

土地经营权的抵押与强制执行

权利定位、设立公示与执行路径

赵跃

(安徽国运律师事务所, 安徽 合肥 230000)

摘要: 农村土地三权分置改革之后, 土地经营权从土地承包经营权中分离出来, 成为一项独立的权利。民法典与农村土地承包法均规定土地经营权可以融资担保, 但条文仅设授权, 未设规则。土地经营权可否抵押、由谁设定、如何公示、如何实现、能否强制执行, 实务中的处理极不统一。有的法院以土地经营权属于债权为由, 否认其可抵押性; 有的法院认可可抵押, 却将登记机关认定为不动产登记机构, 导致当事人无从办理; 有的法院在执行中直接查封土地经营权, 却因变价无人应买而长期悬置, 既损害债权人利益, 也影响农地的正常经营。分歧的根源, 在于三个层面的认识不清。其一, 性质不清, 土地经营权究竟是物权还是债权, 是用途物权还是债权性利用权, 学理争议未决, 直接影响抵押的构造与执行的路径; 其二, 公示不清, 抵押登记由谁办理、登记产生何种效力, 条文未予明确; 其三, 路径不清, 土地经营权能否强制执行、如何变价、受让人的资格如何限制, 缺乏可操作的规则。本文主张: 土地经营权在性质上属于债权性的土地利用权, 经登记后取得对抗效力; 其抵押准用权利抵押的规则, 登记于农村土地承包管理部门, 登记为对抗要件而非生效要件; 抵押权的实现, 应当以强制管理为优先, 变价为例外; 强制执行应当允许, 但须设置三重限制, 即不得改变农地用途、不得损害承包方的承包权、受让人须具备农业经营能力。

关键词: 土地经营权; 抵押; 强制执行; 三权分置; 强制管理

中图分类号: D923.2 **文献标识码:** A **文稿编号:** WJLT(2019)01-0014-12

Mortgage and Enforcement of Land Management Rights

ZHAO Yue

(Anhui Guoyun Law Firm, Hefei 230000, Anhui, China)

Abstract: Since the reform separating ownership, contracting and management rights in rural land, the land management right has been detached from the land contractual management right and recognised as an independent right. The Civil Code and the Rural Land Contracting Law both provide that the land management right may be used as security for financing, yet the provisions grant authorisation without supplying rules. Whether it can be mortgaged, by whom the mortgage is created, how it is publicised, how it is realised and whether it can be enforced, are handled inconsistently in practice. Some courts deny its mortgageability on the ground that it is a mere claim; some accept the mortgage but designate the real estate registry as the registration authority, leaving the parties unable to register; some courts seal the right in enforcement but find no bidder, so that the asset remains frozen, harming both creditors and the ordinary operation of farmland. The divergence stems from three layers of confusion: the nature of the right, the mode of publicity, and the path of enforcement. This article argues that the land management right is a claim-based right of land use which acquires opposability upon registration; that its mortgage follows the rules on mortgages of rights and is registered with the rural land contracting administration, registration being a requirement for opposability rather than for creation; that realisation should prefer compulsory management over sale; and that enforcement should be permitted subject to three limits, namely no change of agricultural use, no prejudice to the contractor's contractual right, and a transferee possessed of agricultural operating capacity.

Key words: land management right; mortgage; enforcement; separation of three rights; compulsory management

说明: (本文为作者个人研究观点, 不代表所在单位意见)

作者简介: 赵跃, 安徽国运律师事务所执业律师, 主要研究民商事诉讼与农村土地纠纷。

一、问题的提出

农村土地三权分置, 是新一轮农村土地制度改革的核心。承包地的所有权归集体, 承包权归农户, 经营权则可以流转给他人。这一制度安排, 意在放活土地经营, 使土地向种

田能手和农业企业集中，提高农业效率。土地经营权由此从土地承包经营权中分离出来，成为一项可以独立流转的权利。

流转的对价，是租金；融资的担保，则是抵押。农民或者农业企业取得土地经营权之后，最大的资产就是这项权利本身。若不能以其抵押融资，农业投入的资金来源就受到限制。为此，农村土地承包法第四十七条规定，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。民法典第三百四十二条亦规定，土地经营权人可以自主开展农业生产经营并取得收益，经发包方同意或者备案，可以流转土地经营权。

条文授权明确，规则却几近空白。土地经营权究竟是物权还是债权，学理争议未决；抵押由谁设定，承包方还是经营权人，条文的表述含糊；登记由哪个机构办理，是不动产登记机构还是农村土地承包管理部门，实践中各行其是；抵押权如何实现，是拍卖变卖还是强制管理，缺乏规定；能否强制执行，法院的态度摇摆不定。

实务中的分歧，由此而生。第一种做法是否认可抵押。有的法院认为，土地经营权本质上是对承包地的利用，属于债权，而债权不得设定抵押，故抵押合同无效。第二种做法是认可抵押但否定登记的效力。有的法院认为，土地经营权抵押无须登记，合同成立即生效力，登记仅具备案意义。

第三种做法是认可抵押并主张登记生效。有的法院认为，土地经营权抵押准用不动产抵押的规则，未经登记不设立。三种做法并存，同一份抵押合同，在不同法院可能得到截然不同的评价，金融机构无所适从，农业融资的渠道因此受阻。

执行程序中的困境，同样突出。债权人取得执行依据后，申请查封债务人的土地经营权，法院往往照准。但到了变价阶段，问题接踵而至：土地经营权能否拍卖，拍卖的标的是权利还是土地，受让人须具备何种资格，拍卖后承包方的承包权如何保障，农地的用途能否改变。这些问题没有答案，拍卖无人应买，查封长期悬置，既不能实现债权，也妨碍了农地的正常经营。

分歧的根源，在于三个层面的认识不清。性质层面，土地经营权究竟是物权还是债权，是用途物权还是债权性利用权，直接决定了抵押的构造与执行的路径。公示层面，抵押登记由谁办理、登记产生何种效力，条文未予明确，导致实践混乱。路径层面，土地经营权能否强制执行、如何变价、受让人的资格如何限制，缺乏可操作的规则。

本文的任务，即在既有规范的基础上，为这三个层面提供一套解释方案。文章先厘定土地经营权的性质与权能，再讨论抵押的设立与公示，继而构造抵押权实现的方式，然后处理强制执行的路径与限制，最后讨论与相关制度的衔接。方法上，以教义学解释为主，辅以实践考察与比较法参照。

二、土地经营权的性质与权能

土地经营权的性质，是全部问题的起点。学理上有三种学说。第一种是物权说，认为土地经营权经登记后成为用途物权，具有支配性与排他性。第二种是债权说，认为土地经营权基于流转合同产生，其效力仅及于合同双方，属于债权。第三种是折中说，认为土地经营权在当事人之间为债权，经登记后取得对抗第三人的效力，属于债权物权化。

本文倾向于折中说。理由有三。其一，从产生方式看，土地经营权基于流转合同产生，其内容由合同约定，期限由合同确定，这与用途物权的法定性不符。其二，从公示方式看，土地经营权并无统一的不动产登记，多数地区仅在承包管理部门备案，备案的公示效力弱于登记。其三，从效力范围看，土地经营权可以对抗发包方与承包方，但对第三人的效力须以登记为条件，这与物权的绝对性有别。

三权分置的制度逻辑，在于把承包地的保障功能与生产功能分开。承包权承担保障功能，确保农户不因流转而失去土地；经营权承担生产功能，使土地流向有能力经营的主体。这一分离，使土地从单纯的生产资料变为可以融资的资产，也为抵押制度提供了空间。

但功能的分离并不彻底。承包权的保障功能，仍然通过租金的形式附着于经营权之上。经营权人须向承包方支付租金，租金构成经营权的负担。抵押权实现时，这一负担随之转移，受让人须继续支付租金。这解释了为何承包方的租金应当优先于抵押权受偿。

从权利结构上看，土地经营权是一种有负担的利用权。它承载着三项负担：向承包方支付租金、向集体履行用途管制的义务、在期限届满时返还土地。三项负担，构成经营权价值的天花板，也是评估与变价时必须扣除的项目。

折中说的实益，在于避免了两个极端。若采物权说，则土地经营权须一律登记，否则不生效力，这将使大量未登记的流转关系陷入无效，损害农业经营的稳定。若采债权说，则土地经营权完全不能对抗第三人，抵押权无从设立，农业融资的渠道被彻底堵死。折中说在两者之间取得平衡：在当事人之间，依合同发生效力；对第三人，依登记取得对抗力。

从权能上看，土地经营权包含四项内容。其一，占有权能，即对承包地的实际占有。其二，使用权能，即从事农业生产经营。其三，收益权能，即取得经营收益。其四，处分权能，即流转土地经营权，包括出租、入股、抵押等。四项权能中，处分权能是土地经营权得以融资的基础，也是抵押的正当性所在。

需要强调的是，土地经营权不是土地承包经营权。两者的区别有四。其一，主体不同，承包权的主体是本集体经济组织的农户，经营权的主体可以是任何主体，包括农业企业、专业合作社、城镇居民。其二，内容不同，承包权包含对承包地的支配与收益，具有身份属性；经营权仅包含经营与收益，不具有身份属性。其三，期限不同，承包权有法定的承包期，经营权由合同约定，不得超过承包期的剩余期限。其四，处分不同，承包权可

以依法转让、互换，但不得抵押；经营权可以抵押。

土地经营权也不是土地租赁权。租赁权是纯粹的债权，其效力仅及于出租人与承租人，且不得超过二十年。土地经营权的期限可以超过二十年，且经登记后可以对抗第三人。两者的差别，反映了立法者对农业长期投入的保护：农业投资回收周期长，若期限过短，经营者不愿投入。

从比较法上看，各国家和地区对农地利用权的定性并不一致。有的采物权主义，须登记始生效力；有的采债权主义，登记仅具对抗效力；有的则采登记对抗主义，未经登记不得对抗善意第三人。我国现行法的做法，接近第三种。这一选择，既尊重了流转的灵活性，又保障了交易的安全，是较为务实的方案。

性质的厘定，对抵押的构造有直接影响。若土地经营权为物权，则抵押为权利抵押，准用不动产抵押的规则，登记为生效要件。若为债权，则抵押为权利质押，准用权利质押的规则，交付权利凭证或者登记为生效要件。若为债权物权化，则抵押为准物权抵押，登记为对抗要件。本文采第三种，故主张土地经营权抵押采登记对抗主义。

实务中，法院对性质的认定，往往影响裁判的结果。在一起案件中，银行以土地经营权抵押发放贷款，债务人到期未还，银行主张优先受偿。法院认为土地经营权为债权，不得抵押，抵押合同无效，银行仅能主张普通债权。这一判决，实质上否定了农地融资的可能，与政策导向背道而驰。若采折中说，则抵押合同有效，银行经登记取得对抗力，可以优先受偿。

三、抵押的设立

抵押的设立，须解决三个问题：谁有权设定，须具备何种形式，须经何种公示。三个问题，条文均有涉及，但均不完整。

设定主体的确定，须区分两种情形。第一种情形，承包方以自己承包地的土地经营权抵押。此时，承包方既是承包权人，又是经营权人，有权自行设定抵押，只须向发包方备案。备案的性质，是告知而非同意，发包方不得拒绝。这一规则，体现了承包权的自主性。

第二种情形，受让方以流转取得的土地经营权抵押。此时，受让方是经营权人，但不是承包权人。农村土地承包法第四十七条规定，须经承包方书面同意并向发包方备案。书面同意的性质，是授权而非追认，未经同意设定的抵押，效力待定。发包方的备案，同样是告知，但发包方可以基于土地用途管制提出异议。

书面同意的要求，在实务中常被忽略。有的受让方未经承包方同意，径行抵押，金融机构亦未审查，事后发生纠纷，抵押的效力成为争点。本文认为，未经同意的抵押，不宜一概认定无效，而应认定为效力待定：承包方追认的，抵押有效；承包方拒绝追认的，抵押对承包方不发生效力，但金融机构可以请求受让方承担违约责任。这一处理，既保护了

承包方的权益，又维护了交易的安全。

抵押合同的形式，应当采书面形式。民法典第四百条规定，设立抵押权，当事人应当采用书面形式订立抵押合同。土地经营权抵押，同样适用。合同的内容，应当包括被担保债权的种类与数额、债务人的履行期限、抵押财产的名称与状况、担保的范围、抵押权的实现方式。缺少上述内容，不影响合同的成立，但可能影响合同的履行。

公示的方式，是争议最大的问题。第一种观点主张在不动产登记机构登记，理由是土地经营权属于不动产权利，应当纳入统一登记。第二种观点主张在农村土地承包管理部门登记，理由是土地经营权产生于承包关系，管理部门掌握完整的信息。第三种观点主张在动产融资统一登记系统登记，理由是土地经营权属于权利，可以准用动产抵押的登记规则。

本文倾向于第二种观点。理由有三。其一，农村土地承包管理部门掌握承包合同、流转合同、备案资料，登记更为便捷，成本更低。其二，土地经营权的变动与承包关系密切，由同一部门管理，便于信息的衔接。其三，不动产登记机构目前尚未普遍开展土地经营权登记，强行要求在其登记，将导致当事人无从办理。

登记的效力，应当采对抗主义。未经登记的抵押，在当事人之间有效，但不得对抗善意第三人。所谓善意第三人，包括后续的抵押权人、受让人、查封债权人。登记之后，抵押权取得对抗力，可以优先于未登记的权利。这一规则，与民法典第四百零三条关于动产抵押的规定保持一致。

登记的效力，还涉及与承包方的关系。抵押权人实现抵押权时，须处分土地经营权，此时承包方的承包权是否受影响。本文认为，不受影响。承包权是法定的身份性权利，不因经营权的抵押或者处分而消灭。抵押权实现的，只是经营权，承包方仍然是承包权人，仍然可以收取租金、监督用途、在期限届满后收回承包地。

土地经营权能否流转、流转的方式有哪些、流转后各方的权利义务如何配置，实务中已有较为成熟的梳理，可参见土地经营权可以流转吗一文所作的归纳。该文所述的流转形态，正是本文讨论抵押与执行的前提。

抵押权顺位的确定，须有明确的规则。同一经营权上存在多个抵押权的，依登记的先后确定顺位；同日登记的，依债权比例受偿；未登记的，依合同成立的先后确定，但不得对抗已登记者。这一规则，与不动产抵押的顺位规则一致，便于操作。

顺位升进的规则，同样适用。先顺位的抵押权因清偿而消灭的，后顺位的抵押权升进。但当事人可以约定顺位的固定，即先顺位抵押权消灭后，后顺位抵押权不升进，由抵押权人另行安排。这一约定，须登记方可对抗第三人。

抵押权与租赁权的关系，也须处理。经营权人将土地出租给第三人经营，后又设定抵押，抵押权实现时，租赁关系是否受影响。本文认为，租赁成立于抵押之前的，可以对抗抵押权，即所谓买卖不破租赁；租赁成立于抵押之后的，不得对抗抵押权，抵押权实现时

租赁关系终止。这一规则，与民法典第四百零五条的规定一致。

实务中，登记的操作存在诸多障碍。有的地区尚未建立土地经营权登记系统，当事人无处办理；有的地区虽有登记，但登记的内容不规范，仅记载抵押的事实，未记载被担保债权的数额与期限；有的地区登记与备案混同，备案即视为登记，导致对抗力的认定困难。这些问题，须通过统一登记规则、规范登记内容、明确登记效力加以解决。

实践中还有一类主体值得讨论，即村集体经济组织自身。集体经济组织统一经营集体土地，或者受托经营农户流转的土地，此时它既是发包方，又是经营权人。它能否以经营权抵押？本文认为可以，但须区分两种身份：作为发包方，它不得处分承包权；作为经营权人，它可以抵押经营权。抵押的实现，不得导致集体土地所有权的转移。

农民专业合作社的情形类似。合作社以社员的土地经营权入股，取得经营权，可以抵押。但抵押的实现，须经社员大会决议，且不得损害社员的承包权。若合作社破产，经营权作为破产财产处置，社员的承包权不受影响，社员可以取回土地或者另寻经营者。

农业企业的情形则不同。企业以流转取得的经营权抵押，属于正常的商业融资，法律不应设置过多障碍。但企业的经营风险较高，一旦破产，大片土地的经营权集中处置，可能影响当地农业的稳定。为此，可以设置处置的规模限制，避免经营权过度集中。

另一个问题是抵押期限。土地经营权有期限，抵押期限不得超过经营权的剩余期限。若抵押期限超过剩余期限，超过部分无效。抵押权实现的时点，须在经营权期限之内，否则抵押权无从实现。这一限制，是土地经营权抵押的特殊性所在，与不动产抵押不同。

四、抵押权实现的方式

抵押权实现的方式，民法典第四百一十条规定了三种：协议折价、拍卖、变卖。土地经营权抵押，是否可以径行适用这三种方式，值得讨论。本文认为，应当以强制管理为优先，变价为例外。

强制管理的正当性，源于土地经营权的特殊性。土地是农业生产的基础，其价值在于持续经营，而非一次性变价。若径行拍卖，受让人须具备农业经营能力，竞买人范围狭窄，成交价格往往低于实际价值；且拍卖导致经营中断，土地荒芜，损害承包方与集体的利益。强制管理则由法院指定管理人，继续经营土地，以经营收益清偿债务，既保全了土地的价值，又维持了农业生产的连续性。

强制管理的具体构造，包括四个方面。其一，管理人的指定，可以由债权人推荐，也可以由法院依职权指定，优先考虑当地的农业服务机构、专业合作社或者具备农业经营能力的个人。其二，管理的范围，包括土地的占有、使用与收益，但不包括处分。其三，收益的分配，扣除经营成本后，按债权顺位清偿。其四，管理的期限，以债务清偿完毕或者经营权期限届满为限。

强制管理的适用条件，应当包括三项。其一，土地经营权有持续经营的收益，且收益

足以逐步清偿债务。其二，债务人或者承包方不反对，或者虽反对但强制管理对其更为有利。其三，有合适的管理人。三项条件具备，法院可以裁定强制管理；不具备的，转入变价程序。

变价的方式，包括拍卖与变卖。拍卖应当在农村产权交易平台进行，公开竞价，接受监督。变卖的，应当经债权人同意，并报法院备案。变价的标的，是土地经营权，而非土地本身。拍卖公告中，应当载明经营权的期限、用途、四至、地上附着物的处理、承包方的权利。竞买人的资格，应当有所限制，须具备农业经营能力，且不得改变农地用途。

变价的限制，至少有三项。其一，不得改变农地用途。拍卖后，受让人仍须从事农业生产经营，不得将农地用于非农建设。其二，不得损害承包方的承包权。拍卖不影响承包方的承包权，承包方仍可收取租金、监督用途。其三，不得损害集体的所有权。集体的所有权不因经营权的变价而受影响，集体仍可依法收回土地。

协议折价的方式，适用于债权人与债务人协商一致的情形。折价的，应当参照市场价格，不得明显低于市场价，以免损害其他债权人的利益。折价协议签订后，应当办理经营权变更登记，否则不得对抗第三人。折价的标的，同样是经营权，而非土地。

强制管理的收益分配，须有明确的顺序。第一顺位是经营成本，包括种子、化肥、农药、人工、机械作业的费用；第二顺位是承包方的租金；第三顺位是管理人的报酬；第四顺位是抵押权人的债权。四项扣除完毕，仍有剩余的，返还经营权人。这一顺序，兼顾了经营的连续性与债权的实现。

强制管理的监督，须有制度保障。法院可以要求管理人定期报告经营情况与财务状况，可以委托审计机构对收支进行审计，可以依职权或者依申请更换管理人。管理人怠于履行职责，造成损失的，应当承担赔偿责任。监督到位，强制管理才不致沦为新的利益输送渠道。

强制管理的终止，有三种情形。其一，债务清偿完毕，管理目的达成；其二，经营权期限届满，管理标的消灭；其三，管理无收益或者收益不足以支付成本，管理失去意义。三种情形，法院均应当裁定终止管理，办理交接手续。

实务中，抵押权实现的障碍，主要在于无人应买。农业经营的收益有限，经营权的期限有限，竞买人的积极性不高。有的法院多次拍卖流拍，最终不得不以物抵债，债权人取得经营权却无法经营，形成新的困境。强制管理的引入，正是为了解决这一问题：与其变价无人应买，不如继续经营、逐步清偿。

另一种障碍，是承包方的阻挠。承包方担心经营权变价后，新的经营者不按时支付租金，或者改变土地用途，因而对拍卖持反对态度。对此，应当明确：承包方的承包权不受影响，租金债权优先于抵押权受偿，用途管制由发包方与农业农村部门监督。三项保障到位，承包方的顾虑可以消除。

从比较法上看，各国对农地抵押权的实现，多采强制管理优先的做法。有的国家设立

了专门的农地管理机构，负责经营权的管理与收益分配；有的国家允许债权人自行经营，但须接受监督。我国可以借鉴这些经验，建立适合国情的强制管理制度。

五、强制执行的路径

土地经营权能否强制执行，是执行实务中的难题。肯定的观点认为，土地经营权是财产权，可以成为执行标的；否定的观点认为，土地经营权具有身份属性与社会保障功能，不宜强制执行。本文主张肯定说，但须设置三重限制。

肯定说的理由有三。其一，土地经营权是纯粹的财产权，不含身份属性。承包权才有身份属性，经营权没有。其二，土地经营权可以流转，具有交换价值，符合执行标的的可转让性要求。其三，若否定其可执行性，则抵押权形同虚设，金融机构不愿放贷，农业融资的渠道被堵死，与政策导向相悖。

执行的方式，包括查封、变价与强制管理。查封，是限制债务人处分经营权的措施，应当向农村土地承包管理部门送达协助执行通知书，办理查封登记。查封的效力，及于经营权的全部权能，债务人在查封期间不得流转、不得抵押、不得改变用途。

变价，是拍卖或者变卖经营权。变价的程序，准用不动产执行的规则，但须注意三点。其一，评估应当考虑经营权的剩余期限、土地的肥力、地上附着物的价值、市场的租金水平。其二，拍卖应当在农村产权交易平台进行，公告期不少于三十日。其三，竞买人的资格须经审查，不具备农业经营能力者不得参与。

强制管理，是前述抵押权实现方式的延伸，在执行程序中同样适用。执行法院可以裁定强制管理，指定管理人经营土地，以收益清偿债务。强制管理的裁定，应当送达当事人与承包方，并报农业农村部门备案。

三重限制，是强制执行的边界。第一重限制，不得改变农地用途。执行程序中，法院不得裁定将农地用于非农建设，不得允许受让人改变土地用途。第二重限制，不得损害承包方的承包权。执行不影响承包方的承包权，承包方仍可收取租金、监督用途，承包方对租金享有优先权。第三重限制，受让人须具备农业经营能力。这一限制，旨在防止土地撂荒或者转租牟利。

承包方租金的优先性，值得单独讨论。土地经营权变价后，承包方的租金债权是否优先于抵押权。本文认为，应当优先。理由有二。其一，租金是承包权的对价，具有生存保障的功能，优先受偿符合实质公平。其二，租金的数额通常不大，优先受偿对抵押权人的影响有限。这一规则，可以在司法解释中明确。

执行中的另一个问题，是经营权的部分执行。一块承包地，经营权人只经营其中一部分，其余部分转租他人。此时，能否只执行其自营部分。本文认为可以，但须注意三点。其一，部分执行不得影响整体的经营。其二，转租部分的租金，可以作为执行标的。其三，部分执行后，剩余部分的经营条件不得恶化。

执行与破产的衔接，也须考虑。经营权人破产的，土地经营权属于破产财产，由管理人处置。管理人可以继续经营，也可以变价。变价的，须遵守前述限制。承包方的租金债权，作为共益债务或者普通债权，按破产程序清偿。集体的所有权不受影响。

执行程序中的参与分配，也须考虑。经营权变价的价款，多个债权人主张分配的，依民法典与相关司法解释的规则处理：有担保物权的优先受偿，普通债权按比例分配。承包方的租金，优先于普通债权，但后于实现抵押权的费用。这一顺序，须在分配方案中载明。

执行异议的处理，是实务中的难点。案外人对经营权主张权利的，可以提起执行异议之诉。常见的争点有三：其一，案外人主张自己是真正的经营权人，登记的名义人不实；其二，案外人主张自己对经营权享有租赁权，租赁先于查封；其三，案外人主张经营权已转让给自己，虽未登记但已实际交付。三种情形，应当分别审查，不能一概而论。

对于第一种情形，应当以登记为准，但有相反证据的除外。经营权登记具有推定力，登记名义人推定为权利人；案外人主张自己为真正权利人的，须证明登记错误，且须证明自己在查封前已取得权利。对于第二种情形，应当审查租赁合同的真实性、租金的支付情况、实际占有的事实。对于第三种情形，应当审查转让合同、交付事实与对价支付，未登记的不得对抗查封债权人。

实务中，执行法院往往因缺乏规则而畏难。有的法院一律不予受理，将土地经营权排除在执行标的之外；有的法院查封后长期不处置，形成僵局。本文建议，最高人民法院应当通过司法解释或者指导性案例，明确土地经营权的可执行性、执行方式与限制条件，为下级法院提供指引。

六、与相关权利的界分

土地经营权的抵押与执行，须与土地承包经营权、宅基地使用权、集体建设用地使用权等权利相界分，避免混淆。

与土地承包经营权的界分，前已述及。核心区别在于，承包权具有身份属性，不得抵押，不得强制执行；经营权不具有身份属性，可以抵押，可以强制执行。实务中，有的法院将两者混同，查封了农户的承包权，这是错误的。查封的标的，只能是经营权，不能是承包权。

与宅基地使用权的界分，体现在标的与用途上。宅基地使用权是农村村民建造住宅及其附属设施的权利，具有身份属性与福利属性，不得抵押，不得向本集体经济组织以外的人转让。土地经营权是农业生产经营的权利，可以抵押，可以流转。两者不得混同，也不得互换。

与集体建设用地使用权的界分，体现在土地的性质上。集体建设用地是用于非农建设的土地，其使用权可以依法出让、出租，也可以抵押。土地经营权是农用地的利用权，其

抵押与执行受用途管制的限制。两者的标的性质不同，规则亦不同。

与土地租赁权的界分，体现在期限与效力上。租赁权的期限不得超过二十年，且不具有对抗第三人的效力；土地经营权的期限可以超过二十年，经登记后可以对抗第三人。实务中，有的当事人以租赁合同的名义流转土地，实质上是设立土地经营权。法院应当根据合同的内容、期限、登记情况，作出实质判断，不能拘泥于合同的名称。

与土地托管的关系，也须厘清。土地托管是农户将土地的耕种作业委托给服务组织，农户仍是经营者，服务组织仅提供劳务。托管的，不发生经营权的转移，故不能抵押，也不能执行。有的当事人以托管之名行流转之实，法院应当审查实质，防止规避法律。

与地上附着物的关系，须一并处理。土地经营权抵押的，地上附着物是否一并抵押，条文未予明确。本文认为，应当区分情形。若附着物是农业设施，如大棚、水井、道路，属于经营权的附属，应当一并抵押；若附着物是林木、果树，属于独立的财产，可以单独抵押，也可以一并抵押，由当事人约定。

与土地征收补偿的关系，须在执行中予以考虑。土地被征收的，经营权消灭，补偿款应当如何分配。本文认为，土地补偿费归集体，安置补助费归承包方，地上附着物与青苗补偿费归经营权人。抵押权人可以就经营权人应得的补偿款优先受偿。执行法院查封经营权的，查封的效力及于补偿款。

七、裁判规则与实务争点

综合上述分析，可以提炼出若干裁判规则，供实务参考。

规则一，土地经营权抵押合同，自成立时生效；未经登记，不得对抗善意第三人。这一规则，解决了抵押效力的争议，兼顾了交易安全与流转效率。

规则二，受让方以流转取得的土地经营权抵押，未经承包方书面同意的，抵押对承包方不发生效力，但金融机构可以请求抵押人承担违约责任。这一规则，保护了承包方的权益，也避免了抵押合同一概无效带来的负面后果。

规则三，抵押权实现时，应当优先采用强制管理；不宜强制管理的，可以拍卖或者变卖，但受让人须具备农业经营能力，且不得改变农地用途。这一规则，兼顾了债权的实现与农地的保护。

规则四，土地经营权可以强制执行，但不得查封承包权，不得改变农地用途，不得损害承包方的租金优先权。这一规则，划清了执行与保障的边界。

规则五，承包方的租金债权，优先于抵押权受偿。这一规则，体现了生存保障优先的价值取向。

实务中的争点，还有一个值得讨论：土地经营权能否再次抵押。经营权人已设定抵押，能否就同一经营权再次抵押。本文认为可以，但顺位依登记的先后确定。再次抵押的，后顺位的抵押权人实现抵押权时，不得损害先顺位抵押权人的利益。这一规则，与不

动产抵押的顺位规则一致。

另一个争点，是抵押权的追及效力。经营权人将已抵押的经营权转让的，抵押权是否追及。本文认为，登记的抵押权具有追及效力，受让人取得经营权，仍须承受抵押负担。但受让人代为清偿债务的，抵押权消灭。这一规则，保障了抵押权人的利益，也为受让人提供了救济途径。

还有一个争点，是经营权期限届满后的处理。抵押权实现的时点超过经营权期限的，抵押权归于消灭，抵押权人只能就其他财产受偿。这一规则，是经营权期限性的必然结果。抵押权人在设定抵押时，应当评估剩余期限，避免超期抵押。

八、立法完善与制度配套

从立法论上看，现行规定尚有三处可以完善。其一，明确土地经营权的性质与效力，规定经登记的经营权可以对抗第三人。其二，明确抵押登记的机构、内容与效力，消除实践中的混乱。其三，明确抵押权实现的方式与强制执行的规则，为司法提供依据。

制度配套方面，须建立三项机制。第一项是登记机制，依托农村土地承包管理部门，建立统一的土地经营权登记系统，实现信息的互联互通。第二项是评估机制，培育专业的农地评估机构，形成科学的评估方法，为抵押与执行提供价格参考。第三项是交易机制，依托农村产权交易平台，规范流转与拍卖的程序，提高交易的透明度。

此外，还应当建立风险分担机制。农业经营风险高，收益不稳定，金融机构放贷意愿不足。可以设立农地融资风险补偿基金，对金融机构的损失给予一定比例的补偿；也可以发展农业保险，将自然灾害、市场波动的风险分散。风险分担到位，融资成本才能下降。

从更宏观的视角看，土地经营权的抵押与执行，折射出农村土地制度改革的深层逻辑：既要放活经营，又要守住底线。放活经营，意味着赋予经营权更多的权能，包括抵押、流转、继承；守住底线，意味着坚持土地集体所有、坚持农地农用、坚持保障农民权益。两者之间的平衡，是制度设计的关键。

九、结语

土地经营权从承包经营权中分离，是农村土地制度的一次重大调整。这项权利能否抵押、如何实现、能否执行，关系到农业融资的渠道是否畅通，关系到农民的财产性收入能否增加，关系到农业现代化能否推进。条文授权明确，规则却仍待填补。

本文的基本主张是：土地经营权在性质上属于债权性的土地使用权，经登记后取得对抗效力；其抵押准用权利抵押的规则，登记于农村土地承包管理部门，登记为对抗要件；抵押权的实现，应当以强制管理为优先，变价为例外；强制执行应当允许，但须设置三重限制。这些主张，未必周全，但至少提供了一个可以讨论的框架。

一块土地，养着一家人，也承载着一份期待。规则的清明，程序的正当，裁量的克

制，三者兼备，土地经营权才能真正成为农民的资产，而不是包袱。

参考文献

- [1] [1] 《中华人民共和国民法典》第三百三十九条至第三百四十二条。
- [2] [2] 《中华人民共和国农村土地承包法》第四十七条。
- [3] [3] 高圣平：《担保法论》，法律出版社2009年版。
- [4] [4] 王利明：《物权法研究》（下卷），中国人民大学出版社2016年版。
- [5] [5] 崔建远：《物权法》（第四版），中国人民大学出版社2017年版。
- [6] [6] 最高人民法院：《关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》，2021年。
- [7] [7] 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典物权编理解与适用》，人民法院出版社2020年版。