

土地承包经营权抵押的法律困境与现实出路

曾大鹏

摘要：中国土地承包经营权抵押立法存在诸多不足，譬如抵押自由受到发包方与集体成员的干扰、抵押客体界限模糊、抵押变动规则不明晰等，不利于农民有效融资。本文基于自由、平等、效率、秩序等多元价值目标的体系化考量，分析了土地承包经营权抵押在主体、客体、变动三方面的重点和难点问题。研究表明，在宏观的价值理念上，尤须转变法律父爱主义思维，确立农户成员的物权主体地位，废弃土地承包经营权抵押中的发包方同意权和本集体成员优先权。在微观的规则设计中，农户成员作为土地承包经营权的抵押人，不得附加稳定的非农职业和收入来源之限制；只有当土地承包经营权抵押是金融商事行为时，抵押权人才应为金融机构；不应对抵押土地的性质、取得方式及面积大小设限；抵押登记宜采取登记生效主义，抵押权可以通过折价方式实现，而抵押权拍卖、变卖的实现程序应为非诉裁判模式。

关键词：土地承包经营权 抵押人 抵押权人 抵押权客体 物权变动

中图分类号：DF452 **文献标识码：**A

一、问题的提出

关于土地承包经营权能否抵押以及如何抵押问题，长期以来，中国法律的规定有些模糊：依《中华人民共和国担保法》（以下简称“《担保法》”）第34条、《中华人民共和国物权法》（以下简称“《物权法》”）第180条以及《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》”）第49条，“四荒”土地的承包经营权可予抵押；而依《担保法》第37条和《物权法》第184条，耕地、自留山、自留地等土地的承包经营权则一般禁止抵押。2013年11月12日党的十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》提出：“赋予农民对承包地占有、使用、收益、流转及承包经营权抵押、担保权能。”2014年4月20日国务院公布的《开展农村土地承包经营权抵押贷款试点的通知》指出，要“创新农村抵（质）押担保方式，制定农村土地承包经营权抵押贷款试点管理办法，在经批准的地区开展试点”。2015年中央“一号文件”《关于加大改革创新力度加快农业现代化建设的若干意见》进一步要求“推进农村金融体制改革”、“做好承包土地的经营权和农民住房财产权抵押贷款试点工作”。但这三个政策文件都只是笼统、宏观地提出要赋予农民土地承包经营权抵押担保权能。2015年8月10日国务院公布的《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》则明确、具体地指出，要“做好农村承包土地（指耕地）

的经营权和农民住房财产权（以下统称‘两权’）抵押贷款试点工作”，“按照所有权、承包权、经营权三权分置和经营权流转有关要求，以落实农村土地的用益物权、赋予农民更多财产权利为出发点，深化农村金融改革创新，稳妥有序开展‘两权’抵押贷款业务”。与此同时，为了有效缓解农民融资难问题，中国各地的土地承包经营权抵押实践探索及立法相当活跃，区域性的土地承包经营权抵押贷款活动如火如荼地展开。

但是，相关的政策文件及试点工作明显突破了当前《担保法》和《物权法》的法律条款。虽然全国人大常委会授权国务院自2015年12月28日起至2017年12月31日，在部分地区暂停实施《物权法》《担保法》关于集体所有的耕地使用权不得抵押的规定，但毕竟试点区域有限，调整时间有限。不无困惑的是，对土地承包经营权抵押的主体资格应否有所限制？在耕地之上能否设立抵押权？抵押将会引起何种物权变动的效果？这些问题亟待在解释论或立法论层面提供契合法律精神和现实需求的解答。2016年10月30日，中共中央办公厅、国务院办公厅印发了《关于完善农村土地所有权承包权经营权分置办法的意见》^①，着重从立法的角度提出要“完善‘三权分置’法律法规。积极开展土地承包权有偿退出、土地经营权抵押贷款、土地经营权入股农业产业化经营等试点，总结形成可推广、可复制的做法和经验，在此基础上完善法律制度”。故而，本文将基于自由、平等、效率、秩序等多元价值目标的体系化考量，探讨土地承包经营权抵押在主体、客体、变动三方面的重点和难点问题，为构造出全国统一、长期有效、科学合理的土地承包经营权抵押制度提供参考和借鉴。循此思路，第二部分在尊重私人自治的理念和精神的前提下，分析土地承包经营权抵押关系的主体地位；第三部分检讨对土地承包经营权抵押客体各种限制的不当之处；第四部分明确土地承包经营权抵押物权变动的具体规则；第五部分是本文简要的结论。

二、尊重私人自治：还原土地承包经营权抵押关系的主体地位

一般而言，抵押法律关系的主体包括抵押人和抵押权人。但是，在土地承包经营权抵押中，对于抵押人和抵押权人的范围、发包方的同意权和集体成员的优先权等问题尚有争议。

（一）抵押人的范围

对于土地承包经营权抵押人的范围，《担保法》《物权法》《农村土地承包法》均无明确规定，故只能通过认定土地承包经营权人来确立土地承包经营权抵押人的范围。而关于土地承包经营权人，一种观点认为，中国农村土地家庭承包制实行“人人有份、按户承包”的原则，农户承包土地的数量因农户成员数量的差异而不同，依据《农村土地承包法》第5条，土地承包经营权是赋予“农户成员”而非“农户”的一种权利（吴义茂，2012）。还有学者指出：“‘农户’不具有私法上的主体意义，《民法通则》第27条、《农村土地承包法》第15条虽然使用‘农户’之表达，但依体系解释

^①按照该“三权分置”的改革方案，用于抵押的是“土地经营权”。笔者也认为“土地承包经营权抵押”本质等同于“土地经营权抵押”。但由于中国相关立法尚未进行相应的修改，并且法学界对此有不同的意见，故本文仍然沿用“土地承包经营权抵押”的提法。

之方法，土地承包经营权的主体为集体经济组织的成员。”（刘敏，2014）准此见解，土地承包经营权抵押人为“农户成员”（即集体经济组织成员）。另一种观点则认为，根据《农村土地承包法》第15条，土地承包经营权人是农户，故抵押人只能是农户，而非农户内的家庭成员（房绍坤，2014）。

在实然法上，透过语义解释、体系解释和目的解释，可以发现：

首先，《民法通则》第27条肯定了农村承包经营户（即农户）在中国的民事主体地位。然而，一方面，《民法通则》第二章第四节把农村承包经营户作为特殊的自然人（即个体），其中第27条借助“属+种差”的定义方式，将一定范围内的农村集体经济组织“成员”定义为农村承包经营户。另一方面，依据《民法通则》第29条、《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见（试行）》第42条至第44条，农村承包经营户可以以个人名义经营，亦可以以家庭名义经营；以家庭名义经营的，则以家庭共有财产承担家庭债务。可见，《民法通则》所规定的土地承包经营权主体实际是“农户成员”，而家庭内的数个农户成员之间构成按份共有或共同共有法律关系。

其次，在《农村土地承包法》的全部法条中，虽然交替使用了“农户”与“成员”二词，但“农户”仅在第15条、第27条和第41条中出现了4次。“成员”则在第5条、第18条、第19条、第27条、第33条、第46条、第47条和第48条共8个法条中出现了14次。并且在内容上，《农村土地承包法》第15条、第27条和第41条主要是为了规范农村土地经营管理主体的产生、变更和终止事宜，而非关于土地承包经营权人的直接规定。上述关于“成员”的8个法条，是确定土地承包经营权人的基本规定，它们系统地规定了集体经济组织成员对于农地的实体性权利和程序性权利。

再次，更为根本的法律依据，是《物权法》第59条第1款“农民集体所有的不动产和动产，属于本集体成员集体所有。”其中所谓的“集体成员集体所有”，意指集体所有权是以集体成员的成员权为基础的私法权利（王利明、周友军，2012）。因土地是农村最基本的生产资料和生活资料，为实现集体成员的基本权利之立法目的，农村集体土地的承包经营权必须由集体成员享有，而不得归属于超越集体成员的农户（朱广新，2014）。

由此可见，土地承包经营权人应为“农户成员”，故土地承包经营权的抵押人是“农户成员”。但上述关于抵押人范围的讨论，是在土地承包经营权的原始取得主体意义上展开的。随着农村土地承包经营权流转市场的开放，通过出租、转包、折价入股合作社或农业公司等流转方式而继受取得土地承包经营权的主体，是否也可以将土地承包经营权抵押呢？笔者认为，为促进土地承包经营权流转的市场化和公开化，提高土地、资金、技术等资源的配置效率，土地承包经营权的继受取得主体（如专业大户、家庭农场、农民合作社和农业企业等）亦有权将其土地经营权予以抵押。

还有的学者主张：“农村土地承包经营权人有稳定的非农职业或稳定的收入来源，方得将其土地承包经营权（使用权）抵押。”（王冠玺、李仁莹，2010）但此种观点既无法律依据，亦不符合现实需求。这是因为，《农村土地承包法》第41条规定“承包方有稳定的非农职业或者有稳定的收入来源”，仅是对土地承包经营权转让人的要求，且该法中无明确的参照适用规则，故不得张冠李戴，误用于土地承包经营权的抵押人。另外，一般而言，无稳定非农职业和收入来源的抵押人，更迫切需要以土地承包经营权抵押贷款。但对抵押权人而言，抵押人的职业及收入状况，仅为其是否接受抵

押的商业判断的参考因素，而不应先入为主地被作为一个法律判断的前提条件。

（二）抵押权人的范围

关于土地承包经营权抵押中抵押权人范围的大小，理论和实践中存在不同的见解。有学者提出，为保证小土地生产者的融资渠道，可设立合作性质的农村土地金融机构来经营土地承包经营权抵押贷款业务（刘胜红，2007）。另有学者建议引入土地银行制度，通过开展农地抵押贷款等农地金融业务，破解中国农村资金匮乏和农地资源利用不充分之困局（朱大旗、李蕊，2016）。在中国各地的土地承包经营权抵押实践中，有的把抵押权人限定为金融机构^①，有的仅限定为农村信用社^②，还有的只限定为农村商业银行^③。而《农村承包土地的经营权抵押贷款试点暂行办法》（2016年3月15日）第2条限定的抵押权人为银行业金融机构。

从民商分立的视角来观察，如果土地承包经营权抵押只是一项偶然为之的民事法律行为，抵押人抵押借款的目的是治疗疾病、筹集学费或清偿债务等^④，则无须特别限制抵押权人的范围，一般的自然人、法人或其他组织均可成为抵押权人。但是，如果土地承包经营权抵押是一项具有持续性和营业性的金融商事行为，则立法应将抵押权人限制为金融机构，从而便于国家主管部门对土地承包经营权抵押的投融资行为进行监管，避免私下变相的土地买卖。根据抵押权人的不同，土地承包经营权抵押可以分为民间抵押和金融抵押两类。在金融抵押实践中，金融机构对土地承包经营权抵押，除了采用直接抵押模式，还会采取反担保抵押模式或联合抵押模式，藉此降低金融机构的经营风险并满足农民对土地承包经营权抵押流转的强烈期盼（郭继，2010）。不过，将抵押权人限制为某一特定种类的金融机构或者要求抵押权人获得经营土地承包经营权抵押业务的专门资质，则无此必要。这是因为，当前的现实毕竟是土地承包经营权人“融资难、融资贵”，过多的限制会致使土地承包经营权抵押名存实亡，国家政策需要鼓励、促进而非限制金融机构接受土地承包经营权抵押。

（三）发包方与本集体成员的主体地位之争

《担保法》第34条第1款第5项要求，抵押人抵押土地承包经营权的，须经发包方同意，但《物权法》第180条第1款第3项无此要求。由于《物权法》第178条规定“担保法与本法的规定不一致的，适用本法”，故《物权法》取消了发包方在设立抵押之时的同意权。在解释论意义上，虽然《农村土地承包法》未赋予发包方对于设立抵押的同意权，但在实现抵押权之时，该法第37条关于“采取转让方式流转的，应当经发包方同意”之规定仍应尊重。否则，抵押人会以“抵押”之名行“转

^①如《海南省农村土地承包经营权抵押融资管理办法》第4条。

^②如《辽宁省农村信用社土地承包经营权抵押贷款管理暂行办法》第3条。

^③如《重庆市人民政府办公厅关于开展农村土地承包经营权居民房屋和林权抵押贷款及农户小额信用贷款工作的实施意见（试行）》第4条第3款。

^④经调查发现，在具有土地承包经营权抵押贷款需求意愿的农户中，46.4%的农户希望把所获贷款投入农业生产中，27.3%的农户希望把贷款用于个人创业，26.3%的农户希望把贷款用于子女上学、家庭医疗、购买房产、生活消费等。这表明，农户的土地承包经营权抵押贷款需求并非仅限于农业生产（惠献波，2013）。

让”之实，构成“以合法形式掩盖非法目的”的脱法行为。由此产生的问题是，如何认识《物权法》与《农村土地承包法》之间的立法冲突，赋予发包方在设立或实现抵押权时的同意权是否合理？对此，笔者持否定的观点，其主要理由是：

其一，赋予发包方同意权与《物权法》的立法精神相悖。依《物权法》第2条，作为农村土地承包方的抵押人，其享有的土地承包经营权是一项直接支配的、排他性的物权。而“发包方同意”在实质上剥夺了抵押人作为独立的物权主体根据自身能力追求利益最大化的自由，限制了承包方的抵押担保权能。

其二，赋予发包方同意权与《农村土地承包法》的相关规定矛盾。《农村土地承包法》第34条明确规定：“土地承包经营权流转的主体是承包方。承包方有权依法自主决定土地承包经营权是否流转和流转的方式。”一旦受发包方的喜好、利益甚或情绪等因素的影响，如果“发包方不同意”，享有同意权的发包方就成了土地承包经营权抵押的实际控制人而凌驾于承包方之上，承包方对抵押的自主决定权可能完全落空。实际上，作为集体经济组织的发包方既难以成为名副其实的物权主体（尹田，2006），也不应是土地承包经营权抵押中的主体之一。故而应彻底取消发包方同意权。

另外，依据《农村土地承包法》第33条第5项，土地承包经营权流转中，“在同等条件下，本集体经济组织成员享有优先权”。那么，在土地承包经营权抵押时，是否应该承认本集体其他成员的优先权呢？对此，肯定的观点认为，一旦集体成员不能享有优先权，让外来人员加入竞争，这对处于弱势地位的农民而言无疑是一种威胁。赋予集体成员优先权，是在保障公平的条件下对农民利益的特殊保护（蒋晓玲等，2012）。而否定的观点认为，集体成员优先权在实践中无法操作，取消优先权不会损害其他集体成员的合法利益（温世扬、兰晓为，2010）。相比而言，否定的观点更为准确、合理。《农村土地承包法》第33条第5项关于集体成员优先权的规定过于简单、难以操作，法律没有规定承包方就拟受让的非集体成员出价向其他集体成员及时通知的义务，没有规定集体成员优先权的行使期限，也没有规定“同等条件”的具体标准，并且该项规定与《农村土地承包法》第33条第1项所规定的“平等协商、自愿”原则相冲突，故应予以取消。非集体成员在土地的承包期内受让某集体成员的土地承包经营权，虽然排除了本集体其他成员利用该农地的可能，但并未影响他们既有的生存利益。同理，在以拍卖、变卖的方式实现土地承包经营权抵押时，也没有必要将受让方限制为同一集体经济组织的成员。

三、促进物尽其用：突破对土地承包经营权抵押客体的不当限制

按照《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》提出的“所有权、承包权、经营权三权分置”模式，在抽象的法律关系中，土地承包经营权抵押的客体是承包土地的经营权，此种抵押的性质是权利抵押，而非实物抵押。但在具体层面上，土地承包经营权抵押的标的物表现为农地。农地是特殊标的物，故应准确界定法律允许抵押和执行的客体范围。

（一）抵押标的物农地的界定标准

对于抵押标的物农地的界定标准，首先须解决的是“实质标准”问题，即在何种类型的农地之

上可设立土地承包经营权抵押。对此，中国相关法律中的区分标准并非始终如一。仅从立法技术而言，《担保法》第34条第5项与第37条第2项的区分较为明确，即“四荒”土地可以抵押，而非“四荒”土地不得抵押。但在《物权法》中，无论是第133条关于“通过招标、拍卖、公开协商等方式承包荒地等农村土地”的规定，还是第180条关于“以招标、拍卖、公开协商等方式取得的荒地等土地”的表述，都给法律理解带来了新的困惑：到底界定可抵押土地的实质标准是土地承包经营权的取得方式之不同，还是土地性质之不同？这是因为根据语义解释，上述法条中的“等方式”还包括了通过家庭承包取得的方式，“荒地等农村土地”或者“荒地等土地”还包括了非“四荒”土地。可见，《物权法》的迂回立法反而模糊了抵押标的物农地的界定标准，并且这一弊端同样存在于《农村土地承包法》第44条和第49条之中。笔者认为，准确的认识是：

第一，虽然中外的土地所有制有所差异，但中国土地承包经营权与永佃权较为相似，中国应借鉴永佃权抵押的法制经验，客观地承认土地承包经营权抵押。早在查士丁尼时期，罗马法就创设了物权关系意义上的永佃权，永佃权人可以在永佃权的范围和期限之内，于永佃物之上设定抵押权（周栢，1994）；《日本民法典》第369条、中国台湾地区“民法”第882条都允许将永佃权作为抵押权的标的；《德国民法典》第1113条也承认土地所有权或者土地他物权设定抵押。实践中，德国、美国、日本、南非、印度、菲律宾以及中国台湾地区的农地抵押融资运行模式各具特色、各有千秋（罗剑朝等，2015）。在中国，抵押与转让、转包、出租、互换、入股等一样，是土地承包经营权的流转形式，属于《物权法》第128条规定的流转的“等方式”范畴。《物权法》对于土地承包经营权流转所作的只是“留有余地”的“原则性规定”，并未绝对、永久地禁止其抵押（全国人大常委会法工委，2007）。依“举重以明轻”的当然解释，既然法律放开了限制程度较重的土地承包经营权之转让，自应解禁限制程度较轻的土地承包经营权之抵押。

第二，对“四荒”的界定并非一成不变的，其实质是一种官方的、历时性的行政界定。最初的《国家土地管理局关于土地使用权抵押登记有关问题的通知》（国土籍字[1997]2号）并未对抵押标的物“四荒”的承包方式作出任何限制。依据《国务院办公厅关于进一步做好治理开发农村“四荒”资源工作的通知》（国办发[1999]102号），“四荒”是农村集体经济组织所有的、未利用的土地；“‘四荒’界定必须通过政府组织土地行政主管部门会同有关部门编制土地分类和划定土地利用区规划。”在承包期内或抵押期内，“四荒”经耕种后，在事实上转变为非“四荒”，甚至优质良田——对此，中国也无变更或终止土地承包经营权及抵押权的后续法律规定。

第三，基于土地可能的产出效益，非“四荒”易于抵押，而“四荒”难以抵押。相关立法若一意孤行，强求推行“四荒”抵押，最后的结局多为抵押人的抵押借款意愿难以实现。为了使土地承包经营权抵押制度切实可行，不论集体土地在被抵押之前是否属于荒地，也不考虑其是否系通过招标、拍卖、公开协商等方式取得承包经营权，法律均应允许就该土地承包经营权设立抵押。

与此同时，关于抵押土地的“数量标准”，一种观点认为，因目前土地承包经营权尚未褪去社会保障性，故在土地承包经营权抵押时，应该预留抵押人生活保障所需的用地面积。参照联合国粮农组织划定的标准，抵押人只能以其拥有的超过0.8亩之外的其余承包地设立抵押（陈小君等，2012）。

但也有观点认为,对于农村土地承包经营权抵押不应设定抵押土地面积的上下限(韦福,2012)。笔者赞成后一种观点。这是因为,抵押土地的面积大小问题,与抵押担保债权的金额大小直接相关,并且属于抵押权人自主接受范围内的事项,法律没有必要强制限定抵押土地的最大或最小面积。另外,按经济发展程度分区域确定可用于抵押的承包土地的最大或最小面积,在立法技术上不可行,在具体实践中也难以统一操作。

(二) 抵押的效力是否及于地上农作物

对于土地承包经营权抵押的效力是否及于地上农作物,《担保法》《物权法》和《农村土地承包法》均无明文规定,而相关地方立法、法官与学者之间认识并不一致。有的地方立法持肯定观点,规定农村土地承包经营权抵押时,其地上附着物一并抵押。有的法官持折衷观点,认为土地的抵押及于其上尚未分离的出产物,但当事人有特别约定的,从其约定(最高人民法院物权法研究小组,2007)。而有的学者则持否定观点,认为土地承包经营权抵押的效力不及于地上农作物,主要依据是最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》(以下简称“《担保法解释》”)第52条,该条强调对抵押人利益的保护(崔建远,2004)。笔者赞同折衷的观点,具体理由如下:

第一,在中国法中,土地与地上建筑物及其他土地附着物相互独立,各自独立进入交易机制,这种土地与地上附着物二元权利结构理论,奠定了对农作物独立设定抵押的理论基础(刘生国,2008)。故基于抽象的权利观念,当事人可以作出特别约定,分别就土地承包经营权、地上农作物设立抵押。

第二,土地与地上附着物可以分别成为权利标的物,但并不影响二者一并抵押。当事人仅就土地承包经营权设立抵押的,基于地上农作物与土地不可分离这一具体的物理事实,土地承包经营权抵押的效力及于地上农作物。若不承认土地承包经营权抵押的效力及于地上农作物,则在实现抵押权时,抵押人须提前收取农作物,此举既降低了农作物的价值,也损害了抵押权人的担保权益;尤其是在实现“四荒”土地承包经营权的抵押权时,“四荒”土地承包经营权本身的市场价值就较低,如果进一步否定对地上农作物的抵押效力,则抵押权人的债权清偿庶几无保;倘若抵押人不愿意提前收取农作物,其对农作物的弃权行为,还会构成对新的土地承包经营权人的妨碍。

第三,依据《担保法解释》第62条而非第52条,土地承包经营权抵押的效力及于地上农作物。《担保法解释》第62条规定:“抵押权的效力及于附合物。”这契合大陆法系中物权法的一贯传统(鲍尔·施蒂尔纳,2006; 弗朗索瓦·泰雷、菲利普·森勒尔,2008; 近江幸治,2001; 谢在全,2011),值得肯定。而《担保法解释》第52条规定:“当事人以农作物和与其尚未分离的土地使用权同时抵押的,土地使用权部分的抵押无效。”该条所处理的问题为:农作物抵押的效力能否及于其占有范围内的集体所有的土地使用权?由于当时《担保法》第37条禁止以集体所有的土地使用权设立抵押,故《担保法解释》第52条禁止农作物抵押的效力及于其占有范围内的集体所有的土地使用权(李国光,2000)。在目前允许土地承包经营权抵押的背景下,依据《担保法解释》第52条来推断“土地承包经营权抵押的效力不及于地上农作物”,这既不符合形式逻辑,也不符合法律逻辑。

四、保障财产秩序：厘清土地承包经营权抵押的物权变动规则

土地承包经营权抵押的变动即土地承包经营权抵押的设立、变更和实现。在土地承包经营权抵押的设立、变更和实现过程中，登记会产生何种物权变动的效力？折价、拍卖和变卖的实现方式可否适用以及如何适用于土地承包经营权的抵押权？这些问题在立法和实务上，颇值检讨。

（一）抵押登记的物权变动效力

依据《物权法》第 129 条和《农村土地承包法》第 38 条，土地承包经营权互换、转让的，其物权变动模式采取登记对抗主义，即当事人并非必须登记，但未经登记的，不得对抗善意第三人。由于互换、转让土地承包经营权涉及物权变动，而抵押亦然，故基于类推适用的法律技术，土地承包经营权抵押似乎也应采取登记对抗主义。但依据《物权法》第 187 条和《农村土地承包法》第 49 条，土地承包经营权抵押的，应当办理抵押登记，此处采取了登记生效主义。可见，在规范意旨上，上述立法存在不协调之处。进而在应然法上，土地承包经营权抵押的物权变动中，究竟应采取登记对抗主义抑或登记生效主义呢？

2007 年颁行的《物权法》第 129 条对土地承包经营权互换、转让问题采取登记对抗主义，当时的主要理由在于：一是因人力、财力、物力的限制，目前要求土地承包经营权的变动必须登记，这不太现实；二是土地流转范围大部分是附近的农民，他们相互比较熟悉，流转土地的权属较为清楚，故而登记的必要性不大；三是采取登记生效主义，必然发生登记费用，这会增加农民的负担（全国人大常委会法工委，2007）。但从 2015 年 3 月 1 日国务院颁行《不动产登记暂行条例》以来的实际情况来看，中国农村土地承包经营权的首次登记、变更登记、转移登记等各项登记工作正在有序推进，并没有由于现实的困境和工作的难度而放弃农村土地承包经营权的统一登记工作，否则有因噎废食之嫌。土地承包经营权的继受取得主体，并不局限于同一集体经济组织成员，向非本集体经济组织成员的外来人员流转土地的现象越来越多，对此有必要采取登记方式赋予物权公示力和公信力，避免发生权属纠纷；缴纳合理、合法的登记费用，是当事人的义务，并非额外的负担，除非国家收取的登记费用本身过高——对此适度减免登记费用即可迎刃而解，而非取消登记本身。为建立明晰的财产秩序，土地承包经营权抵押的设立、变更或实现，统一采取登记生效主义更为妥当。

（二）土地承包经营权折价方式的存废之争

依据《物权法》第 195 条，土地承包经营权抵押权的实现方式有三种，即以土地承包经营权折价、拍卖、变卖。而在 20 世纪末，有学者提出，在实现土地承包经营权抵押权时，不能允许抵押权人将承包经营权折价归己。其主要理由是：基于公平确定土地承包经营权价值，保护当事人的合法权益；实现土地资源的有效利用，防止土地闲置；加强对土地承包经营权流转的法律控制，维护地产市场的正常秩序（王卫国，1997）。这种否定折价方式的观点沿袭至今，仍然获得了一些学者的支持（例如高圣平，2014）。另有学者主张，原则上土地承包经营权抵押权的实现方式应排斥协议折价，以防止银行等不从事农业经营的金融机构取得土地承包经营权。但例外的是，在抵押权人为承包户和其他农业经营者的情形下，应允许抵押权人与抵押人进行协议折价（季秀平，2009）。还有学者认

为，土地承包经营权抵押权的实现并无特殊之处，上述三种方式均可适用（徐涤宇，2007）。

笔者认为，一方面，为了维护契约自由精神，应当允许当事人在实现土地承包经营权抵押权时采取折价的方式。与拍卖、变卖的实现方式相较而言，折价的实现方式简便易行，可以节省大量时间及经济成本。当然，在设立土地承包经营权抵押时，不应允许直接约定采取折价的方式，否则，此类约定因违反《物权法》第186条禁止流押的规定而无效。另一方面，实践中的抵押权人并非都是银行等金融机构，此时禁止折价的实现方式毫无道理。即便银行等金融机构通过折价方式取得土地承包经营权，土地用途管制制度仍决定了土地承包经营权具有一定的期限性，并且银行等金融机构自身不可能直接经营农地。为了及时变现，银行等金融机构须再将其土地承包经营权流转出去。基于经济利益的考量，银行等金融机构长期占有农地“待价而沽”或者“闲置土地”等现象难以产生。更何况，从已有的试点情况来看，银行处置土地并未成为一个问题；现在学界对银行处置土地的很多争议，都还是理论推测（唐勇林，2009）。避免产生折价不公后果的策略，不在于废弃折价方式本身，而在于对折价的实体内容和运作程序进行控制。依据《物权法》第195条，在实体上，抵押财产折价的，应当参照市场价格；在程序上，折价协议损害其他债权人利益的，其他债权人可以在知道或者应当知道撤销事由之日起1年内请求人民法院撤销该协议。如果折价协议本身存在欺诈、胁迫或显失公平等因素，当事人还可依《中华人民共和国合同法》的相关规定进行救济。可见，中国现行法律对折价不公的预防和救济规则较为严密，足堪实用，并无废弃折价方式之必要。

（三）土地承包经营权拍卖、变卖的实现程序

土地承包经营权的抵押权人实现抵押权的拍卖、变卖程序，最初由《担保法》第53条第1款规定为“向人民法院提起诉讼”，现已经由《物权法》第195条第2款修正为“请求人民法院拍卖、变卖抵押财产”。但是，对如何理解“请求人民法院拍卖、变卖抵押财产”的具体程序模式，理论上认识不一。第一种观点为诉讼裁判模式论，认为只要向人民法院请求就必定是诉讼，因为法院要作出是否拍卖、变卖的裁定（江平，2007）。第二种观点是申请拍卖模式论，认为应将抵押权登记证书作为执行依据，抵押权人可据此直接申请强制执行（尹伟民，2009）。第三种观点为非诉裁判模式论，认为抵押权人有权请求法院通过裁定的方式直接实现抵押权，而无须通过诉讼程序进行实体判决来实现抵押权（王利明，2013）。虽然《担保法解释》第130条也曾明确规定“在主合同纠纷案件中，对担保合同未经审判，人民法院不应当依据对主合同当事人所作出的判决或者裁定，直接执行担保人的财产”，但是，当前《物权法》规定的拍卖和变卖的实现程序，其本质属性已经从诉讼程序嬗变为非诉程序。此种革新节约了诉讼成本，更为便捷高效，也体现了土地承包经营权抵押登记的公示和公信效力。故而上述第三种观点才契合《物权法》的立法精神。

按照《物权法》第195条第1款，当事人可以通过协议形式实现土地承包经营权抵押权，其中既包括协议折价，又包括协议拍卖、变卖。而《物权法》第195条第2款规定：“抵押权人与抵押人未就抵押权实现方式达成协议的，抵押权人可以请求人民法院拍卖、变卖抵押财产。”由此，在体系解释中，产生了两个问题：

其一，协商实现土地承包经营权抵押权，是否为抵押权人向人民法院申请非诉程序的前置程序？

在抵押权实现的法理上，有自救主义和司法保护主义之分。前者允许抵押人和抵押权人协商实现抵押权，国家通常不予干预；后者则不允许当事人私自实现抵押权，抵押权人实现抵押权须有法院等国家机关的裁定或判决。结合《物权法》第 195 条第 1 款和第 2 款来观察，中国当属“司法保护下的自救主义”，而非“彻底的自救主义”（最高人民法院物权法研究小组，2007）。在语义上，《物权法》第 195 条第 2 款中所谓的“未达成协议”，既包括经过了协商过程但最终未达成一致协议的情形，也包括抵押权人或抵押人根本无意与对方协商的情形。故而先行协商不是抵押权人提起非诉程序的前提条件。另外，为贯彻自救主义的基本法理，在拍卖、变卖的非诉程序中，法院不能强制对土地承包经营权进行折价。按照 2012 年《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称“《民事诉讼法》”）第 197 条，法院只能裁定拍卖、变卖土地承包经营权，而当事人进一步依据该裁定向法院申请执行。

其二，是否只有土地承包经营权的抵押权人有权提起拍卖、变卖的非诉程序？依《物权法》第 195 条第 2 款，拍卖、变卖的非诉程序的申请主体仅为“抵押权人”。而《民事诉讼法》第 196 条规定的实现担保物权的申请主体，还包括“其他有权请求实现担保物权的人”。2015 年最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第 361 条则明确将抵押人作为拍卖、变卖非诉程序的申请主体，而限于抵押权人，其理由是赋予抵押人通过该程序保障自身权益的权利（沈德咏，2015）。可见，拍卖、变卖的实现程序历经了从《担保法》到《物权法》再到《民事诉讼法》的立法变迁。按照“新法优于旧法”原则，《民事诉讼法》及其司法解释所规定的“实现担保物权案件”特别规则，体现了程序法与实体法的有机衔接，有利于充分发挥抵押担保制度的功能。

五、结论

中国土地承包经营权抵押在政策上已获放开，但在法律上尚有不少风险，譬如，地方立法及实践各行其是、抵押自由受到发包方与集体成员的干扰、抵押客体的界限模糊、抵押的变动规则不明晰等。故而当前亟需更新价值理念与规则设计，完善土地承包经营权抵押法律制度。

一方面，在宏观的价值理念上，既有土地承包经营权法律制度的理念是集体优于个体、客体优于主体。现尤须转变法律父爱主义思维，从全面奉行国家主义改而适度尊重私人自治，确立农户成员的物权主体地位，不对土地承包经营权抵押作过多的束缚。相关地方立法（如前所述的《海南省农村土地承包经营权抵押融资管理办法》、《辽宁省农村信用社土地承包经营权抵押贷款管理暂行办法》等规范性文件）应摒弃文件名称中的“管理”二字，并力求名符其实，实现从管理到服务、从限制到促进的政府工作模式创新，通过对土地承包经营权抵押的程序性控制而非实体性控制，确保农户成员获得农地抵押贷款的机会公平而非结果公平。其中，需要建立土地承包经营权的价值评估机制及评估规则；完善农村土地承包经营权抵押登记制度，并依托农村产权流转交易市场建立统一规范的操作流程；废弃土地承包经营权抵押中的发包方同意权和本集体成员优先权。

另一方面，在微观的规则设计中，要消除矛盾，协调《担保法》《物权法》《农村土地承包法》《民事诉讼法》及其司法解释等规定，还原土地承包经营权为一项切实可行的用益物权，确保土地承包经营权的抵押权为一项行之有效的担保物权。其中，农户成员作为土地承包经营权的抵押人，

无须具有稳定的非农职业或稳定的收入来源；抵押权人应作民商区分，只有当土地承包经营权抵押是金融商事行为时，抵押权人才应限定为金融机构；无论土地是否属于荒地，也不考虑其是否通过招标、拍卖和公开协商等方式取得承包经营权，均应允许抵押人与抵押权人就土地承包经营权设置抵押，且通常情况下抵押的效力及于地上农作物，但对抵押土地的面积不应设置上下限；土地承包经营权抵押的物权变动宜采取登记生效主义，可以通过折价方式实现抵押权，并坚持拍卖、变卖实现程序的非诉裁判模式。

参考文献

1. 鲍尔·施蒂尔纳，2006：《德国物权法》（下册），申卫星、王洪亮译，北京：法律出版社。
2. 陈小君，2012：《田野、实证与法理——中国农村土地制度体系构建》，北京：北京大学出版社。
3. 崔建远，2004：《土地上的权利群研究》，北京：法律出版社。
4. 房绍坤，2014：《论土地承包经营权抵押的制度构建》，《法学家》第2期。
5. 弗朗索瓦·泰雷、菲利普·森勒尔，2008：《法国财产法》，罗结珍译，北京：中国法制出版社。
6. 高圣平，2014：《农地金融化的法律困境及出路》，《中国社会科学》第8期。
7. 郭继，2010：《土地承包经营权抵押的实践困境与现实出路——基于法社会学的分析》，《法商研究》第5期。
8. 惠献波，2013：《农户土地承包经营权抵押贷款潜在需求及其影响因素研究——基于河南省四个试点县的实证分析》，《农业经济问题》第2期。
9. 季秀平，2009：《论土地承包经营权抵押制度的改革与完善》，《南京社会科学》第1期。
10. 江平，2007：《物权法教程》，北京：中国政法大学出版社。
11. 蒋晓玲，2012：《农村土地使用权流转法律问题研究》，北京：法律出版社。
12. 近江幸治，2001：《担保物权法》，祝娅等译，北京：法律出版社。
13. 李国光，2000：《最高人民法院〈关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释〉理解与适用》，长春：吉林人民出版社。
14. 刘敏，2014：《土地承包经营权继承的解释论——兼评〈最高人民法院公报〉所载“李维祥诉李格梅继承权案”》，《政治与法律》第11期。
15. 刘生国，2008：《破解农民融资难题——农作物与农产品抵押》，《法学家》第3期。
16. 刘胜红，2007：《论家庭承包取得的土地承包经营权抵押》，《贵州警官职业学院学报》第1期。
17. 罗剑朝、庸晖、庞玺成，2015：《农地抵押融资运行模式国际比较及其启示》，《中国农村经济》第3期。
18. 全国人大常委会法工委，2007：《中华人民共和国物权法释义》，北京：法律出版社。
19. 沈德咏，2015：《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用》，北京：人民法院出版社。
20. 唐勇林，2009：《新一轮土改暗流涌动 耕地抵押贷款试点成潮》，《南方周末》，5月14日。
21. 王冠玺、李仁莹，2010：《土地承包经营权抵押范围的再探索》，《山东大学学报（哲学社会科学版）》第4期。
22. 王利明，2013：《物权法研究》（下卷），北京：中国人民大学出版社。
23. 王利明、周友军，2012：《论我国农村土地权利制度的完善》，《中国法学》第1期。

- 24.王卫国, 1997:《中国土地权利研究》,北京:中国政法大学出版社。
- 25.韦福, 2012:《农村土地承包经营权抵押三个法律问题的思考》,《农村经济》第6期。
- 26.温世扬、兰晓为, 2010:《土地承包经营权流转中的利益冲突与立法选择》,《法学评论》第1期。
- 27.吴义茂, 2012:《土地承包经营权入股有限责任公司法律问题研究》,北京:法律出版社。
- 28.谢在全, 2011:《民法物权论》(中册),北京:中国政法大学出版社。
- 29.徐涤宇, 2007:《物权法热点问题讲座》,北京:中国法制出版社。
- 30.尹田, 2006:《物权主体论纲》,《现代法学》第2期。
- 31.尹伟民, 2009:《抵押权公力实现的程序保障》,《烟台大学学报(哲学社会科学版)》第2期。
- 32.周相, 1994:《罗马法原论》(上册),北京:商务印书馆。
- 33.朱大旗、李蕊, 2016:《论我国土地银行制度的构建》,《法学杂志》第7期。
- 34.朱广新, 2014:《论土地承包经营权主体、期限和继承》,《吉林大学学报(社会科学版)》第4期。
- 35.最高人民法院物权法研究小组, 2007:《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》,北京:人民法院出版社。

The Legal Dilemma of the Mortgage of Right to Land Contractual Management and a realistic Way Forward

Zeng Dapeng

Abstract: There are many deficiencies in the legislation for the mortgage of right to land contractual management. For instance, the mortgage freedom is disturbed by the contract-issuing party and the collective members, the boundary of mortgage object is vague, rules of mortgage change are unclear, etc. which are quite unfavorable for the effective financing of farmers. Based on the systematic consideration of the multiple values of freedom, equality, efficiency and order, this paper discusses the key and difficult problems of the mortgage of right to land contractual management in three aspects: subject, object and real right change. Research results show that in the macro value, the thinking of legal paternalism especially needs to be transformed, and to establish the dominant role of property rights of the farmers, the consent right of the contract-issuing party and priority of collective members in the mortgage of right to land contractual management shall be abolished. In the rules of micro design, farmer members, as mortgagors of right to land contractual management shall not put limit on the stable non-agricultural occupation and source of income. Only when right to land contractual management is mortgaged for financial commercial behavior, the mortgagee shall be financial institutions. There should not be limits on the nature, acquisition means and area of the land for mortgage. The mortgage registration shall adopt the effective mode, and the mortgage can be realized in the way of discount, while the auction and sales can be implemented through the non-litigation judicial model.

Key words: right to land contractual management; mortgagor; mortgagee; object of mortgage; real right change

(作者单位: 华东政法大学经济法学院)

(责任编辑: 鲍曙光)