

# 论农民住房有限抵押

高海

**摘要：**农民住房抵押以有限抵押为基本理念，但现有制度设计存在“房地一体”与“房地分离”的路径分歧和配套制度缺失或法理悖论等问题。这些问题的产生与有限抵押的设计理据存在偏差不无关系。因此，在重述农民住房有限抵押的正当理据不是宅基地使用权的身份性、无偿性或福利性，而应是保证农户基本住房权利、兼顾集体与农户对宅基地使用权增值收益分享的基础上，本文对试点地区与非试点地区农民住房有限抵押进行类型化制度重构。在试点地区，宜坚持“房地一体”抵押、合理取舍地方实践之有限抵押的设计，并完善宅基地使用权的主体限定、增值收益分配以及非本集体成员受让地权的登记、期限限制等配套制度；在非试点地区，暂时可按“房地分离”的思路，创新法定租赁权，但应从租金归属、担保客体、出租人等方面对相关建议进行改造。

**关键词：**农民住房 宅基地使用权 有限抵押 法定租赁权

**中图分类号：**D923.2 **文献标识码：**A

中共十八届三中全会《关于全面深化改革若干重大问题的决定》（以下简称“《决定》”）指出“选择若干试点，慎重稳妥推进农民住房财产权抵押、担保”。2015年12月27日，第十二届全国人民代表大会常务委员第十八次会议决定，授权国务院在天津市蓟县等59个试点县（市、区）行政区域于试点期间暂停执行《中华人民共和国物权法》第184条、《中华人民共和国担保法》第37条关于集体所有的宅基地使用权不得抵押的规定。然而，即使是在试点地区，农民住房也不能像国有土地上的商品住房一样自由抵押，这是因为《国务院关于开展农村承包土地的经营权和农民住房财产权抵押贷款试点的指导意见》（国发[2015]45号，以下简称“《农民住房抵押意见》”）要求“农民住房财产权（含宅基地使用权）抵押贷款的抵押物处置应与商品住房制定差别化规定。对农民住房财产权抵押贷款的抵押物处置，受让人原则上应限制在相关法律法规和国务院规定的范围内”。显然，作为抵押物的农民住房与商品住房的差别化处置，以及对农民住房财产权受让人的限制，都说明农民住房抵押应当是有限抵押。试点地区尚且如此，那么，未解禁“宅基地使用权不得抵押”的非试点地区探索农民住房抵押，更须以有限抵押为基本理念。本文试图在梳理地方规范性文件与学者著述中有限抵押之制度设计及其存在问题的基础上，阐释农民住房有限抵押的正当理据，再基于正当理据，探究试点地区与非试点地区慎重稳妥推进农民住房有限抵押的应然路径及制度构造。

## 一、农民住房有限抵押之设计现状及存在问题

除《农民住房抵押意见》等全国规范性文件外，农民住房抵押的地方规范性文件与学者著述的规则设计也都彰显了有限抵押的理念，差异主要在于“有限”之具体设计。

### （一）地方规范性文件中有限抵押之设计现状

地方规范性文件在抵押人、集体经济组织抵押同意权、抵押物、抵押率、抵押权实现方式等方面，设计了诸多限制性规定。

1.抵押人的有限性。并非所有农民都可以抵押其农村住房，绝大多数地方规范性文件都要求抵押人能够书面承诺或者证明“在抵押的房屋依法偿债后，抵押人有其他居住场所”。有的地方则规定，只有合法拥有“富余农村住房”<sup>①</sup>的人，才能以农村住房抵押。

2.抵押须经集体经济组织同意。许多地方规范性文件规定，在农民住房抵押时，抵押人必须提供“房屋所在地村委会同意抵押”或“房屋所在集体经济组织同意处置抵押房屋”的书面证明；甚至有地方规范性文件还要求出具“抵押物所在集体经济组织同意土地使用权随房屋一并抵押，并在抵押权实现时，同意处置的材料”<sup>②</sup>。

3.抵押物的限制性。体现抵押物限制性的地方规定主要有以下两种模式：一是“应将房屋占用范围内的宅基地使用权变更为集体建设用地使用权，并向集体土地所有权人申请办理集体建设用地使用权出让”<sup>③</sup>之后，抵押人才能办理农民住房抵押；二是除以农民住房抵押之外，抵押人还须采取保证人担保或住房保险等保障债权实现的配套措施。

4.抵押率的限制。绝大多数地方规范性文件都要求“房地一体”抵押，一并评估作价，但又有不同抵押率的限制，如抵押率不得超过住房评估价值的40%、50%、60%或70%。

5.抵押权实现中的限制性。抵押权实现中的限制性，主要是针对宅基地使用权未变更为集体建设用地使用权的宅基地上的农民住房抵押而言。因其规定的抵押权实现方式不同，地方规范性文件所呈现的抵押权实现的限制性亦存在差异。归纳起来，可以分为两大类：一是绝大多数规范性文件都要求采取拍卖、变卖等传统抵押权实现方式，但对抵押物受让人的范围有所限制。依受让人范围由小到大的顺序，地方规范性文件对抵押物受让人的限制主要有如下四种情形：①受让人仅限于部分符合条件的本集体成员，即“符合受让条件的没有宅基地的本村村民”<sup>④</sup>或“抵押人所在集体经济组织内符合权属登记转移条件的成员”<sup>⑤</sup>。②受让人限于本集体成员及本集体经济组织（或类似集体资产管理公司的机构），如“抵押物在处置时应首先在本集体经济组织内进行转让，如本集体经济组

<sup>①</sup>见《台州市黄岩区农村住房抵押借款暂行办法》（黄政发[2009]33号）第3条。

<sup>②</sup>见《江津区农村居民房屋抵押登记实施细则（试行）》（江津府办发[2011]239号）第16条（6）项。

<sup>③</sup>见《铜陵市农村房屋抵押融资管理办法》第2条第3款。

<sup>④</sup>见《上杭县农村住房抵押贷款暂行办法（试行）》（杭政[2013]79号）第22条。

<sup>⑤</sup>见《湖南省农房抵押融资试点暂行办法》（湘政办发[2015]33号）第19条。

织内无法处置，农村资产经营管理公司可以对有关抵押物进行收购”<sup>①</sup>。③受让人限于“本县农村集体经济组织及其成员”<sup>②</sup>，但本村村民或本村集体经济组织及其成员在同等条件下有优先购买权。④受让人范围未排除非本集体成员，但须受“在同等条件下，本集体经济组织及其符合购买条件的成员有优先受让权”<sup>⑤</sup>的限制。

二是江西省安远县创新的“抵押房屋使用权归抵押权人、由抵押权人收取租金等收入”的抵押权实现方式，体现了对支配抵押物交换价值的限制。《安远县农民住房产权抵押贷款工作细则》（安府办字[2015]75号）除明确第19条和第20条规定的“所在集体经济组织收购抵押物”与“所在集体经济组织成员间受让抵押物”两种抵押权实现方式之外，还创新了第三种实现方式，即“抵押权人与抵押人可以协商将抵押房屋的使用权归抵押权人享有，并将抵押房屋通过租赁等方式取得的收入逐步偿还贷款本息，直至还清贷款本息为止”。所创新的第三种抵押权实现方式是对农民住房使用价值的支配，显然不同于拍卖、变卖等支配抵押物交换价值的实现方式。

## （二）学者著述中有限抵押之设计建议

根据抵押实施路径的差异，学界构思的有限抵押可以归为如下两种主流模式：

1. “房地一体”思路下房地一并转让中的有限抵押。有学者提出：“法律应当明确规定村民、城镇居民、法人及其他组织，可以受让抵押之宅基地使用权；但受让人应当受宅基地使用权期限限制，并向土地所有权人缴纳‘年金制’的‘农村宅基地使用金’。”（龙翼飞、徐霖，2009）甚至有学者主张：“要消除宅基地使用权不能抵押以及对非本集体经济组织成员流转的障碍；不适合设置使用期限限制；宅基地使用权人应分享到绝大部分流转收益，集体经济组织分取剩余流转收益。”（贺日开，2014）还有学者建议：“转让宅基地使用权的农民应当提供有稳定生活来源以及能解决居住等方面的证明；非本集体经济组织成员有权受让；流转增值收益应在政府、集体经济组织以及宅基地使用权人之间进行分配。”（王崇敏，2014）

由是观之，这几种主张的共同特征是，农民住房抵押设定和抵押权实现时均坚持“房地一体”，受让人可以同时取得房屋所有权和宅基地使用权，而且受让人不限于本集体成员。但集体有权分享宅基地使用权（增值）收益，这会导致农民住房财产权抵押物价值“缩水”，突显农民住房财产权之抵押客体的有限性。

这几种主张的不同之处在于，是否限制抵押人资格，是否设置宅基地使用权期限，宅基地使用权增值收益是全部归集体经济组织还是由集体经济组织与抵押人共同分享。而限制抵押人资格、设置宅基地使用权期限以及集体参与宅基地使用权增值收益分配，均是“房地一体”思路下房地一并转让中农民住房有限抵押的具体体现。

<sup>①</sup>见《重庆市人民政府办公厅关于开展农村土地承包经营权居民房屋和林权抵押贷款及农户小额信用贷款工作的实施意见（试行）》（渝办发[2011]11号）第4条。

<sup>②</sup>见《云和县关于全面推进农村住房抵押贷款工作的实施意见》第3条。

<sup>③</sup>见《荣昌县农村土地承包经营权、农村居民房屋及林权抵押融资管理办法》第20条第2款。

2. “房地分离”思路下法定租赁权创新中的有限抵押。学界基于宅基地使用权不得转让给非本集体成员的限制性，对宅基地提出了三种“三权分置”的构想：一是宅基地使用权上派生法定租赁权，形成宅基地所有权、宅基地使用权与法定租赁权之“三权分置”（彭诚信、陈吉栋，2014；高圣平，2015）；二是宅基地使用权上派生地上权，形成宅基地所有权、宅基地使用权与地上权之“三权分置”（王卫国、朱庆育，2014）；三是宅基地使用权上派生役权，形成宅基地所有权、宅基地使用权与役权之“三权分置”（冯张美，2011）。学界反对后两种宅基地“三权分置”者较多（如房绍坤，2015），而赞同第一种观点者居多，故下文只详述宅基地法定租赁权之创新。

法定租赁权的支持者主张，突破“房地一体”原则，在农民住房抵押权实现时，将地上房屋与宅基地使用权分离并分别处置，即将地上房屋折价、拍卖或变卖后，抵押权人对地上房屋的变现价值优先受偿；地上房屋的受让人可以是非本集体成员，但只能取得地上房屋的所有权，不能取得宅基地使用权——受让人只能根据法律推定取得宅基地之债权即租赁权，以弥补受让人因不享有宅基地使用权造成房屋地基之权源的缺位，并且受让人需以支付租金为代价获取宅基地租赁权。

尽管在抵押权实现时“房地分离”以及房屋受让人仅取得宅基地租赁权方面，法定租赁权的支持者们认识一致，但在抵押客体、宅基地的出租人、租金归属三个方面却存在分歧，并形成如下四种不同观点：①“房地分离”仅抵押房屋，宅基地使用权人是出租人并享有土地租金（彭诚信、陈吉栋，2014）；②房地一并抵押，出租人是宅基地所有权人，但宅基地使用权人享有土地租金（刘凯湘，2010）；③房地一并抵押，出租人是宅基地使用权人，并由国家、集体和宅基地使用权人分享土地租金（高圣平，2015）；④房地一并抵押，出租人是宅基地所有权人，并由农村集体经济组织享有土地租金。有学者主张：“在宅基地使用权只能与农民住房一并抵押而不能单独抵押的情况下，宅基地使用权亦为抵押物，故在抵押物处置后，农民住房所有权和宅基地使用权均归于消灭，此时的推定租赁关系，其客体就不再是宅基地使用权而应为集体土地，出租人应为宅基地所有权人。”（房绍坤，2015）既然宅基地使用权在农民住房处置时归于消灭（据此上述第四种观点是宅基地“三权分置”的例外），那么，租金自然应当归集体所有。

显然，法定租赁权创新中的“房地分离”（即抵押权实现时对宅基地使用权的排除）、宅基地所有权人作为出租人又分享宅基地租金，均是法定租赁权思路对农民住房之有限抵押的设计。

### （三）现有农民住房有限抵押之制度设计存在的问题

综观地方规范性文件与学者见解，除有限抵押的理念相同外，相关制度设计尚存如下问题：①在抵押路径上，存在“房地一体”还是“房地分离”的重大分歧。而且，即使是践行“房地一体”的地方规范性文件之间、主张房地一并转让之有限抵押的学者见解之间，也存诸多差异；即使是主张“房地分离”之法定租赁权的学者之间，亦存在抵押设定和抵押权实现时均“房地分离”，还是抵押设定时“房地一体”、抵押权实现时“房地分离”的论争。②在有限抵押之“有限”的选择上，地方规范性文件普遍设置“抵押人资格”限制和“集体经济组织同意”前置程序，但是，在《决定》要求“保障农户宅基地用益物权”的改革趋势，尤其是学界不乏反对者（房绍坤，2015；高圣平，2016）的背景下，实务界和理论界尚需仔细斟酌。③在抵押权实现时集体对宅基地使用权增值收益

分享的规则设计方面，地方规范性文件普遍缺位；学者著述虽多有论及，却存在集体与抵押人分享还是集体全部享有的分歧。这不仅关涉有限抵押的设计理据，而且关系农民住房抵押能力的大小，学界尚需充分辨析。<sup>④</sup>地方规范性文件中抵押率的设置、抵押权实现时受让人的限制性以及农民住房抵押与其他保障措施之组合将农民住房抵押虚置，均暴露了农民住房抵押能力不足的问题，但学界鲜见解决之策的系统回应。<sup>⑤</sup>即使主张将受让人范围扩至非本集体成员的“房地一体”支持者，也没有进一步阐释本集体成员与非本集体成员之宅基地使用权的类型化，特别是两类制度构造的应然差异，而这对于细化制度设计的操作性十分重要。<sup>⑥</sup>法定租赁权创新论中，“房地一并抵押，抵押权实现时却仅支配房屋交换价值”的观点，与抵押权支配抵押物交换价值的本质属性错位；“房地一并抵押后，农民住房处置时宅基地使用权消灭，集体获得集体土地租金”的观点，不仅面临消灭宅基地使用权法律依据缺失与法理阐释困惑，背离宅基地使用权有偿退出激励政策的问题，而且既不要求抵押人证明抵押权实现时有其他居住场所，也不允许其分享宅基地使用权增值收益，置抵押人基本居住权利于不顾，不符合慎重稳妥推进农民住房抵押的政策要求。

## 二、农民住房有限抵押之设计理据的检讨与重述

农民住房有限抵押之设计现状中存在的诸多问题，除源于法律中“宅基地使用权不得抵押”的规定外，还与对宅基地使用权特殊性引申之设计理据的解读存在偏差、不足不无关系。故重构有限抵押，应当检讨并重述有限抵押的设计理据。

### （一）地方规范性文件中有限抵押的设计理据及其检讨

地方规范性文件对抵押人的限制，体现了对农民居住权的保证；集体经济组织抵押同意权与抵押率的限制性，虽然是为防控抵押权人的贷款风险，但也揭示了宅基地使用权较弱的用益物权属性——这在很大程度上又与宅基地使用权初始取得的无偿性或福利性有关；而抵押物与抵押权实现中的限制性，主要源于非本集体成员<sup>①</sup>特别是城镇居民<sup>②</sup>不得购买农民住房的禁令，即宅基地使用权受让主体的限制性——这在很大程度上也与宅基地使用权的居住保障功能、无偿性或福利性密切相关。

但是，抵押权实现的部分制度设计，又没有贯彻或遵循宅基地使用权的居住保障功能、无偿性或福利性。如未禁止已无偿取得宅基地使用权的本集体成员再受让抵押住房，与宅基地使用权的居住保障功能存在一定矛盾——基于居住保障功能不宜允许“一户多宅”；再如允许非本集体成员受让抵押住房，却未要求买受人向房屋所在地集体支付宅基地使用费或未明确集体分享宅基地使用权增值收益（可能会导致非本集体成员购买价款较低，即享受一定程度的集体福利），与宅基地使用权的

---

<sup>①</sup>《最高人民法院 2015 年全国民事审判工作会议纪要》第 35 条规定：“对于宅基地流转处于非试点地区的，农民出售其宅基地上的房屋给城市居民或者出售给不同农村集体经济组织成员，该房屋买卖合同一般应认定无效。”

<sup>②</sup>《国务院办公厅关于加强土地转让管理严禁炒卖土地的通知》（国办发[1999]39 号）、《国务院关于深化改革严格土地管理的决定》（国发[2004]28 号）和《国务院办公厅关于严格执行有关农村集体建设用地法律和政策的通知》（国办发[2007]71 号），均“禁止城镇居民在农村购置宅基地、农民住宅”。

无偿性或福利性存在一定矛盾——基于无偿性或福利性不宜允许非本集体成员享受集体福利。

## （二）学者著述中有限抵押的设计理据及其检讨

学界有限抵押的设计理据主要是基于宅基地使用权之特殊性——身份性、无偿性或福利性，但均值得商榷。

1. 宅基地使用权的身份性及其检讨。学界普遍以宅基地使用权的身份性为由，认为农民住房受让人不能是非本集体成员。如主张宅基地法定租赁权的学者认为：“宅基地使用权具有的身份性和福利性决定了宅基地使用权不可因‘房地一致’原则而随其上房屋的移转而移转；而应按照‘房地分离’原则，使具有身份性的宅基地使用权仍然保留在身为集体成员的农户手中。”（彭诚信、陈吉栋，2014）再如学者之所以建议“在宅基地使用权上设立地上权”，使非本集体成员仅取得宅基地使用权派生的地上权而非宅基地使用权本身，就是为了“不必触动土地公有格局和宅基地使用权身份性的底线”（王卫国、朱庆育，2014）。

其实，讨论宅基地使用权的身份性，应当区分权利主体的身份性与权利法律性质的身份性，权利主体的身份性不等于权利法律性质的身份性。宅基地使用权就是取得主体具有身份性而其本身无身份性的权利。

宅基地使用权主体的身份性，可以从两个方面呈现：一是对农民住房买受人的限制。前页脚注提及国务院（办公厅）1999年、2004年和2007年发布的三个规范性文件和《最高人民法院2015年全国民事审判工作会议纪要》均禁止城镇居民购买农民住房，即限制城镇居民成为宅基地使用权买受人；二是对宅基地使用权登记人的限制。根据2011年国土资源部、中央农村工作领导小组办公室、财政部、农业部《关于农村集体土地确权登记发证的若干意见》（以下简称“《确权登记发证意见》”）第6条的规定，除因地质灾害防治和移民安置等集中迁建、继承、历史等三种原因外，登记颁证机关只能登记发证给本集体成员。

从权利性质上考察，宅基地使用权并非身份性权利。身份性权利需同时具有两大特征：一是身份性权利不能与特定身份分离，不仅基于身份的享有而取得，而且因身份的丧失而消灭，身份的持续是权利存在的基础；二是在特定身份继承已经淡出历史舞台的情形下，身份性权利不能转让、继承。但是，宅基地使用权不仅存在与集体成员身份分离的情形——因继承、历史等特殊原因，登记颁证机关可以为非本集体成员登记颁证，而且宅基地使用权还可以转让和继承。无论是地方规范性文件还是《最高人民法院2015年全国民事审判工作会议纪要》第35条，均允许宅基地使用权在本集体成员之间转让，甚至还有地方规范性文件允许在本县范围内集体成员之间转让；学界亦普遍支持宅基地使用权在本集体成员之间以及向非本集体成员转让。这些都表明，基于特定身份取得的权利未必就是身份权，基于集体成员身份取得的宅基地使用权就不宜定位为身份性权利——不能混淆宅基地分配请求权<sup>①</sup>与宅基地使用权，并将宅基地使用权定性为成员权。

<sup>①</sup>基于本集体成员身份取得的宅基地分配请求权是身份性权利，是成员权的内容之一，因本集体成员身份的存在而享有，随本集体成员身份的丧失而消灭，不能转让和继承。

区分宅基地使用权主体的身份性与宅基地使用权的身份性，意义有二：一是避免因身份性权利不能转让、继承而误以为农民住房也不能转让、继承甚至不能抵押；二是为破解宅基地使用权受让主体的身份限制提供了可能——破解身份性权利的身份性会导致该权利灭失，但破解受让主体的身份限制只需消除限制的原因。规范性文件之所以限制农民住房的受让主体，与宅基地使用权具有福利性有关。如果受让人向集体支付了宅基地使用费或集体分享了宅基地使用权增值收益，那么，宅基地使用权受让主体的身份限制便无存在的必要。

2.宅基地使用权的福利性及其检讨。学者往往以“宅基地使用权具有无偿性或福利性”为由，证成集体经济组织取得宅基地使用权收益或者设置集体经济组织抵押同意权的正当性。如有学者提出：“宅基地使用权的分配具有福利性、保障性，并且是无偿的、无期限的，农民主要享有房屋的价值，宅基地在房地转让中的收益仍归农村集体所有。”（周学东，2014）还有学者主张：“村民取得宅基地一般是无偿的，带有福利性质，而农房交易价值所包含的宅基地利益，作为宅基地所有权主体的集体经济组织应当取得，因此，农房抵押需要集体经济组织的同意。”（刁其怀，2010）

但是，宅基地使用权的无偿性或福利性，并非是设计“集体经济组织取得宅基地使用权收益”或者“集体经济组织抵押同意”之限制的充分根据。理由有二：

一是集体成员处置无偿取得的福利性财产，集体并非在任何情况下都必然分享处置收益。典型例证有：①土地（承包）经营权入股，虽然入股的接受方也不限于本集体内部，但是，不仅立法未要求集体分享入股收益，而且学界也往往未建议集体分享入股收益。②本集体成员分得的集体资产股份权，根据《决定》的规定和地方实践，可以有偿退出、抵押、继承，但未见集体分享处置收益的要求。显然，集体取得宅基地使用权处置收益的主张，过于强调宅基地使用权的无偿性或福利性，却忽视了宅基地使用权的用益物权权利性质和财产增值功能。其实，集体成员无偿分得宅基地使用权并获取处置收益，也是集体土地所有权实现或集体利益分配的一种方式。

二是宅基地使用权的无偿性或福利性，不必然导致集体经济组织享有抵押同意权。①如果集体不分享农民住房抵押权实现中宅基地使用权增值收益，那么，立法没有必要也不宜赋予集体经济组织抵押同意权；②如果集体不能决定农民住房抵押权实现中宅基地使用权增值收益的分配数额，那么，立法仅赋予集体于抵押权实现后向抵押人请求支付其分享数额即可。由是观之，集体应否享有抵押同意权，关键在于集体对利益分配的参与或分配数额的多寡是否有决策权。

### （三）农民住房有限抵押之正当理据重述

宅基地使用权不具有身份性，宅基地使用权的无偿性或福利性也不是有限抵押之制度设计的充分根据，但这并不意味着农民住房抵押特别是抵押权实现不受任何限制，只是应当矫正农民住房有限抵押的应然理据。

1.保证农户基本住房权利。基本住房权利是一项重要人权，关涉人格尊严与社会稳定，这也正是《决定》强调“慎重稳妥推进”农民住房抵押，《农民住房抵押意见》规定只有“在保证农户基本住房权利前提下”，才允许金融机构“依法采取多种方式处置抵押物”，以及中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《深化农村改革综合性实施方案》提出“探索农民住房保障新机制”的主要根

据。因此，农民住房抵押“必须以切实保障农民居住利益为首要原则。在此基础上，农民方可将农村宅基地使用权向城镇居民等主体流转”（龙翼飞、徐霖，2009）。为保证抵押人基本住房权利，立法既可以要求进行抵押前控制，如抵押人应以富余农房抵押（起码抵押人应“证明抵押的房屋在依法偿债后有其他居住场所”）或要求抵押额限制在抵押人分享农民住房的价值与抵押率的范围内，也可以于抵押权实现后，通过要求集体分享宅基地使用权增值收益为抵押人创新住房保障机制。

此外，基于城乡保障体系和保障水平的差异（农民的社会保障体系不健全、保障水平偏低），农民相对于市民谋生机会与谋生能力的局限性以及对农村住房抵押可能引发之社会风险进行控制的需要，学界也不宜以“城镇居民以其房屋抵押也存在失去住房的风险，但立法并不禁止或限制城镇居民以其房屋抵押”（郭明瑞，2010）为由，反对农民住房之有限抵押的设计。

2. 兼顾集体与农户对宅基地使用权增值收益的分享。虽然前已阐释集体并非在任何情况下都必然分享集体成员无偿取得的福利性财产的处置收益，但是，基于“集体土地所有权应体现集体成员公共利益”（韩松，2014）的特性，以及以下两点立法政策，立法兼顾集体对集体成员宅基地使用权处置收益的分享更为妥当：①集体分享宅基地使用权增值收益，更有助于改善集体公共设施和公益服务或为集体成员搭建持续增收的平台；②集体通过分享宅基地使用权增值收益，使符合宅基地使用权申请条件却不能平等获得宅基地的集体成员受益，还有助于实现集体土地所有权对所有集体成员的公平保障。

虽然从《物权法》没有规定宅基地使用权之收益权能的角度看，宅基地使用权处置收益应全部归于集体，亦有学者主张“‘农村宅基地使用金’当归属于农民集体所有”（龙翼飞、徐霖，2009），但是，从《深化农村改革综合性实施方案》要求“探索宅基地自愿有偿退出机制”以及2015年中共中央办公厅和国务院办公厅联合印发的《关于农村土地征收、集体经营性建设用地入市、宅基地制度改革试点工作的意见》要求“探索进城落户农民在本集体经济组织内部自愿有偿退出或转让宅基地”的规定来看，最新政策又肯定了宅基地使用权的收益权能。因此，结合宅基地使用权有偿退出的改革趋势以及《物权法》第153条“宅基地使用权的取得、行使和转让，适用土地管理法等法律和国家有关规定”之转介条款，抵押人应当有权分享宅基地使用权增值收益，且并不因《物权法》未明确规定宅基地使用权收益权能而违反物权法定原则——国家政策文件赋予的宅基地使用权收益权能经由《物权法》第153条的“转介”，不仅获得了《物权法》的认可，而且具有了《物权法》上的效力。何况，《决定》提出“慎重稳妥推进农民住房财产权抵押、担保、转让”，其目的是“探索农民增加财产性收入渠道”。为充分实现增加农民财产性收入，立法不仅应当推进农民住房抵押，还应在抵押权实现前后合理确定集体与抵押人对宅基地使用权增值收益的分配。

基于集体分享宅基地使用权增值收益之用途的公益性以及为避免分享比例不同带来的不确定性或不公平性，集体与抵押人对宅基地使用权增值收益的分配比例不宜由抵押人与集体经济组织协商确定，而应由立法统一规定。具体分配比例以抵押人分享绝大部分（比如可以在70%~80%范围内确定一个固定比例）为宜，理由是：①让抵押人分得多一些，是对其不能再申请宅基地使用权的补偿；②地方规范性文件普遍没有要求集体参与分配，让集体分配少一些，既尊重地方实践，又可减

少改革阻力；③可以避免集体分配较多而过度挤占抵押权人优先受偿的数额，或削减农民住房抵押担保能力。

综上所述，立法更宜以兼顾集体与农户对宅基地使用权增值收益的分享，替代宅基地使用权的福利性，作为矫正宅基地使用权增值收益全部归集体或全部归抵押人之弊的正当理据。兼顾集体与农户对宅基地使用权增值收益的分享，一方面基于集体对分享利益的维护，可以阐释规范性文件设置集体经济组织抵押同意权的正当性，另一方面基于抵押权实现时抵押权人不能分享农民住房财产权的全部变现价值，又可以彰显规范性文件普遍设置抵押率限制的必要性。

### 三、农民住房有限抵押之类型化制度重构

为回应并解决农民住房有限抵押之地方规范性文件与学者著述中存在的诸多问题，本文根据有限抵押的正当理据，对试点地区与非试点地区进行类型化制度重构。

#### （一）试点地区“房地一体”有限抵押的制度重构

在试点地区，农民住房有限抵押的制度重构应当坚持“房地一体”，并对现有地方规范性文件中的规则进行合理取舍、整合及必要拓展、补充。坚持“房地一体”的理由是：①《农民住房抵押意见》中“农民住房财产权设立抵押的，需将宅基地使用权与住房所有权一并抵押。农民住房财产权（含宅基地使用权）抵押贷款的抵押物处置应与商品住房制定差别化规定”的表述，足以表明《农民住房抵押意见》要求农民住房抵押设定时和抵押权实现时均须坚持“房地一体”。②既然全国人民代表大会常务委员会已经授权国务院在试点地区暂停执行“宅基地使用权不得抵押”之禁令，那么，试点地区理应以“房地一体”抵押为试点内容，否则岂不背离或“辜负”在试点地区解禁“宅基地使用权不得抵押”之目的。

1. 现有有限抵押之制度设计的取舍。根据“房地一体”抵押的思路，当前地方规范性文件中应当保留的有限抵押之制度设计有：①保留“抵押人能够证明抵押的房屋在依法偿债后有其他居住场所”的规定，即对抵押人资格的限制。该限制既符合“审慎稳妥推进”农民住房抵押的政策精神，契合“保证农户基本住房权利”的正当理据，又具有现实可行性<sup>①</sup>。②在集体对宅基地使用权增值收益的确定及其分配数额有决策权的前提下，宜保留“集体经济组织同意”的前置程序，但同意的内容不再是“是否同意抵押”或“是否同意房地一并处置”，而是对农民住房变价款中宅基地使用权增值收益之确定方法（或数额）的商定（或确认）（后文有详细阐述）。通过该前置程序，抵押当事人可以准确确定抵押率，使抵押权人明晰农民住房财产权评估价值中可用于优先受偿的数额，并保障集体收益的有效实现。③不宜废止抵押率。抵押率有降低抵押权无法实现的风险以及为抵押人预留部分变价款以保证其居住权利的双重功能。尽管在保留“对抵押人资格限制”与废止“抵押房屋受让人仅局限于本集体成员”（这会促进抵押权实现）的情形下，抵押率降低抵押权人贷款风险的作用

<sup>①</sup>有学者于2015年对安徽省宁国市港口镇和仙霞镇6个村428户的调查显示，有两处及两处以上住房的农民占样本总数的46.03%，分别为28.74%和17.29%（张勇、包婷婷，2016）。

减少，但是，为了防范对抵押人资格的限制因流于形式难以发挥有效作用，抵押率仍是为抵押人预留部分变价款以保证其居住权利的有用工具。

不宜保留的有限抵押之制度设计有：①在全国人民代表大会常务委员会已经授权国务院在试点地区暂停执行“宅基地使用权不得抵押”之禁令的情况下，“将宅基地使用权变更为集体建设用地使用权，再与农民住房一并抵押”的做法，显然不必再保留。②农民住房抵押时，不宜强制采取保证人担保或住房保险等保障债权实现的配套措施。这不仅是因为在禁止农民住房抵押的法律障碍已经消除，“抵押人能够证明抵押的房屋在依法偿债后有其他居住场所”的前提下，抵押权难以实现的风险已大大降低，还因为可以避免这些配套措施遮掩农民住房抵押的担保价值。③在限制抵押人资格以保证其居住权利、集体分享宅基地使用权增值收益可以克服宅基地使用权主体之身份限制的前提下，对受让人范围的限制不宜保留，以避免农民住房难以处置、抵押权无法实现。

## 2.有限抵押之应然设计的拓补。

第一，宅基地使用权主体的限定。当前，对于宅基地使用权主体，学界有“农户”“户内流动集体成员”（即户内成员死亡的自然退出，新增的自动加入）与“户内所有本集体成员”等不同主张。限定宅基地使用权主体，是为了回应以下三方面问题：一是谁有权进行农民住房抵押，是房屋所有权人还是宅基地使用权人？毕竟，按照上述对宅基地使用权主体的解读，房地主体不一致的情形必然存在——这是对“房地一体”原则的背离。二是农民住房财产权用于清偿债权后，按现有规定农户不得再申请宅基地使用权，那么，户内不得再申请宅基地使用权的主体是仅限于户主（户主夫妇），还是同时限于其现有乃至尚未出生的子女及孙子女？三是抵押权实现后，特别是在城镇居民受让的情形之下，受让农民住房财产权的宅基地使用权主体是谁。因此，立法应将宅基地使用权主体由户内流动集体成员或户内所有本集体成员，于宅基地使用权原始取得时限定为宅基地使用权的申请人，于宅基地使用权继受取得时限定为农民住房的受让人。如此，上述三个困惑便可迎刃而解。

第二，规范宅基地使用权增值收益的确定方法。在前述抵押人分享绝大部分宅基地使用权增值收益（国家通过税收参与分配的剩余部分），即增值收益分享比例确定的前提下，如何确定增值收益是关键。集体分享增值收益的宅基地使用权应当限于集体无偿分配给抵押人的宅基地使用权或者抵押人继受前集体未曾收取宅基地使用费也没有分享宅基地使用权转让收益的情形。由此，增值收益在数额上等于宅基地使用权的现值或者现值减去继受时已支付的宅基地使用权价值（既然提倡以富余住房抵押，那么，后者情形会比较普遍）。宅基地使用权的现值有两种计算方法可供选择：一是借鉴国有划拨建设用地上建筑物转让时，由转让人补交出让金的做法，按集体建设用地使用权出让金或宅基地使用权征收补偿价款计算<sup>①</sup>；二是按农民住房变价款中宅基地使用权的价值计算。比较而言，第一种方法有政府公示之基准地价或征地补偿标准作参照，更容易确定，且相对客观公正；第二种方法则涉及地上房屋与宅基地使用权价值的剥离，较为复杂，确定成本较高。基于对集体分享

<sup>①</sup>实践中宅基地使用权转让价格主要有“参照当地征地补偿标准计算”和“反映当地城市建设用地地价”两种情形（桂华、贺雪峰，2014）。

增值收益的维护，抵押人和抵押权人选择宅基地使用权现值的计算方法，应当征得集体的认可（尤其第二种方法还有赖于集体对宅基地使用权价值的协商或认可，防止抵押人将农民住房变价款中宅基地使用权价值压低以抬高地上房屋价值）；对抵押人继受农民住房时已支付的宅基地使用权价值，抵押人和抵押权人也应当征得集体的确认。由是观之，集体对宅基地使用权增值收益的确定或认可，阐释了设置“集体经济组织抵押同意”前置程序的正当性。

第三，将非本集体成员受让之地权登记为宅基地使用权的特殊类型，并增加使用期限限制。既然在非本集体成员支付宅基地使用费或集体分享宅基地使用权增值收益后，宅基地使用权主体的身份限制可以突破，那么，《确权登记发证意见》第6条“除继承和历史原因外，不得为非本集体成员办理宅基地使用权登记颁证”的规定就需改造。改造的路径可以是：将宅基地使用权的主体扩展至非本集体成员的买受人，并将非本集体成员受让与继承之宅基地使用权定性为不同于本集体成员之宅基地使用权的特殊类型，即非本集体成员的宅基地使用权。立法还可以规定，登记为特殊类型的宅基地使用权，在使用期限限制和住宅用途管制的前提下，可以以转让、出租、抵押、继承等方式流转，而且继受人不限于本集体成员；集体因已经分享宅基地使用权增值收益，在宅基地使用权流转环节不再参与利益分配；宅基地使用权的使用期限可以参照国有（住宅）建设用地使用权70年的期限来确定。

第四，构建促进集体内部受让农民住房的措施。为了平衡宅基地使用权的居住保障功能与财产增值功能，缓解对因允许城镇居民购买农村房屋可能出现的“逆城市化”的担忧（桂华、贺雪峰，2014），避免助长宅基地使用权投机、增加集体成员受让宅基地使用权的成本与难度，兼顾私益与公益，应当尽量采取促进农民住房在集体内部转让的下列三种措施：一是明确同等条件（价款、付款期限和方式等）下享有优先购买权的买受人顺序，即依次为符合宅基地申请条件的本集体成员、本集体经济组织、其他本集体成员、非本集体成员。本集体经济组织享有较高的优先权，既可减少“一户多宅”，又有助于以存量宅基地保障集体成员基本居住权利。二是积极完善宅基地使用权有偿退出制度，因为本集体经济组织优先购买权的有效行使需以此为基础。三是可以借鉴承包地“增人不增地、减人不减地”即承包权固化与集体资产股份权固化的实践，选择合适时间点停止向新分户以农用地分配宅基地，新分户的宅基地使用权需求转由继承或受让等方式解决。

3.农民住房与商品住房“差别化”处置的诠释。根据前面的分析，《农民住房抵押意见》指出的“农民住房财产权（含宅基地使用权）抵押贷款的抵押物处置应与商品住房制定差别化规定”之“差别化”，主要体现在以下几个方面：①农民住房抵押因有抵押率和集体参与宅基地使用权增值收益分配的限制，农民住房财产权变价款不能全部用于抵押权人优先受偿；而商品住房价值却可以全部用于抵押权人优先受偿。②农民住房抵押权实现且受让人为非本集体成员时，宅基地使用权需登记为宅基地使用权的特殊类型；而商品住房抵押权实现不涉及土地权利类型的变更。③抵押房屋所占宅基地使用权若无期限，则无论是本集体成员于抵押权实现时受让第二宗宅基地还是非本集体成员受让宅基地使用权，都应当设置使用期限限制；而商品住房抵押权实现时，其土地使用权已经有明确的剩余期限。④农民住房抵押权实现时，除共有人外，本集体成员与本集体经济组织享有优先

购买权；而商品住房抵押权实现时，仅共有人有优先购买权。

## （二）非试点地区农民住房有限抵押之制度重构

在全国人民代表大会常务委员会未授权暂停执行《物权法》与《担保法》“宅基地使用权不得抵押”之规定的非试点地区，规定“房地一体”、房地一并抵押并以农民住房折价、拍卖、变卖方式实现抵押权的地方规范性文件，确有违背上位法之嫌。因此，非试点地区宜区别试点地区进行不同的农民住房有限抵押之制度设计，即对法定租赁权之学者相关建议进行改造。

首先，明确集体和抵押人分享宅基地租金的规则。房屋受让人需以支付租金为代价取得宅基地租赁权。那么，宅基地租金应当如何分配？根据前述“兼顾集体与农户对宅基地使用权增值收益的分享”之正当理据的阐释，以及为了与试点地区宅基地使用权增值收益的分配协调一致，集体与抵押人宜按照前述应由立法确定的比例，分享宅基地使用权增值收益相对应部分的租金（国家通过税收参与分配后的剩余部分）。根据前述“增值收益在数额上等于宅基地使用权的现值或者现值减去继受时已支付的宅基地使用权价值”的表述，若抵押人未曾支付过宅基地使用权价值，则集体与抵押人应当按比例分享宅基地全部租金；若抵押人曾支付过宅基地使用权价值，则应当先按宅基地使用权增值收益占宅基地使用权现值的比例，计算出宅基地全部租金中与宅基地使用权增值收益相对应部分的租金，集体再按比例分享该部分租金，剩余租金均归抵押人。

其次，抵押客体不宜包括宅基地使用权。根据法定租赁权的思路，在抵押权实现时，抵押权人仅能以地上房屋的交换价值优先受偿，这显然与“房地一体”、一并抵押（即将房地均作为抵押客体，以房地交换价值优先受偿）不符。故抵押当事人应根据法定租赁权思路下抵押权的实现方式，将抵押客体调整为单独的地上房屋，同时对房屋单独估价，或者通过抵押率对农民住房财产权（房地一体）评估价值调整后计算出相当于地上房屋的价值——这变相等价于仅以地上房屋单独抵押，使抵押客体“剔除”不能以交换价值变现的宅基地使用权。显然，在农民住房抵押非试点地区践行法定租赁权之学者建议，抵押率仍是有用的工具。而且，法定租赁权论中“房地分离”的时间，须由“抵押权实现时”统一提前至“抵押权设定时”。

根据法定租赁权思路实现抵押权时，在抵押人应当分得宅基地大部分租金的前提下，如果当事人欲使抵押权人对抵押人分得之租金享有优先受偿权，那么，当事人应当在地上房屋（不包括宅基地使用权）抵押的基础上，增设宅基地租金质押。理由是：权利性质的差异是二元权利担保体系下界分权利抵押与权利质押的应然标准。权利抵押的客体应当限于用益物权，不能以债权性应收租金抵押；债权性应收租金只能质押。因此，在担保效力及于宅基地租金的场合，当事人应同时设定地上房屋抵押和宅基地租金质押，可统称为农民住房财产权担保，这诠释了《决定》为何同时规定“农民住房财产权抵押、担保”。当然，如果抵押人在抵押房屋依法偿债后将依赖所分得租金保证居住权利，那么，不得增设宅基地租金质押。

再次，宅基地的出租人宜推定为宅基地使用权人，但应设置“集体对租金分配同意”的前置程序。根据宅基地使用权是对所有权的限制，且在允许宅基地使用权转让、抵押的发展语境中，举重以明轻，亦不应禁止宅基地使用权租赁的情况下，宅基地使用权人可以也应当是宅基地的出租人；

而且,从宅基地的法定租赁到期,休眠之宅基地使用权复苏来看,宅基地使用权人成为出租人也顺理成章。但是,考虑到宅基地租金应在集体与抵押人之间分配,特别是应分享租金的数额取决于宅基地使用权的增值收益与现值的比例,而宅基地使用权的增值收益与现值的确定又需集体参与商定或认可,故理当设置“集体对租金分配同意”的前置程序。

#### 四、结束语

根据“房地一体”与“房地分离”的不同思路,本文对农民住房抵押试点地区和非试点地区分别构建不同的农民住房有限抵押制度,形成了“双轨制”农民住房抵押模式。但是,在“房地分离”的思路下,只有地上房屋抵押或既有地上房屋抵押又有宅基地租金质押,不仅导致单独计算地上房屋价值的繁琐,而且会因房屋所有权主体与宅基地使用权主体不一致以及需同时设置地上房屋抵押与宅基地租金质押,致使法律关系过于复杂,无端增加农民住房担保成本,容易诱发财产分配、抵押权实现等方面的纷争。何况,在“房地一体”思路下,在非本集体成员受让之地权可以登记为宅基地使用权的特殊类型以及集体分享宅基地使用权增值收益的配套设计,使非本集体成员不宜受让农民住房(包括宅基地使用权)的理由不复存在的前提下,旨在解决宅基地使用权受让主体之身份限制的法定租赁权创新,显然已没有必要。

因此,非试点地区“房地分离”之有限抵押应是暂时的过渡性安排;从长远看,“立法抑或司法应遵循的最合理的原则是‘房地一体’,为单独放开农村房屋市场而另行构建新的土地租赁制度并不符合我国实际”(陈小君,2014)。未来农民住房有限抵押的理想发展路径,应是彻底废除《物权法》与《担保法》中“宅基地使用权不得抵押”的禁令,避免试点地区与非试点地区的“双轨制”,统一适用前述试点地区“房地一体”的农民住房有限抵押之应然设计。

#### 参考文献

- 1.陈小君,2014:《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》,《法学研究》第4期。
- 2.刁其怀,2010:《城乡统筹背景下的农房抵押——以四川省成都市为例》,《农村经济》第12期。
- 3.房绍坤,2015:《农民住房抵押之制度设计》,《法学家》第6期。
- 4.冯张美,2011:《地役权于农村房屋买卖之可行性研究》,《法治研究》第1期。
- 5.高圣平,2015:《宅基地制度改革试点的法律逻辑》,《烟台大学学报(哲学社会科学版)》第3期。
- 6.高圣平,2016:《农民住房财产权抵押规则的重构》,《政治与法律》第1期。
- 7.郭明瑞,2010:《关于农村土地权利的几个问题》,《法学论坛》第1期。
- 8.桂华、贺雪峰,2014:《宅基地管理与物权法的适用限度》,《法学研究》第4期。
- 9.韩松,2014:《农民集体土地所有权的权能》,《法学研究》第6期。
- 10.贺日开,2014:《我国农村宅基地使用权流转的困境与出路》,《江苏社会科学》第6期。
- 11.龙翼飞、徐霖,2009:《对我国农村宅基地使用权法律调整的立法建议——兼论“小产权房”问题的解决》,《法

学杂志》第9期。

12.刘凯湘, 2010:《法定租赁权对农村宅基地制度改革的意义与构想》,《法学论坛》第1期。

13.彭诚信、陈吉栋, 2014:《农村房屋抵押权实现的法律障碍之克服——“房地一致”原则的排除适用》,《吉林大学社会科学学报》第4期。

14.王崇敏, 2014:《论我国宅基地使用权制度的现代化构造》,《法商研究》第2期。

15.王卫国、朱庆育, 2014:《宅基地如何进入市场——以画家村房屋买卖案为切入点》,《政法论坛》第3期。

16.张勇、包婷婷, 2016:《新型城镇化背景下农村宅基地退出机制研究》,《青岛农业大学学报(社会科学版)》第1期。

17.周学东, 2014:《农村土地“两权”抵押法律问题研究》,《中国金融家》第11期。

## On the Limited Mortgage of Farmer's House

Gao Hai

**Abstract:** The limited mortgage is the basic idea of farmer's house mortgage, but the limited system designs exist both the differences between "integration between house ownership and land-using right" and "separation between house ownership and land-using right" and some problems such as Institutional deficiency or legal paradox. These questions have relations to the deviation of limited mortgage's design reasons. Therefore, we should firstly restate the legitimate reasons of farmer's house limited mortgage which are not the identity, free of charge and welfare of homestead use right, and should be the basic housing guarantee right, value-added income shared by both collective and farmer household; Secondly, at the base of this legitimate reasons, the law should reconstruct different systems of farmer's house limited mortgage in the pilot area and in the non-pilot area. In the pilot area, farmer's house mortgage should be adhere to "integration between house ownership and land-using right", reasonably choose the limited mortgage designs coming from local practice, and perfect the supporting measures such as specific subject of homestead use right, distribution of value-added income as well as the non-collective member's land right registration, deadline and so on. In the non- pilot area, according to the thinking of "separation between house ownership and land-using right", the law should innovate statutory lease right, but should improve scholar suggests from aspects such as rent attribution, mortgage object, the lessor.

**Key Words:** Farmer's House; Homestead Use Right; Limited Mortgage; Statutory Lease Right

(作者单位: 安徽财经大学法学院)

(责任编辑: 鲍曙光)