的困境,与改革理念相背离。另一方面,从债权实现的追偿路径来看,部分金融机构并未利用土地经营权的交换价值,而是以财政风险基金直接实现债权,过度依赖政府的财政支持,由此加重政府的财政负担。

那么,从法学视角出发,土地经营权抵押担保的客体是否当然及于农地附着物?农地附着物分为农地种植物以及地上定着物,前者指农户种植的农作物,后者指固定于农地上的农业配套设施。就种植物而言,土地经营权抵押期间仍由农户经营,收获时可与农地实现物理上的分离,且土地经营权抵押的客体本质体现为剩余承包期内的土地经营权的交换价值,而非种植物某一收益季度内的所有权价值,因而农作物并非土地经营权的抵押客体。<sup>[13]</sup>就地上定着物而言,因农业相关配套设施与农地存在紧密的物理关系,农业设施与农地分离后难以发挥农业生产的价值功能。因此与“建设用地使用权和建筑物”的关系相类似,符合“房地一体”抵押规则的适用情形,应类推适用《民法典》第397条“未抵押的财产视为一并抵押”的规定,土地经营权抵押时应将地上定着物一并纳入抵押范围。

## 3. “同意”“备案”与“登记”的法效力

试点模式中,土地经营权抵押权的设立包含“同意”“备案”“登记”等程序性步骤,那么同意、备案以及登记是否影响土地经营权抵押权的效力值得思考。

(1)同意或备案是否为土地经营权抵押权设立的成立要件?实践中,村委会出具同意意见函、农村集体经济组织出具同意书或审批意见函等为各地区融资担保的前置性程序,同时《农村土地承包法》第47条明确了向“发包方备案”“经承包方书面同意并向发包方备案”等规定。那么,同意及备案会影响抵押合同的效力、会影响抵押权的设立?笔者认为,同意及备案应定性为管理性的强制性规定,主要为了保障承包户的利益、便于发包方知悉监督农地的利用情况,该规定为公法层面的管理性规定,非私法层面的效力性规范,若农户与金融机构已签订合法的融资担保合同,无论是否经过同意或备案均不影响私法层面抵押合同的效力和抵押权的设立。仅当存在“未经承包方同意即抵押土地经营权的应承担违约责任或可解除流转合同”该类约定时,才可能影响后续土地经营权的正常经营和抵押担保。因此,同意及备案具有管理监督层面的实践意义,但不具有影响抵押权生效的物权效力。

(2)登记应否作为土地经营权抵押权设立的生效要件?土地经营权的登记应否视为土地经营权抵押权设立的前提或基础?《农村土地承包法》第47条采登记对抗主义,该立法选择与《民法典》中土地经营权登记对抗主义的立法规则相关联。登记虽不作为土地经营权抵押权设立的生效要件,但金融机构为了保障自身利益均选择办理抵押登记。基于此,进一步需要思考的是土地经营权抵押权的登记是否以土地经营权本身的登记为前提。《民法典》第341条仅赋予流转期限5年以上的土地经营权以登记

能力,如此,5年以下的土地经营权是否具有登记能力、未登记的土地经营权是否具有抵押能力等一系列问题未有定论。笔者认为,土地法学的逻辑思维、体系建构应服务于实践的高效运转,应从实践经验出发,构建符合实践的土地经营权登记制度,应不区分年限的赋予土地经营权以登记能力,因农户已取得土地承包经营权证,农户土地经营权的融资担保可直接办理抵押登记,而不必以土地经营权的登记为前提,同时通过流转取得土地经营权的农户在办理土地经营权登记的基础上,再行办理土地经营权抵押权登记,以符合“登记连续规则”的要求。

#### 4. 抵押权实现规则缺失

试点模式的多样化、立法规范的模糊性导致土地经营权抵押权的实现方式不甚明晰。各试点地区有关土地经营权抵押权的实现方式存在较大差异,同心模式中联保人从流转土地经营权剩余年限收益中获得补偿,平罗模式则通过法律渠道以流转、变现、诉讼等方式处置抵押物。更多的试点办法直接列举“流转”这一实现方式,如通过出租、入股、转让等流转方式让渡土地经营权,所获租金用以优先偿还。试点模式尚未形成统一的抵押权实现规则,同时学界有关实现方式的争议点主要聚焦于“拍卖、变卖”的适用。部分学者认为拍卖、变卖不可取,因为拍卖、变卖的本质为以转让方式发生土地经营权的再流转,而承包户不能以转让方式流转土地经营权,因而抵押权的实现不可采取该方式。<sup>[14]</sup>部分坚持农户抵押客体为“土地承包经营权”的学者认为应采取强制管理的方式实现抵押权,以防止农户失去基本生活保障。笔者认为抵押标的的本质为经营使用承包地而获取的收益,即使以土地承包经营权抵押最终实现抵押价值的客体仍为土地经营权,因不涉及土地承包关系的变化,<sup>⑨</sup>土地承包经营权和土地经营权作为客体并无本质不同。由于《农村土地承包法》第47条已明确规定“承包方可以用承包地的土地经营权”进行融资担保,试点地区亦明确“土地经营权抵押”的贷款模式,因而将土地经营权作为农户的抵押客体以及抵押实现的处置客体更为合适。基于此,拍卖、变卖的处置物为土地经营权,可通过限制土地经营权的流转期限来保障农户到期恢复使用承包地的权利,当然也可通过强制管理的方式实现抵押权,更利于保护农户的权益。

### 三、农户土地经营权抵押的法完善

#### 1. 客体性质及担保形式的法确认

实践路径存在诸多问题,然而制度供给极为缺失。一方面,客体、性质、担保形式亟须立法规范的确认。另一方面,债权及物权的不同定性、抵押及质押的形式分歧、农户用以担保的客体纷争能否有效解决实践问题不无疑问。

部分学者认为农户享有的权利为土地承包经营权,因而用以融资担保的客体为土地承包经营权,而非土地经营权。笔者认为农户用以融资担保的客体为土地经营权,土地承包经营权的身份限制尚未放开,先以土地承包经营权抵押而后进行强制管理的方式实则以土地经营权为担保物权实现的被处分客体,由此造成担保客体和处分客体不一致的结果,并无必要。同时,土地经营权的定性存在“债权说”<sup>[15]</sup>“物权说”<sup>[16]</sup>以及“二元论”<sup>[17]</sup>的纷争。物权具有排他性,债权具有相对性,土地经营权自流转合同生效时设立,当辅以登记措施时,定性为物权或债权并不产生土地经营权行使的法效果差异,均产生排他效力、得以对抗第三人,因而物权或债权的定性不影响土地经营权的实际利用。此外,担保形式的选择也不具有必然性,就土地经营权而言,质押或者抵押的形式都不发生移转承包地占有、使用、经营的法律后果,权利质押和权利抵押均不以客体的移转占有为生效要件,且土地经营权担保物权自担保合同成立时生效,无论质押或抵押,登记均产生对抗效力,质押或抵押的形式选择不影响土地经营权实际的担保效果。但由于《民法典》《农村土地承包法》明确“四荒地”土地经营权人融资担保的形式为抵押,基于同一规范语境作同一解释的原理,明确农户土地经营权以抵押的方式设立担保更益于规范的融通性和实践操作的妥适性。因此,应依据最实际、最符合现有立法规范的标准定位土地经营权融资担保的法理内涵,《农村土地承包法》应明确“农户可将土地经营权抵押给金融机构”以获取融资贷款的基础法律结构。

<sup>9</sup> ①《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》中指出“因借款人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形需要实现抵押权时,允许金融机构在保证农户承包权和基本住房权利前提下,依法采取多种方式处置抵押物。”

## 2. 直接抵押及抵押反担保模式的法回归

立法应确立土地经营权直接抵押及抵押反担保的规范内容，参照 2021 年农业农村部、国家市场监督管理总局印发的《农村土地经营权出租合同》和《农村土地经营权入股合同》示范文本，设计统一的土地经营权抵押合同示范文本。

(1) 土地经营权抵押权人范围应适当扩张。农业生产经营的自然风险及市场风险导致土地经营权的价值不稳定，银行业金融机构有抵御一定市场风险的能力，因而《农村土地承包法》将融资担保权人限定为“金融机构”，《农村承包土地的经营权抵押贷款试点暂行办法》进一步限定为“银行业金融机构”。实践中，尤其在抵押反担保模式中，虽然融资贷款来源于金融机构，但抵押权人并非银行业金融机构，而是农业担保公司、联保农户或者政府平台等，因而立法应当考虑到抵押权人类型的实践多样性，赋予这类主体作为土地经营权抵押权人的资格，其中应严格限制联保农户类抵押权人的资格准入条件和作为保证人的担保条件，避免对联保农户造成过重的债务负担。立法应在保障农户享有承包权的基础上，拓展融资担保的担保权主体、拓宽融资渠道，形成市场化的土地经营权融资担保制度。

(2) 厘清土地经营权抵押的客体范围。农作物等农地附着物不宜纳入土地经营权抵押的客体范畴，但当事人可另行约定。当事人约定将农作物与土地经营权一并抵押时，可适用《民法典》第 395 条第二款“共同抵押”以及第 396 条“浮动抵押”的规定。依据《民法典》第 397 条的规定，地上定着物应一并纳入抵押客体范畴，当土地经营权与地上定着物未一并抵押时，视为一并抵押，实现抵押权时仅以土地经营权的处置价值优先受偿。

(3) 立法规范应严格区分“合作社抵押”“农户股权质押”“农户土地经营权抵押反担保”的法律构造。实践运用应避免概念的混用，同心“入股反担保”模式应予修正。农户可将土地经营权抵押反担保给合作社，由合作社向金融机构提供保证担保，以帮助农户获得金融机构的贷款。在反担保模式中，应厘清中间保证人的主体身份，对于提供信用协助贷款、并不真正承担连带保证责任的主体而言，应排除其保证担保人的身份。

## 3. 登记规则的法修正

较之登记对抗主义，登记生效主义更符合土地经营权抵押权设定的实践要求和物权体系。一是农户土地承包经营权“确权颁证”已深入推进，土地承包经营权、土地经营权的登记具有一定的实践基础，且实践中抵押权人均选择进行抵押登记。二是土地经营权本质为不动产权利，土地经营权抵押本质为不动产权利抵押，属于基于法律行为的不动产权利变动，更宜适用“不动产权利抵押登记生效规则”，利于维护物权规范的一致性以及担保物权设立规则的统一性，缺乏公示性的担保物权并不产生对抗效力，难以获得物权的制度保护。三是伴随着身份限制的剥离以及流转市场的扩大，土地经营权人由集体成员转向社会主体，<sup>[18]</sup> 登记生效主义更利于规范市场化的财产性权利，亦有利于保障土地经营权人和抵押权人的相关利益。

此外，立法应赋予土地经营权完整的登记能力，包括流转期限 5 年以下的土地经营权，当事人可根据需求和约定办理土地经营权登记。依据登记连续规则，土地经营权抵押权登记一般以土地经营权的登记为基础，农户因已取得土地承包经营权证，可直接进行土地经营权的抵押登记，或者将土地经营权的初始登记及抵押登记一并登记。

## 4. 抵押权实现方式的法改进

土地经营权抵押权实现方式的妥适性决定了土地经营权融资担保制度能否高效实施。具言之，土地经营权抵押权的实现方式主要包括：拍卖、变卖、强制管理、强制缔约、预处置等。当事人可协议拍卖、变卖土地经营权，也可请求法院拍卖、变卖。公开竞价的拍卖方式适宜于大规模种植农户土地经营权的实现，利于价值最大化，变卖更适宜于一般农户土地经营权的实现，更为便捷、更有效率。拍卖、变卖的最大弊端在于直接处置、流转土地经营权，将长期剥夺农户对承包地的使用经营及收益，可能影响农户的基本生活，因此应设置一些限制条件。一是在设定抵押权时，对农户可抵押的承包地的面积进行适当限制，如

规定农户需至少预留三分之一承包地的土地经营权，不得抵押，以供基本生活需要。二是当拍卖、变卖时，应限定土地经营权的受让人为具有农业经营能力及资质的主体，便于高效利用承包地，同时限定流转期限，以能够偿还贷款及相关费用的标准设置流转经营的期限，保障农户及时恢复对承包地的利用。

当出现流拍、土地经营权价值远大于债务而不适宜拍卖处置等情况时，<sup>[19]</sup>强制管理、强制缔约不失为有效方法。强制管理指执行机关委托管理人对农户抵押的土地经营权实施管理，以经营所获收益清偿债权，强制管理侧重于土地经营权的使用价值，而不改变归属，而拍卖、变卖侧重于土地经营权的交换价值，以交换收益偿付债权。当管理人扣除管理费、清偿完债权后管理行为终结，由农户继续使用土地经营权，如此既能保障抵押权人的债权实现，也便于土地经营权及时回复至农户手中。强制缔约则由承包方与司法机关选择的主体建立土地经营权流转关系，由第三方取得土地经营权，其本质亦为土地经营权的流转。“预处置”方式表现为“提前找好受让人”，签订抵押合同时由第三方签订受让预约合同，实现抵押权时，则直接由受让预约合同的受让人偿还贷款、取得土地经营权，预处置中第三人清偿债权后，取得土地经营权，预处置方式类似于“后让与担保”的法律构造。

## 四、结语

承包地改革中，实践模式与立法规范的联结是经久不衰的议题，无论是土地承包经营权“入法”还是“三权分置”“入法”都展现出实践与理论的交织与融合。一是承包地改革的法教义学分析离不开对实践路径的探索与总结；二是规范体系的形成将更好地指引和调整实践路径的发展。土地经营权融资担保为承包地改革中极为重要的一环，是激活农地资本、化解农业融资困难的有效方法，涉及到千千万万农户的切身利益，然而多元的实践路径与单一的法理解释难以耦合。因此，土地经营权融资担保制度的构建和完善应以实践模式为证成前提，在总结实践路径的基础上，探求规范应当做出的回应内容，通过细化担保形式、主客体范围、抵押权登记规则、抵押权实现方式等问题，明确土地经营权融资担保制度内容的应有之义。

### 参考文献

- [1] 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, (02).
- [2] 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, (01).
- [3] 高圣平. 民法典视野下农地融资担保规则的解釋论[J]. 广东社会科学, 2020, (04).
- [4] 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).
- [5] 吴婷婷. 农地经营权抵押贷款创新模式及风险分担机制——江苏沛县农土公司的典型案例分析[J]. 农村经济, 2017, (02).
- [6] 秦涛, 吴静黎, 梁振英. 土地经营权抵押贷款模式比较与应用策略[J]. 东南学术, 2022, (02).
- [7] 王岩, 万举. 自组织合约治理视阈下农地经营权抵押机理研究——基于宁夏同心县的调研[J]. 农林经济管理学报, 2021, (03).
- [8] 王岩, 李宁, 马贤磊等. 农地经营权主体差异与农地抵押方式选择——基于市场与组织合约的分类视角[J]. 中南财经政法大学学报, 2017, (02).

---

[9] 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).

[10] 王艳西. 农户承包土地经营权抵押: 实践、困境与制度创新——西藏山南市滴新村土地经营权抵押案例研究[J]. 农村经济, 2019, (08).

[11] 王琳琳. 土地经营权入股法律问题研究[J]. 中国政法大学学报, 2020, (06).

[12] 杨奇才, 谢璐, 韩文龙. 农地经营权抵押贷款的实现与风险: 实践与案例评析[J]. 农业经济问题, 2015, (10).

[13] 房绍坤. 论土地承包经营权抵押的制度构建[J]. 法学家, 2014, (02).

[14] 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).

[15] 肖鹏. 民法典视野下土地经营权性质的再探讨[J]. 法治研究, 2021, (05).

[16] 章正璋. 土地经营权性质之辨析[J]. 学术界, 2022, (02).

[17] 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).

[18] 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).

[19] 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, (10).