

# 银行开办农村土地承包经营权抵押贷款之风险防范

房婧<sup>1</sup> 王勇<sup>2</sup>

(1. 中国建设银行江苏省分行, 江苏 南京 210002; 2. 南京财经大学, 江苏 南京 210046)

**摘要:** 土地流转是近年土地经营权改革真正探索的问题,但是基于土地流转的“土地承包经营权抵押贷款”因其先天不足,发挥作用的空间相比传统的抵押贷款规模较小。本文讨论了土地经营权抵押贷款的可行性和存在的风险,认为可以在严格选择借款人和抵押人、审慎选择用于抵押的土地承包经营权、合理确定贷款金额和期限等方面做好工作。

**关键词:** 农村土地承包经营权; 抵押贷款; 风险; 防范

**中图分类号:** F830.91    **文献标识码:** A    **文章编号:** 1672-6049(2015)01-0049-04

随着经济的发展,承包方用土地承包经营权作抵押向银行申请贷款的情况越来越多,以农村土地承包经营权作为抵押的信贷模式是进行农村信贷金融产品创新的产物,“土地承包经营权抵押贷款”可以说是中国特色发展的产物。我国农村土地的所有权基本为集体所有,农户个体只享有土地承包经营权而没有土地的所有权,也不能将所承包的土地作为抵押物从金融机构获得贷款,目前有些地方开始探索利用“承包经营使用权”作抵押进行融资。虽然土地流转问题已成为社会关注的焦点,但是基于土地流转的“土地承包经营权抵押贷款”因其先天不足,发挥作用的空间相比传统的抵押贷款规模较小。这种模式的贷款目前只能以试点的名义存在,并没有在我国广泛而深入地推进展开。

一、现行法律以土地承包经营权抵押的可行性分析

对于不同性质的土地承包经营权能否抵押,法律是有着不同规定的。所以,作为贷款方的银行应当充分了解土地承包经营权的性质及当前法律规定,确保抵押权设定有效。

根据《中华人民共和国农村土地承包法》(以下简称《土地承包法》)规定,土地承包经营权分为两种形式:一种是以家庭承包方式取得的经营权;另一种是以其他方式取得的经营权。两种土地承包经营权的取得对承包方的身份要求不同,以及取得的程序也有所不同。两种土地承包经营权在流转中采取的方式略有不同,尤其是在能否设定抵押上有着不同的规定。

(一) 集体所有的土地以家庭承包方式取得的土地承包经营权不得抵押

根据《土地承包法》第十五条规定“家庭承包的承包方是本集体经济组织的农户。”即家庭承包的承包方只能是本集体经济组织的成员,而不能是本集体经济组织以外的单位或者个人。

在《土地承包法》第二章家庭承包第三十七条规定“土地承包经营权采取转包、出租、互换、转让或者其他方式流转,当事人应当签订书面合同。”《物权法》第一百二十八条的规定与其基本相同。两部法律的规定中均未提到可以将抵押作为流转方式之一,从中无法得出以家庭承包方式取得的土地承包经营权能否抵押的结论。

收稿日期: 2014-08-06

作者简介: 房婧(1978—),女,江苏扬州人,中国建设银行江苏省分行内控合规部(法律事务部)六级风险经理,研究方向为金融机构法律与合规风险;王勇(1962—),男,江苏铜山人,南京财经大学副教授,研究方向为管理学。

《担保法》第三十七条规定“下列财产不得抵押:(二)耕地、宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地使用权……”尽管土地使用权与土地承包经营权是不同的物权形式,但两者之间有着不可分割的渊源关系,即土地承包经营权是从土地使用权中派生出来的一种有限制的用益物权,土地使用权是土地承包经营权的上位概念。其上位概念在法律中被禁止抵押,那么可以推断出其下位概念也同样被禁止抵押。但我们需要注意的是《担保法》中不得抵押的是集体所有的几类土地使用权,而未提到国家所有的土地使用权类型。

(二) 国家所有的土地以家庭承包方式取得的土地承包经营权能否抵押为法律空白点

《担保法》中不得抵押的是集体所有的几类土地使用权,而未提到国家所有的土地使用权类型。从现实角度来分析,用作耕地、林地、草地等农业用途的农村土地是农民的重要收入来源。如果可以用来抵押的话,一旦承包方无力清偿债务,则抵押权人可以依照法定程序拍卖、变更土地承包经营权,这样物权变动的结果是承包方将失去土地承包经营权,失去收入来源。随之而来可能产生一系列的失地农民的生存问题、社会稳定问题等。由于以家庭承包方式取得的土地承包经营权与农民的生存问题是有直接而紧密的联系,据此,国家所有的土地以家庭承包方式取得的土地承包经营权应该同样也不允许设立抵押。最高人民法院针对农村土地承包纠纷案件处理出台了司法解释,对抵押行为作出了认定。《关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》第十五条规定“承包方以其土地承包经营权进行抵押或者抵偿债务的,应当认定无效。对因此造成的损失,当事人有过错的,应当承担相应的民事责任。”这条规定是列入该解释的第二章节关于家庭承包纠纷案件的处理中,可见,以家庭承包方式取得的土地承包经营权是不允许抵押的,无论其土地所有权是属于国家还是属于集体所有。

(三) 以其他方式取得的土地承包经营权可以抵押

根据《土地承包法》,作为本集体经济组织以外的单位或者个人,若要成为承包方并以其他方式取得土地承包经营权,则须符合两个条件:

一是,该承包土地是不宜采用家庭承包方式的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等农村土地,通过招标、拍卖、公开协商等方式承包的;二是,当本集体经济组织的成员对此农村土地放弃优先权后,发包方可将此类土地发包给本集体经济组织以外的单位或者个人承包,应当事先经本集体经济组织成员的村民会议三分之二以上成员或者三分之二以上村民代表的同意,并报乡(镇)人民政府批准。具备上述条件才能成为以其他方式取得经营权的承包方。

《物权法》第一百三十三条规定“通过招标、拍卖、公开协商等方式承包荒地等农村土地,依照农村土地承包法等法律和国务院的有关规定,其土地承包经营权可以转让、入股、抵押或者以其他方式流转。”这与《土地承包法》第三章其他方式的承包规定是一致的。即以其他方式取得的土地承包经营权可以以抵押的方式进行流转。

二、开办土地承包经营权抵押贷款风险分析

(一) 土地承包经营权出租(或转包)流转后设定担保时存在定性风险

农业生产企业、种植大户通过承租、转包等方式集中农村土地,实现规模化、集约化经营,这种通过初始承包人取得的土地经营权利,用于担保是属于土地承包经营权抵押,还是属于其他权利担保,在定性上存在较大困难。以出租为例,企业(或种植大户)通过承租集合了较大规模的土地,其享有的权利为在租赁期限内对租赁土地的占有、使用、经营和收益的权利,以其设定担保,是定性为土地承包经营权抵押,还是一种租赁权担保,存在分歧。

(二) 土地承包经营权存在价值确认风险

土地承包经营权的价值主要体现在占有人对土地的使用、经营可能获得的收益上。从金融机构的角度而言,抵押品的价值必须易于评估,这样才可以确定贷款额度。但是农村土地承包经营权价值目前并不容易评估:首先,如上面所述,目前缺乏有效的农地流转市场,无法有效的发现土地承包经营权的市场价格。其次,缺乏专业的评估机构和健全的价值评估制度。农村土地承包经营权的价值由谁评估、如何评估、参照标准以及公正性等事项随意性很大,缺乏统一的法律制度规定及有权威的专业机构,这使得土地

经营权价值评估主观判断成分较大,主观判断成分较大,还存在随着承包期限的缩短而减值的风险。金融机构难以准确认定土地承包经营权的实际价值,增大了银行通过抵押率控制风险的难度。

(三) 设立土地承包经营权抵押后存在担保物管理风险

一是土地承包经营权灭失后对影响抵押权存续的风险。根据《土地管理法》和《农村土地承包法》规定,土地承包经营权可因国家依法征收或发包人依法收回而灭失。对于国家依法征收的,原集体土地使用权归于消灭,土地承包经营权自然消灭,此时抵押权人可以准用最高人民法院司法解释之规定,就补偿金优先受偿,但按《土地管理法》规定,国家按土地原用途给予的补偿费含土地补偿费、安置补助费及地上附着物和青苗补偿费三部分,对于三类补偿费能否都享有优先受偿权存在一定的不确定性。对于发包人依法收回的,抵押权面临承包土地被收回、土地承包经营权灭失,进而影响权利实现的风险。二是土地承包经营权抵押后,土地上新增定着物对抵押权实现的风险。承包土地的价值体现在其用于农业生产的有效利用上,土地承包经营权设定抵押后,必然会存在新增地上定着物的情形,土地承包经营权的实现一般不可能完全与地上定着物的周期一致,但又缺乏与此相关的冲突解决规则。

(四) 流转市场发育缓慢,抵押土地处置变现存在风险

按照法律规定,土地承包经营权流转之后不能改变所有权性质和用途,而且土地承包经营权转让条件十分严苛,在很大程度上制约了土地承包经营权的有效流转。目前,我国农村土地承包经营权流转中介组织较少,流转信息不畅,土地流转大多由农户私下进行,往往局限于亲朋好友之间。一些地方虽然建立了流转中介组织,但真正按市场法则运作的并不多。由于流转市场发育缓慢,一旦农户不能按期偿还贷款,很难通过及时转让承包经营权来弥补贷款损失,容易形成不良贷款。

(五) 风险保障机制缺失,涉农信贷风险较大

农产品不同于一般工业品,其生长周期长,

受自然气候影响大,加之目前我国农业产业化水平低,农业基础设施薄弱,造成了农业在生产和经营过程中自然风险、市场风险、制度风险及技术风险的并存。农业的低效率与高风险,加大了涉农金融机构的信贷风险,致使大多数金融机构涉农意愿不强,支农积极性不高。在这种境况下,即使放贷,也多为化肥、农药、种子等农业生产资料贷款及农产品购销贷款等短期贷款,而对农村土地的开发改良、水利兴修、大型农业机械购置等中长期贷款则不愿涉足,特别是以土地承包经营权为抵押发放的贷款出现风险后,如果金融机构对抵押物处理不畅,极易造成抵押物虚置,形成新的信贷风险。

三、开办农村土地承包经营权抵押贷款的风险防范建议

农村土地承包经营权有经济价值、依法可以转让,具备可抵押的基础,而且合理抵押可以有效增加农民的财富、符合农民的利益。从现有发展趋势而言,农用土地承包经营权抵押有逐步开放的可能,在现在法律框架下,银行开展农村土地承包经营权抵押贷款业务应着重从以下方面控制风险。

(一) 严格选择借款人和抵押人,借款人应限于有实际经营活动和融资需求、且具备一定规模的种植大户或农业生产经营企业,一般的农户应审慎开展,原则上只允许土地承包经营权权利人为自己融资需求提供担保。

(二) 审慎选择用于抵押的土地承包经营权,合理确定贷款金额和期限。土地承包经营权抵押贷款业务的有效开展,抵押物的选择起着至关重要的作用。通常而言,经过规模化流转后的土地承包经营权,在设定抵押前,价值确定具有了一定的市场参考标准;在设定抵押后,处置时比未经过流转的土地承包经营权更易变现。因此,初期应优先选择已经过初次流转的土地承包经营权用于抵押,审慎选择直接从发包方手中取得的土地承包经营权用于抵押,并考虑周边土地承包经营权流转市场价格、土地经营者支付的土地转包或租赁成本、承包剩余期限等因素,合理确认抵押物的评估价值,合理确定贷款金额。《物权法》规定了土地承包经营权的期限,不同的土地类型,土地承包经营权期限不同,但土地承包经营权在抵押的时候不能超过剩余的期限,

这是土地承包经营权的期限价值。因此,在实际操作中,要特别注意土地承包经营权的抵押期限不能超过剩余的承包期限。

(三) 是把好贷款用途关,防范信贷风险和用地政策风险,借款人取得贷款必须用于农业开发项目及抛荒地复耕。土地承包经营权不能违反强制规定。《土地承包法》和《物权法》都规定了对土地的保护。在承包期内未经国家机关的批准,不能随便改变土地的用途。也就是说土地承包经营权抵押后不能随便改变用途,要按原来的土地使用情况使用,不能有损土地的使用价值。可以约定由村委会监督承包抵押人款项用途在和承包人密切联系的主体中,承包人所在的村委会是最合适的主体。因为村委会和承包人联系非常紧密,而且随时能掌握抵押人的资金动向,让村委会监督承包人的抵押款的资金动向,防止土地承包经营权人乱用抵押款,从而降低风险。村委会监督土地承包经营权抵押人的抵押款的动向,定时向银行报告,防止抵押款的乱用风险。

(四) 科学设置合同条款,明确农村土地发包人、承包人和抵押人各方的权利和义务,以弥补农村土地承包经营权抵押制度之不足,为质权人的权利救济提供合同依据。如对于发包人依法可以收回承包土地的情形,可以通过要求发包人与承包人签订补充协议的形式,排除发包人对该类情形下收回权的适用,预防土地承包经营权存在被依法收回情形时影响抵押权有效实现的

风险。

(五) 加强与政府的合作,通过引入政府权力和公信力,在法律原则下建立区域范围内的操作规范,如农村土地承包经营权确权办证、参与农村土地承包经营权价值认定、指定农村土地承包经营权抵押登记机构(原则上应与农村土地承包经营权颁证机构一致)等。银行应以县域为单位,与地方政府达成共识,就上述业务中未明确问题达成统一的解决规则,以行政规范弥补土地承包经营权抵押法律规则的不足。

(六) 将土地承包经营权抵押与集体组织联系起来,控制信贷风险。如宁夏同心县农村信用联社开展的土地使用权抵押权贷款,采取的是先由村民向本村“农户土地协会”以其土地承包经营权入股的方式。村民申请贷款时由协会提供担保,但农民以其土地承包经营权向协会和联保户提供反担保。

参考文献:

- [1]陈文学,高圣平.土地承包经营权抵押流转研究[J]. 社会科学研究,2010(6):36-37.
- [2]黄庆河.农村土地承包经营权抵押贷款业务调查[J].甘肃金融,2010(7):47-48.
- [3]曾章蓉,王欢欢.结合“土地承包经营权抵押贷款”探讨农村小额信贷新模式[J].农村金融研究,2010(9):67-71.

(责任编辑:黄明晴)

## Risk Prevention of Mortgage of Rural Contracted Management Land Set Up by Bank

Fang Jing<sup>1</sup>, Wang Yong<sup>2</sup>

(1. China Construction Bank, Jiangsu Branch, Nanjing 200002, China;

2. Nanjing University of Finance and Economics, Nanjing 210046, China)

**Abstract:** Land circulation is the virtually discussed problem of the land management reform in recent years, but the loan of right of the contracted management of land mortgage based on land circulation has mere space to be used compared to traditional loans. This article discussed the feasibility and the risk of mortgage of rural contracted management land, and the article agreed that the strictly chosen borrowers, prudently chosen right of rural contracted.

**Key words:** rural land mortgage management; mortgage loan; mortgage risk and protection