

# 土地经营权抵押权之法律问题研究

陈迪会

贵州大学法学院，贵州 贵阳

收稿日期：2023年9月12日；录用日期：2023年9月21日；发布日期：2023年11月22日

---

## 摘要

土地经营权派生于土地承包经营权，土地承包经营权人可以自主决定将该地的经营权通过出租、入股或者让其他方式流转给他人。根据土地经营权抵押权运行的现状可知，《民法典》和《土地承包法》对土地经营权以及土地经营权抵押的章程均不明确和具体，导致我国实现土地经营权抵押仍然存在着诸多困境，如土地经营权抵押权的范围不明确，抵押权人实现其抵押权时面临着较大的困难等。因此，应当通过明确土地经营权抵押权的内容，完善土地经营权抵押权的评估体系等途径细化土地经营权抵押权的法律规定以更好地保障抵押权人有效实现自己的抵押权利。只有将这些问题予以解决，才能实现我国推进农村有效改革、振兴农村经济的目标。

---

## 关键词

三权分置，土地经营权，抵押权实现

---

# A Study on the Legal Issues of the Mortgage of Land Management Rights

Dihui Chen

Law School, Guizhou University, Guiyang Guizhou

Received: Sep. 12<sup>th</sup>, 2023; accepted: Sep. 21<sup>st</sup>, 2023; published: Nov. 22<sup>nd</sup>, 2023

---

## Abstract

The right to land management is one of the characteristics after the promulgation of the Civil Code, which is mainly derived from the right to land contractual management. The holder of the right to land contractual management can independently decide to transfer the management right of the land to others through leasing, shareholding, or other means. The Civil Code ultimately incorporated land management rights into the property rights system, with the aim of actively responding

to China's policy of "separation of three rights", promoting the development of rural economy in China through a combination of land and financing, while also preventing land from reducing its agricultural value due to population mobility. However, based on the current situation of the operation of land management right mortgage, it can be seen that due to the unclear and specific regulations on land management right and land management right mortgage in the Civil Code and Land Contract Law, there are still many difficulties in realizing land management right mortgage in China, such as the unclear scope of land management right mortgage, and the significant difficulties faced by mortgagees when realizing their mortgage rights. Therefore, how to refine the legal provisions on the mortgage of land management rights and how to ensure that the mortgagee effectively realizes their mortgage rights are the problems that need to be solved in the current property rights section of the Civil Code. Only by solving these problems can we achieve the goal of promoting effective rural reform and revitalizing the rural economy in China.

## Keywords

**Separation of Three Rights, Land Management Rights, Mortgage Rights Realization**

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 土地经营权抵押的理论阐述

### 1.1. 土地经营权的内涵

根据《民法典》的相关规定，我国存在着两种模式的土地经营权。第一种是在“三权分置”下的土地经营权，此时的土地经营权是从土地承包经营权派生而来，这种模式下的土地经营权主要是通过自由流转而取得。第二种是直接基于农村土地集体所有权产生的土地经营权，这种模式下的土地经营权主要是通过其他方式取得。由于我国土地经营权主要是服务于“三权分置”政策，所以本文主要讨论的是派生于土地承包经营权的土地经营权。

“三权分置”制度的设立，使土地经营权不再受土地承包身份的限制，该制度对农村土地财产权利的明确与充分使用起到了均衡的分配作用[1]。设定土地经营权主要是为了将土地上的价值予以市场化，使土地不再受到太多身份属性的限制，有效实现农村土地的资源配置，以期解决我国现有农村土地利用的有限性和社会经济发展下逐渐凸显的新型农业发展需求之间的矛盾。

### 1.2. 土地经营权的权属争议

在理论界，关于土地经营权的属性争议主要存在着两种学说，一种是债权说，一种是物权说。支持土地经营权属于债权说的学者认为，首先，土地经营权主要是通过租赁方式而进行流转的权利。在“三权分置”的制度之下，我国农村土地上的权利主要是由三个部分组成，这三部分分别为农村土地集体所有权(该权利是我国土地归属的核心)、农村土地承包经营权(该权利是我国土地经营的基础)、土地经营权(该权利是我国土地能够得以有效流转的核心)，这三项权利分别属于自物权、用益物权、债权[2]。根据这一权利架构，可以推出土地经营权应当是在土地承包经营权的内容上派生的一个债权，主要是为了有利于促进土地的流转方式。土地承包方与土地经营权的受让人签订租赁合同后，双方便存在一个租赁关系，当合同约定的租赁期限届满后，租赁关系终止，土地上的权利架构又恢复为原来的二元架构。其次，

若将土地经营权定位为物权，则会违反物权的基本原则——即“一物一权”原则，此时土地之上存在着两个权益相矛盾的内容。

赞成土地经营权属于物权的学者认为，我国的土地经营权是规定在《民法典》物权编的土地承包经营权一章中，而不是规定在债权编中，从体系上推导出土地经营权应当属于物权的一种。此外，根据我国法律规定，土地承包经营权属于物权，即承包经营权具有占有、处分、收益的权利，根据土地经营权的特点，其属于土地承包经营权权能的一部分。在土地承包方抵押其土地经营权以后，其仍可在该土地上进行耕种或者作其他处理，该性质满足物权抵押后的规则模式，由此也可推出其应当属于物权。

从笔者角度出发，土地经营权理当归属物权。首先，将土地经营权认定为用益物权并不会违反“一物一权”的原则，土地上的集体所有权和土地经营权并不属于一个性质的权利，其所具有的权能也并不冲突。其次，若将土地经营权认定为债权租赁关系，在适用法律时就应该按照《民法典》合同编的相关规定，此时，合同的运转便要遵循合同相对性原则，其结果将导致土地的承包方和第三方的权利无法得到有效的保障，也无法改善农用地的使用效能。只有将土地经营权认定为物权，此时土地经营权才会具有较强的支配力和公示力，才能有效对抗第三人。因此，我认为将土地经营权认定为物权更有利于保护各方的利益，也更符合“三权分置”体系下的土地经营权的设定本意。

### 1.3. 土地经营权抵押的内涵

我国现行法仍然明确禁止土地承包经营权进行抵押，只允许土地经营权抵押。土地经营权抵押权是指为了解决农户需要融资的难题，土地承包方不转移对承包地的占有，将自己承包地上的土地经营权抵押给银行等金融机构，以换取融资款的权利，在发生法定或者约定的行使抵押权的条件时，抵押权人有权就该土地上的土地经营权优先受偿。根据这一概念可知，首先，土地经营权抵押的标的是土地经营权；其次，在抵押土地经营权以后，土地经营权人仍然占有该承包地；再次，双方当事人应当签订土地经营权抵押合同，土地经营权抵押权才能成立；最后，若发生抵押合同约定的可以就抵押权进行抵押条件时，抵押权人可以通过一定的方式实现抵押权。我国规定土地经营权可以进行抵押融资，其目的就是要充分利用土地的经济价值，有助于农民进行融资，真正放活土地上的经营权。

## 2. 土地经营权抵押担保的法律困境

### 2.1. 土地经营权抵押权的内容不清晰

#### 2.1.1. 土地经营权抵押主体不明确

土地经营权抵押关系中的主体主要包括抵押权人和抵押人。其中抵押权人一般为银行等金融机构，但是对于抵押人的主体范围却存在着争议。从上述内容中可以知道此处的土地经营权是派生于土地承包经营权的，但是土地经营权和土地承包经营权的设立目的不一样，因此主体也不完全一样。当承包方作为担保人就土地经营权进行融资担保时，如果当事人对担保协议的法律效力产生争议，此时真正的担保人是承包方户主还是其全体家庭成员？<sup>[3]</sup>第一种观点认为，承包方户主作为整个家庭的代理人，其作为抵押人是可以予以明确的。第二种观点认为，土地经营权与土地承包经营权存在着区别，其产生的权利和义务应当由家庭全部成员予以承担，所以，土地经营权的抵押人应当为所有家庭成员。在实践中，当承包方认为其土地经营权抵押后的收益未达到其合理预期时，往往会以该抵押合同未经其家人签字为借口，主张抵押合同无效，导致抵押合同的效力认定存在着困难，对于这种情况，有待我国法律予以明确。

#### 2.1.2. 土地经营权抵押客体不明确

土地经营权可以进行抵押主要是利用土地的经济价值，因此，土地经营权抵押权的客体当然包

括土地，这是不存在争议的，存在较大争议的主要是在地上产生农作物等属不属于土地经营权抵押客体的范围。一部分学者认为土地经营权抵押的客体应当包括土地之上的农作物，其主要参照的是建筑物和建筑用地的关系。另一部分学者却认为土地经营权抵押的客体不应当包括农作物，因为土地经营权性质较为特殊，其土地上的农作物一般为农户种植，这些农作物可能关系着农户的日常生活，若将农作物划归为土地经营权抵押的客体范围之内，一方面会影响到农户的生活，另一方面可能会降低农户以土地经营权为他人设定抵押权用以换取融资的积极性，从而导致土地经济价值得不到有效发挥。笔者认为，抵押人在抵押的农用地上进行耕种、收获作物等行为，属于对抵押土地的使用行为，从该地上得到的收益毫无疑问当归属抵押人所有，因此，土地经营权抵押权的客体不包括土地之上的农作物。

## 2.2. 实现土地经营权抵押权较难

按照《民法典》物权编的规定，抵押权人在其实现抵押权的情况下，可以采取拍卖、变卖、折价的方式进行优先受偿。但是设定抵押权的土地经营权不是传统的动产或者不动产，其权利主体并不像一般的动产或者不动产的主体那样明确单一。土地经营权的客体主要是土地，在“三权分置”的政策下，该土地上还存在着土地集体所有权、土地承包经营权，而这三项权利的主体并不是统一的，在抵押权实现时，抵押权人若对土地经营权进行拍卖、变卖，一方面，土地经营权抵押权的实现面临的困难比较大，很难顺利进行。另一方面，按照传统抵押权的实现方法对土地进行拍卖、变卖、折价等形式可能会使承包方无法拥有其作为土地承包经营权人的主体资格<sup>[4]</sup>。

## 2.3. 土地经营权价值难以评估

关于土地经营权价值评估的法律规范，目前能参考的规章主要是《农用地估价规程》，但是其中并未规定详细的评估流程，只是规定了股价使用依据，实践中适用起来较为困难。土地经营权价值评估存在困难主要有以下几个方面的因素：第一，我国目前对于土地经营权的评估没有规定专业的评估机构，未配备专业的评估人员，也缺乏专门的土地经营权评估细则作为参考，使土地经营权评估过程难以进行。在这样的条件下，最后制定出的评估结果也难以得到农民的信任，可能发生土地经营权人不予以配合的情况。第二，土地经营权赖以存在的土地在实践中存在着很多限制，如土地上的农作物生存周期比较长，在评估的时候若遇到土地上存活的农作物应当作何处理也是评估难题之一<sup>[5]</sup>。

# 3. 完善土地经营权抵押权的路径

## 3.1. 明确土地经营权抵押权的内容

### 3.1.1. 明确土地经营权抵押权的主体

我国相关法律对于土地经营权抵押权的主体界定只明确了抵押人为银行等金融机构，但是对于抵押人的范围还有待明确。通过上述分析可知，土地经营权抵押人往往会以其家庭成员未在抵押合同上签字而主张该抵押合同无效，所以对抵押人主体予以明确是亟需解决的。由于土地经营权不受身份的限制，且其产生的利益是基于土地适用价值，由此可以推导出家庭里的每个成员都应当享有土地经营权所产生的经济利益，同时也应当承担相应的法律义务。据此分析出具有完全民事行为能力人的家庭每一位成员是土地经营权的受益者，据此应当规定，在签订抵押合同时，为了预防以后纠纷的产生，可以采取由家庭内的完全民事行为能力人均在抵押合同上签字的方式或者由户主在抵押合同上签字，由家庭内其他完全民事行为能力人签署承诺书的方式来签订抵押合同，由此在日后产生纠纷时，由于抵押人的范围已提前予以确定，所以日后产生纠纷的可能性也能相应地减少。

### 3.1.2. 明确土地经营权抵押权的客体

明确土地经营权抵押权的客体范围是决定银行等融资机构实现抵押权的关键因素，对于抵押权人来说，抵押财产客体越大，对其兑现债权越有利。而对于抵押人来说，抵押财产的范围约下，其利益越能得到保障。因此，若不将抵押权的客体范围予以明确，无法平衡双方之间的利益，可能会引发更多的纠纷产生。明确抵押权客体的范围主要有两个方面，一方面是抵押合同双方当事人可以通过在合同中约定抵押权的客体范围的方式来明确抵押权的客体范围。另一方面就是可以通过法律的规定，法律可以区分土地之上的农作物是在抵押合同签订之前存在还是在签订之后存在予以划分，且在明确抵押权客体的范围时应当注重处于弱势一方的承包者，应考虑农作物的价值是否会影响其日常生活，是否会影响其他农户对土地经营权抵押融资的积极性。

### 3.2. 完善土地经营权抵押权的评估体系

由于我国实行土地经营权可以进行融资担保的时间较短，当土地经营权抵押权实现条件成就时，对该土地经营权进行评估是必不可少的。因此，我国当下应当制定一套完整的评估体系，这套评估体系应当立足于各地实践情况，结合各地实际情况予以制定。首先，土地经营权评估体系应当明确统一管理部门，应当以政府相关部门为主导。其次，政府相关部门应当制定一套有关土地经营权评估的细则，该细则应当符合上位法设定土地经营权的目的，同时也应当考虑其所在地实际情况，因地制宜，制定出能够在本辖区能有效运转的价值评估体系。其次，政府部门应当邀请专业的机构或者专业个人参与该评估体系，使该评估结果能够被农民所信服。最后，政府部门应当对土地经营权的评估过程进行全面的监督，使土地经营权的价值评估体系真正做到公平公正[6]。

### 3.3. 创新土地经营权抵押权的实现渠道

法律的设立主要是为了有效实行某一制度。应将“三权分置”下的土地经营权认定为用益物权，以土地经营权为客体进行抵押融资，且因土地经营权的流转方式不包括转让与互换，因此，其抵押权的实现不能采取传统的折价、拍卖与变卖方式。在此前提下，可以通过以下几个方面予以解决：第一，可以在符合农村土地限制性条件和保障农户基本利益的前提下，创新拍卖、变卖土地经营权的方式，如要求拍卖、变卖的受让人不得突破土地的保护要求，不得进行有损土地价值的行为等，使抵押权人就该土地拍卖、变卖所得价款优先受偿。第二，可以通过设立土地托管的方式实现土地经营权的抵押权。当上述拍卖、变卖的方式无法有效实现抵押权，作为抵押人的金融机构有不能直接实现其抵押权时，此时可以将设定土地经营权抵押权的土地交给具有农业经营能力的第三方管理，然后由该托管机构代替抵押人清偿抵押权人的债务，以解除双方的债权债务关系。第三，建立农村土地经营权流转的交易平台。虽然现在社会是一个信息高速共享的时代，但是在农村的大部分地区，特别是涉及土地相关的问题，大多数信息还处于比较闭塞的状态。因此，建立一个土地经营权的交易平台，可以发挥着信息共享，有效实现抵押权的作用，有利于充分发挥土地经营权的流转价值，促进土地融资功能的实现。

## 4. 结语

土地经营权的设立是我国对农村土地的经济价值创新利用，“三权分置”下的土地经营权，是在保证农民不失去其赖以生存的农用地的条件下，通过探索农村土地的市场化流转以实现土地经济价值的重要措施。目前的农村土地流转仍然存在着很多困难，接下来需要通过明确相关内容，完善相关程序，创新实现途径等方式予以提高农村土地的利用价值。土地经营权是我国开展农业金融的新生力量，确保土地经营权的有效运转是今后我国农业发展的目标之一。这一目标的实现不但能保证农民生活水平的稳步

提升，也能提高我国农村土地的生产力水平，最大化解决我国农民和土地之间的矛盾，实现我国社会主义的乡村振兴战略。

## 参考文献

- [1] 陈冉昕. 土地经营权抵押之法律规制[J]. 湖北农业科学, 2022, 61(15): 238-243.
- [2] 倪成杰. 《民法典》视野下的土地经营权抵押问题研究(上) [J]. 上海房地, 2021(7): 54-59.
- [3] 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(8): 62-67.
- [4] 倪成杰. 《民法典》视野下的土地经营权抵押问题研究(下) [J]. 上海房地, 2021(8): 52-57.
- [5] 张洁, 王林萍. 农村土地经营权性质及抵押贷款模式研究[J]. 云南农业大学学报(社会科学), 2022, 16(5): 126-132.
- [6] 宋颖.“三权分置”下土地经营权的抵押融资规则[J]. 山东农业工程学院学报, 2022, 39(4): 63-68.