



金融法研究系列丛书

# 土地抵押融资的 法律困境和制度创新

李凤章 等 / 著



立信会计出版社

LIXIN ACCOUNTING PUBLISHING HOUSE



金融法研究系列丛书

# 土地抵押融资的 法律困境和制度创新

李凤章 等 / 著



立信会计出版社

LIXIN ACCOUNTING PUBLISHING HOUSE

## 图书在版编目(CIP)数据

土地抵押融资的法律困境和制度创新 / 李凤章等著.

—上海:立信会计出版社, 2012. 10

ISBN 978-7-5429-3669-1

I. ①土… II. ①李… III. ①土地—抵押贷款—金融  
法—研究—中国②土地—抵押贷款—制度建设—研究—中  
国 IV. ①D922. 282. 4②F832. 45

中国版本图书馆 CIP 数据核字(20127)第 219927 号

责任编辑 黄成良

封面设计 周崇文

## 土地抵押融资的法律困境和制度创新

---

出版发行 立信会计出版社

地 址 上海市中山西路 2230 号 邮政编码 200235

电 话 (021)64411389 传 真 (021)64411325

网 址 www.lixinaph.com 电子邮箱 lxaph@sh163.net

网上书店 www.shlx.net 电 话 (021)64411071

经 销 各地新华书店

---

印 刷 常熟市华顺印刷有限公司

开 本 890 毫米×1240 毫米 1/32

印 张 6.25 插 页 1

字 数 151 千字

版 次 2012 年 10 月第 1 版

印 次 2012 年 10 月第 1 次

书 号 ISBN 978-7-5429-3669-1/D

定 价 26.00 元

---

如有印订差错,请与本社联系调换

本书是上海市教委创新项目“土地抵押融资的法律困境和制度创新”(项目编号 09YS57)和上海市教育委员会学科建设项目“金融改革创新背景下的金融法研究和人才培养”子项目“土地抵押融资法律制度研究”的最终成果,感谢上述项目的资助。

## 前言

这几年回到山东老家，被震撼的总是，家乡逐渐地富有，那么多新盖的房屋被空置，那么多的良田被弃耕，长成了幽静的树林。我常常想，这要是在上海，得值多少钱啊！可是，村里到城里打工的子弟却总是两手空空地到城市打拼。当他们需要贷款时，几乎拿不出任何抵押物，只好东挪西借亲戚好友的存折等来质押贷款，或者依靠作公务员的亲戚好友作保证人借款。这严重制约了他们自己获得贷款的能力。在他们把辛苦的血汗钱换成了家乡的青砖红瓦后，却再也无法把青砖红瓦换成自己发展的资金。

由于农村宅基地使用权和承包权的禁止抵押，农村近40万亿元存量资产一直以来没有进入流通和流通过程。正是这种土地权利的贫困，导致农民融资能力的缺乏，使农村非但不能吸收资金，自身积累的大量资金反而通过银行流到城市。据国务院研究发展中心课题组的测算，1979—2000年，我国通过农村信用社和邮政储蓄机构的资金净流出量高达10335亿元。<sup>①</sup>

记得秘鲁经济学家德·索托在分析发达国家为什么成功，新兴市场经济体为什么总容易转型失败时，曾说道，原因就在于，多数国家没有建立起把财产转换为资本的机制，大量的公有或私有财产，不过是僵化的资产，而非活跃的资本。<sup>②</sup>换言之，这些国家和地区的人民不是真的贫穷，相反，他们有着作为实物的房屋和

---

<sup>①</sup> 巴红静、管伟军：《我国农村信贷资金外流问题探析》，《农村经济》2009年第12期。

<sup>②</sup> 参阅[秘鲁]赫尔南多·德·索托，于海生译：《资本的秘密》，华夏出版社2007年版，第1-11页。

土地,但是,由于现代产权的缺乏,他们无法把这些占据的财富转化为自我发展并进而促进国家经济发展的资本。财富在沉淀中被浪费,个人发展的机会在财富的沉淀中被剥夺。

法国历史学家费尔南德·布罗代尔曾谈到资本主义发展初期的所谓“钟罩”,不妨在此引来:“历史上所谓的资本主义,为什么仿佛生活在一座封闭的钟罩里,它为什么不能继续扩张,乃至占据整个社会……资本在当时形成的高速度,仅仅出现在某些社会部门,却没有出现在整个市场经济中……当然,也不可能是因为缺少货币……所以,在当时,穷人的土地被大量收购,气派的乡村住宅举目可见,高大的纪念碑拔地而起,文化上的铺张浪费获得了财政资助。”<sup>①</sup>

这样的画面何等熟识!

于是,少数人资本的繁荣和大多数人被排斥在财富资本化之外,这种制度隔离,既固化了少数权贵者的资本垄断能力,更阻断了普罗大众获取资本的途径:繁荣是别人的,高楼大厦是别人的,喧嚣过后,烟花散去,他们一无所有,默默地离开。

我国民法学,承继了大陆法系的物权模式,主要从权能角度理解所有权或者物权。有关公有制、私有制的争议也一直是悬而未决的无解问题。现代产权论者往往喜欢通过公地的悲剧来论述土地私有产权的必要性与合理性。这固然是对的,但对于中国却并不对症。因为,中国实际上很少发生所谓公地的悲剧,国有也好,集体也好,都有明确的使用人,这些土地的占有人和使用人也都有明确的排除他人的权利。海滩是公有的,也是公用的。而大多数的土地,公有固然不假,私用却不得不提。假如我们把“用”也视为一种“有”,中国的土地,其实早已私有。不过,因为缺

---

<sup>①</sup> [法]费尔南德·布罗代尔:《商业的发展》,纽约,哈珀和罗伊出版社1982年,第248页,转引自赫尔南多·德·索托:《资本的秘密》,第50页。

乏现代产权制度,这“私用”一则难以排除国家权力的肆意干涉,二则其转让和处分权能也受到国家权力的极大限制。给你了,就是给你了!倘若你要转让给别人,那是严格禁止万万要不得的。这样看来,就发现了现代产权制度和无产权制度的真正区别:所谓无产权,并非公有公用,而是权力对土地财富的分配,并且将这一占有、使用土地的机会局限于权力分配的对象。是权力分配模式下的资源固化。它固化了资源,也固化了阶层,让富者恒富而贫者永贫。而现代的私人产权制度,最重要的倒不是它的排除功能,相反,是它的包容功能和分配功能。财产权的明晰,以及流转的自由,就使得土地这一财富对所有人开放了城门。我们常常理解财产的排除权,却很少注意财产本身所包含的“可获取权”(right of access)。<sup>①</sup> 产权体系内在地包含着分配正义的部分元素。——财产权的分配,是个人自由行为的结果,而不是由国家权力所决定。<sup>②</sup> 一切东西,只要权利化和市场化了,只要是可交易的,那么,也就意味着“旧时王谢堂前燕,飞入寻常百姓家”,意味着老百姓,也可以堂而皇之地通过努力变成资产的拥有者了!把一个物、一份资源,变为财产权的客体,也就意味着任何人都可以通过市场获取,而不仅仅是只有少数接近权力的权贵者才能获取。从这个角度,再联系到我国农村的金融现状,我们可以说,中国不缺资金,农村也不缺资金,但农民却由于土地的权利不明晰和无法处分,缺少资金的获取能力。如果说,改革开放通过赋予农民一定的土地财产权,废弃了粮食的统购统销政策,扩大了农民的食物获取权利,解决了农民的温饱;那么,新时代的改革,围绕的主题就应该是作为发展权利的资本获取权或金融服务获取权。这一权利无法突破,占人口大多数的农民就只能在“钟罩”外

① David Kairys, ed: The politics of law, published by Basic Books, 1998, p. 245.

② David Kairys, ed: The politics of law, published by Basic Books, 1998, p. 249.

对着里面的繁华望洋兴叹。

由此言之,土地的权利化和资本化,不仅仅事关自由,更事关平等和发展。倘真如此,那些以平等为诉求而反对土地权利化和资本化的,倒是真应该反省了。须知,自古以来,吃人的就不是资本,而是与权力相联姻勾结的资本。

马克思有一句名言:“商品是天生的平等派。”既然如此,那为什么不把土地变成商品,让土地财产权可以交易呢?

与此同时,却又不得不指出,在农民土地融资能力被限制的同时,国有土地的融资能力却存在信用过度放大的问题。商品房价格的居高不下及其融资的泡沫化,固然是一个问题,但更大的问题却是,那些权利尚未确定,甚至根本不存在的所谓土地权利,也被堂而皇之地拿去抵押贷款,以地生财、土地财政,正成为当代中国经济发展的沉疴。一方面是钟罩外的落寞寒冷,一方面是钟罩内的资本沸腾,社会结构撕裂、板结。

因此,打破制约经济发展的钟罩,让内外的压力趋于平衡、为国有土地上过热的土地融资降温,同时,为冰冻的集体土地融资化冰,让狂欢者更理性、为无力者赋予权利,也就成了重要的时代挑战,这也恰是本文的研究主题。

本书的作者分工如下:第一章、第二章、第三章、第四章由李凤章撰写;第五章由毕铭铭、张少新撰写;第六章由李建涛、鲁西撰写;第七章由吴强林撰写;李凤章对全书进行了总纂和定稿。



# 目 录

|                                     |           |
|-------------------------------------|-----------|
| <b>第一章 土地抵押融资困境概述 .....</b>         | <b>1</b>  |
| 一、土地抵押融资的基本理论 .....                 | 1         |
| 二、我国土地抵押的融资困境：融资过度 and 融资不足并存 ..... | 8         |
| <b>第二章 划拨土地使用权抵押融资能力研究 .....</b>    | <b>19</b> |
| 一、划拨土地使用权的基本规定 .....                | 19        |
| 二、划拨土地使用权抵押融资：一个伪命题 .....           | 21        |
| 三、划拨土地使用权之本质：从与出让的关系谈起 .....        | 25        |
| 四、划拨土地的使用为什么会被类型化为“土地使用权” .....     | 28        |
| 五、划拨土地使用权的改革 .....                  | 34        |
| <b>第三章 储备机构土地抵押贷款及其风险防范 .....</b>   | <b>39</b> |
| 一、土地储备机构的土地抵押贷款现状 .....             | 39        |
| 二、土地储备机构抵押贷款的风险分析 .....             | 40        |
| 三、土地储备机构土地抵押贷款的规范化运作和风险防范化解 .....   | 50        |
| <b>第四章 宅基地使用权的抵押融资 .....</b>        | <b>54</b> |
| 一、宅基地使用权向集体外转让与抵押的“禁止” .....        | 54        |
| 二、对法律“禁止”宅基地使用权转让、抵押的质疑和反思 .....    | 55        |

|                                  |            |
|----------------------------------|------------|
| 三、允许宅基地使用权转让和抵押,具有重要的社会急迫性 ..... | 57         |
| 四、宅基地使用权的流转一度明文合法化 .....         | 60         |
| 五、父爱主义:目的与效果的反差 .....            | 63         |
| 六、宅基地使用权抵押、转让的障碍及其化解 .....       | 68         |
| 七、在立法明确宅基地使用权转让、抵押之前的过渡措施 .....  | 78         |
| <b>第五章 承包经营权的抵押障碍及其化解 .....</b>  | <b>91</b>  |
| 一、农村土地承包经营权概述 .....              | 91         |
| 二、土地承包经营权抵押的立法禁止及其反思 .....       | 92         |
| 三、农村土地承包经营权抵押的法理基础 .....         | 100        |
| 四、承包经营权抵押的现实需要 .....             | 103        |
| 五、承包经营权抵押的地方探索 .....             | 105        |
| 六、土地承包经营权的抵押与土地社保功能的协调 .....     | 109        |
| <b>第六章 土地开发权的财产化与融资交易 .....</b>  | <b>123</b> |
| 一、土地开发权的基本概念 .....               | 123        |
| 二、土地开发权的类型与归属 .....              | 126        |
| 三、开发权与管制性征收 .....                | 137        |
| 四、开发权的法理基础:财产的权利束理论 .....        | 143        |
| 五、土地开发权融资的美国经验 .....             | 146        |
| 六、地票及其交易——土地开发权制度的本土实践 .....     | 148        |
| 七、我国开发权交易融资的模式选择 .....           | 156        |

|                     |     |
|---------------------|-----|
| 第七章 土地银行概论 .....    | 164 |
| 一、土地银行概说 .....      | 164 |
| 二、土地银行成立的必要性 .....  | 174 |
| 三、土地银行的它山之石 .....   | 176 |
| 四、土地银行的历史经验 .....   | 178 |
| 五、土地银行的具体制度设计 ..... | 181 |

土地是最大的国民财富,也是社会成员的主要资产和投资对象,更是重要的融资手段。但是,毋庸置疑的是,目前由于土地产权建设的滞后,土地抵押融资既存在抵押不足的问题,也存在抵押过度的问题。抵押不足,导致土地无法资本化,严重制约了土地权利人的融资能力;抵押过度,则不规范的产权建设将导致巨大的金融风险。所有这些,都使得土地抵押问题的研究极为迫切。

## 一、土地抵押融资的基本理论

所谓土地抵押融资,准确地说是土地使用权抵押融资,即以土地使用权为抵押物,进行融资担保,在债务人无法清偿到期债务时,债权人依法对土地使用权进行拍卖、变卖或者折价,以其价款优先受偿的行为。简言之,即以土地使用权设定抵押担保借款的行为。正确地认识和理解土地抵押融资,必须明确其以下基本特征。

### 1. 土地抵押的客体是土地使用权

现实中人们常常说,土地抵押,这并不是一个准确的法律术语。土地本身并非财产,只有我们对土地的权利才是财产。作为一个法律术语,财产这个名词的真正的和原来的意义不是指物质的东西,而是指使

用和处理一件东西的绝对权利。财产的真正意义完全是指一种权利、利益或所有权。<sup>①</sup>

当然,作为大陆法系国家,人们常常并不区分土地和土地权利,而笼统地把土地本身即视为财产。甚至很多立法也是如此规定。例如,《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》)第42条规定:为了公共利益的需要,依照法律规定的权限和程序可以征收集体所有的土地和单位、个人的房屋及其他不动产。显然,将土地等同于土地财产权。而实际上,征收的并非土地,而是土地的财产权。大陆法系之所以将物本身等同于财产,是因为其坚持对物的绝对所有权,其不动产像动产一样可以被个人所拥有,当我们说这个物的所有权是我的,就意味着这个物或者这块土地全部的时空要素都是我的。我转让这个物,就是在转让这个物的所有权。如此,所有权和物本身被等同了。

就土地所有权来说,其乃是“国家在逐步涤除掉土地上的公共权力因素,使土地成为单纯的财产之后建立的私人对于土地的终极支配权。本身是公共权力以主权形式上升并集中于国家之后,个人在私法领域建立的自治帝国。土地所有权的价值在于作为一种制度,其确立了所有权人相对于国家权力的优势地位,包括剩余价值的归属和财产利益享有的无条件。权利期限的无限性,可转让性,以及用途的非限定性,构成了土地所有权的基本属性”。<sup>②</sup>同时,所有权体现的乃是个人相对于国家来说对于土地经济要素的垄断,私人性或者说个人所有是土地所有权的本质命题。但我国的土地所有权却与此不同。首先,我国并不存在个人土地所有权,所有的土地均被认为属于国家或集体所有。

---

① [美]康芒斯,于树生译:《制度经济学》(下册),商务印书馆1997年版,第19页。

② 李凤章:《法律移植,移植什么?——以土地所有权的中国命运为中心》,《法律科学》2009年第6期。

其次,我国的土地所有权不得转让和抵押,根本无法发挥财产的市场配置作用。相反,土地的利用,必须为使用人设定土地使用权。《中华人民共和国宪法》第10条规定,任何组织或者个人不得侵占、买卖或者以其他形式非法转让土地。土地的使用权可以依照法律的规定转让。可见,在我国,发挥西方国家土地所有权职能的权利类型,不是土地所有权,而是土地使用权。在此背景下,再简单地沿用大陆法系的说法,将土地本身混同于土地所有权,并将其作为财产权,无疑是不准确的。因为此时的土地抵押,已经不是土地所有权抵押,而是土地使用权抵押。

## 2. 具体的土地使用权能否抵押取决于法律规定

土地使用权有不同的种类,不同的土地使用权有不同的抵押能力。

根据土地所有权的不同,土地使用权首先被分为国有土地使用权和集体土地使用权,法律对两者有着明显的区分,从而形成了所谓的土地二元结构。

根据土地用途和权利性质的不同,国有土地使用权包括国有土地建设用地使用权和国有土地承包经营权。所谓国有土地建设用地使用权,是指在国有土地上从事房屋和其他地上物建设的权利。所谓国有土地承包经营权,包括家庭承包经营权和国有四荒地土地承包经营权。

上述建设用地使用权根据取得方式和权利内容的不同,又可以进一步细分为出让土地使用权、划拨土地使用权和租赁土地使用权。

出让土地使用权,依据招拍挂或者协议方式取得,有一定的期限和用途限制,可以依法转让、抵押,是目前最为自由的土地使用权。

划拨土地使用权,是指特定的国有企业或者公共事业单位、机关等,以无偿的方式从国家取得土地使用权,该类土地使用权,权利主体具有特殊性,权利本身没有期限的限制,但是土地使用权不得私自转让和抵押,其抵押,须经土地主管部门同意和审批,并且在实现抵押权时,需补交土地出让金。

租赁土地使用权是指土地使用者根据与县级以上人民政府签订的租赁合同,按期缴纳租金而在一定期限内使用国有土地的物权性权利。

租赁土地使用权并未被《物权法》、《城市房地产管理法》等明确承认,其法律依据主要是国土资源部 1999 年颁布的《规范国有土地租赁若干意见》。该意见考虑到现实中一次性缴纳出让金取得出让土地使用权的做法对于使用人的资金要求过高,而以租赁方式取得土地使用权,则可以大大地降低使用人的资金门槛,为此,在坚持土地使用权出让为主的同时,也规定了租赁土地使用权作为补充。但对于经营性房地产开发用地,无论是利用原有建设用地,还是利用新增建设用地,都必须实行出让,不实行租赁。对原有建设用地,如因发生土地转让、场地出租、企业改制和改变土地用途后依法应当有偿使用的,可以实行租赁。租赁合同的缔结方式与出让相同,都要求招拍挂。其具体租赁期限由租赁合同约定,但最长租赁期限不得超过法律规定的同类用途土地出让最高年期。租金标准按照招拍挂的竞价方式确定,采用短期租赁的,一般按年度或季度支付租金;采用长期租赁的,应在国有土地租赁合同中明确约定土地租金支付时间、租金调整的时间间隔和调整方式。租赁土地使用权人在按规定支付土地租金并完成开发建设后,经土地行政主管部门同意或根据租赁合同约定,可将承租土地使用权转租、转让或抵押。承租土地使用权转租、转让或抵押,必须依法登记。地上房屋等建筑物、构筑物依法抵押的,承租土地使用权可随之抵押,但承租土地使用权只能按合同租金与市场租金的差值及租期估价,抵押权实现时土地租赁合同同时转让。

租赁土地使用权与土地使用权的租赁不同。合同法规定的租赁合同,期限不得超过 20 年,超过期限的,超过的部分无效。而租赁土地使用权则可高达 70 年。土地使用权的租赁属于土地使用权的处分,是土地二级市场的经营行为。而租赁土地使用权,则是土地一级市场,属于

土地使用权的创设。

国有土地用于农业用途的,土地使用人取得的土地使用权被称为国有土地承包经营权,其权利内容与集体土地承包经营权没有区别。家庭承包的土地经营权,不得抵押,但是经过发包方同意,可以转让。四荒地的承包经营权,则可以抵押。

由上可见,在国有土地使用权中,受到抵押限制的,主要包括划拨建设用地使用权和国有家庭承包土地使用权,其他的,基本可以依法抵押。

集体土地使用权则包括集体建设用地使用权、宅基地使用权和承包经营权。这是物权法规定的土地使用权类型。

集体建设用地使用权,包括集体公益建设用地使用权和乡镇企业建设用地使用权。其中,公益用地使用权类似于国有划拨土地使用权,但只能用于本集体的公益事业,即使经过集体同意,也不得转让和抵押。相反,如果用于本集体外成员的非农业建设,只能是首先转为国有,再由国家出让或者划拨给土地使用人使用,土地使用人取得国有出让或者划拨土地使用权。但乡镇企业的建设用地使用权,则在坚持上述原则的同时,又预留了一个口子,即《物权法》第183条规定,乡镇、村企业的建设用地使用权不得单独抵押。以乡镇、村企业的厂房等建筑物抵押的,其占用范围内的建设用地使用权一并抵押。

宅基地使用权,由于权利取得的无偿性和权利人的身份性,一般认为既禁止抵押也禁止转让,但是否能够转让或者抵押给本集体成员,立法并不明确,仍然值得研究和讨论。

农地使用权,包括家庭承包经营权和四荒地承包经营权。家庭承包权,至少耕地的家庭承包经营权,被允许转让,但严禁抵押。至于四荒地的承包权,则由于其取得的竞价性和主体的非限定性,则可以自由转让和抵押。

### 3. 抵押权是一种担保物权,是一种支配权

作为支配权,抵押权意味着一旦债务人无法清偿,抵押权人可以自



行或者通过法院直接将抵押财产变卖、拍卖或者折价。

明确土地抵押实际上是土地使用权的抵押以及该抵押权的支配权本质,对于正确认识并规范现有的土地融资,具有重要的意义。例如,现实中普遍存在的土地储备机构的抵押融资,按照物权法定原则理解,就很值得进一步商榷。各地的土地储备机构,作为代表地方政府专门经营土地、出让土地使用权的机构,根据政府的授权对土地进行基础整理和出让工作,并且以土地作抵押向银行贷款。这已经是地方政府融资的主要途径。为了减少银行的贷款风险,银行一般要求土地储备机构提供担保,而抵押担保无疑是较为安全的担保方式,现实中用于抵押的则往往是土地储备机构的使用权。例如《湖北省农村信用社土地储备贷款管理办法》第7条规定,土地储备贷款采取抵押方式的,应当有合法的土地使用证,贷款抵押率最高不得超过抵押物评估价值的70%,贷款期限原则上不得超过2年。以政府储备土地设定抵押的,其价值按照市场评估价值扣除应当上缴政府的土地出让收益确定,抵押程序参照划拨土地使用权程序执行。确实,地方政府为了让土地储备机构能够贷到款,也为土地储备机构颁发了土地使用证。但问题在于,土地储备机构真的拥有土地使用权吗?如果拥有的话,这一使用权又是什么样的土地使用权?分析土地储备的法律关系,土地储备机构只是代表地方政府整理土地并实施出让的机构。储备机构不是出让土地使用权人,而是代表国家将土地使用权出让给他人。土地储备机构也不是划拨土地使用权人。因为,首先,这些土地并非土地储备机构的财产,将来的土地出让收入也不是属于储备机构,而是归属于地方政府。更重要的在于,土地储备机构无法清偿到期债务时,银行也没有权力直接将土地变卖和拍卖,而是必须仍然由政府通过招拍挂等将土地使用权出让,以获取的出让金进行清偿,本质上仍然是政府自身的信誉担保。如果没有政府的配合,债权人是没有任何法律权力自行或者通过