

中國大陸國有城鎮土地使用權 出租與抵押之法律分析

曾 育 裕

(私立東吳大學法律學研究所
博士班研究生)

摘 要

中國大陸在一九八八年進行土地使用權有償使用的法制改革，調整了過去土地無償無限期使用且禁止轉讓的諸多弊端。國有城鎮土地使用權由政府有償出讓後，可以依法自由轉讓，也可以進行出租和抵押，土地使用權的出租和抵押，活絡了土地的經營、使用，使土地得以資產化，對於土地市場的發展及土地利用效率的提升，都有極為正面的影響。本文即擬從法律的角度探討國有城鎮土地使用權出租和抵押的相關問題，並分析現有規範的優缺點，以為未來完善改革的參考。

關鍵詞：土地法、租賃權、抵押權

* * *

一、緒 論

中國大陸奉行社會主義，其經濟制度的基礎是生產資料的公有制即全民所有制和勞動群眾所有制（大陸「憲法」第六條），作為重要生產資料的土地在此種制度下，同樣採行土地公有制即國家所有和集體所有，也就是說，在中國大陸土地制度並不存在私有地權制度。基本上，中國大陸的地權制度在城市土地方面均為國家所有，在農村方面則多為集體經濟組織所有（大陸「憲法」第十條第一、二款）；長期以來，城市國有土地均採無償無限期方式，把土地劃撥給需要使用的單位或個人，並禁止土地的移轉，在這種土地使用制度下造成許多的弊端，例如用地者多佔地、佔而不用、土地公有其名私有其實、土地地租為私人侵吞等等，由於土地無法有效流轉，土地市場無從建立，土地利用效率也就無法發揮，土地使用可說是呈現一片槁木死灰的狀態。



一直到一九八八年，中國大陸「憲法」將公有土地所有權與使用權採取兩權分離的作法，土地使用權可以依法進行轉讓（大陸「憲法」第十條第四款）；同年「土地管理法」確認了國有土地的有償使用制度（第二條第五款），一九九〇年五月國務院發布的「城鎮國有土地使用權出讓和轉讓暫行條例」，具體的訂出城鎮國有土地使用權出讓、轉讓、出租、抵押等規定；一九九八年八月中國大陸最新通過的「土地管理法」修正案，同樣維持國有土地使用權有償使用制度。由於土地使用權的有償使用改革，土地價格機能逐漸發揮誘導土地利用的功能，使土地利用較有效率，其中土地使用權可以合法轉讓、出租、抵押的機制，使得土地使用權的流轉體系日益健全，大大改善中國大陸原有土地使用制度的弊端。

土地使用權的出讓是由政府壟斷，即國有城鎮土地使用權由政府依法採用協議、招標或拍賣方式，將國有城鎮土地使用權出讓給需要土地使用的單位或個人，國有城鎮土地受讓人取得土地使用權後，依法進行開發經營，可以將開發利用後的土地使用權連同地上建築物，出賣給其他消費者，這種不動產的轉讓成為土地市場建立最主要的動力。國有城鎮土地使用權除了可以依法買賣、交換、贈與外，也可以依法進行出租、抵押，土地使用權的轉讓通常是一次賣斷，如果土地使用權人不願將土地使用權轉讓，而本身又不立即使用土地，土地使用權的出租提供一個合法短期經營利用土地的管道；土地使用權的可以合法抵押，使土地得以資產化，對於企業的資金調度及不動產市場的更加發達，有著深遠的正面影響。本文即以法律的角度，探討中國大陸國有城鎮土地使用權出租與抵押的相關問題，並檢討現行法令規定的缺失，以完善土地使用權出租和抵押機制為方向，提出改革的建議。

二、國有城鎮土地使用權出租之法律分析

（一）國有土地使用權出租之法律內涵分析

土地使用權的出租是指通過出讓或者轉讓而取得土地使用權的土地使用權受讓人（出租人）將土地及地上建築物、其他附著物的全部或者一部，提供給他人（承租人）使用，承租人為此而支付租金的行為^①。依「城鎮國有土地使用權出讓和轉讓暫行條例」第二十八條規定：「土地使用權出租是指土地使用者作為出租人將土地使用權隨同地上建築物、其他附著物租賃給承租人使用，由承租人向出租人支付租金的行為。」這是中國大陸房產與地產一體化原則適用的當然結果，無論在土地使用權轉讓（須經開發後才可以進行轉讓）或出租，因為土地基本上已經開發利用，法令就要求土地使用權於轉讓或者出租等情形，必須連同地上建築物、其他附著物一併轉讓或出租，以貫徹不動產利用的效益化原則。然而，理論上土地使用權應可單獨進行轉讓或者出租，

註① 南路明、肖志岳，中華人民共和國地產法律制度（北京：中國法制出版社，一九九二年十一月），頁一五五。



即使法令要求必須開發利用後才可以進行這種轉讓或出租^②，因為許多土地的利用是不必然需要有建築物、其他附著物的，如平面停車場、球場、私有花園等，從「城鎮國有土地使用權出讓和轉讓暫行條例」第三章列有「土地使用權轉讓」及第四章列有「土地使用權出租」，可以清楚的看出土地使用權是可以單獨轉讓或者出租的，只是土地使用權在轉讓或出租時，如存在地上建築物、其他附著物者，基於房產、地產一體化原則與不動產效益原則的考量，法令特別要求應一併進行移轉，這與台灣地區土地與建築物、其他附著物可以分別移轉的情形^③，有很大的差別。

惟較後訂定的「城市房地產管理法」列有「房地產轉讓」專節（第四章第二節），基本上承認土地使用權連同建築物、其他附著物可以進行轉讓，或者土地使用權開發達到 25 % 也可以合法轉讓^④，然而卻沒有「房地產出租」的專節而只有「房屋租賃」專節（第四章第四節），是不是表示不動產的出租只能是房屋部分？土地使用權必須併同在房屋上一併出租才屬合法？大陸有學者認為^⑤：「『城市房地產管理法』所規範的城市國有土地，大部分屬於建設用地，而建設用地在尚未建成房屋時，如果允許土地使用權人出租土地使用權，會造成地上建築物產權不清，因而引發糾紛。如甲將土地使用權租賃給乙，由乙投資建設地上物，那麼地上物的產權應歸甲還是乙呢？如歸乙不符合房產權與地產權統一的原則；如歸甲又有悖於公平。國外一般通過設置地上權解決這問題，而地上權並同於租賃權，因此，我國參照國外作法，禁止單獨出租建築用地的使用權是正確的。有關『城鎮國有土地使用權出讓和轉讓暫行規定』，不論從實踐還是理論上看，都是不妥當的。根據法律衝突理論，其應失效。但對於非建築用地如農用土地，因為地上物相對於土地本身來說附加值較低，沒有形成獨立的產權，因此其土地使用權可單獨出租。在土地上已建成房屋時，可單獨出租房屋，理由是：就租賃的性質而言，並不涉及產權問題，承租人支付租金只是滿足於在租期內享有房屋的使用權，而隱蔽於地上物之下的土地，對其並無實際意義。因此，才形成了『房屋租賃』的概念。」

這種觀點基本上將城市土地分為建築用地與非建築用地，可是縱觀「城市房地產管理法」中並沒有特別將城市土地區分為建築用地與非建築用地，所以，這種區分方法並沒有法令的依據，更何況，在「城市房地產管理法」中有規定土地使用權開發達到 25 % 以上即可進行轉讓，包括建築房屋的用地及形成工業用地或其他建設用地的成

註② 請參閱「中華人民共和國城鎮國有土地使用權出讓和轉讓暫行條例」第十九、二十八條；「中華人民共和國城市房地產管理法」第三十七條。有關法規類可參閱：國家土地管理局編，中國地政法規政策全書（北京：中國物價出版社，一九九五年六月）；王懷安、顧明、林准、孫琬鍾，中華人民共和國法律全書（全六冊）（吉林：吉林出版社，一九八九年六月至一九九六年六月）；王先進主編，土地法全書（吉林：吉林教育出版社，一九九〇年六月）；杜四川、徐秀義，中國土地管理法律大全（北京：中國國際廣播出版社，一九九〇年五月）。

註③ 民國四十八年台上字第一四七五號判例：「土地及房屋同屬一人，而將土地及房屋分開同時或先後出賣，應推斷土地承買人默許房屋承買人繼續使用土地。」

註④ 請參閱「中華人民共和國城市房地產管理法」第三十七條。

註⑤ 趙紅梅，房地產法論（北京：中國政法大學出版社，一九九六年八月），頁二〇五。



片開發土地^⑥，顯見法令並沒有區分土地為建築用地與非建築用地；而且，城市土地利用形態極其多樣，對於非建築用地者可以將其土地使用權單獨出租，而建築用地卻不可以單獨出租，這在立法體例上亦產生衝突。至於房屋或土地使用權的產權問題，可以依一般民法債權規定加以處理，或在土地使用權租賃合同中加以約定即可，豈可因噎廢食？而全面否定土地使用權的出租可能，是故，「城鎮國有土地使用權出讓和轉讓暫行規定」中的「土地使用權出租」與「城市房地產管理法」中的「房屋租賃」應屬於法律的互補規定，彼此既不衝突又可相互補充。

一九八二年原中國大陸「憲法」第十條規定：「任何組織或者個人不得侵佔、買賣、出租或者以其他形式非法轉讓土地。」^⑦（四款）一九八八年「憲法」本條款被修改為：「任何組織或者個人不得侵佔、買賣或者以其他形式非法轉讓土地。土地的使用權可以依照法律的規定轉讓。」其中刪除了土地「出租」的非法性，增加土地使用權可以依法「轉讓」，很明顯的這裡所指的「轉讓」是指廣義的土地使用權轉讓包含買賣、贈與、交換、出租、抵押及繼承等，這也可以從其後國務院所訂定的「城鎮土地使用權出讓和轉讓暫行條例」中看出。其實，在「憲法」及法令開放土地使用權合法出租以前，中國大陸事實上已經存在土地使用權的出租，其形態是以聯營、合建或其他名目將佔有的土地出租，當然這是非法的，但因為有利可圖，故土地使用權出租便被以扭曲的形態表現出來，此即為土地隱形市場^⑧。就經濟的意涵而言，土地使用權的出租在特定條件下，甚至比土地使用權的轉讓有更大的優越性；對承租人來說，他們可以不支付高額的土地使用權轉讓費用，只需支付較少量的租金，就可獲得使用土地的權利，以滿足一定期限內的經濟需要；對出租人來說，可以在不失去土地使用權的前提下，獲得一定的財產利益，而且出租期限可長可短，完全由當事人協商，對雙方都非常有利^⑨。

隨著土地使用制度改革的實踐，國家通過實行土地使用權有償出讓獲得土地所有權的收入，改善了原土地使用制度的弊端。然而，要建立土地的流轉市場，實現土地的最佳使用，必須促使土地使用權的合理流通，在政府壟斷土地使用權出讓市場的基礎上，允許土地使用者將土地使用權進行再轉讓，以建立完善的土地二級市場，是極為重要的方向^⑩。在建立土地二級市場中，土地使用權的出租具有重要意義；國有土地使用權出讓以後，土地使用者進行投資開發建設，其開發成果除自行使用外，主要是以二種經營方式獲得投資報酬，一種是將土地使用權連同開發成果轉讓給他人，從轉讓價格中收回投資收益，另一種則是將土地使用權連同開發成果出租給他人，從租金中逐年收回投資收益^⑪。在不動產的經營上，買賣不似一般動產容易，是故，出租

註⑥ 請參閱「中華人民共和國城市房地產管理法」第三十八條。

註⑦ 有關土地隱形市場的理論與分析可參閱：劉書楷，*土地經濟學*（北京：中國農業出版社，一九九六年五月），頁三〇四～三〇九。

註⑧ 孫寶忠，*國有土地使用權的法律制度研究*（北京：中國社會科學出版社，一九九〇年五月），頁一〇四。

註⑨ 李尚杰，*土地出讓和轉讓的理論與實務*（北京：科學技術文獻出版社，一九九二年十二月），頁二九二。

註⑩ 鄧鳳濤，*國有土地使用權有償轉讓概論*（北京：中國國際廣播出版社，一九九〇年八月），頁八四。



提供了土地利用的靈活性，也補充土地買賣轉讓的不便利性，而且，由於土地使用權期限很長，當土地使用者不願意將土地使用權轉讓，而本身又階段性不使用土地時，出租即提供另一種經營利用土地的方式，也不致使土地形成閒置而無人利用的狀態，因此，土地使用權的出租在法律經濟意涵上有極其重要的意義。

對於租賃權的法律性質，學說上有三種分別為債權說^⑪、物權說^⑫及租賃權物權化說^⑬。國有土地使用權的出租行為，使出租人與承租人產生租賃關係，這種民事租賃關係在大陸的學術界通說認為是一種債權關係^⑭，但大陸民事法規中為了保護承租人的利益，賦予承租人的租賃權以物權性質，即承認租賃權有對抗第三人的效力^⑮；這種物權特徵包括二方面，一是依據合同承租人對租賃物的佔有、使用、收益權受到法律保護，二是出租人將租賃物的所有權（或土地使用權）轉讓給第三人時，並不影響原租賃合同的法律效力，即所謂的「買賣不破租賃」^⑯；中國大陸「經濟合同法」第二十三條即規定：「出租方應按照合同規定時間和標準，將出租的財產交給承租方使用。如果出租方將財產所有權轉移給第三方時，租賃合同對財產新的所有方繼續有效。」（二款）。此外，依照「城鎮土地使用權出讓和轉讓暫行條例」的規定，土地使用權和地上建築物、其他附著物出租，出租人應當依照規定辦理登記^⑰，由此可見，土地使用權的出租必須辦理登記不僅是法定的形式要件，而且，這種土地使用權的登記也具有法律的實質效力；這種登記的公示原則，更加強化土地使用權的物權化特性，由此，更可以看出中國大陸土地使用權出租同樣具有租賃權的物權化效力，這與台灣地區土地租賃的物權化是一致的^⑱。

註⑪ 此說認為承租人對於出租人之物得予使用收益，係代出租人的使用收益權，基於出租人的履行交付租賃物義務而生；亦即租賃權係以承租人得對於出租人之物使用收益為目的之債權關係，而非如物權之直接支配其物的獨立權利；因此，租賃物所有權轉移時，承租人對於新所有權人不得以租賃權相對抗。請參閱吳啓賢，**租賃之理論與實務**（台北：司法周刊社出版，一九九四年十月），頁一三。

註⑫ 此說認為使用收益權即係該租賃標的物上的一種支配權，故租賃權性質上為物權。蓋請求他人一定行為或不行為的權利為債權，惟租賃權則為佔有租賃標的物而使用收益的權利，實屬物的支配權；此支配權成為租賃權的本體，承租人所有的其餘權利，如對於出租人的租賃物交付請求權、修繕請求權等，無非皆為由此本體所衍生的效果。同前引書，頁一四。

註⑬ 此說認為主張租賃權為物權者，固屬無視成文法上的根據，而主張單純債權說者，對於承租人何以有直接使用收益租賃物的權利，固又無從為圓滿的說明。租賃權本質上為債權，但具有強烈的物權色彩，即租賃權包括二種權能，一為本於債權契約的租賃契約，而發生請求出租人應將租賃物合於使用收益狀態的單純債權，二為基於契約發生租賃關係，而可使用收益的租賃物支配權；租賃物的支配權乃債權的請求權行使過程中發生的一種權能，為第二次的權能，蓋與其解釋為租賃物的使用收益權係代位出租人而行使，不如解釋為租賃關係中承租人獨自發生的支配權，這就是租賃權的物權化。同前引書，頁一四～一五。

註⑭ 周元伯，**中國民法教程**（南京：南京大學出版社，一九八八年），頁三一九。

註⑮ 王家福、謝懷拭，**合同法**（北京：中國社會科學出版社，一九八六年），頁二二三。

註⑯ 周元伯，前引書，頁三一九。

註⑰ 請參閱「中華人民共和國城鎮國有土地使用權出讓和轉讓暫行條例」第三十一條規定。

註⑱ 請參閱「中華民國土地法」第一百零二條規定：「租用基地建築房屋，應由出租人與承租人於契約成立後二個月內，聲請該管市縣地政機關為地上權之登記。」



(二) 國有土地使用權出租之法律特徵分析

中國大陸土地使用權的出租與出讓、轉讓，都是土地使用權有償使用的形態，同樣構成土地使用權有償使用改革的重要內容，基本上，這些土地使用權有償使用形態，是在國家保留土地所有權的狀況下進行的，其出租、出讓和轉讓的土地權利是使用權而非所有權。土地使用權出租與出讓、轉讓都有一定的存續期限，土地使用權出讓的存續期限在法定最高使用年限^①內由雙方約定，土地使用權轉讓年限則在出讓年限內扣除已經使用年限的剩餘年限，至於土地使用權出租年限基本上由雙方約定，大陸民法並無類似台灣民法中有關租賃法定最高期限的限制^②，故一般大陸學者認為租賃期限可以是定期的，也可以是不定期的，但不可以是永久的^③。土地使用權出租與出讓、轉讓，在彼此之間是具有密切的連繫性，土地使用權必須合法的出讓才可以進行轉讓，土地使用權也必須合法的轉讓才可以合法的出租，所以，土地使用權出讓是轉讓的前提，土地使用權轉讓又是出租的前提^④。

土地使用權出租與土地使用權出讓、轉讓相比較，也具有獨特的法律特徵，包括：

(1) 土地使用權出租與出讓、轉讓主體不同：土地使用權出讓是國家將土地使用權讓與土地使用者，國家是居於土地所有權者的角色，也是土地使用權出讓的壟斷主體；而土地使用權出租是從土地使用權出讓的受讓人，因為租賃關係將土地使用權有限期的讓與承租人，因此，在出租關係中，出租人是通過出讓或者轉讓而取得土地使用權的受讓人，主體明顯不同^⑤。

(2) 土地使用權出租與出讓、轉讓法律關係不同：土地使用權出讓是土地使用權買賣的法律關係，土地使用權轉讓是土地使用權的買賣、贈與、交換等的法律關係，而土地使用權出租是土地使用權的租賃關係。土地使用權出租是建立在土地使用權轉讓的關係上，土地使用權轉讓是建立在土地使用權的出讓關係上^⑥。

(3) 土地使用權出租與出讓、轉讓權利義務關係不同：土地使用權出租是把屬於自己的土地使用權租賃給他人使用並收取租金，租賃期滿後再收回土地使用權，因此，這種土地使用權的出租行為並沒有使土地出租人完全喪失土地使用權，出租人做為土地使用權享有人的權利義務並不因出租而有所變化，其作為受讓人同國家訂立出讓合同中的權利義務並沒有移轉給承租人，「城鎮國有土地使用權出讓和轉讓暫行條例」第三十條明確規定：「土地使用權出租後，出租人必須繼續履行土地使用權出讓合

註① 依其土地使用權使用用途分別為四〇年、五〇年、七〇年。請參閱「中華人民共和國城鎮國有土地使用權出讓和轉讓暫行條例」第十二條。

註② 請參閱「中華民國民法」第四百四十九條：「租賃契約期限，不得逾二十年，逾二十年者，縮短為二十年。」

註③ 法學研究編輯部編著，新中國民法學研究綜述（北京：中國社會科學出版社，一九九〇年九月），頁五五三。

註④ 李尚杰，前引書，頁二九五。

註⑤ 楊炳芝，房地產法律指南（北京：法律出版社，一九九三年十二月），頁二二七。

註⑥ 同前註。



同。」即謂之。而土地使用權轉讓是權利的讓與，意味著將土地使用權賣斷，通過這種轉讓土地使用權轉讓人完全喪失土地使用權，因而，轉讓人作為受讓人與國家訂立的出讓合同中有關權利義務關係，完全轉讓給新的受讓人，國家與原受讓人的權利義務關係，變成國家與新的受讓人的權利義務關係，原受讓人即不用再履行出讓合同中的相關權利義務^⑤。

(4)土地使用權出租與出讓、轉讓客體不同：土地使用權出讓與轉讓，受讓人取得的土地使用權是一種特殊物權，也就是類似地上權的物權，受讓人取得此種土地使用權可以對土地進行使用、收益、佔有及處分；而土地使用權出租，承租人取得的是土地使用權的租賃權，這是一種財產權，土地使用權的承租人只可以對土地進行佔有、使用及收益而沒有處分權，也就是說，土地使用權的承租人基本上不可以對土地進行買賣、贈與或交換等行為^⑥。

土地使用權出租同轉讓一樣，法令均要求須符合一定的要件才可以進行出租，這些出租的要件包括實質要件與形式要件。如「城鎮國有土地使用權出讓和轉讓暫行條例」所規定，未按土地使用權出讓合同規定的期限和條件投資開發、利用土地的，土地使用權不得出租^⑦，即為構成出租的重要實質要件，如果不具備這些法定要求條件，土地使用權便不得出租，否則在法律上視為無效；這種土地使用權出租的要件規定，與土地使用權轉讓必須先行開發的要件是一致的^⑧，然而，不同的是土地使用權轉讓的開發要件，在「城市房地產管理法」中有補充規定，即必須開發達到總投資額的25%以上才可以進行轉讓^⑨，對於土地使用權出租卻無類似的補充規定；惟從某些地方性的規定，可以看出是與轉讓設定的開發條件一致的，如「廣州市城市國有土地使用權有償出讓和轉讓試行辦法」中所設定的出租條件是：完成建築物施工場地平整，接通施工用水、用電及道路；或除用地價款外，已投入佔出讓合同規定的地上建築物、其他附著物投資總額25%以上資金者，可以出租^⑩。至於形式要件有二方面，一個是要簽訂租賃合同，另一個是要辦理登記^⑪；這在「城鎮國有土地使用權出讓和轉讓暫行條例」中均有明文規定，如該條例第二十九條規定：「土地使用權出租，出租人與承租人應當簽訂租賃合同。租賃合同不得違背國家法律、法規和土地使用權出讓合同的規定。」同條例第三十一條則規定：「土地使用權和地上建築物、其他附著物出租，出租人應當依照規定辦理登記。」此即為土地使用權出租的法定形式要件。

對於土地使用權出租所設定的實質要件，即土地使用權必須開發達到一定條件才

註⑤ 李尚杰，前引書，頁二九四。

註⑥ 鄧鳳濤，前引書，頁八八。

註⑦ 請參閱「中華人民共和國城鎮國有土地使用權出讓和轉讓暫行條例」第二十八條。

註⑧ 同前註，第十九條。

註⑨ 請參閱「中華人民共和國城市房地產管理法」第三十八條。

註⑩ 請參閱「廣州市城市國有土地使用權有償出讓和轉讓試行辦法」第二十一條。

註⑪ 梁書文、宋春華、潘明才、張明志，最新房地產法實用全書（北京：人民法院出版社，一九九六年八月），頁四五九～四六〇。



可以進行出租，這是延續土地使用權出讓合同及轉讓合同中，對受讓人限定期限、條件開發土地的要求^⑳。在經濟的意涵上，即國家作為土地的所有權者及土地的管理者，一方面要求土地在經濟上的最大實現，已開發的熟地自然遠較未開發的生地有更高的經濟價值；另一方面作為土地管理者的角色，除了考慮土地的直接收益外，還要考慮土地利用對整個社會的效益，使土地利用符合土地利用結構的安排和社會經濟的發展，更重要的是，透過一定開發條件的限制，進行土地使用權橫向合理的流動，並避免土地藉由出租進行投機，干擾正常土地市場的運作^㉑。這種土地政策的考量於經濟意涵上尚非無據，然而，土地市場機能的發揮有其一定的運作規則，以行政的手段來干擾土地市場的運作，反而箝制了自由市場機制的功能；土地使用權出租同樣是土地市場供給需求的一個重要調節閥，尤其在土地使用權短期的供需調節上，其扮演的機動性角色甚至遠較土地使用權的轉讓作用來得大，對於土地使用權出租予以一定要件的限制，將會嚴重干擾土地使用權出租，對於土地市場供需調節作用的發揮。而且，土地使用權出租期限通常較為短期，其土地投機上的預期利益不明顯，可能引發的土地投機性自然較低；因此，對於一些城市利用上的限制，如土地使用分區、容積率、建蔽率等，只要在相關法制有所規範，一樣可以避免出租土地利用上的方向偏差，對這種土地使用權出租的實質要件限制即可去除。

土地使用權出租的形式要件也是土地使用權出租的程序要求。土地使用權轉讓因為轉讓後原受讓人與國有土地所有者不再發生權利義務關係，因而在轉讓時程序較為嚴格；而土地使用權出租因出租後原受讓人與國有土地所有者仍維持出讓合同關係^㉒，政府對其監督管理並未改變，因而出租的程序較為簡單^㉓。一般來說，土地使用權出租程序主要包括簽約及登記；簽約是由土地使用權出租人與承租人簽訂土地使用權租賃合同，本來租賃合同是一種雙務、有償、諾成合同^㉔，但因為「城鎮國有土地使用權出讓和轉讓暫行條例」對於出租必須簽訂租賃合同的規定^㉕，使土地使用權的租賃合同成為書面合同，而變成一種要式性合同。土地使用權出租登記是由出租人分別向土地管理部門和房產管理部門，辦理土地使用權和地上建築物、其他附著物的登記^㉖，不經登記的出租行為無法律效力。

至於劃撥土地使用權因為是由國家無償給予使用，因此，依法不得轉讓、出租及抵押^㉗。但為了增加劃撥土地的流轉性，鼓勵使用劃撥土地使用權的使用單位，能將土地藉由轉讓、出租、抵押等行為，而進入土地市場增加土地市場的供給量，所以，

註^⑳ 請參閱「中華人民共和國城鎮國有土地使用權出讓和轉讓暫行條例」第十七、十九條。

註^㉑ 李尚杰，前引書，頁二九六。

註^㉒ 請參閱「中華人民共和國城鎮國有土地使用權出讓和轉讓暫行條例」第三十條規定：「土地使用權出租後，出租人必須繼續履行土地使用權出讓合同。」

註^㉓ 習龍生、王肯堂，中國房地產法實務全書（北京：今日中國出版社，一九九四年十月），頁一二一四。

註^㉔ 董安生、田土誠，民法（大陸六法精要(1)）（台北：月旦出版社，民國八十二年十二月），頁二四一。

註^㉕ 請參閱「中華人民共和國城鎮國有土地使用權出讓和轉讓暫行條例」第二十九條。

註^㉖ 習龍生、王肯堂，前引書，頁一二一五。

註^㉗ 請參閱「中華人民共和國城鎮國有土地使用權出讓和轉讓暫行條例」第四十四條。



法令特別規定在符合下列條件，並報請市縣人民政府土地管理部門和房產管理部門批准，其劃撥土地使用權連同地上建築物、其他附著物可以進行轉讓、出租及抵押^⑩：(a)土地使用者為公司、企業、其他經濟組織和個人；(b)領有國有土地使用證；(c)具有地上建築物、其他附著物合法的產權說明；(d)依規定簽訂土地使用權出讓合同，向當地人民政府補交土地使用權出讓金或者以轉讓、出租、抵押所獲得收益抵交土地使用權出讓金；符合這些規定，劃撥土地使用權便可以合法進行出租。在「城市房地產管理法」中對於劃撥土地使用權依此程序者只准予轉讓^⑪，而沒有提到可以出租、抵押，當然也沒有禁止規定，此時「城鎮國有土地使用權出讓和轉讓暫行條例」應可以居於補充性規定，對於劃撥土地使用權的出租及抵押仍視為合法。劃撥土地使用權轉讓依法補辦出讓手續並補交土地出讓金，其情況如同土地使用權的出讓，劃撥用地在形式上就轉為出讓用地，自此便可任意轉讓、出租及抵押；而土地使用權的出租或抵押，通常其收益低於土地使用權轉讓金，特別是短期限的出租行為，是故合理的解釋應該是劃撥土地使用權，就算以出租或抵押的收益上繳國家，仍不能因此而取得出讓用地的地位，其本質仍是劃撥用地，如收回出租或抵押後，將來要進行任何的轉讓行為，仍要重新申請批准並補交收益金，而不應該是如同轉讓一般即由劃撥用地成為出讓用地。

(三) 國有土地使用權出租合同之法律分析

所謂土地使用權出租合同是指土地使用人（出租人）將土地使用權隨同地上建築物、其他附著物一併交給承租人使用，承租人向出租人支付租金，並在租賃關係終止後返還土地使用權的協議^⑫。土地使用權出租依法必須簽訂租賃合同，並到有關部門登記，所簽訂的合同且不得違背國家法律、法規和土地使用權出讓合同^⑬，例如不動產不得做非法使用、其使用用途應依照都市規劃要求使用、出租期限不得超過土地使用權出讓期限等，也就是說，土地使用權出租合同要受到這些法令規定或約定的拘束，否則，出租合同即屬無效。這種土地使用權出租合同具有以下法律特徵^⑭：其一是，出租合同主體中的出租人一般為通過出讓和轉讓取得國有土地使用權的人，劃撥土地使用權的使用單位例外的可以將劃撥用地出租；其二是，出租合同的標的物是國有土地使用權，與一般租賃標的物通常具有所有權的性質相比，出租人對出租土地並不享有所有權；其三是，出租合同雙方不僅要履行出租合同中的義務，出租人還要履行原土地使用權出讓合同所規定的義務。

中國大陸在「經濟合同法」中規定了一般經濟合同的主要條款，包括標的、數量和質量、價款或酬金、履行期限、履行地點、履行方式及違約責任等^⑮，因此，土地

註⑩ 同前註，第四十五條。

註⑪ 請參閱「中華人民共和國城市房地產管理法」第三十九條。

註⑫ 習龍生、王肯堂，前引書，頁一二一四。

註⑬ 請參閱「中華人民共和國城鎮國有土地使用權出讓和轉讓暫行條例」第二十九、三十一條。

註⑭ 楊炳芝，前引書，頁二三〇。

註⑮ 請參閱「中華人民共和國經濟合同法」第十二條。



使用權出租合同內容應訂明這些主要條款。在「經濟合同法」第二十三條又規定：「財產租賃合同，應明確規定租賃財產的名稱、數量、用途、租賃期限、租金和租金交納期限、租賃期間財產維修保養的責任、違約責任等條款。」所以，除了主要條款的內容外，在土地使用權出租合同中也要訂定如租賃期限、建築物維修保養責任等內容。由於土地使用權出租合同仍要受到出讓合同的約束，因此，在一般土地使用權出讓合同中要求的土地開發條件和期限，因土地只要開發達到25%原則上即可進行出租^⑥；此時，土地使用權因出租而在承租人的佔有使用之中，原本應該由土地使用權受讓人履行的土地開發條件和期限，就必須由土地使用權承租人來履行，否則，即構成違反出讓合同而可能被政府警告、罰款乃至收回土地使用權^⑦，這種狀況下有關原土地使用權出讓合同的建設條款，必然要成為土地使用權出租合同的當然條款。

土地使用權出租合同雙方的權利義務，通常是構成土地使用權出租合同的重要內容。出租人主要的權利是收取租金、監督承租人合理使用租賃物及租賃期滿收回租賃物，出租人主要的義務則包括依合同規定將租賃物（一般包含土地使用權與地上建築物、其他附著物）交給承租人使用、保證出租的租賃物合乎使用、承租人如有擔保品應妥善保存並於租期屆滿時返還^⑧，出租人如轉讓土地使用權時，應及時通知承租人且不得影響其既有權利，此即為「買賣不破租賃」。承租人主要的權利是在租賃期限內使用租賃物的權利、土地使用權買賣並不影響其承租利用租賃物的權利，承租人主要義務則為支付租金、合理使用租賃物、非經出租人同意不得轉讓土地^⑨、返還租賃標的物的義務等^⑩。土地使用權出租合同如有違反應當負擔民事法律責任；土地使用權承租人如對地上建築物有所損壞應負責修復或賠償，擅自拆改房屋者亦應負責賠償，擅自將不動產轉租或進行非法活動者，出租人有權解除出租合同^⑪；土地使用權出租人如未按出租合同規定提供租賃物者應賠償違約金、承租人亦可請求解除出租合同^⑫，所提供的不動產不符約定條件者應負責賠償由此造成的損失，未按出租合同規定使承租人如期正常使用租賃物者應償付違約金^⑬。大陸學者亦有認為出租人需要將土地使用權轉讓時，在同等條件下，承租人有優先於他人接受轉讓的權利，惟這種優先購買權不得優先於國家（如土地使用權價格過高或過低時的優先購買權）^⑭。

由於地產、房產一致性原則，土地使用權出租時，其地上建築物、其他附著物亦隨同出租，反之，當地上建築物、其他附著物出租時，土地使用權亦隨同出租。然而，因為以土地使用權出租為主與以建築物出租為主的動機不盡相同，因此租賃雙方當事

註⑥ 習龍生、王肯堂，前引書，頁一二一四。

註⑦ 請參閱「中華人民共和國城鎮國有土地使用權出讓和轉讓暫行條例」第十七條。

註⑧ 鄧鳳濤，前引書，頁九六～九七。

註⑨ 請參閱「中華人民共和國經濟合同法」第二十三條第三款。

註⑩ 張勇勤，土地管理和使用手冊（北京：中國經濟出版社，一九九二年四月），頁五一五。

註⑪ 請參閱「中華人民共和國經濟合同法」第三十九條。

註⑫ 孫寶忠，前引書，頁一〇九。

註⑬ 同前註。

註⑭ 南路明、肖志岳，前引書，頁一五九。



人的權利義務就有所不同；在以土地使用權出租為主的情況下，土地的利用開發可能是主要目的，是故原出讓合同中有關土地開發利用的條件，仍導引著土地利用的走向；但在以建築物出租為主的場合，土地使用權是隨同建築物的出租而出租，此時土地大多已完成開發，土地開發條件的約束基本上因為完成而不復存在^⑤。在以建築物出租為主的情況，其建築物的出租期限，基於房產、地產一致原則，不得超過座落基地的土地使用權存續期限，這是土地使用權出讓期限性要求的必然結果。在「城市房地產管理法」中特別規定，以營利為目的，房屋所有權人將以劃撥方式取得使用權的國有土地上建成的房屋出租的，應當將租金中所含土地收益上繳國家^⑥；依此規定，對於非營利目的所建成房屋法令並不要求向土地使用者收取土地收益，對於以營利為目的將建成房屋出租的，則要收取來自土地上的收益上繳國家。如果劃撥土地上建成的房屋可以出租的話，顯然不動產的數量已經超過自用範圍，對於這種出租有關來自於土地部分的收益，國家居於土地所有權者的地位，應一律將其收歸公有才符合公平，因為，事實上在出租的認定上很難區分是否為營利性，出租行為本身就帶有不動產經營的意味，又何來區分營利和非營利，真正的非營利應該是將不動產免費提供使用，而不是以出租方式處理，故不管是否為營利目的，只要在劃撥土地上建成房屋出租者其來自土地的收益應上繳國家才是合理。

三、國有城鎮土地使用權抵押之法律分析

(一) 國有土地使用權抵押之法律內涵分析

土地使用權抵押是指土地使用者將其依法取得的土地使用權作為清償債務的擔保的法律行為；具體的講，就是債權人對享有土地使用權的債務人或第三人的土地不移轉佔有，繼續由債務人或第三人使用收益，而在債務不履行時，處分債務人或第三人提供的土地使用權（擔保物），並從處分抵押物所得價款中優先受償^⑦；中國大陸「城市房地產管理法」第四十六條即規定：「房地產抵押，是指抵押人以其合法的房地產以不移轉佔有的方式向抵押權人提供債務履行擔保的行為。債務人不履行債務時，抵押權人有權依法以抵押的房地產拍賣所得的價款優先受償。」。在「城鎮國有土地使用權出讓和轉讓暫行條例」第三十二條規定：「土地使用權可以抵押。」中國大陸城鎮土地所有權屬於國家，故其土地所有權無法如私有地權國家一般做為抵押的客體，這種土地使用權的抵押當然應該是以合法取得的土地使用權為主，因此，在「城市房地產管理法」中特別補充規定：「以出讓方式合法取得的土地使用權，可以設定抵押權。」^⑧所以，劃撥土地使用權的抵押必須依法經過批准，並將其收益抵交土地使用

註⑤ 習龍生、王肯堂，前引書，頁一一一五。

註⑥ 請參閱「中華人民共和國城市房地產管理法」第五十五條。

註⑦ 張勇勤，前引書，頁五一六。

註⑧ 請參閱「中華人民共和國城市房地產管理法」第四十七條第二款。



權出讓金，方可以進行合法抵押^⑤；土地使用權可以依法進行抵押，在經濟意涵上顯然已經將土地使用權予以資產化。依照中國大陸地產、房產一致化原則，在「城市房地產管理法」及「城鎮國有土地使用權出讓和轉讓暫行條例」都規定，土地使用權抵押時，其地上建築物、其他附著物隨之抵押，反之，地上建築物、其他附著物抵押時，其使用範圍內的土地使用權隨之抵押^⑥。

中國大陸學術界對於抵押權有一種觀點是不主張將抵押權與質權相區別^⑦，另一種觀點則主張區別質權與抵押權，第二種觀點認為抵押權的標的物只包括不動產^⑧，此亦為通說。中國大陸「民法通則」第八十九條規定：「債務人或者第三人可以提供一定的財產作為抵押物。債務人不履行債務的，債權人有權依照法律的規定以抵押物折價或者以變賣抵押物的價款優先得到償還。」規定中並未區分質權與抵押權，是故，第一種觀點不區分質權與抵押權的主張，似較符合現行中國大陸民法規定之精神；然而，在一九九五年六月「全國人大」新制定的「擔保法」中即引進質權制度，並把質權分為動產質權和權利質權二種^⑨，顯然是採取第二種觀點即區分質權和抵押權的不同，但抵押權的標的在該法中並不限於不動產，即使動產也有可能做為抵押權的標的^⑩。中國大陸由於尚未制定物權法，而將抵押權規定在「民法通則」的債權篇中，看似抵押權具有債權性質？惟理論界對此也有二種不同觀點：一種是抵押權的債權物權雙重性說，一種是抵押權物權說。抵押權債權物權雙重性說認為：抵押權的發生以債權的存在為前提，而其發生的目的又是為了保證債權的實現，這是抵押權債權性質的表現；抵押權被第三人不法佔有時，抵押人可以請求返還，債務人不履行債務時，債權人有權對抵押物進行處分，變價受償，這是抵押權的物權性質表現^⑪。物權說認為：物權和債權是兩種不同的權利，因此，雙重性說是衝突而不能成立的，抵押權只是一種物權，抵押權的物權性表現在其支配性、排他性和追及性上；支配性是指於債務人不履行債務時，擁有抵押權的債權人無需取得抵押人的同意，可獨立、直接地從抵押

註⑤ 請參閱「中華人民共和國城鎮國有土地使用權出讓和轉讓暫行條例」第四十五條規定。

註⑥ 請參閱「中華人民共和國城鎮國有土地使用權出讓和轉讓暫行條例」第三十三條；「中華人民共和國城市房地產管理法」第四十七條第一款。

註⑦ 此觀點認為債務人或第三人以財產做為履行債務的擔保，當債務人不按期履行債務時，債權人所享有的從變賣抵押財產的價值中優先受償的權利稱為抵押權。請參閱蔣中權「我國涉外擔保應注意的法律問題」，政治與法律（北京），一九八六年第六期（一九八六年六月），頁二三。

註⑧ 此觀點認為債權人就債務人或第三人的不移轉佔有而做為抵押物提供的不動產，於債務人不履行債務時優先受償的權利為抵押權。請參閱佟柔，民法原理（北京：法律出版社，一九八三年），頁二一五。

註⑨ 請參閱一九九五年六月「全國人大」通過，國家主席第五〇號令公布「中華人民共和國擔保法」第四章規定（第六十三至八十一條）。

註⑩ 請參閱「中華人民共和國擔保法」第三十四條規定：「下列財產可以抵押：（一）抵押人所有的房屋和其他地上定著物；（二）抵押人所有的機器、交通運輸工具和其他財產；（三）抵押人依法有權處分的國有的土地使用權、房屋和其他地上定著物；（四）抵押人依法有權處分的國有的機器、交通運輸工具和其他財產；（五）抵押人依法承包並經發包方同意抵押的荒山、荒溝、荒丘、荒灘等荒地的土地使用權；（六）依法可以抵押的其他財產。」

註⑪ 新中國民法學研究綜述，頁三八九～三九〇。



物的拍賣中所得的收益滿足自己的債權；排他性表現為抵押物的特定性，特定的抵押權標的不容受到非抵押權人的制約和干預，其次表現為順序性，抵押權人可由於其抵押權登記在先而優先於其他抵押權人從抵押物的變價中得到清償，再次表現為優先性，抵押權作為物權優先於債權，有擔保權的債權優先於無擔保權的債權。追及性則是抵押物由於各種原因而脫離抵押人的佔有時，抵押權人可行使追及權，使自己的債權得到充分及時的清償，此外，在抵押權受到侵害時，可適用一般物權的保護方法^⑥。目前，中國大陸學術界的通說是採取物權說^⑦，這與台灣地區對抵押權的理論性見解是一致的^⑧。

抵押權做為一種擔保物權，還具有以下性質^⑨：(1)從屬性：抵押權既係以擔保債權的清償為目的，故抵押權須從屬於債權而存在，此即為從屬性，換言之，有債權始可能有抵押權，無債權即無抵押權，債權為主權利，抵押權為從權利^⑩。(2)特定性：中國大陸抵押權特定性表現為兩方面，一是抵押標的物的特定性，以動產做為抵押的一般應轉移佔有，不動產則須進行抵押登記，這是標的物的特定性；二是被擔保債權的特定性，即抵押權只能為擔保特定的債權而設立，因而抵押權所擔保的債權必須是明確的、具體的^⑪。(3)價值性：抵押權以取得抵押物的交換價值為目的，而不以取得抵押物的使用價值為目的，當債務人不履行債務時，抵押權人有權依照法律的規定，將抵押物折價或者將抵押物變賣。(4)優先受償性：債務人到期不履行債務時，債權人即可抵押物折價或者變賣以償還債務，而抵押權人有優先其他債權人受償的權利。(5)不可分性：由於抵押權係擔保債權的清償，抵押權所及抵押物的每一部分均與債權有關，反之亦然，故抵押權人於其債權未受全部清償前，得就抵押物的全部行使權利，此為抵押權的不可分性^⑫。(6)物上代位性：抵押人因抵押物的毀損滅失所得受的賠償金，屬於抵押物的代替物，抵押權的效力及於該賠償金，抵押權人可就此賠償金行使抵押權，此為物上代位性^⑬。

土地使用權抵押是一種「準抵押」，即以權利為抵押而成立的抵押權^⑭，土地使

註⑥ 同前引書，頁三九〇。

註⑦ 李由義、錢明星，「我國民法物權體系初探」，北京大學學報（北京），一九八七年第一期哲社版（一九八七年一月），頁一二六；江平、張佩霖，民法教程（北京：中國政法大學出版社，一九九〇年一月），頁一六九；王利明、郭明瑞、吳漢東，民法新論（下冊）（北京：中國政法大學出版社，一九八八年七月），頁三一六。

註⑧ 劉得寬，「擔保物權之物權性與債權性」，載鄭玉波主編，民法物權論文選輯（下）（台北：五南圖書出版公司，民國七十三年七月），頁五一三。

註⑨ 丘金峰、潘運根、楊樹鑫、曾漢光，中國房地產法學（北京：中國統計出版社，一九九三年八月），頁一二一；楊炳芝，前引書，頁二二二～二二三。

註⑩ 吳光陸，不動產抵押權之理論與實務（台中：自版，民國七十九年十二月），頁四一。

註⑪ 南路明、肖志岳，前引書，頁一六五。

註⑫ 吳光陸，前引書，頁四五。

註⑬ 同前引書，頁五一。

註⑭ 新中國民法學研究綜述，頁三九一。



用權抵押是以土地使用權權利作為債權擔保的抵押標的，同樣是一種不動產抵押，惟異於一般私有地權國家的不動產抵押以所有權為標的情況。這種土地使用權抵押，一樣無須移轉土地佔有，土地仍然留在土地使用權持有人的手上，可以正常的對土地進行佔有、使用和收益，僅將該土地使用權的交換價值提供給抵押權人。土地使用權抵押的意義，在於做為抵押物的不動產，既可以發揮擔保作用，又可以由其使用權人利用，充分發揮其使用價值，債權人和債務人各得其便，因此，抵押權是擔保物權中最理想的形式，在實際的經濟生活中也得到廣泛的運用^⑥。

土地使用權抵押是土地使用權法制改革中重要的構成部分，土地使用權有償轉讓使土地使用權抵押成為可能，法令的允許則提供土地使用權合法抵押的根據，土地使用權抵押促進資金對土地市場的流動，也加快不動產市場的發展。從抵押權人（銀行和其他債權人）來看，實行土地使用權抵押，可以保證貸款使用的安全性及有效性，自然放心並樂於提供資金融通^⑦；從抵押人（借款人或債務人）來看，可以增加抵押人的資金融通途徑，緩解資金短缺的矛盾，並且無礙於對土地的正常使用，在抵押中一樣可以從土地使用中增加盈收，也增強了債務的償還能力^⑧，對於企業或經濟單位的資金運轉提供很大的便利。土地使用權抵押向地產商提供了便利的貸款條件，使地產商能夠集中進行土地開發和建設工作，這對土地的合理利用具有極大的促進作用，從而也促使不動產市場的不斷完善^⑨。

（二）國有土地使用權抵押之法律特徵分析

土地使用權的抵押人原則上須為土地使用權的享有人，而依中國大陸「城鎮國有土地使用權出讓和轉讓暫行條例」的規定，只要在中華人民共和國境內外的公司、企業、其他組織和個人，除法律有特別規定外，均可依法取得土地使用權^⑩，自然也都可以成為土地使用權抵押人，這種土地使用權的抵押包括依出讓和轉讓方式取得者，但對於劃撥土地使用權者，應依法申請批准並補交抵押收益抵充土地出讓金，才可以合法進行抵押^⑪。外商投資企業用地如果是以出讓方式取得者，當然可以對土地使用權進行抵押，但如果是以劃撥方式取得者（每年支付土地使用費），則不能將其使用的土地使用權進行抵押，除非補辦出讓手續；至於中國經濟單位以土地使用權合營入股者，如作價入股的土地使用權是以無償劃撥方式取得，同樣不能進行抵押。然而，基於房產與地產一致原則，假如是以建築物或房屋的所有權設定抵押者，其地上物範圍內的基地即使是劃撥土地使用權，也一併成為設定抵押權的標的^⑫，但此種情況在

註⑥ 李由義，民法學（北京：北京大學出版社，一九八八年），頁二六三。

註⑦ 最新房地產法實用全書，頁四四四。

註⑧ 同前註。

註⑨ 習龍生、王肯堂，前引書，頁一一八七。

註⑩ 請參閱「中華人民共和國城鎮國有土地使用權出讓和轉讓暫行條例」第三條。

註⑪ 同前註，第四十五條。

註⑫ 請參閱「中華人民共和國城市房地產管理法」第四十七條；「中華人民共和國擔保法」第三十六條。



依法拍賣房地產後，應當從拍賣所得的價款中繳納相當於應繳納的土地使用權出讓金的款額後，抵押權人方可優先受償^⑳；大陸有學者認為本條規定並無意義，因為劃撥土地使用權和房屋所有權一併抵押時，在實現抵押權的情況下，一樣要先扣除劃撥土地使用權的出讓金後，才能進行優先債權的清償，倒不如直接抵押房屋所有權即可^㉑；如果採取房產與地產分離原則，這種見解的確是值得肯定，惟大陸對於房產、地產是採取不分離的原則，因此，這樣的規定仍有其實益，至少可以確保房地產不致分離。

通過租賃方式取得土地使用權者，由於獲得的僅是使用土地的權利，不得將土地使用權轉租、抵押或進行其他經濟活動，因而不能成為土地使用權抵押人，問題是土地使用權的出租方是否可以成為抵押人？有認為出租方不能做為抵押人者，亦有認為出租方可以做為抵押人^㉒；一般認為出租人做為土地使用權的享有人的權利義務，並不因為出租而變化，土地使用權的部分權利內容暫時、有條件的與土地使用者分離，正表明土地使用者做為獨立權利主體，對自己享有權利的靈活運用，因此，出租人仍可成為土地使用權抵押人^㉓，但已出租的不動產設定抵押時，抵押人應當將已出租的事實明白告知，並在抵押合同生效時原租賃關係繼續有效^㉔，此種見解為「擔保法」所採^㉕。抵押權設定後不動產是否可以再行轉讓？依「買賣不破抵押」原則，一般是採取肯定立場^㉖；在中國大陸「擔保法」的規定中，則要求抵押期間抵押人轉讓已辦理登記的抵押物的，應當通知抵押權人並告知受讓人轉讓物已經抵押的情況，抵押人未通知抵押權人或者未告知受讓人的，其轉讓行為無效；轉讓抵押物的價款明顯低於其價值的，抵押權人可以要求抵押人提供相應的擔保，抵押人不提供的不得轉讓抵押物；抵押人轉讓抵押物所得價款，應當向抵押權人提前清償所擔保的債權，或者向與抵押權人約定的第三人提存，超過債權數額的部分歸抵押人所有，不足部分由債務人清償^㉗。抵押權是一種物權行為，依法必須進行公示的登記^㉘，登記公示原則在法律上應視為已對抵押權人或受讓人進行告知，而且抵押權本身即存在追及效力，就算土地使用權轉讓，抵押權人仍可對抵押物進行變賣以滿足其債權，故以未通知而規定其轉讓行為無效，不僅不需要，且通知的意思表示竟高於登記的物權行為，亦屬明顯不當。

依中國大陸「擔保法」第三十七條規定，不得抵押的客體包括：(1)土地所有權；(2)耕地、宅基地、自留地、自留山等集體所有的土地使用權；(3)學校、幼稚園、醫院等

註^⑳ 同前註，第五十條。

註^㉑ 趙紅梅，前引書，頁一九五。

註^㉒ 李尚杰，前引書，頁三〇一。

註^㉓ 同前註。

註^㉔ 張國炎，「土地使用權與抵押權效力問題探析」，民商法學（北京），一九九六年第四期（一九九六年四月），頁二五。

註^㉕ 請參閱「中華人民共和國擔保法」第四十八條：「抵押人將已出租的財產抵押的，應當書面告知承租人，原租賃合同繼續有效。」

註^㉖ 趙紅梅，前引書，頁二〇三。

註^㉗ 請參閱「中華人民共和國擔保法」第四十九條。

註^㉘ 請參閱「中華人民共和國城鎮國有土地使用權出讓和轉讓暫行條例」第三十五條。



以公益為目的的事業單位、社會團體的教育設施、醫療衛生設施和其他社會公共設施；(4)所有權、使用權不明或者有爭議的財產；(5)依法被查封、扣押、監管的財產；(6)依法不得抵押的財產。由此規定可以看出，中國大陸在抵押權的客體上是兼採動產與不動產，且條文中抵押權標的指的是財產，解釋上應包括有財產屬性的權利如智慧財產權等，其實，土地使用權本身即為一種權利同時也是不動產，自然可以成為抵押權的標的；中國大陸這種抵押權客體的廣泛性，與台灣地區抵押權制度限定以不動產為客體者有明顯的不同^①。抵押權做為擔保物權，是依附於主權利的債權上，主權利不存在，做為從權利的抵押權自無與債權分離而單獨存在的道理，因此，抵押權不得單獨轉讓或者作為其他債權的擔保^②，主債權消滅時抵押權也隨之消滅^③。抵押擔保的範圍包括主債權、利息、違約金、損害賠償金和實現抵押權的費用，惟如另有約定者從其約定^④。抵押物的天然孳息和法定孳息，原則上仍由土地使用者收取，但如債務期限屆滿，債務人不履行債務而實現抵押權時，抵押物自被依法扣押日起，其法定孳息及天然孳息改由抵押權人收取，然抵押權人未將扣押抵押物的事實通知應當清償法定孳息的債務人時，抵押權的效力不及於該孳息^⑤，這是為保護善意第三人的考量；但只因抵押權人未盡通知義務就取消其對孳息的收取，未免過於嚴苛，在推論上應只是喪失其對該義務人的對抗權，而非喪失對該孳息的收取權^⑥。

土地使用權設定抵押後，是否可以再行抵押？在中國大陸曾有過不同看法^⑦，最高人民法院的見解是：「債務人以抵押物清償債務時，如果一項抵押物有數個抵押權人的，應當按照設定抵押權的先後順序受償」^⑧，可見實務上顯然是採取肯定見解；在同一抵押物設定數個抵押權，只要抵押物的價值等於或大於所擔保債權的總額時，於實行抵押權時依設立的先後順序清償，不致引起抵押關係的混亂，也充分利用了抵押物並獲得最佳效益，至於後抵押權人的風險，則是後抵押權自願承擔與否的問題^⑨，這種學理上的看法，在後來制定的「擔保法」中被納入，即「抵押人所擔保的債權不得超出其抵押物的價值。財產抵押後，該財產的價值大於所擔保債權的餘額部分，可以再次抵押，但不得超出餘額部分。」^⑩惟本條規定以法律限定所擔保的債權不得超

註① 請參閱「中華民國民法」第八百六十條。

註② 請參閱「中華人民共和國擔保法」第五十條。

註③ 同前註，第五十二條。

註④ 同前註，第四十六條。

註⑤ 同前註，第四十七條。

註⑥ 王艷萍，論土地使用權抵押的幾個問題（北京：中國人民大學碩士學位論文，一九九四年五月），頁一二。

註⑦ 王玲、李曉斌，「談土地使用權的抵押」，中國土地科學（北京），一九八九年第二期（一九八九年二月），頁一七。

註⑧ 最高人民法院一九八八年「關於貫徹執行『中華人民共和國民法通則』若干問題的意見試行」的通知第一一五條。最高人民法院民事審判庭編，簡明房地產審判手冊（北京：人民法院出版社，一九九三年十月），頁二九。

註⑨ 王玲、李曉斌，前引文，頁一七。

註⑩ 請參閱「中華人民共和國擔保法」第三十五條。



出抵押物的價值似無必要，因為這同樣是風險自願承擔的問題，應由當事人自行判斷即可，何況，以不動產為例，其市場價格是浮動的且通常都有增值的趨勢，也許在設定抵押時，後抵押權人已經預見不動產的增值可能，故願意進行設定第二、第三等順位，在實現抵押權時其抵押權的市場價格或已飆漲，則法律代為決定是否設定抵押，似有未當。

抵押權設定後其效力是否及於從物？中國大陸並未如台灣地區「民法」所規定：「抵押權之效力，及於抵押物之從物與從權利。」^⑩，而是採取「房隨地走」、「地隨房走」的原則^⑪，基本上也是持肯定立場。然而在抵押權效力是否及於設定後新增的從物上時，則有不同觀點有採肯定者亦有採否定者^⑫，多數是採否定立場^⑬，認為抵押權效力及於新增的從物，不僅擴大抵押權的範圍，違反抵押權的特定性，也破壞雙方的利益平衡；在「城市房地產管理法」第五十一條規定：「房地產抵押合同簽訂後，土地上新增的房屋不屬於抵押財產。需要拍賣該抵押的房地產時，可以依法將土地上新增的房屋與抵押財產一同拍賣，但對拍賣新增房屋所得，抵押權人無權優先受償。」明顯採取否定立場，「擔保法」第五十五條也同樣規定，基於房產、地產一致原則法律雖然許可一併拍賣，但對新增房產部分並無清償優先權，而是視同一般債權；對於抵押權及於從權利及附合物，學理上較無爭議^⑭。

中國大陸法令幾乎一致的規定：土地使用權在一定年限內未開發利用土地的，或者土地使用權在一定年限內（通常為二年）未使用的，政府可以無償收回土地使用權^⑮。一般取得土地使用權或者進行土地的建設開發，常常需要借助銀行的資金貸款，因此，新取得的土地使用權就有必要設定抵押，如果在設定抵押後，因一定年限未開發利用，而導致土地使用權被政府收回，此時，該土地上所設定的抵押權如何處理？依國家土地管理局的解釋認為：抵押權附屬於土地使用權，作為主權利的土地使用權，因行政機關依法收回土地使用權而使土地使用權歸於消滅時，依附在該土地使用權上的抵押權應隨之消滅^⑯。對此，中國大陸學術界有不同看法認為：政府對未在法定年限內開發利用的土地使用權收回行為，應該不得對抗抵押權人，理由是：抵押權人為善意第三人，基於善意第三人保護原則，其權利應予保護，而且，抵押權是物權行為，而收回不依合同開發利用的違約行為是債權行為，根據「物權優於債權」原理，抵押權自當優於債權而得到清償，況且，抵押權是依公示原則進行登記，它的公信力應足

註⑩ 請參閱「中華民國民法」第八百六十二條。

註⑪ 請參閱「中華人民共和國擔保法」第三十六條：「依法取得的國有土地上的房屋抵押的，該房屋佔用範圍內的國有土地使用權同時抵押。以出讓方式取得的國有土地使用權抵押的，應當將抵押時該國有土地上的房屋同時抵押。」

註⑫ 王艷萍，前引文，頁一〇。

註⑬ 同前註；王遂起，前引書，頁四七八。

註⑭ 王艷萍，前引文，頁一一。

註⑮ 請參閱中國大陸「土地管理法」第十九條；「城鎮國有土地使用權出讓和轉讓暫行條例」第十七條；「城市房地產管理法」第二十五條。

註⑯ 中華人民共和國國家土地管理局一九九三年一月「答覆上海市土地管理局公函的解釋」。



以對抗任何人，豈有已經登記的物權效力低於債權者？而且，這種消極未開發利用的不作為是土地使用權人，其不作為應不得對抗抵押權人，抵押權所附從的主權利是主債權，主債權既未消滅，抵押權自然應該存在^⑩。法諺有言：「物移轉，其負擔隨之移轉」^⑪，依一般民法原理抵押權亦有追及效力，台灣地區「民法」第八百六十七條規定：「不動產所有人設定抵押權後，得將不動產讓與他人。但其抵押權不因此而受影響。」而且，政府收回土地使用權的依據固然是規定在法令內，惟其規定內容均為「未按合同規定的期限和條件開發、利用土地的，……無償收回土地使用權的處罰。」^⑫其收回的根據既係合同的違反其屬性應為債權，依法而論，採用登記主義的抵押權設定物權行為，其效力應當凌駕於債權行為之上，故即使土地使用權因政府收回亦不應影響其效力；此地學者也認為，大陸要發展市場經濟必須要有雄厚的資金，資金的來源在於金融界或民間的貸款，貸款須有擔保，擔保中最重要最有保障者為不動產的抵押權，故要發展市場經濟必須要發揮抵押的效力，要發揮抵押的效力則應該確保土地使用權^⑬，其理可為參考。

(三) 國有土地使用權抵押合同之法律分析

中國大陸「擔保法」第三十八條規定：「抵押人和抵押權人應當以書面形式訂立抵押合同。」「城市房地產管理法」第四十九條也規定：「房地產抵押，抵押人和抵押權人應當簽訂書面抵押合同。」「城鎮國有土地使用權出讓和轉讓暫行條例」第三十四條同樣規定：「土地使用權抵押，抵押人與抵押權人應當簽訂抵押合同。抵押合同不得違背國家法律、法規和土地使用權出讓合同的規定。」明確規範了土地使用權的抵押必須依法簽訂抵押合同，這與台灣地區抵押權設定的流程並不必然要簽訂抵押契約的作法迥然不同。所謂抵押合同，是指土地使用權受讓人與債權人簽訂的關於以土地使用權作為抵押以擔保債的履行的協議^⑭；土地使用權抵押合同依法應採用書面方式，故其為要式合同，且為依據擔保主合同存在的從合同，故抵押合同並不具備獨立性，這是其主要的法律特徵。土地使用權抵押合同的目的是以抵押物來擔保債務的履行，而不是以取得抵押物的所有權和用益權為目的，只有在債務人不履行債務時，債權人才有權對抵押物進行變賣來清償債務^⑮。抵押權合同的主體除了是債務人外，也可以是債務關係以外的第三人，在「擔保法」中所定義的抵押，是指「債務人或者第三人不轉移財產的佔有，將該財產作為債權的擔保。」^⑯惟當第三人作為抵押合同主體時，就產生了主債務合同主體與抵押合同主體不一致的情形，這是於法所許的。

註⑩ 張國炎，前引文，頁二八～二九。

註⑪ 劉清景，民法物權（台北：學知出版社，民國八十四年十月），頁三二三。

註⑫ 請參閱「中華人民共和國城鎮國有土地使用權出讓和轉讓暫行條例」第十七條。

註⑬ 劉得寬，「確保土地使用權以資促進投資抵押」，軍法專刊（台北），第四十卷第八期（民國八十三年八月），頁一七～二一。

註⑭ 南路明、肖志岳，前引書，頁一七五。

註⑮ 習龍生、王肯堂，前引書，頁一一八四。

註⑯ 請參閱「中華人民共和國擔保法」第一條。



土地使用權合同不得違背國家法律、法規及土地使用權出讓合同的規定，如劃撥土地使用權原則不得進行抵押、土地使用權抵押應依法進行登記，以及土地使用權抵押設定應在土地使用權設定年限內有效^⑩等。無論是抵押權的設定，還是抵押權的實現和消滅，通常都是經由土地使用權抵押合同的簽訂與實現而完成，抵押權當事人雙方的權利義務也直接訂定在抵押合同中，這種抵押合同本身為債權行為，依據這種債權行為來完成抵押權設定登記的物權行為，產生足以對抗第三人的物權效力。因此，中國大陸「擔保法」第四十一條規定：當事人以財產抵押的應當辦理抵押物登記，抵押合同自登記之日起生效，「城市房地產管理法」及「城鎮國有土地使用權出讓和轉讓暫行條例」也都有類似規定^⑪；茲有疑義者為抵押合同本身為債權合同，應該自簽訂之日起即可生效，何必自登記之日起才生效，登記之日起生效者應為物權效力而非債權效力，故此種規定似有未當。有關登記的效力問題，中國大陸有二種不同意見^⑫：一種認為抵押登記是土地使用權抵押合同生效的要件，另一種認為登記是抵押權成立的要件；通說則較支持後一種看法即登記為抵押權成立的要件^⑬，其理由為完整的不動產物權變動效果的物權行為，應由書面的抵押合同與登記這兩個缺一不可的法律事實構成，只有抵押合同而無登記事實，物權變動效果仍然未完成，所以，登記是抵押權成立的要件；依中國大陸「土地登記規則」的規定，其登記效力是採取登記絕對主義而非登記對抗主義^⑭，故抵押權登記為物權變動的重要公示原則，也是不動產登記公信力的必然要件，要發生抵押權變動的效果不能只有簽訂土地使用權抵押合同，還必須履行登記程序後整個物權行為才算完成。中國大陸不動產登記機關在土地為土地管理部門，在建築物為房產管理部門^⑮，此與台灣地區不動產登記，均在同一特定的機關—地政事務所進行者不同；抵押程序上應當向登記部門提供主合同、抵押合同及土地使用權證書^⑯。

土地使用權抵押合同既然是合同的一種，其內容除了要符合「經濟合同法」中應具備的主要條款外^⑰，在「擔保法」中特別訂定了抵押合同的法定內容為：(1)被擔保的主債權種類、數額；(2)債務人履行債務的期限；(3)抵押物的名稱、數量、質量、狀況、所在地、所有權權屬或者使用權權屬；(4)抵押擔保的範圍；(5)當事人認為需要約

註⑩ 土地使用權依法其存續期限依其土地使用用途從四〇年至七〇年不等，土地使用權的存在應該在設定年限內才有效，其土地使用權的價格計算也是以其使用年限為計算基準，故土地使用權設定抵押時，雙方應以土地使用權剩餘年限內的價格為抵押的價格計算基準。

註⑪ 請參閱「中華人民共和國城市房地產管理法」第四十八條；「中華人民共和國城鎮國有土地使用權出讓和轉讓暫行條例」第三十五條。

註⑫ 王艷萍，前引文，頁一五。

註⑬ 同前引文，頁一五～一七。

註⑭ 請參閱「中華人民共和國土地登記規則」第二十五條。

註⑮ 請參閱「中華人民共和國擔保法」第四十二條。

註⑯ 同前註，第四十四條。

註⑰ 請參閱「中華人民共和國經濟合同法」第十二條：「經濟合同應具備以下主要條款：一、標的（指貨物、勞務、工程項目等）；二、數量和質量；三、價款或者酬金；四、履行的期限、地點和方式；五、違約責任。」



定的其他事項^⑳。土地使用權抵押合同一經生效，合同當事人之間即產生一定的權利義務關係，雙方當事人履行義務、行使權利的過程，就是合同的履行過程；土地使用權抵押合同雙方通常有哪些權利、義務？就抵押人而言，其權利是對已經設定抵押的土地使用權仍可照常的佔有、使用、收益及處分，並就同一土地使用權的擔保剩餘價值可進行再抵押，抵押人的義務則為妥善保持土地完整性，並保證抵押權的可以充分實現^㉑；抵押權人的權利包括排除侵害保全抵押物的權利、處分抵押物取得優先受償權、物上代位權及放棄抵押的權利，其義務為不妨礙抵押人行使土地利用的權利、債權未到期前不得進行抵押物的拍賣以及抵押物拍賣後清償有剩餘時應轉交給原土地使用權人等^㉒。

抵押權人在債務人履行期限屆滿而沒有履行義務，或在債務存續期間債務人被宣告解散、破產的，抵押權人有權依法處分抵押的土地使用權；「城鎮國有土地使用權出讓和轉讓暫行條例」第三十六條規定：「抵押人到期未能履行債務或者在抵押合同期間宣告解散、破產的，抵押權人有權依照國家法律、法規和抵押合同的規定處分抵押財產。」「擔保法」也規定：「債務履行期屆滿抵押權人未受清償的，可以與抵押人協議以抵押物折價或者以拍賣、變賣該抵押物所得的價款受償；協議不成的，抵押權人可以向人民法院提起訴訟。抵押物折價或者拍賣、變賣後其價款超過債權數額的部分歸抵押人所有，不足部分由債務人清償。」^㉓在「城鎮國有土地使用權出讓和轉讓暫行條例」中並未明定如何進行抵押物的處分，這點在「擔保法」第五十三條中倒是做了補充規定，各國在抵押物的處分上有三種方式^㉔：一是抵押權人向法院提出申請，依照強制執行程序拍賣抵押物，由債權人從價款中優先清償債權；二是由當事人協議抵押權的實現方式；三是抵押權人直接拍賣抵押物取得清償；中國大陸是採取第三種方式，而台灣地區則是採用第一種方式；依「擔保法」中所列的協議處分方式包括以抵押物折價、拍賣或者變賣，通常拍賣方式所得的價款較高，利益上比較能兼顧雙方立場，其在協議方式上一般接受度較高；惟協議不成時須向法院提起訴訟，對於已經設定登記具有物權效力和公信力的抵押權行使，如果對當事人無爭議的債權債務關係，只因抵押物處分方式不能達成協議，即須再進行曠日廢時訴訟似乎不合法理！所以，這裡的訴訟解釋上應該是指申請法院依強制執行程序進行拍賣，或者申請裁定抵押物處分的方式。

另一個問題是大陸的抵押權行使是否限制當事人在合同中約定，債務人到期不履行債務時，抵押物歸抵押權人所有，這種流質契約為許多國家所禁止包括台灣地區^㉕，

註^⑳ 請參閱「中華人民共和國擔保法」第三十九條。

註^㉑ 周玉承、郭銳、楊桂芳，*房地產法概論*（北京：中國政法大學出版社，一九九〇年十月），頁二二九～二三五；鄧鳳濤，前引書，頁一一八～一二〇。

註^㉒ 同前註。

註^㉓ 請參閱「中華人民共和國擔保法」第五十三條。

註^㉔ 王艷萍，前引文，頁一八。

註^㉕ 請參閱「中華民國民法」第八百七十三條第二項：「約定於債權已屆清償期，而未為清償時，抵押物之所有權移屬於抵押權人者，其約定為無效。」



其理由在於保護債務人，免其因一時的急迫以價值高的物權擔保小額債權，於無法清償時必須忍受喪失重大不利的結果¹²⁹；大陸「擔保法」在第三章有關「抵押權」該章中並無明文規定是否禁止流質合同，但同法第四章的「質押」中倒規定：「出質人和質權人在合同中不得約定在債務履行期屆滿質權人未受清償時，質物的所有權轉移為質權人所有。」¹³⁰依同樣的立法理由來推論，解釋上可引用本條規定而認為抵押權的流質合同應為無效，那是否表示抵押權人就不能成為土地使用權人呢？也非如此，因為法律並不禁止代物清償，所以，在清償期屆滿而債務人無法清償時，經由協議可以以抵押物折價的方式滿足債權，此時，土地使用權因折價而歸於債權人所有，當然，在此種情況下土地使用權一切的權利義務隨之移轉給新的土地使用權人。對於拍賣房屋所有權時，房屋範圍內的劃撥土地使用權仍可一併進行拍賣，然就所得價款必須依法繳納土地使用權出讓金的價值後，抵押權人才有優先受償權¹³¹；同一土地使用權設定兩個以上抵押權者，在拍賣或變賣後所得的價款，在已經有抵押權登記的部分，依登記的先後順序進行清償，順序相同者依比例清償，如果抵押合同已經簽訂但還未進行登記時，依合同生效的先後順序清償，順序相同者依比例清償¹³²；抵押權因抵押物滅失而消滅，因滅失所得的賠償金，應當做為抵押財產¹³³，抵押物如因天災地變而自然滅失，此非可歸責於抵押人，故抵押權因抵押物滅失而消滅，債權成為無抵押的一般債權，如果是因第三人的毀損而滅失如放火導致燒毀，此時所得的賠償金依法轉為抵押財產。

四、結 論

(一) 取消土地使用權出租之條件限制以強化土地之流通性

依中國大陸「城鎮國有土地使用權出讓和轉讓暫行條例」第二十八條的規定，土地使用權須進行開發利用後才可以出租，這種條件限制與土地使用權轉讓的限制一樣，都造成土地使用權流通的門檻限制，形成土地市場發展的障礙，也影響了土地市場機制功能運作的發揮，其效果不僅妨礙土地流通，更可能造成土地利用的負面效果；例如規劃興建辦公大樓的城市土地使用權，由於階段性辦公大樓供給過剩，為避免辦公大樓市場的惡性競爭，故暫時停止開發興建，而將土地短期出租做為停車場的使用用

註¹²⁹ 在台灣地區採此種看法者有學者史尚寬、黃右昌、鄭玉波以及實務上最高法院四〇年台上字第七六六號判例採之。另有一說認為：因民法總則已有民法第七十四條之規定，若認為係專為保護債務人而設者，似無另設此項規定之必要，不如謂就抵押權的性質觀之，其係專以就抵押物賣得的價金受償之價值權，故如約定未經拍賣或未屆債權清償期即可取得抵押物所有權，則與抵押權乃價值權的性質不合，採此說者有學者姚瑞光等採之。請參閱劉清景，前引書，頁三三五～三三六。

註¹³⁰ 請參閱「中華人民共和國擔保法」第六十六條。

註¹³¹ 同前註，第五十六條。

註¹³² 同前註，第五十四條。

註¹³³ 同前註，第五十八條。



途，卻因為法令限制必須開發利用後才可以進行出租，則此時尚未興建辦公大樓的土地就不可能做短期使用的停車場，只能強加開發利用，而造成辦公大樓的更加惡性競爭，對於都市土地的利用反而造成低效率的負面影響。其實，都市土地的開發利用，無論在開發用途上或是開發進程上，都可以透過都市計劃管制輔以一定的土地稅制來加以達成，而無須在轉讓或者出租的條件上予以設限，否則，徒增行政管制手續的麻煩，以及影響土地的流通，造成土地市場機制的失靈，可能未蒙其利先受其害，故對於這種條件限制應予以取消，以強化土地市場的流通性。

(二) 劃撥土地上之房屋出租者其來自土地之收益均應上繳政府

中國大陸「城市房地產管理法」第五十五條規定：「以營利為目的，房屋所有權人將以劃撥方式取得使用權的國有土地上建成的房屋出租的，應當將租金中所含土地收益上繳國家。」劃撥土地使用權本就是對國有土地進行無償使用，故出租時其來自土地上的收益上繳土地真正的所有權者即國家，本為當然之事，否則，即構成不當得利國家自可進行追討。房屋所有權依中國大陸「民法通則」的規定（第七十五條）是可以為私有的財產權，然其房屋所座落的土地所有權為國家所有，並由房屋所有權人無償使用，因此，當房屋出租時其所收的租金實包括了來自土地及房屋兩個部分的租金收益，對於土地租金收益部分應上繳國家；然而，法令卻只規定做為營利目的使用的房屋出租，才須將土地租金上繳國家，反之，非為營利目的使用的出租即無須將土地租金收益上繳國家。如此一來，不僅造成房屋出租者之間的不公平，且事實上不動產租金在城市中多數來自土地的級差地租，即使非為營利目的但出租地點不同其租金必然不一樣，這可以清楚看出級差地租所扮演的角色，而且營利非營利的認定也難以確認和考核，所以，只要來自劃撥土地出租的收益部分，都應該一律上繳國家，方為合理公平。

(三) 土地使用權抵押轉讓之通知規定似無必要

中國大陸「擔保法」第四十九條規定：「抵押期間，抵押人轉讓已辦理登記的抵押物的，應當通知抵押權人並告知受讓人轉讓物已經抵押的情況；抵押人未通知抵押權人或者未告知受讓人的，轉讓行為無效。」本條所指的通知應為一般告知，其效力豈可高過具有物權效力的抵押權設定行為？且抵押依法必須進行登記，這種登記具有一定的公信力，在大陸土地登記是採取登記絕對效力主義，故只要依法進行登記的土地使用權抵押設定，在解釋上應當然發生已經告知受讓人的義務，因為土地使用權的受讓必須辦理登記，一樣的登記程序豈有不清楚轉讓的土地使用權已經設定抵押！而對於抵押權人的通知則無實際必要和法律實益，因依抵押權的追及效力，即使土地使用權進行轉讓，抵押權的效力同樣及於已經轉讓的土地使用權，所以，法規上就設定抵押的土地使用權轉讓時，應通知抵押權人與告知受讓人抵押的事實規定實無必要。就算規定土地使用權轉讓的通知或告知義務的不履行，也不應發生轉讓行為的無效，依法理而言，也只能使抵押權人或受讓人產生對抗的效力，而不是使轉讓行為無效；



土地使用權的轉讓在抵押權追及效力下，抵押權人利益應無受損之虞，依土地登記的公信力受讓人也沒有不知道的道理，因此，這種通知與告知的規定似無必要。

(四) 再抵押之條件限制與抵押合同生效時間規定均有可議之處

中國大陸「擔保法」第三十五條規定：「財產抵押後，該財產的價值大於所擔保債權的餘額部分，可以再次抵押，但不得超出餘額部分。」本條規定固然准許土地使用權的再抵押，然也限制再次抵押必須就財產餘額部分設定之，這種條件的限制實無必要；因為一來土地使用權的價值是浮動的，只要當事人看好未來土地的增值潛力而願意設定第二、第三等順位，應由其自行決定，要無法律代為決定的理由，二來這涉及風險承擔的問題，當事人願意並有信心承擔這種風險，法律實在沒有干涉的立場，因此，有關土地使用權再抵押的條件限制似可予以刪除。「擔保法」第四十一條規定財產設定抵押應當辦理登記，抵押合同自登記之日起生效；抵押合同在法律性質上屬於債權行為，債權行為的生效應該是以當事人意思表示合致時起即可生效，抵押權的登記是發生抵押權物權效果的物權行為，所以自登記時起生效者應為抵押權的物權效力，而不是抵押合同的生效時間點，故「擔保法」中有關抵押合同生效的規定似無存在必要，而應予以刪除。

*

*

*



The Legal Analysis of State-Owned Urban Land Use Right Leased and Used for Mortgages in Mainland China

Yu-yu Tseing

Abstract

In 1988, the Constitution of the PRC was amended. In places concerning land, the language of 「land use rights can be transferred according to the law」 (Article 10) was added. In this manner, the framework of a separation between land ownership and land use rights was clearly set. The basic goal of land use reform is to “eventually turn land without cost and time limits into land with both cost and time limits.” The regulations further stated that the state-owned urban land use rights are independent economic rights. Within a certain time limit, the rights can be sold, exchanged, given as a gift, leased, or used for mortgages. Independent land leased and used for mortgages can not only benefit from the establishment of the land market but can also help to improve efficiency in the land used process. This study includes judicial problems of state-owned urban land use right leased and used for mortgages, and offers suggestions for change.

Keywords : land Law, right of lease, right of mortgage.

