农地抵押法制实践的困境与出路

郑 涛[a,b]

（武汉大学 a. 法学院；b. 中国乡村治理研究中心，湖北 武汉 430072）

摘 要：我国农地抵押融资正遭遇法律解释和制度实践的双重困境。法律解释上，从土地承包经营权中分离出经营权作为抵押标的的“三权分置”论，与有关物权法理相冲突，也不符合抵押权成立的条件；制度实践上，以政策推动为主的农地抵押被金融机构冷遇，实际抵押人多为公司企业而非普通农户，且主要从事非农经营或者非粮种植。农地抵押法制实践的困境并非源自农地产权制度不完备，而是市场需求不足。我国农村以代际分工为特征的“半工半耕”家计生产方式充分展现了小农经济的有效性，并从根本上否定农地抵押导向下的规模化、产业化农业经营方式。未来农地抵押制度应在强化农地社会保障功能、减少政府具体干预、拓展农业融资渠道的基础上，完善抵押权设定规则。

关键词：三权分置；农地抵押；经营权；小农经济

中图分类号：D922.3　　**文献标识码：**A　　**文章编号：**1672－0202(2018)04－0029－11

一、农地抵押制度的有效性前提

“增加农民的财产性收入”是近年来国家农村工作的重要内容。农村土地资源被认为是农民致富的资本基础，以盘活土地资源为目标的农地产权制度改革正在不断推进。在此背景下，通过土地抵押进行融资，为农业规模化、产业化经营提供资金支持，进而提升农业生产效率和农民财产性收入，成为当下制度创新的关键突破口[1]。2013 年党的十八届三中全会作出的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》第 20 条明确指出：“在坚持和完善最严格的耕地保护制度前提下，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。”紧接着，2014 年“中央一号文件”对这一政策条款予以再次确认，并使用了“经营权抵押”的说法。

伴随着相关政策文件的出台，我国农地抵押试点工作全面铺开，如今已进入了经验总结和立法完善阶段。然而，政策松动和舆论引导并未引发预期的效果，我国农地抵押实践一直处于低位徘徊状态。虽有部分下乡的企业通过农地抵押获得了贷款，但也并未带动农民走上富裕之路，反倒是产生了种种负外部性效应。针对这些问题，农经学者和法学学者普遍认为是农地产权结构改革不彻底，尤其是实务中对“三权分置”理解不到位造成的①。但是，此种观点有违我国农地产权领

收稿日期：2018－03－14　　**DOI：**10.7671/j.issn.1672－0202.2018.04.003

基金项目：教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目(14JZD030)

作者简介：郑 涛(1987—)，男，河南南阳人，武汉大学法学院讲师，武汉大学中国乡村治理研究中心研究人员，主要研究方向为司法制度、农地产权、基层治理。E－mail：zhengtao913@163.com

① 代表性观点参见丁文：《论土地承包权与土地承包经营权的分离》，载《中国法学》2015 年第 3 期，第 159－178 页；孙宪忠：《推进农地三权分置经营模式的立法研究》，载《中国社会科学》2016 年第 7 期，第 145－163 页；李宁、陈利根、孙佑海：《现代农业发展背景下如何使农地“三权分置”更有效——基于产权结构细分的约束及其组织治理的研究》，载《农业经济问题》2016 年第 7 期，第 11－26 页；刘守英、王佳宁：《长久不变、制度创新与农地“三权分置”》，载《改革》2017 年第 12 期，第 5－14 页。

域制度变革中“实践先行制度跟进”的一般历史规律,因而缺乏应有的解释力。笔者认为,之所以出现这种片面化的阐释,是由于误读了农地抵押制度发生效用的两个前提:第一,误认为“三权分置”后的农地经营权具有物权属性,在其之上设定抵押权是顺理成章的事情;第二,误认为通过农地抵押获得融资,进而推进规模化、产业化经营是我国农业发展、农民致富的必由之路。殊不知,在我国特有的农地产权结构和家庭经营方式之下,农地抵押制度的有效性前提值得进一步商榷。

因此,本文将首先从物权理论的角度对农地经营权抵押的法理妥当性进行剖析,指出其可能存在的问题;其次,借助于案例资料,对农地抵押实践的现状进行描述性分析,总结出现实中存在的问题;最后,引入我国农民家庭以代际分工为特征的“半工半耕”家计生产方式这一理论前提,反思农地抵押制度所赖以存在的现实基础的脆弱性,并提出制度完善的方向和具体措施。

二、农地抵押之法律解释困境

“三权分置”的理论设想最先为我国农经界学者所推崇,之后被中央政策性文件所吸纳采用,并逐渐获得推广。在农地抵押法制化推进的过程中,如何从法律体系内部为其提供理论正当性支援,也是法学研究者的重要使命。问题是,已有的学术论证虽多数在结论上对农地抵押给予肯定,但其论证过程迥异,甚至不同理论间产生抵牾的现象也并不罕见,以至于理论的可接受性被削弱,进而无法应对各种质疑之声。

对于经营权抵押的质疑主要来自两个方面:第一,根据物权法理,土地承包经营权能否进一步划分为承包权和经营权,析分后所产生的二权利的各自内容是什么? 第二,假如可以析分出土地经营权,其是否能够满足抵押权设定的条件? 换言之,前一个问题是物权设置的问题,其涉及物权法的基本制度规则,即承包经营权上设置土地经营权的可能性;后一个问题则是抵押权设定可能性的问题,即土地经营权能否满足“可转让”“可抵押”之实践要求的问题。

(一)可分性问题

“三权分置”论的主流观点认为,土地承包经营权是土地承包权和经营权分离前的母权利。如果认可这种权利生成逻辑,那么也必须承认包含于同一土地承包经营权之中的承包权和经营权这二权利在性质上应具有相似性和包容性。但是,这种推论并不能成立。有学者通过比较研究发现,两种权利不仅属性差异显著[2],而且在生成时间上也缺乏共时性。承包权是一种身份权,而经营权则属于债权。按照我国《农村土地承包法》第5条的规定,集体组织成员享有承包本集体土地的权利。这里的“权利”只能解释为土地承包权,是一种具有身份性质的期待权,而土地承包经营权则是承包权的具体化和现实化,因承包合同的生效而产生。所以,土地承包权先于承包经营权而存在,后者不可能分离出前者。

换个角度,从权利内容的角度切入也会发现“三权分置”理论的逻辑不周延性。通说认为,土地承包经营权包含占有、使用、收益的权能,权利分置后的经营权包含使用、收益的权能,承包权保留占有的权能。问题是,物权法理要求对物的直接占有和使用的权利只能归于一人,因此很难想象土地归他人占有的情形下,经营权人却还可以对其进行使用、收益。而分离出土地经营权后的承包权除了名义上的可期待权能外,连基本的债权性处分行为都无法落实,成为“影子物权”。由此可见,土地承包经营权的占有、使用、收益权能构成一个完整的物权单位,并不具有可再分性,“三权分置”理论缺乏现实基础。

也有学者为了破解上述理论难题,提出土地经营权并非内含于承包经营权之中,而是在承包经营权之上设立的次级用益物权,即次级土地承包经营权[3];或者认为土地经营权是基于承包经营权设置的权利用益物权[4]。两种权利构造方式称谓不同但逻辑相似,都不是直接拆分土地承包

经营权,而是在该权利之上进行的新权利续造。且不说权利用益物权的提法是否具有理论妥当性,单就权利客体而言,权利用益物权虽然在名义上指向“权利”,但实质上仍以土地为依归和体现形式,与土地承包经营权之客体相同。故此,这种权利用益物权的设定很可能造成在同一客体上存在多个不相容的用益物权形态[5]。但是,“一物一权原则”要求同一客体物之上不能同时存在两种内容、性质相互抵触的用益物权[6]。如此看来,如欲使土地经营权与承包经营权并存且不违背“一物一权原则”,可行的做法是将经营权定位为债权性质的土地租赁权而非用益物权。但这时的土地经营权当然也就不具备抵押的权能,这是下面要讨论的一个关键问题。

(二)可抵押性问题

假设土地承包经营权中可以分离出土地经营权,其是否能够进行抵押也仍需进一步论证。按照担保法的基本原理,抵押物一般限于具有稳定性且可处分的不动产,这是交易安全和债权人权益保障的需要。随着物权体系的不断扩展,他物权也逐渐被纳入抵押的客体范围。依照《物权法》第 125 条的规定,土地承包经营权是对土地的用益物权。因此,土地承包经营权这一他物权也符合抵押的要件而具有可抵押性,只是立法上基于特殊考量而将其排除在抵押范围之外。囿于“物权法定原则”,土地经营权并非用益物权,而只能定位于一种债权性质的土地租赁经营权。但债权的内容和期限等以双方当事人的意思自治为前提,权利价值不确定性较大、不便公示,都使得其难以成为抵押标的。由此可得,土地经营权只能质押而不能抵押,如欲使其可以抵押,必须通过修改法律将其物权化。

此外,仍立基于土地承包经营权派生出经营权的前提之上,作为用益物权的土地承包经营权都无法进行抵押,举重以明轻,作为派生物的土地经营权,又具备了抵押的权能,这显然说不通。也有学者认识到经营权作抵押标的的这种缺陷,倡导直接将承包经营权作抵押,认为“土地所有人通过限制自身的权能在自有物上为他人设定用益物权,使用益物权人能够享有占有、使用、收益、处分四项权能”[7]。但其忽略了担保法对农地抵押的限制,以及用益物权的权能要素,直接将处分权赋予了土地承包经营权,这已经溢出了《物权法》对用益物权的权能限定范围。

再一个问题是,将经营权作为抵押标的,会面临公示难题。抵押权的成立无需转移抵押财产,登记自然成为抵押权的唯一公示方式。对于农地抵押,一般认为抵押权的成立应采登记生效主义,即未经过登记则抵押权不发生法律效力。但是,根据我国《不动产登记条例》第 8 条“不动产以不动产单元为基本单位进行登记”的规则,结合不动产登记的“在先原则”[8],抵押权登记必须以农地经营权已进行过登记为前提。这在农地经营权物权化仍受质疑,且土地承包经营权确权颁证都困难重重的背景下,几乎不可能实现。

(三)小结

从土地承包经营权中分离出经营权作为抵押标的,其核心要义在于绕过相关法律对土地承包经营权抵押的限制性规定,实现农地金融化的法制化操作。由于农地抵押的制度构想主要来自农经界学者,对物权法律体系的把握相对不足,从而导致“三权分置”理论在法理论证上很难实现逻辑自洽。也正是由于存在法律解释上的种种障碍,在制度设计和实务操作中出现各种不尽人意的地方也就不足为奇。

透过上文的分析可以发现,强行将土地承包经营权分割为经营权和承包权,往往出现分而不离的现象,最终仍落入权能冲突或混同的尴尬。所以,这种划分不仅没有可能性,实则也没有必要性。如欲实现农地抵押,这里的抵押权标的只能是农地承包经营权。可行的方案是,农地抵押政策的推行必须以先行试点为前提,在总结经验教训的基础上,必要时修改《物权法》和《担保法》等法律,删除对土地承包经营权抵押的限制性规定。但这种操作能否在理论上获得正当性论证,以

及如何避免因此导致的农地私有化风险,这都有待进一步研讨。

三、农地抵押之实践困境

早在上个世纪80年代,我国就已经出现了农地抵押的试点。比如1988年国务院批准成立的贵州湄潭县土地制度试验区,就曾探索过农地金融创新。最为典型的农地抵押,是2006年以来宁夏同心县自发形成的土地联保模式。目前,在国家政策推动下又出现了江苏东海模式、山东枣庄模式、福建明溪模式、陕西高陵模式等众多农地抵押类型[9]。总结起来,上述模式可分为两大类:一类是以宁夏同心联保模式为代表的自下而上的自发型农地抵押模式,另一种是以江苏东海模式为代表的政策推动型农地抵押模式。对于自发型农地抵押,其往往呈现出以信用关系为基础、以农地承包经营权抵押为辅助的担保样态,即金融机构在放款评估时主要依据的是信用度、农用机械抵押等,而农地抵押只是作为参考项。简言之,在这种模式中,农地抵押所发挥的仅仅是锦上添花的作用[10]。政策推动型农地抵押是本文介绍的重点,也是当下农地抵押模式的主流。笔者曾于2016年5月在M市S区、N区进行过有关农地抵押状况的深度调研①,这里就以当时调研所收集的资料为基础进行分析。

M市是农地产权制度改革试验区,于2009年成立"M市农村综合产权交易所(简称农交所)",对农地产权抵押进行大胆尝试和创新。农交所试行的农地抵押程序是:土地承包经营权流入方与户主签流转合同,到区经管局盖章,再到农交所申请土地流转鉴证书(相当于土地承包经营权证书),拥有土地流转鉴证书的土地承包经营权就可以在农交所"挂牌交易",并向银行申请抵押贷款。截至2014年10月31日,进入M市农交所交易的耕地面积共110万亩,抵押贷款额达14.95亿元。目前,M市农地抵押贷款中有六笔坏账,共计资金2500万元,其中两笔发生在S区。该市农地抵押贷款业务主要集中在M市农村商业银行和民生银行。据统计,近年来S区和N区进行农地抵押贷款的情况如表1所示。

表1 M市S区和N区农地抵押贷款概况

地区	土地流转鉴证日期	抵押贷款人	贷款金额/万元	抵押土地面积/亩	贷款期限/年	放贷银行
M市S区	2009年12月	Q合作社	200	2335	2	M市农村
	2009年12月	刘英	30	165	2	商业银行
	2009年12月	九九生态养殖有限公司	100	1050	1	
	2010年3月	天蓬生态农业有限公司	80	1102	1	
	2013年5月	食用菌科技有限公司	200	128	2	
M市N区	2011年6月	方玲家庭农场	30	123	1	
	2012年11月	庄稼汉农业科技有限公司	500	3600	1	
	2013年12月	凯旋农业发展有限公司	150	430	1	
	2014年1月	天和食品有限公司	500	3600	1	

总结起来,M市农地抵押实践呈现以下特点:

(1)农地抵押以政府推动和扶持为主。上表中Q合作社所进行的抵押贷款项目,不仅有政府

① 本次调研是由武汉大学中国乡村治理研究中心组织,调研周期为15天,调研方式以个案访谈为主,附带政府部门台账资料的收集。参照学术论文基本规范,本文对调研中涉及的地名、人名和公司企业名称均进行了技术处理。

的贴息补助,还得到配套的国家农田整治项目款 200 万元。据说,2014 年该合作社又获得政府 100 多万元的大棚设施补贴。而农业大户刘英更是政府树立的示范典型,其起初进行抵押贷款很大程度上就是受政府的鼓动,要她做带头,并承诺在政策上给予优惠。刘英因经营不善赔了钱,破产后面临银行起诉时,她感叹道:“贷款是害人的事儿,建议政府不要搞这个。”

不得不说,政府的强行推进和过度补贴很大程度上破坏了市场运作的自然规律,使得农业经营者风险意识降低,盲目扩大经营规模。这其中,刘英就是一个典型的例子。其原本是一个“中农”,可承受的经营规模在 30 亩左右,而政府的推动和无形政治压力,使其无视家庭经营方式的规模限度,最终无法应对市场风险而陷入困境。通过调研也发现,其实很多抵押贷款项目中贷款人资格和条件都很难说达到银行的要求,而正是政府的行政干预和兜底,才使得这些贷款能够获得审批。

(2)农地抵押的积极参与者是公司企业而非普通农户。从上表统计可以看出,真正使用农地抵押贷款的主要是农业公司、家庭农场、合作社和刘英这样的农业大户。调研中也发现一些公司企业对农地抵押贷款的兴趣很大。例如,N 区凯旋农业发展有限公司老板说:“我们企业发展最大的难题是建设用地和融资,但是民间借贷利率太高。2013 年 5 月,我向银行贷款 300 万元,抵押物是 N 区的一套房子(抵押 150 万元)和 430 亩的经营权证(抵押 150 万元)”。企业对农地抵押的积极态度与一些学者的调研经验也相符合[11]。

与企业的积极态度反差较大,普通农户对农地抵押的反应平淡。调查中,很多农民表示自己不会将唯一住房拿去抵押,也没有将土地拿去抵押的需求,况且自家的几亩土地作抵押也贷不到太多钱。可见,农民更关注自身的处境和市场的风险。在一项政策不能给予其稳定预期的情况下,一个理性人总是会考虑其机会成本。政府政策设计初衷再好,也不能代替农民的行为逻辑。

(3)银行对农地抵押贷款普遍存在惜贷现象。调研也访谈到了一些信贷员,他们对农地抵押并不看好,普遍认为“农地估价不高,抵押贷款的风险较高”。S 区竹街王营村 Q 合作社长王昌安说:“当时政府规定合作社申请项目至少 1000 亩的面积,我就报了 1035 亩,他们(政府工作人员)认为太少,我回去又签了 1000 亩的假‘土地流转合同’,将土地增加至 2035 亩,他们又加了 300 亩,最后变成了 2335 亩。实际上我们合作社连 1000 亩土地都不到。”可见,实践中用于抵押的农地面积总数水分较大,难以核实;再加上农地经营的收益不高,使得农地抵押贷款的风险进一步加大。对于普通农户而言,其资金需求一般具有分散、小额化、周期长、风险高、不易监督的特点[12],银行能够从中得到的利润更加有限。所以,作为一个以利益为导向的市场主体,银行等金融机构不可能对农地抵押贷款有很大的兴趣。而现实中之所以农地抵押贷款仍呈现一定的规模,主要是因为有政府作保障。由此可见,农地抵押制度改革只是银行等金融机构愿意接受农地作为抵押物的必要而非充分条件。“如果农地没有抵押价值,即使政策允许,金融机构也不会接受其作为抵押物。”[13]

(4)获得抵押贷款的公司或农户多从事非农经营或经济作物种植。Q 合作社在流转的土地上进行经济作物的规模经营,主要种植冬瓜、包菜;刘英流转的 165 亩土地,2010 年种棉花,由于雇工成本高、天气阴雨连绵,赔了钱,2011 年就改种西瓜。据当地政府干部介绍,天蓬生态农业有限公司 2014 年亏损严重,公司就将部分土地流转给他人搞蔬菜耕种和家禽养殖;庄稼汉农业科技有限公司流转的 3000 多亩土地,2/3 的田地荒废,1/3 流转给农民种蔬菜;天和公司由于礼品产品销售不畅,2014 年的 1500 亩冬瓜都烂在了地里。

农地抵押不仅加大农业风险,也危及农村治理秩序。竹街街道办一位副书记说:“土地承包经营权的抵押贷款等于变卖,贷款还不起就相当于卖了。变卖土地以后,村民还要向村里要土地,这

对集体不好,对子孙后代也不好,后代没有发展资源了。最后政府还要买单,不管农民是不是主动卖的,出了问题还是要找政府。”竹街金村村支书也说:“一般农户生产投资需要借钱,但不会拿房屋和土地抵押,因为土地是保生存的,农民不可能把命根子拿去抵押,少数已经离村的想卖房子和土地的农民,想借抵押变卖土地与房屋。”毫无疑问,基层干部的这些疑虑有一定道理,因为农地抵押将小农推向市场,使农业和农村治理都必须经受市场经济的冲击。

总而言之,上述对M市两个区农地抵押贷款实践的描述和总结表明,法律制度不完善并非农地抵押普及程度低的主要原因[14],而内需不足也许是更根本的影响因素。基于对农地金融和西方规模化、产业化大农场经营模式的盲目崇拜,农地抵押实践走向了口号化、政绩化和苛求化的极端,对此在制度推进的同时必须要经历一个解构和内化的阶段。

四、农地抵押法制实践的冷思考

不管是《物权法》《担保法》对农地承包经营权抵押贷款的限制,还是“三权分置”理论中对农地承包权的保留,其核心目的都是要保全农地对农民而言的社会保障价值。在国家财政不足以支撑建设城乡一体化、全覆盖的社会保障体系的当下,坚守农地对农民基本生存权的保障作用仍有其必要性。“三权分置”论认为,将经营权作为抵押的客体,即便因抵押权实现,受到处分的也仅仅是土地经营权,农民的土地承包权并未丧失并最终能够回复圆满状态。但不得不说,“三权分置”论在突出经营权的财产属性和价值的同时,却在很大程度上弱化了承包经营权的保障功能,或者说正如“三权分置”情形下承包经营权被虚置的局面一样,农地的社会保障功能也被架空。因此,农地的社会保障功能与资产实现功能之间出现了明显的张力。一些学者已经注意到这种趋势,并建议将社会保障功能移出农地的功能负担范畴,通过其他途径予以实现。在这一点上,部分学者追求纯化农地功能负担的探索方向是正确的。只是,是弱化其社会保障功能还是弱化其财产功能,似乎并不像学者想象的那样简单,这必须结合我国农民家计生产方式和农地实践的现状来进行分析。

(一)我国农民的家计生产方式

据统计,2013年我国农民工总量约为2.7亿人,占农村劳动人口数的69.4%[15]。不过,我国的农民工并未完全脱离农村,而是呈现出季节性返乡务农的规律。同时,我国农民的“半工半耕”生计方式还表现出明显的代际分工特征,即年轻人外出务工,老年人在家种田,且务工收入日益成为农民家庭收入的重要来源。2013年,我国农民的工资性收入首次超过经营性收入,达到4025元,占人均纯收入的45.2%[16]。在这个意义上,我国的农民家计生产方式被称为以代际分工为特征的“半工半耕”模式[17]。

现阶段,这种以代际分工为特征的“半工半耕”家计生产方式有其必要性,也是有效率的。一方面,随着小型机械化的普及,我国农业耕作的劳动强度大大降低,老年人仍能够进行农业种植,解决家庭基本的温饱需求,且在其机会成本较低的情况下,这种精耕细作的劳动密集型生产方式是符合效率最大化原理的。另一方面,城市中的制造、建筑等行业对年轻劳动力的需求较大,可以为年轻农民工提供较多就业机会。而农民工的务工收入可以满足家庭的消费需求。通过这种代际分工,农村核心家庭能够实现劳动力资源配置的最优和家庭再生产,最大程度上满足农民在农村维持体面生活的“过日子”需求。

概言之,以代际分工为特征的“半工半耕”家计生产方式与我国当下农地的家庭承包经营方式和规模是相适用的。在“人均一亩三分地,户均不足十亩”农地承包现状下,这种“半工半耕”的小农生产方式既保证了农民的生存权,也实现了农民的发展权。更大意义上,这种小农生产方式也

为我国制造业提供了大量廉价劳动力,提升了中国制造的国际竞争力;而稳定的农地经营收入作为经济波动时农民从城市退守农村的底线保障,维持了农村社会的稳定。

(二)农地规模经营与资本下乡

发展现代农业被认为是我国农业发展的长远目标,其以规模化经营和产业化发展为主要特征,而融资难成为阻碍农业现代化的关键因素。故此,农地抵押是突破城乡二元体制、拓宽农民融资途径的必由之路[18]。事实上,农地抵押制度的推进也必然意味着对农业规模化、产业化经营的偏好。首先,农地抵押贷款的用途限于农业生产经营领域,因为农民生活消费领域的资金需求一般通过熟人之间的借贷就可以实现,无须启用复杂的抵押贷款程序。其次,农地抵押贷款主要是为了满足农业规模化经营的融资需求。对于个体农户而言,用其承包经营的小片土地进行抵押,所能获得的贷款额度十分有限①。所以,M 市直接将农地抵押贷款的主体限定为获得大规模流转土地的经营者,而非普通的小农户。结合这两点,欲使农地抵押贷款真正发挥效用,必须进行土地规模化流转和抵押,那么,在此基础上的农业经营将是产业化经营方式而非传统小农生产方式。

但是,农地规模化经营将面临如下挑战:第一,与土地规模化经营相伴随的是大机械化作业和机器替代人力,导致部分农民失业,这些失业农民的安置将成为问题。同时,农业规模化经营将对农村"半工半耕"的家计生产方式构成威胁,打破既有的劳动力配置方式。因农地流出而丧失种地收入,使得进城失败的农民丧失返回农村的退路。第二,农业经营的利润是十分微薄的,在农地资本化的背景下,追求高额回报的外来资本必然倾向于利润更高的经济作物种植或者非农经营[19],这将对国家的粮食战略安全构成威胁。

农地规模化流转和抵押贷款的放开,一个最可能的后果是吸引资本下乡。农村真正需要贷款融资的是工商资本和少量大农户(或者叫"农业大户")。"大农户"是指通过土地流转而拥有大规模土地经营权的农户。这样的农户在农民中的总体比重不足 5%,他们利用流转到手中的土地可以进行规模化、机械化种植。同时,由于粮食种植利润很低,大农户一般也会选择经济作物种植,如同上述案例中 Q 合作社和刘英的情形。大农户和拥有雄厚财力的公司相比,其市场竞争力仍旧是弱小的,抗风险能力也是弱小的。所以,在市场风险和强势资本的双重压力下,刘英这样的失败者仍将不断被催生出来。反过来说,即使这些农业大户真正能够成长起来,农业商品市场容量的有限性决定他们的数量必然十分有限。其不能代表 90% 以上的小农户的利益,也不能从根本上解决农村经济发展滞后的问题。

如果引入工商资本,我们看到的将是一次资本对农业的掠夺。调查显示,涉农企业公司进入农业领域,其以反哺农业为口号,一方面套取国家高额的农业补贴,将自身的商业经营风险转嫁给了政府;另一方面挤占着农业仅有的占全国 10% 的 GDP。这非但不符合改革的目的,反而会造成我国"三农"问题的进一步恶化。农村信贷解决的不应该是工商资本的融资问题,而是针对小农户的小额信贷。将土地流转给企业,企业用土地抵押融资,实际有很大的风险。企业进入农业本身就承担着自然风险、市场风险。而企业一旦亏损,因土地承包经营权无法及时变现,银行等金融机构也将承担风险。农村改革中,如果不重视分散的普通农户的需求,而将主要资源、政策、话语都服务于所谓"新型经营主体",就可能进一步弱化为普通农户提供的最低限度的生产服务,从而导致普通农户的破产。正所谓,"将土地和人民的命运交由市场安排,那样将无异于是对他们的毁

① M 市农交所官网显示,2009 年以来该交易所农地租赁的交易挂牌价在 500 元/亩/年左右,按户均 10 亩地 10 年的农地承包经营权进行抵押,抵押物估值仅 50000 元,而此类抵押贷款的授信额度为估值的 40% ~60%,故可获得的贷款额度最多为 30000 元。

灭。”[20]

(三)农地的财产价值与社会价值

农地的金融化来自于对土地价值的过高估计,根本上忽略了农地规模经营与我国农村生产要素结构现状的匹配程度,以及我国农地价值的区位差异性[21]。首先,必须认识到农业是温饱产业,西方的大农场也主要是靠政府补贴来维持。因此,希冀依靠农业让农民致富的想法是不切实际的。当然,有学者认为农业规模化经营比小农生产方式更有效率,也是一种间接的农业增收增值的方式。但是,很多实证研究已经表明,规模经营也并不能提高农业生产效率,因为其忽视了劳动力等要素在传统农业经营方式中的特殊价值[22]。其次,农业的规模化和产业化经营并不能提供稳定、持续的非农就业岗位。实践表明,农业资本化经营的后果是农地的非农化和大机械化,无论是经济作物种植还是观光农业发展,对劳动力的需求都是极少的,也是极不稳定的。农地规模经营无法实现农村劳动人口的充分就业。再次,随着城市化进程的推进,部分农用地被征收变为建设用地,从而产生较大的级差收益,并形成了土地高价值的幻像。农地抵押正是这一幻像下一种制度创新,即认为土地可以成为高估值担保物。问题是,这种土地级差收益与农地的地理位置有较大的关联度,位于非城郊地区的大部分农地都不具有太高的价值。

我国农地价值的社会性高于经济性,这种社会性不仅仅体现为社会保障,也是一种情感归宿和职业归属。农地规模抵押的经济效用或许可以使得部分企业和农民获得收益,但这并不代表农民群体整体上收入的提高,并且这是以牺牲多数农民的利益为代价的。无视普通农户与新型农业经营主体之间在实力、资金和技术等方面的差异,忽略无地失地农户的现实困境与正当诉求,这样的制度设计有违公平[23]。支持农地抵押的学者认为,农地抵押的标的仅仅是一定期限的经营权,就算农地抵押权实现时土地经营权被拍卖,但在农地的承包期内,只要过了所抵押的期限,农民仍然能够重新获得土地经营权,所以农民不可能失去土地[24]。这种想法不仅在法理逻辑上存在问题,也与社会实践中农民对土地权利的想象不符。现实中,因为农地租值不高,为获得高额度抵押贷款,农地抵押的期限一般都很长①。试想,如果将农地进行20年的抵押,对农民来讲同失去土地是没有区别的。农民在意的是自己现时有没有地可种,而非有没有虚的承包权。十几年没有土地而仅仅有着一个所谓名义的承包权,农民觉得自己实际上已经失去土地。

所以,将经营权进一步分离,农民手中的承包权已经没有意义。而世界上没有任何一个国家能为这么庞大的农村人口提供社会保障[25]。一旦国家经济不景气,这些在城市无法安身定居的农民将演变为新的城市贫民,拉美的贫民窟现象将在我国重演,从而严重危及社会的安定。梁慧星教授也认为,中国农民人口太多,失去土地后涌向城市,城市的容纳力是个问题,况且农民没有土地后进城务工或经营,市场风险很大,一旦破产他们将失去基本的生活保障,这将是一个重大的社会稳定问题[26]。更何况,种田对农村老年人而言不仅仅是主动的劳动,还是充实生活、实现人生意义的重要途径。

农地抵押导向下的土地流转也可能影响村庄治理。如果仅仅将农地作为纯财产,其流转和抵押并不具有外部性,但是作为统分结合双层经营体制下的重要生产资料,农地抵押将影响村庄治理。农业生产不仅需要土地,还需要基本农田水利设施等的配套,而这些服务主要由集体经济组织提供。当下农村集体经济组织与村两委几乎混同,所以,村委会的政治职能中包含有经营管理服务职能的成分。村集体成员将自有土地流转出去,外部进入的新型经营主体与村委会之间如何对接就成为问题,处理不好将影响村庄的生产秩序。土地流转实践中广泛存在的非农经营,转入

① 从M市的农交所交易记录看,最少的抵押年限是7年,多则20年。

方退出后如何复耕,如何恢复原有的水利设施等;农地抵押权实现时,作为抵押物的土地经营权如何管理,如何处理邻地关系等,都需要集体经济组织统筹运作。

五、农地抵押的出路与制度建议

学理探讨和实践经验都表明,农地抵押实践困境的产生主要源于自身制度缺陷,而非产权不明晰或法制不完善。在小农经营模式仍然对我国经济发展起着稳定器和助推器作用的今天,贸然通过农地抵押政策改变现有农村家庭经营模式,推进农业规模化和产业化发展,可能破坏农村原有的稳定格局,造成农民返贫的现象。农地"三权分置"改革表面上清晰界定了不同主体间的农地权利和利益边界,实则加剧了土地所有权和承包经营权的虚化,最终导致的是土地所有者资源整合能力的弱化,以及城乡社会原有良性流动秩序的丧失。

尽管农地抵押遭遇种种困境,并面临着合法性和正当性危机,但是国家层面的试点工作已经展开,农地抵押的方向已经设定。我们所能做的就是尽量从理念导向和制度规则层面对其进行一定的纠偏和控制,使负面影响降到最小。关键是,要弱化农地的财产价值追逐,强化社会保障价值认同。对农地抵押政策的推广要采取审慎态度,对于大额度的贷款,在农地抵押担保的同时,注意结合其他担保措施,防范金融风险。

(一)纯化土地承包经营权的基本功能设定

宪法规定的集体土地所有权不同于物权法中所有权的内涵,其包含着生产资料所有制的内容[27]。设立于农地所有权之上的承包经营权在我国首先表现为所有制的形式,其次才是其财产属性。农地抵押权的放开意味着农地经济价值的最大程度发掘,以及社会价值的进一步弱化。面对抵押实践的种种困境,结合我国农地制度之现状,笔者认为应转变这一错误的价值导向,回归农地的社会价值,尤其是要充分认识到在其基础上所形成的我国特有的小农经营模式和家计生产方式所具有的战略意义。这正是我国渐进式城镇化建设的重要制度保障,更是避免我国落入中等收入陷阱的宝贵经验。

增加农民财产性收入的可行方法不是进行农地规模化和产业化经营,而是创造条件增加农民的务工收入。在这方面,要进一步优化劳动力市场环境,扶植相关产业发展,为农民工提供更多的就业岗位和更优厚的工资福利待遇。另外,近年来我国农民家庭中农业经营收入的比重尽管有所下降,但这部分收入仍决定着农民的基本生存权利和退守底线。所以,要将分散的农地资源和生产资料进行整合,为小农经营提供基本的水利、交通等生产设施,以维持农业收入的基本稳定。

(二)降低政府对具体抵押环节的干预,回归市场主导

农地抵押制度实践表现出明显的市场需求不足,试点地区政府为了迎合国家政策和提升自身业绩,无形中加大了对农地抵押贷款的干预度。政府通过各种项目和补贴,为市场风险买单,进而承担了过多的风险责任。这无疑破坏了金融市场的自发调节功能。对于农地抵押,鉴于制度实施的风险和不利影响,宏观上的审慎的态度和政策把控有其必要性,但不能对微观层面的具体操作环节进行直接干预。既不能采取超行政手段强行推进农地抵押贷款制度,也不能以规模经营的名义任由资本汲取农业剩余和转嫁经营风险。正确的做法是,明晰市场与政府职能边界,在适度管控的基础上发挥市场的调控、淘汰作用,发挥相关主体在农地抵押贷款具体操作环节的自主性。

(三)建设多元化农业融资渠道

现阶段,我国农地抵押显示出的市场需求不足源于其内外各方面的因素。不过,这并不代表农业金融在农村没有任何市场,当下农业大户的资金需求必须被正视。农地抵押融资只是农村金融领域中融资方式的一种,在其存在先天不足的情形下,积极探索其他类型的融资方式有其必要

性。近年来的实践经验可以发现,在我国农村地区,互助合作金融和政策性金融往往发挥着主导性的作用。这是农村金融体系未来需要依靠的重要方式,值得对其予以进一步完善和推广。同时,在探索融资渠道时要注意结合农村金融需求的不同类型,发挥合作社和集体经济组织的作用。

(四)农地抵押规则的完善

明确了农地抵押贷款制度的应然价值导向和运作空间与限度,在制度实践中,必须对抵押规则进行完善,通过制度限缩,实现风险管控和农业经营秩序的维护。具体来讲可从以下方面入手:

第一,明确抵押人"有稳定的非农职业或稳定的收入来源"的限制,这是借鉴《农村土地承包法》第41条土地经营权转让条件中"有稳定的非农职业或稳定的收入来源"的规定。此种限制是对农地抵押市场风险的防范,目的在于保障农民的基本生存权。

第二,规定农地抵押贷款必须经土地发包方同意。这是借鉴《农村土地承包法》第41条土地经营权转让条件中须"经发包方同意"的规定。这种同意的必要性在于:首先,这是对集体所有权的尊重。尽管承包经营权已经成为法定物权类型,农地承包经营权流转不同于债务转让,但是其不是一般意义上的物权,不能完全以商业模式来构建相关规则[28],农地抵押更是如此。其次,农地抵押可能面临抵押权实现时土地经营状况的改变,这会影响提供基本农田水利服务的发包人的工作开展,更会影响相邻地块农地的耕种。所以要征得相关主体的同意,且这种同意应是集体意志的表达。

第三,规定抵押权实现时,作为抵押物的农地经营应限于农业领域。尽管这一限制已经被相关政策所明确,但未来的政策执行中应加强监督。这种限制主要是为了避免资本下乡造成的负面影响:资本下乡只能是为了土地整理、改善农业生产设施、提升生产效率等,而不能是进行农业炒作,开发观光旅游、小产权房等[29]。

参考文献:

[1]高圣平. 农地金融化的法律困境及出路[J]. 中国社会科学,2014(8):147-166.
[2]丁文. 论土地承包权与土地承包经营权的分离[J]. 中国法学,2015(3):159-178.
[3]朱广新. 土地承包权与经营权分离的政策意蕴与法制完善[J]. 法学,2015(11):88-100.
[4]蔡立东,姜楠. 承包权与经营权分置的法构造[J]. 法学研究,2015(3):31-46.
[5]吴义龙. "三权分置"论的法律逻辑、政策阐释及制度替代[J]. 法学家,2016(4):28-41.
[6]李淑明. 民法物权[M]. 台湾:元照出版公司,2012:252.
[7]陈小君. 我国农村土地法律制度变革的思路与框架——十八届三中全会《决定》相关内容解读[J]. 法学研究,2014(4):4-25.
[8]孙宪忠. 不动产登记基本范畴解析[J]. 法学家,2014(6):12-25.
[9]曹璨. 农地经营权抵押融资试点效果研究[D]. 杨凌:西北农林科技大学经济管理学院,2017:27-28.
[10]王德福. 市场化抑或政策性:农地经营权抵押的实践逻辑与反思[J]. 湖北社会科学,2016(2):77-83.
[11]孙宪忠. 推进农地三权分置经营模式的立法研究[J]. 中国社会科学,2016(7):145-163.
[12]温铁军. 市场化改革与小农经济的矛盾[J]. 读书,2004(5):106-110.
[13]王兴稳,纪月清. 农地产权、农地价值与农地抵押融资——基于农村信贷员的调查研究[J]. 南京农业大学学报(社会科学版),2007(4):71-75.
[14]郭继. 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[J]. 法商研究,2010(5):31-37.
[15]国家统计局. 2013年全国农民工监测调查报告[N]. 中国信息报,2014-05-13(1).
[16]国家统计局. 中国统计年鉴2014[M]. 北京:中国统计出版社,2014:165.
[17]夏柱智,贺雪峰. 半工半耕与中国渐进城镇化模式[J]. 中国社会科学,2017(12):117-137.

[18]厉以宁. 论城乡二元体制改革[J]. 北京大学学报(哲学社会科学版),2008(2):5 - 11.
[19]陈义媛. 遭遇资本下乡的家庭农业[J]. 南京农业大学学报(社会科学版),2013(6):24 - 26.
[20]卡尔·波兰尼. 大转型:我们时代的政治与经济起源[M]. 冯钢,刘阳,译. 杭州:浙江人民出版社,2007:113.
[21]陈柏峰. 农地的社会功能及其法律制度选择[J]. 法制与社会发展,2010(2):143 - 153.
[22]叶敬忠,吴惠芳,许惠娇,等. 土地流转的迷思与现实[J]. 开放时代,2016(5):76 - 91.
[23]耿卓. 农地三权分置改革中土地经营权的法理反思与制度回应[J]. 法学家,2017(5):13 - 24.
[24]房绍坤. 论土地承包经营权抵押的制度构建[J]. 法学家,2014(2):41 - 47.
[25]温铁军. 我们到底要什么[M]. 北京:华夏出版社,2004:10 - 13.
[26]梁慧星,陈华彬. 物权法[M]. 北京:法律出版社,1997:251.
[27]桂华,贺雪峰. 宅基地管理与物权法的适用限度[J]. 法学研究,2014(4):26 - 46.
[28]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(1):3 - 12.
[29]焦长权,周飞舟. "资本下乡"与村庄的再造[J]. 中国社会科学,2016(1):100 - 116.

Mortgages with Land Contract and Management Right: Plight and the Way Out

ZHENG Tao[a,b]

(*a. Law School*; *b. Research Center for Rural Governance*, *Wuhan University*, *Wuhan* 430072, *China*)

Abstract: Mortgage with land contract and management right in China has encountered difficulties in law and practice. In legal interpretation, "Three Right Separation" means to set up management right of rural land separated from contractual management right. However, it contradicts with the legal principle of Property Law and Mortgage Law. In practice, this kind of mortgage has been promoted by government policy, and the financial institutions received it with a cold acceptance. The actual mortgagors are mainly companies or enterprises, instead of ordinary peasant households. The mortgagors mainly use the land for nonagricultural management. The plight is mainly caused by the shortage of market demand, rather than the imperfect system of farmland property right. China's agricultural management mode proves the effectiveness of the small-scale peasant economy, which is a kind of semi-industrial and semi-agricultural livelihood based on the intergenerational division of labor the general mode of agrarian household reproduction in the transitional period. However, this mode conflicts with the large scale and industrialized agriculture. In the future, the mortgage system should reinforce the social security function of agricultural land, and decrease government intervention, and expand agricultural financing channels.

Key Words: three power separation; farmland mortgage; management right; small-scale peasant economy