

论闲置土地无偿收回中抵押权之存续

刘培玥

苏州大学王健法学院, 江苏 苏州

收稿日期: 2026年1月8日; 录用日期: 2026年2月6日; 发布日期: 2026年2月25日

摘要

建设用地使用权人常将其土地使用权当作融资流通的手段进行抵押,这就导致政府无偿收回闲置土地时,在其上设立的抵押权也往往受到牵连。学理和司法实践中均对抵押权存续问题莫衷一是。由于政府具有行政管理者和土地使用权出让方的双重身份,因此无偿收回行为兼具民事属性和行政属性。在民法视角下,抵押权的存续是基于物权优先性和公示公信的需要,《民法典》第四百零六条和财产权相对消灭原理可以为其提供理论支撑,抵押权的存续有利于维护抵押权人的利益和市场交易秩序稳定,更好地发挥抵押制度的担保融资功能;在行政法视角下,抵押权之存续不属于行政处罚的对象,无害于公共利益,并且符合比例原则的要求。此外,抵押权之存续,须受到土地使用权人无其他财产可供清偿和抵押权人事先尽到合理审查义务的必要限制。

关键词

抵押权, 闲置土地, 无偿收回, 国有建设用地使用权

The Existence of Mortgage Right in the Recovery of Idle Land without Compensation

Peiyue Liu

Kenneth Wang School of Law, Soochow University, Suzhou Jiangsu

Received: January 8, 2026; accepted: February 6, 2026; published: February 25, 2026

Abstract

Holders of land use rights for construction purposes frequently pledge their land use rights as a means of financing and circulation. This practice often results in the mortgage rights established on such land being implicated when the government reclaims idle land without compensation. Both academic discourse and judicial practice remain divided on the issue of the mortgage rights' continued existence. Given the government's dual role as both administrative manager and grantor of

land use rights, the act of reclaiming land without compensation possesses both civil and administrative attributes. From a civil law perspective, the continuation of mortgage rights is grounded in the need for priority of property rights and public notice and good faith. Article 406 of the Civil Code and the principle of relative extinction of property rights provide theoretical support. Maintaining mortgage rights serves to protect the interests of mortgagees, stabilise market transaction order, and better fulfil the guarantee and financing functions of the mortgage system. From an administrative law perspective, the continuation of a mortgage right does not constitute an administrative penalty, does not harm the public interest, and complies with the principle of proportionality. Furthermore, the continuation of a mortgage right must be subject to the necessary restrictions that the land use right holder has no other assets available for repayment and that the mortgagee has fulfilled their reasonable duty of prior review.

Keywords

Mortgage Right, Idle Land, Uncompensated Resumption, State-Owned Construction Land Use right

Copyright © 2026 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 问题的提出

“土地是财富之母”^[1]承载着农业耕作、工业建设、城市发展等活动，土地于民生于经济发展都不可或缺。目前，我国不仅土地资源严重短缺，其利用现状也堪忧，其中尤为突出的就是土地闲置问题。党中央多份文件中提出，要优化城市土地利用，加大闲置土地处置力度，全面提高土地资源利用效率¹。

揆诸我国现行法规体系，现已出台的《土地管理法》《城市房地产管理法》《闲置土地处置办法》均为遏制闲置土地行为提供了文本依据²，但在实践层面，城市闲置土地问题依然长期处于有法可依但解释不清、适用不明的困境。由于法律之允许，国有建设用地使用权经常被当作融资流通的手段进行抵押³，为了高效利用土地，当国有建设用地使用权人未履行出让合同中的开发义务，导致土地处于闲置状态持续满两年时，政府自然资源主管部门有权依法无偿收回其土地使用权。这就导致无偿收回土地使用权时，其上附着的抵押权也往往会受到冲击。一方面，政府的土地收回行为有其正当性；另一方面，附着于土地使用权之上的抵押权，效力能否对抗收回行为，直接关系到金融债权的安全与交易秩序的稳定。对于这个问题，现行法并未给出答案，学理上也存在分歧，实务中同案不同判的情况层出不穷。有鉴于此，本文拟在厘清抵押权存续问题的司法困境与观点冲突后，从公法和私法两个视角，对闲置土地无偿收回中抵押权存续的必要性进行检验，以期在抵押权人个体利益和土地资源高效利用间找到支撑的平衡点。

2. 闲置土地无偿收回中抵押权存续的经验梳理

抵押权和闲置土地收回的对抗在司法中呈现出巨大分歧，故而有必要梳理司法现状并回溯其理论本源，辨析无偿收回行为的法律属性，为后文探究抵押权在公私法交织背景下的存续奠定基础。

¹ 《中华人民共和国国民经济和社会发展第十四个五年规划和2035年远景目标纲要》中提出，要加强土地节约集约利用，加大批而未供和闲置土地处置力度，盘活城镇低效用地。

² 参见《土地管理法》第38条第1款、《城市房地产管理法》第26条、《闲置土地处置办法》第14条第2项。

³ 参见《民法典》第353条。

2.1. 抵押权存续的司法现状

由于闲置土地无偿收回的争议集中在民事和行政领域,因此本文的案例检索以民事和行政案由为主。截至2025年9月1日,以“闲置土地”“抵押权”为关键词进行检索,在北大法宝数据库获得的180份样本文书中,行政案件占据绝对主导,为168份,民事案件仅为12份;这一趋势在中国裁判文书网的356份文书中得到进一步印证,其中行政案由高达308份,民事案由为45份。由此可见,实务中抵押权人主张行政救济的情形远多于提起民事诉讼,究其原因,相关利益关系人寄希望于釜底抽薪,从源头直接否定收回行为的法律效力。但这种救济途径障碍重重,例如抵押权人认为程序违法侵害其知情申辩权而可撤销,但此种情况常被认为只属于轻微违法⁴,又如法院可能认定《闲置土地认定书》属于过程性行为而不可诉⁵,更有法院直接以抵押权人缺乏法律上的利害关系为由否定其原告资格,认为应当通过民事途径实现其权利⁶。而在“土地已被合法收回”这一事实上,维护抵押权人利益的民事手段付之阙如,这就导致了抵押权人的保护往往处于落空状态。

通过对相关民事生效裁判的梳理可知,实践中针对抵押权是否存续,存在明显分歧。抵押权消灭主要是基于以下两类理由:因作为主权利的土地使用权不复存在而消灭⁷;或因作为权利载体的抵押物,即土地使用权在法律上灭失而无法保留⁸。相反,支持抵押权存续的观点主要体现两点:其一,抵押物虽灭失,但只要保证有保证金、赔偿金或补偿金等存在,抵押权可以依法及于抵押物的代位物⁹;其二,政府收回并注销土地使用权及抵押权登记,并不符合法定担保物权消灭情形,故抵押权不当然灭失¹⁰。总而言之,司法实践中抵押权消灭的判决要略多于抵押权不消灭的判决,其中败诉判决书多援引抵押权的从属性作为裁判依据,而胜诉判决更多选择保障抵押权人的优先受偿权,认为其民事权利可以得到保障,然而对于抵押权是否存续这一核心问题,不少法院乃至最高院仍倾向于采取回避的态度¹¹。

2.2. 无偿收回行为的性质界定

为了厘清被无偿收回的土地使用权上附着抵押权的效力,首先需要在理论上明确政府无偿收回行为的法律性质,对于这一问题,学界存在着“行政处罚说”和“民事行为说”的分歧。

“行政处罚说”主张,当国有建设用地使用权人违法闲置土地,造成土地资源浪费并影响合理资源配置时,政府作为公共事务管理者,其无偿收回行为是以减损相对人权益方式施加的惩罚性措施,符合行政处罚的定义^[2]。同时,这也是相关规范性文件一贯秉持的观点¹²,司法判决也认同这种见解¹³。而“民事行为说”观点则认为,不同于划拨,此处抵押权取得不是由政府的批准行为直接产生,而是源于政府作为民事平等主体与受让人订立的出让合同,合同订立遵循自愿有偿的民法原则,双方各自享有合同权利、履行合同义务。依合同约定,土地使用权人负有按期动工开发土地的义务,若违反该义务,即

⁴参见海南省高级人民法院(2019)琼行终253号民事判决书。

⁵参见湖南省益阳市中级人民法院(2020)湘09行终46号二审行政裁定书。

⁶参见辽宁省沈阳高新技术产业开发区人民法院(2020)辽0192行初516号行政裁定书。

⁷参见上海市高级人民法院(1999)沪高经终字第329号民事判决书。

⁸参见四川省成都市中级人民法院(2020)川01民终7453号民事判决书。

⁹参见甘肃省高级人民法院(2019)甘民终478号民事判决书。

¹⁰参见浙江省温州市中级人民法院(2016)浙03民终6394号民事判决书。

¹¹参见最高人民法院(2018)最高法民终940号民事判决书。

¹²如《国家土地管理局印发〈关于认定收回土地使用权行政决定法律性质的意见〉的通知》([1997]国土[法]字第153号):“……人民政府或者土地管理部门依法无偿收回出让的国有土地使用权,属于行政处罚决定”。

又如《最高人民法院行政审判庭关于无偿收回土地使用权法律性质等有关问题的复函》(行复[2023]33号):“行政机关作出无偿收回闲置土地使用权决定,……我们倾向于该行为属于行政处罚”。

¹³实践中无论是民事案件抑或行政案件,不少法院均在裁判文书中明确性该无偿收回行为为一种行政处罚。详见安徽省高级人民法院(2024)皖行再26号再审行政判决书、广东省佛山市中级人民法院(2007)佛中法执三字第171号民事裁定书等。

构成违约，此时政府作为合同一方当事人有权依据出让合同的约定行使解除权并要求对方承担相应违约责任。

本文认为，政府的无偿收回行为兼具民事属性和行政属性¹⁴。一方面，政府作为土地行政管理者，以行政手段遏制土地闲置行为，系维护公共利益之需要；另一方面，作为土地使用权出让合同的平等一方，政府受私法意思自治之拘束，双方不是纯粹的管理与被管理的关系。正是这样的双重角色决定了无偿收回行为并非单一的行政行为或民事行为，而是兼具了行使公权力和行使合同债权的双重属性，如此方显周延。对收回闲置土地下债权人抵押权之存续的检验，也有必要从公法和私法两个方面展开论述。

3. 闲置土地无偿收回中抵押权存续的检验

如前所述，无偿收回行为兼具民事属性和行政属性，不仅是一个对原土地使用权人的行政处罚行为，同时也是国家作为土地所有人解除土地使用权出让合同的民事行为，因此，应从民事和行政法视角的协力角度对抵押权之存续进行检验，考察其是否具有充足的理论支撑以及是否与立法之价值取向相契合。

3.1. 民法视角下对抵押权存续的检验

不仅判决书多援引抵押权之从属性作为民法法理根据，前国家土地管理局也曾认为，作为主权利的土地使用权因为无偿收回而消灭，作为从权利的抵押权也应随之消灭¹⁵。抵押权之存续要想通过民法的考验，不但要对《复函》作出明确的回应，而且要寻求到有关民法理论的支撑。

3.1.1. 《复函》不能成为消灭闲置土地上抵押权的依据

这份《复函》并不能成为实践中法院判决抵押权消灭的依据，原因不仅在于，该复函所持意见其实与《担保法》第58条规定一致¹⁶，但“抵押权因抵押物灭失而消灭”的表述自《物权法》开始就不再保留，更在于该文件实际上早已被撤销，不具有法律效力。

更重要的是，《民法典》第393条承袭《物权法》第177条的内容，采用了“列举+兜底”的立法模式将担保物权消灭事由分为四类：主债权消灭、担保物权实现、债权人放弃担保物权和法律规定的其他情形。就无偿收回而言，显然不能落入前三项的文义射程，关键看《复函》能否被囊括进最后一项这一兜底条款之中。然而，此条款所涉事项属于法律保留的范畴，必须由全国人大及其常委会制定的法律予以规定，《复函》作为前国家土地管理局发布的规范性文件，在效力层级上达不到与法律同等的高度[3]。故而，该《复函》理应无效，司法实践中亦不应据此作出抵押权不复存在的裁判。

3.1.2. 从民法法理证成抵押权之存续

在抛开先前规范性文件的阻碍后，抵押权之存续还可以从现行法律规范以及民法理论中找到依托。

首先，抵押权存续符合物权优先性和公示公信的需要。土地使用权人通过出让合同取得用益物权并在其上设立抵押权，此抵押权基于其物权属性应优先于同一标的物上嗣后产生的债权，尽管私权在理论层面需让步于代表公共利益的公权，但结合前文论证可知，无偿收回闲置土地行为在私法领域上属于合同解除范畴的债权行为，故而在这样一个私法律关系中，政府的债权行为也应遵循物权优先性的法理，给予设立在先抵押权以合理的保护。

¹⁴实践中也有法院认同这种观点，如山东省聊城市中级人民法院(2022)鲁15民终5307号二审民事判决书认为：“……既是土地使用权人具有未按合同约定合理使用土地或出现土地闲置情况等违约行为时应承担的违约责任，同时也是顾官屯镇政府作为国家公权力机关在合同外对土地使用权人未合理开发利用土地采取的行政处罚措施”。

¹⁵参见《国家土地管理局〈关于对“中华人民共和国城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例”第十七条有关内容请求解释〉的复函》([1993]国土函字第15号)。该函称：“抵押权附属于土地使用权，作为主权利的土地使用权，因行政机关……作出收回土地使用权的处罚而消灭时，在该土地使用权上设定的抵押权随之消灭”。

¹⁶《担保法》第58条：“抵押权因抵押物灭失而消灭。因灭失所得的赔偿金，应当作为抵押财产”。

物权的公示公信原则要求物权的归属与变动必须以法定方式公之于众，否则不产生物权效力，而一经公示，该物权就具有绝对效力，信赖此登记的善意第三人取得的物权受法律保护^[4]。在国有土地出让关系中，受让人依据出让合同取得权利并前往不动产登记中心将之公示，该登记由此产生公信力，第三人基于对此权利外观之信赖而设定的抵押权是应受保护的合法权利，相关主管部门在收回土地时径行注销抵押权登记的行为，是对公示公信原则的忽视，自不当产生预期的法律后果。

其次，抵押权基于《民法典》第 406 条追及效力而存续。无论物权的客体辗转流入何人之手，物权人都可以追及该物之所在并主张直接支配该物^[5]。追及效力是抵押权在权利构造上的关键特征，这意味着，抵押权人无需实际占有，即可排他地支配抵押财产的交换价值，而无论其辗转至何处。一旦条件成就，抵押权人即可对抗后续受让人，行使优先受偿权。

对《民法典》第 406 条作文义解释可知，其仅肯认了抵押财产因民事法律行为发生移转时，抵押权具有追及效力，但却未涵盖基于征收、裁决、处罚等公法行为而导致抵押财产在不同主体变动的情况，存在抵押权人权益保护的法律空白。本文的观点是，追及效力并非抵押物转让所引发的结果，而是抵押权作为一种担保物权与生俱来的内在属性，是物权直接支配效力在担保领域的延伸，抵押物的转让仅仅是触发该效力的外部条件^[6]，追及效力也就不能因抵押物的权属移转方式不同而受到限制。我国既往司法实践认可此类情形下抵押权仍具有追及效力¹⁷，比较法上亦不乏对包括抵押权人在内的土地权益人给予合理补偿的立法例¹⁸。基于此，当我们谈到《民法典》第 406 条时，不能囿于民事行为导致财产流转这一现象，而是要将目光投向更广阔的空间，无论土地使用权是因司法行为、行政行为还是因民事行为而变化，只要在抵押权存续期间内，只要抵押人未作出放弃权利的意思表示，抵押权就仍持续存在，其依附的对象不是土地本身，而是因收回行为所产生的、归属于原土地使用权人的补偿请求权或政府再出让土地所得收益中对应于原土地使用权的价值部分。

最后，财产权相对消灭论可为抵押权存续提供理论支撑。在财产权消灭的理论框架中，存在着两种法律状态，一种是权利终局性丧失的绝对消灭，即已有财产权本身完全灭失、不复存在^[7]；另外一种为承载他物权负担时他物权人保留部分权能的相对消灭。基本内容可以概括为，当某一财产权成为他物权的客体时，该他物权的设立实质上构成对基础财产权部分权能的分离，当财产权人丧失该财产权时，其已经完全不再享有原有的财产利益，但为保护他物权人的正当权益，基础财产权在他物权存续范围内并不彻底消灭^[8]。换言之，作为衍生权利的他物权在一定程度上阻却了基础财产权的完全消灭，这种权利负担优先于权利归属的理论，在处理权利冲突、保护交易安全和第三人信赖利益有着独到的精妙之处。其典型适例便如甲将自有房屋抵押给银行以获取贷款，随后甲将该房屋出售给乙并办理了过户，甲不再享有房屋所有权，但为保障银行利益，所有权的负担依然附着于房屋之上，银行仍然对房屋享有抵押权，也就是说，原所有权在抵押权的权能范围内并未彻底消灭。

若暂不考虑无偿收回的公法属性，仅从纯粹的私法视角审视，已抵押土地使用权的无偿收回，恰好符合了上述财产权相对消灭的认定。其成立依赖于两个基本前提，首先满足权利叠加状态，即基础财产权之上衍生出他物权，其次法律事实层面出现了足以导致基础权利灭失的适格原因^[8]。把目光放到本文所讨论的情形中，第一步，土地使用权人将其财产权能进行切割行为和部分让渡，在其上设立抵押权，最终形成土地使用权作为基础权利、抵押权作为派生权利的权利叠加结构；第二步，闲置土地被

¹⁷参见最高人民法院(2012)民二终字第 113 号民事判决书；四川省成都市中级人民法院(2020)川 01 民终 7453 号民事判决书。

¹⁸综观大陆法系主要法规，当土地因公共利益被收回时，德国法上的“唇齿条款”要求必须给予补偿，补偿范围覆盖权利损失，抵押权也包含在内；日本法则在征收裁决中明确将所有权利人列为当事人，显然抵押权人也在其中。这些制度共通的逻辑是：抵押权作为财产权，其经济价值因公权力行为而受损时，有权从土地的对价中获得偿付。英美法系也是如此。由此抵押权人可以在收回程序中要求政府进行评估并给予相应赔偿，其抵押权益并不因土地收回而丧失。

收回后相应登记会被依法注销，作为抵押权基础的土地使用权因而消灭，政府的无偿收回行为正是引发该基础权利消灭的适格事由。故而，政府主管部门无偿收回已抵押的闲置土地，仅能消灭土地使用权人剩余权能部分，而不能及于抵押权人已取得的权能。抵押权人所保留的优先受偿权仍附着于该宗土地之上，使得土地使用权在法律效果上仍作为抵押权的权利基础存续，抵押权并不因收回行为而消灭。

3.1.3. 从制度性质证成抵押权之存续

“抵押乃担保之王”[9]。抵押权作为担保物权的重要形态，以支配担保财产交换价值为核心功能，其存续不仅关乎抵押权人的利益实现，更对市场交易秩序稳定与融资担保功能的发挥具有深远影响。

首先，抵押权存续是对抵押权人利益的维护。若认定抵押权因土地收回而消灭，抵押权人在诉讼中将面临双重困境：其一，若无偿收回决定实体与程序均符合法律规定，则抵押权人主张权利存续的请求不会得到法院支持，抵押权消灭成为定局；其二，即使该收回决定因超越权限或违反法定程序而被法院撤销，抵押权虽可暂时存续，却仍难以摆脱最终消灭的命运，因为只要土地闲置事实客观存在，主管机关完全可以重新依法作出收回行为，抵押权人此前的胜诉结果仅具暂时效力，其权利仍将在后续合法合理的行政行为中丧失[10]。因此，无论何种情形，抵押权人的担保利益均将落空，既面临抵押权实质消灭的风险，还须承担不必要的诉讼成本，陷入维权无果、负担加重的双重不利局面。

其次，抵押权存续是市场交易稳定性的需要。抵押作为担保制度的一部分，为市场交易构建了坚实的信用基础。若允许合同双方合意或各类规范恣意创设消灭事由，将破坏抵押法律关系的确信性和交易秩序的稳定，阻碍市场经济高效、稳定运行。

闲置土地的无偿收回，实际上是对不按期开发的土地使用权人施加的一种制裁。对于土地使用权人而言，其使用权的收回是自身怠于行使权利的过错行为所导致的，而对于无过错的抵押权人来说，行政机关的事后闲置土地认定具有突发性和不可预测性，土地使用权设定抵押后，土地使用权人仍然自行控制土地，该土地的开发是否按期，抵押权人往往难以知晓或控制。若主张无偿收回能消灭抵押权，实际上是将本应由土地使用权人承担的、因其未来不当行为所生的风险，不合理地转嫁给了抵押权人，这不仅显然超出了抵押权人在设立担保时的合理预期，更与抵押制度分散和降低交易风险的原则相背离。

最后，抵押权存续有利于担保融资功能的发挥。随着经济社会的发展，抵押权指向的资金来源逐渐从借款变成投资[11]。而土地的开发利用需要大量的资金，在融资担保交易市场上，土地使用权人将土地交换价值用于资金融通已是常见现象。若抵押权会随着无偿收回而丧失，土地使用权作为抵押财产的功能将大打折扣：一方面，银行等金融机构作为谨慎理性的商事主体，会因土地使用权的担保一直处于不确定的状态而不愿发放贷款，或是为寻求更多安全保障而要求额外担保或苛刻条件，造成融资困难的局面；另一方面，融资困难可能加剧资金短缺，使用权人更无力动工开发，形成“闲置 - 融资难 - 更严重闲置”的恶性循环，无助于土地的正常开发建设利用，也背离了土地高效利用的政策目标。而保留抵押权有效防范了土地使用权流转可能引发的债权落空风险，促进了银行等金融机构的积极性，更愿意为土地开发提供资金，从而形成“融资 - 开发 - 升值”的良性循环。

3.2. 行政法视角下对抵押权存续的检验

由于闲置土地无偿收回兼具民事属性和行政属性，因此对无偿收回中抵押权的存续，还要通过行政法的检验，才能真正站住脚。

3.2.1. 抵押权之存续不属于行政处罚的对象

从行政处罚的适用对象来看，无偿收回作为行政处罚，其相对人应仅限于土地使用权人而不及于抵

押权人。我国《行政处罚法》第2条将其本质定性为惩戒，无论是减损权益还是增加义务，内核都是通过施加法律上的不利益来制裁相对人的过错行为^[12]。具体到本文情形中，处罚依据是土地使用权人未履行按期开发义务，并因此扰乱土地市场管理秩序。而抵押权人既不负有及时开发土地的法定义务，也不是土地出让合同的履行主体，其设立抵押权的行为发生在土地被认定为闲置之前，属合法市场交易范畴，既未造成土地闲置状态，亦未破坏行政管理秩序，不存在任何过错，不当被视为无偿收回的处罚对象。

从程序正当性要求来看，法律对行政管理相对人和利害关系人均赋予了陈述、申辩权和提起诉讼等程序性权利¹⁹。被处罚的相对人当然享有这些权利²⁰，对于抵押权人的此等权利，虽然《闲置土地处置办法》仅于第14条设定了行政机关应将无偿收回决定抄送相关抵押权人的义务²¹，但后来最高院在2023年的一份《复函》中表示，抵押权人也享有陈述、申辩和申请听证的权利，同时明确抵押权人亦系无偿收回闲置土地使用权行为的利害关系人²²，据此可作目的性解释，立法者有意将无偿收回闲置土地的处罚对象限定为土地使用权人，抵押权人虽然也享有上述程序性权利，但在行政处罚的法律关系之中，仅处于被告知的第三人地位而已，故而不应当因土地被无偿收回而承担担保权利受损的不利后果。

3.2.2. 抵押权之存续无害于公共利益

对抵押权存续问题持否定立场的另一个理由是，抵押权设立的目的在于担保个体债权的实现，本质上属于私人利益范畴；而政府收回国有建设用地使用权是公权力行为，实现的是土地集约利用和可持续发展的公共目标，承载着社会公共利益的需要。两者利益冲突之下，个体利益应让步于公共利益，因此土地使用权被收回时，附着于其上的抵押权亦应随之消灭。

一方面，政府无偿收回闲置土地代表着公共利益。合理利用土地是《宪法》提出的基本要求²³，各类法律法规的制度规定也积极响应号召保护土地，如《闲置土地处置办法》开宗明义，其制度宗旨在于，促进土地有效利用、规范市场并最终实现节约集约用地²⁴。把目光放到我国土地的现实情况上，一方面，虽然我国国土面积位居世界前列，但平原面积仅占约12%，人口基数庞大且分布不均，因此可利用的土地资源仍相对有限，若土地使用权人怠于动工建设开发，导致进入土地市场的国有建设用地没能及时转化为充足的住房供应，这对本就严峻的人与地、人与房的矛盾无疑是雪上加霜；另一方面，国内房地产行业发展态势并不健康，曾一路狂飙而上的房价使一些嗅到“商机”的土地使用权人投机囤地，但又因近几年房价进入下行周期而化为泡影，当潮水退去，土地资产迅速贬值，曾经的财富化为沉重的负债，不利于对社会稳定和市场正常发展造成巨大的冲击。故而，政府通过行使公权力将闲置土地无偿收回，既是优化我国土地资源的现实需要，也回应了立法宣示性条款的期待，具有显著的公共利益属性。

另一方面，抵押权代表着债权人的个体利益。抵押权旨在保障特定债权的实现，对抵押权人而言，该制度的核心功能在于防范因债务人处分不动产导致抵押权无法实现的风险。进一步而言，抵押权人享有值得保护的信赖利益^[13]。他的信赖利益具有充分的正当性基础：在主观层面，在抵押权设立之时，抵押权人通常无法知悉该土地真实状态，其基于相关行政主管部门未作出闲置认定之事实，产生了合理信赖并据此作出授信决策；在客观层面，抵押权已通过法定登记予以公示，取得了完整的公信力。整个抵押权设立过程经法定程序规范确认，合情合理且于法有据，应当是一种稳定的、确定的法律状态。

但是，公益和私益并非不可协调。一项法律制度若只能使一方获益，便意味着其丧失了应有的平衡性，难以被视为一项合理的制度安排，而抵押权之存续对各方当事人而言，至少不会减损其利益或加重

¹⁹参见《国务院关于引发全面推进依法行政实施纲要的通知》(国发[2004]10号)。

²⁰参见《行政处罚法》第7条。

²¹参见《闲置土地处置办法》第14条。

²²参见《最高人民法院行政审判庭关于无偿收回土地使用权法律性质等有关问题的复函》(行复[2023]33号)。

²³参见《宪法》第10条第5款。

²⁴参见《闲置土地处置办法》第1条。

其负担，政府、抵押权人、土地使用权人能够各得其所，公益和私益也能够两全其美。

对原土地使用权人来说，收回闲置土地的规定可以督促其及时履约，而抵押权存续可以为其补充信用、增强融资能力。对政府来说，抵押权存续并不影响国家土地供应政策的执行，被收回的闲置土地仍可再次出让，尽早确定新的使用权人，只要在土地出让价款中扣除抵押权所担保的债权金额即可。对抵押权人来说，其权利核心在于债权范围内的优先受偿权，而非对土地本身的占有使用。土地使用权的收回与其债权实现并不冲突，维持抵押权的效力反而能够降低其债权落空风险。对新土地使用权人来说，个人乃自身利益的最佳裁判者，新土地使用权人在受让时必然已充分了解该宗土地的权利负担状况，仍然愿意接受其上还附着抵押权的土地使用权，是其意思自治达成的合同内容，自不会使得自身利益遭受侵害，因为就合同利益的分配而言，没有比当事人更好的法官。反之，如果允许无偿收回同时消灭其上的抵押权，造成的局面就是土地二次出让使得相关主管部门获取全额出让金，而抵押权人却无法从土地价值中获得任何清偿，这种“政府得利、债权人失利”的显失公平后果，实际上是将本属于抵押权人的担保利益通过行政手段输送给了政府，造成公权力与私人权利的直接冲突。

对此本文强调，无偿收回闲置土地所代表的公共利益与抵押权人所代表的个体利益并非互不相容的关系，相反，是一种协调一致的关系。在该使用权被依法收回的前提下，抵押权人的权益仍存在可以充分保护的可能性。当然，此种利益衡量并非一刀切，还要考虑到一些限制因素，例如抵押权人设立的时间点，是闲置土地认定前还是认定后，又如抵押权人是否存在过错，是否对土地实际开发状况、使用权人资信等尽到必要的审查义务，等等。对于抵押权存续的必要限制，具体在本文第四部分中加以论述。

3.2.3. 抵押权之存续符合比例原则

比例原则是行政法的重要原则之一。在目的层面，比例原则要求具体行政行为须符合授权法的价值目标。前已论述，无偿收回闲置土地，符合社会公共利益和大众福祉，能够防止有限的土地资源因闲置而浪费，实现土地的可持续利用和发展，符合“合理利用土地”的制度目的，能通过合目的性的检验。

在手段层面，比例原则要求所采取措施能有效实现法律目的且为实现该目的所必需。无偿收回土地旨在督促合理利用土地，保留抵押权不会阻碍此目的达成，反而能在收回土地的公权力行使与抵押权的私权保护间寻得平衡，实现土地资源合理调配与当事人合法权益维护的双赢，能通过适当性的检验。

在效果层面，比例原则要求在同等有效的措施中，必须选择对公民权益限制最温和的一种方案。土地使用权人目的在于尽早回本赚钱，只要财力充足、没有自然灾害等不可抗力因素干扰、所能获得的收益大于成本，都会如期动工建设开发。如果另有居心的土地使用权人想坐等土地升值，躺在土地使用权上睡觉，主管机关只要严格执法，及时启动收回程序，足以促使土地使用权人开发动工。反之，若使用权人财力不足，或是有其他客观因素使得开发停滞，即使主管机关将闲置土地的抵押权一并收回，也于事无补，并不能解决问题，相反这样的政策还会导致国有建设用地使用权在融资担保交易市场上的活力降低，堵塞土地使用权人的资金来源，使其更没有资力开发土地，土地闲置率也会进一步升高。与之相比，维持抵押权的存续状态，既能保障土地管理政策的有效实施，又能最大限度减少对民事主体权益的干预，是在同样实现制度目的的选择中对相对人权益损害最小的方式，能通过损害最小原则的检验。

综上所述，无偿收回闲置土地并保留其上的抵押权，符合目的性和适当性的要求，同时与消灭抵押权相比，是对各方权益损害最小的方式，故而可以通过比例原则的检验。

4. 闲置土地无偿收回中抵押权存续的必要限制

经过民法与行政法的双重审视，尽管抵押权人在政府无偿收回闲置土地时其权益应受保护并可存续，但必须承认，无偿收回在公法层面是体现国家意志的行政行为，具有行政行为的确力和权威性，私人

主体应予尊重和服从，不可随意否定或规避。因此，本文主张抵押权之存续并非绝对，而应受合理限制。

其一，未办理抵押登记手续的，无法在土地收回时主张抵押权存续。《民法典》明确规定，以建设用地使用权等不动产抵押的，虽然抵押合同自成立之日起生效，债权人有权请求抵押人履行办理抵押登记义务的权利，但该等抵押权必须自登记之日起才设立²⁵。由此可推知，若抵押权人在政府无偿收回行为之前尚未前往不动产登记中心办理抵押登记手续的，其抵押权尚未成立，自不能再主张抵押权之存续问题。

其二，若土地使用权人能提供替代担保，或尚存其他足额责任财产，即当存在其他有效清偿途径时，抵押权人实现债权的首选方案应为就该其他财产提起给付之诉来寻求受偿，而不应仅依赖该宗土地使用权上的抵押权。实践中就有债务人在借款逾期前另行提供名下其他土地作为新的担保，法院因此以担保已补足为由不再允许执行原抵押土地²⁶，此举既可防止债务人借机逃避债务，也可避免抵押权人与抵押人恶意串通，以维持抵押权为名侵吞国家资产。

其三，抵押权人的权利保护，应当以抵押权人无过错为前提，即要求抵押权人至少尽到了审慎的审查义务，在抵押权设定时对土地实际开发状况、使用权人资信情况进行合理调查。换言之，若抵押权人明知土地使用权人的资金周转已经严重困难，且土地已经长时间未动工开发建设并在未来有可能继续空置，符合闲置收回条件，则应意识到该土地存在因闲置满两年被无偿收回之可能，如果抵押权人仍选择与土地使用权人以该块土地为担保开展投资交易，应认为属于自涉风险，法律不再保护其抵押权。例外情况是行政行为本身存在瑕疵，政府在闲置土地应被收回的时点后仍未履行职责，甚至作出核发施工许可等后续批准行为，这种情况下，由于政府的行政行为构成了抵押权人产生合理信赖的信赖基础^[14]，其有理由相信土地不会被收回。此时，基于信赖保护，即使行政机关事后撤销许可并决定收回土地，抵押权人的信赖利益仍应受保护，抵押权亦可继续存续。

5. 结语

无偿收回闲置土地的行为，兼具公权力行使和合同债权实现的双重法律属性，而无偿收回中抵押权之存续能够通过民法和行政法领域的两层检验，故而在闲置土地无偿收回的案件中，只要抵押权人未表示同意放弃抵押权，也未发生法定的抵押权消灭事由的，抵押权人仍保有其权利，仍可就原土地使用权所承载的财产价值主张优先受偿，而不因土地使用权的主体变更而受影响。但该抵押权的存续，应当受到两项必要限制，其一，须以土地使用权人无其他足额财产可供清偿为前提；其二，抵押权人事先已尽到合理审查义务。

当政府主管部门再次为他人设定土地使用权时，抵押权人的权利追及于再次创设的土地使用权之上。但该抵押权之存续并不影响土地的再利用，政府可在扣除抵押权所担保的债权金额后^[8]，在市场竞争中确定土地出让价款，也可从土地出让金中优先清偿相关债务，涤除土地使用权上附着的抵押权。如此，方能在制度设计上实现土地资源的有效利用，在维护社会公益的同时，兼顾善意无过错方尤其是抵押权人的私人利益，努力使民法所保护的动态物权流转安全和静态物权归属安全达到最佳的调和状态。

参考文献

- [1] (英)威廉·配第. 赋税论[M]. 马妍, 译. 北京: 中国社会科学出版社, 2010: 82.
- [2] 湛中乐. 我国土地使用权收回类型化研究[J]. 中国法学, 2012(2): 98-107.
- [3] 黄薇. 中华人民共和国民法典释义(上)[M]. 北京: 法律出版社, 2020: 757-758.
- [4] 王泽鉴. 民法物权[M]. 第2版. 北京: 北京大学出版社, 2023: 22.

²⁵《民法典》第402条：“以本法第三百九十五条第一款第一项至第三项规定的财产或者第五项规定的正在建造的建筑物抵押的，应当办理抵押登记。抵押权自登记时设立”。

²⁶参见海南省高级人民法院(2024)琼民终652号二审民事判决书。

-
- [5] 崔建远. 物权: 规范与学说——以中国物权法的解释论为中心(上册) [M]. 北京: 清华大学出版社, 2021: 92.
- [6] 邹海林. 论《民法典各分编(草案)》“担保物权”的制度完善——以《民法典各分编(草案)》第一编物权为分析对象[J]. 比较法研究, 2019(2): 27-47.
- [7] 王泽鉴. 民法总则[M]. 北京: 北京大学出版社, 2009: 192.
- [8] 常鹏翱. 财产权相对消灭论: 经由民法和行政法的双重正当性检验——以无偿收回设定抵押权的闲置土地使用权为分析对象[J]. 浙江社会科学, 2020(6): 37-45, 156.
- [9] 王利明. 《民法典》抵押物转让规则新解——兼评《民法典》第 406 条[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2021, 39(1): 39-46.
- [10] 黄先雄. 行政诉讼“程序空转”现象的多维审视[J]. 法治研究, 2023(1): 50-63.
- [11] (日)我妻荣. 债权在近代法中的优越地位[M]. 王书江, 张雷, 译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1999: 53.
- [12] 熊樟林. 行政处罚的概念构造——新《行政处罚法》第 2 条解释[J]. 中外法学, 2021, 33(5): 1286-1302.
- [13] 中华人民共和国最高人民法院行政审判庭. 行政执法与行政审判(总第 90 集) [M]. 北京: 中国法制出版社, 2023: 283.
- [14] 刘飞. 行政法中信赖保护原则的适用要件: 以授益行为的撤销与废止为基点的考察[J]. 比较法研究, 2022(4): 128-141.