

# 小产权房买卖合同的教义学分析

郑 杰\*

---

## 目次

### 引言

#### 一、现有案件的类型化处理

#### 二、方案 A：合同有效但履行不能—损害赔偿

##### （一）合同效力

##### （二）合同履行

##### （三）损害赔偿

#### 三、方案 B：合同无效+损害赔偿

##### （一）合同效力

##### （二）损害赔偿

#### 四、方案比较及结论

**摘要** 实践中围绕小产权房买卖合同产生的争议颇多,法院态度也不一致。针对农户向城镇居民出卖在宅基地上合法建设的房屋这一特定类型的小产权房买卖合同,通过对案例的类型化处理,提出两种司法处理方案——“合同有效-损害赔偿”与“合同无效+损害赔偿”。经分析比较,二者在法教义学上均有存在空间,但“合同无效+损害赔偿”的方案更具优势,既能有效遏制小产权房的买卖,也能便利司法、清晰规则。

**关键词** 小产权房买卖 合同效力 损害赔偿 规制目标

---

## 引 言

“小产权”是相对于拥有国有土地使用权的“大产权”而言的,指的是由乡镇政府或村委会制作房屋权属证明、在农村集体土地上开发建设且未缴纳土地出让金等费用、向本集体经济组织以外

---

\* 北京大学法学院 2013 级法学硕士。如无特殊说明,本文所有网络链接的最后访问时间为 2014 年 1 月 22 日。

成员销售的房屋。其又可细分为:(1)农户在依法批准的宅基地上建成的住宅,销售给城镇居民;(2)在其他集体土地上建造的住宅,向社会销售。<sup>〔1〕</sup>

本文的讨论限定为:农户向城镇居民转让在宅基地上合法建设的房屋。

这类房屋的特点是:(1)根据《物权法》,建造人可原始取得房屋所有权;(2)该类房屋因办理初始登记可获得所有权证书,此登记属“宣示登记”;(3)房屋所有权原始取得的主体范围限于本集体经济组织成员;(4)该类房屋具有社会保障功能。<sup>〔2〕</sup>之所以将分析焦点限定为此类“小产权房”,是因为其所有权已得到《物权法》的确认,争议主要是城镇居民能否购买此类房屋,<sup>〔3〕</sup>故可以在合同法的框架内解决,而无须纠结“集体土地使用权能否物权化”这一物权法问题。<sup>〔4〕</sup>

关于城镇居民能否买卖宅基地上的房屋,虽然理论和实务中的争议始终未平,但国家的立场是非常清楚的——禁止城镇居民购买农村房屋。从1999年开始,中央出台了一系列文件,反复重申这一规制目标。<sup>〔5〕</sup>在规制目标明确的情况下,法院的任务不是评判乃至挑战规制目标本身的正当性和合理性,而是通过纠纷解决有效地实现规制目标,同时保证个案的公平。因此,本文以下的分析将在尊重现行规制目标的框架下展开,试图找出一种既能有效遏制城镇居民购买农村房屋、又能实现当事人间利益平衡的司法处理方案。

## 一、现有案件的类型化处理

在北大法宝和中国法院网上以“小产权房”为全文关键词进行检索,经筛选,关于城镇居民购买宅基地上合法房屋的案例有31个。以买方的主观状况为标准,案例可分为以下三种类型:

甲:买卖双方均明知标的为禁止买卖的小产权房。这是小产权房交易的常态。一方面,政府多次申明“禁止城镇居民购买农村房屋”,而小产权房交易最为繁荣的往往是大城市的城郊,<sup>〔6〕</sup>小产权房的房价明显低于普通商品房,<sup>〔7〕</sup>因此,买方通常都是知道标的为小产权房的;另一方面,实证研究显示小产权房持有者的动机之一是“法不责众”,<sup>〔8〕</sup>这也从侧面反映了买方的投机心理。对于甲类案例,法院的主流态度是认定合同无效(81%),且因双方均有过错,合同无效后通常是互不赔偿(61%)。

乙:卖方明知,但买方因过错而不知标的为小产权房。对于此类案例,认定合同无效也是主流(89%),但在损害赔偿问题上,法院相对更倾向于维护买方利益,例如在“马海涛与李玉兰房屋买卖合同纠纷案(北京画家村案)”中,法院判令卖方赔偿大部分房屋升值差价,在效果上买方几乎得到了与合同有效相当的保护。

〔1〕 孙铁山、汪晖等:《走出“小产权房”困境》,载《北大林肯研究简报》第2期。

〔2〕 陈耀东、吴彬:《“小产权房”及其买卖的法律困境与解决》,载《法学论坛》2010年第1期。

〔3〕 从2005年开始,进入诉讼的小产权房买卖纠纷有75%发生在村民与城镇居民之间。《北京法院调研报告大胆允许农村房屋产权流转》,载《法制日报》2008年12月7日,第8版。

〔4〕 吴春岐、刘宝坤:《“小产权房”历史与未来的法学透视》,载《房地产法律》2008年第4期。

〔5〕 这一系列的文件主要有国办发〔1999〕39号、国发〔2004〕28号、国土资发〔2004〕234号、国办发〔2007〕71号等,均强调禁止城镇居民购买小产权房。

〔6〕 程浩:《中国小产权房:现状、成因与问题》,载《中共中央党校学报》2009年第2期。

〔7〕 小产权房价格通常仅为相同地段的商品房价格的20%—30%,任辉:《利益衡量视角下“小产权房”的出路探究》,载《西南政法大学学报》2009年第1期。

〔8〕 江奇等:《“小产权房”持有者的动机研究》,载《中国土地科学》2009年第7期。

丙：卖方明知，但买方非因过错而不知标的为小产权房。<sup>〔9〕</sup>这类案件数量很少，虽然买方无过错，但法院还是倾向于认定合同无效(67%)，且不支持损害赔偿。

之所以以买方的主观状况作为划分标准，是因为买方的主观状况不仅关乎合同效力，而且对损害赔偿的影响甚大。此外，当前争论多围绕买卖双方的地位对比展开，而买方主观状况正是判断“弱者”与“强者”的重要因素，而且可能是其中最“法律”的因素。<sup>〔10〕</sup>例如中央农村工作领导小组办公室主任陈锡文曾表示，小产权房绝对不允许再建，但对于已经在农村购买了小产权房的消费者，政府要保护其合法权益。之所以要保护，就是因为这些消费者在购买的时候，对国家法律没有那么多的了解，因此糊里糊涂觉得便宜就买了。<sup>〔11〕</sup>可见，买方的主观状况是区分处理的核心标准。

## 二、方案 A：合同有效但履行不能—损害赔偿

方案 A 是指：肯定小产权房买卖合同有效，但房屋所有权及房屋所占范围内的宅基地使用权不能办理过户登记，合同构成履行不能。买方可以主张解除合同或违约责任，在满足一定条件时还可撤销合同。卖方承担赔偿责任，可以是信赖利益损失，也可以是履行利益损失。根据个案中双方当事人的过错程度，具体确定卖方的损害赔偿范围。基本趋势是，从类型丙到类型甲，卖方应承担的损害赔偿责任逐渐减小。

方案 A 实际上由层层递进的三部分组成：合同效力、合同履行以及损害赔偿。下面分别予以讨论。

### (一) 合同效力

在小产权房买卖中，合同有效与否的关键是《合同法》第 52 条第 5 项能否适用，即城镇居民购买宅基地上房屋是否违反了“法律、行政法规的强制性规定”。“有效说”的理由是，确认合同无效应以法律和行政法规为依据，国务院颁布的行政规章因位阶过低不足以否定合同效力，因此小产权房买卖合同有效。<sup>〔12〕</sup>其背后的理念是，既然合同效力制度属于民事基本制度而部门规章无权规定民事基本制度；既然《合同法》第 52 条第 5 项明确只有法律、行政法规才能认定合同无效，且这是

---

〔9〕 除此之外，理论上还存在卖方不知标的为小产权房的类型。但由于卖方不知其房屋为小产权房的情形极其有限(未检索到案例)，而且其作为所有权人，理应了解房屋的性质，不能以不知法而抗辩。因此，卖方的主观状况不需讨论。

〔10〕 以经济状况和信息状况两个因素为例，不同的组合，学界对于小产权房买卖有效的论证理由是明显有别的。若买方是城市低收入群体，则以保护消费者“居住权”为由主张小产权房合法化，买方明知国家禁止而购买是“生活所迫不得已”，买方不知情则更显弱势。若买方是城市高收入群体，主观状况就更加重要，若买方不知情，则属于“糊里糊涂的消费者”，应当给予保护；若买方明知而故意投机，对其的保护就只能借助财产权的流转属性、支持农民融资等理由。但从法律上讲，买卖双方的经济状况通常并非主要考虑因素，平等保护是一般原则。

〔11〕 《中央明确小产权房不许再建 已购者利益受保护》，载网易新闻(<http://news.163.com/08/1023/15/4OUTVRJ00001124J.html>)。

〔12〕 “有效说”是学界主流立场，如王利明、王轶教授等均持此立场，见《名家剖析“小产权房”现象》，载中国民商法律网(<http://old.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=36540>)。2008 年三百余名博士生联名向十一届全国人大代表发表公开信，建议将“小产权房”作为合法的住房供应形式之一，见《300 博士生联合建议〈住宅法〉立法承认小产权房》，载新华网([http://news.xinhuanet.com/house/2008-02/26/content\\_7669761.htm](http://news.xinhuanet.com/house/2008-02/26/content_7669761.htm))。2013 年国务院发展研究中心课题组提出的“383”改革方案中，也提出允许农村集体土地与国有土地平等进入非农用地市场，见《官方智库发布总体改革建议 小产权房有条件转正》，载新浪财经(<http://finance.sina.com.cn/china/20131027/043917125695.shtml>)。

为了消除部门规章规定合同无效带来的不良后果而特意规定的,<sup>[13]</sup>那么法院就不应当依据部门规章认定合同无效,否则,就破坏了法治原则。<sup>[14]</sup>

但是,许多法院将《土地管理法》第 63 条前半句引作认定合同无效的法律强制性规定,<sup>[15]</sup>若这一理由能成立,就能直接消解“有效说”的基础。可惜的是,“有效说”目前尚未对此给出有效回应,本文试图作一补充。

《土地管理法》第 63 条前半句规定:“农民集体所有的土地的使用权不得出让、转让或者出租用于非农业建设。”从文义看,宅基地使用权属于农民集体所有的土地的使用权,住宅又显然属于非农业建设,这一条似乎直接禁止了宅基地的转让。

《土地管理法》第 62 条规定,“农村村民出卖、出租住房后,再申请宅基地的,不予批准”,这意味着村民是有权出卖其住房的,只是不得突破“一户一宅”的限制。虽然农村房地产交易并未明确房地关系的处理原则,但从第 62 条来看,至少是类推适用“房地一体处分”原则的,<sup>[16]</sup>否则也就不存在农民出让住房后再申请宅基地的问题。若认为农民无权转让宅基地使用权,在房地一体处分原则下,也就等于禁止了农民转让房屋,而法律明确承认农民因事实建造取得对房屋的所有权,且未对此所有权施加任何限制,这就出现了解释上的冲突。结合第 62 条来理解第 63 条,应当认为,村民对其住房和宅基地使用权的处分权并未受到限制。同时,《物权法》第 155 条规定:“已经登记的宅基地使用权转让或者消灭的,应当及时办理变更登记或者注销登记。”这也表明宅基地是可以转让的。<sup>[17]</sup>此外,第 63 条的目的旨在保护农业用地,限制农用地转为建设用地,而宅基地本来就是建设用地,其权利主体的变更不会导致农业用地的减少。<sup>[18]</sup>因此,“农民集体所有的土地”有必要限缩为“农民集体所有的农用地”,这一解释也能得到第 63 条后半句“但是,符合土地利用总体规划并依法取得建设用地的企业,因破产、兼并等情形致使土地使用权依法发生转移的除外”的印证。不过,立法机关明确表示集体建设用地使用权只能被动转移,<sup>[19]</sup>作为同属“非农用地”的宅基地,其使用权的流转似应类推适用这一限定,作相同解释。

综上,《土地管理法》对宅基地流转的限制体现在:(1) 流转后果——出让方不得再申请宅基地;(2) 流转方式——宅基地使用权只能跟随住房被动流转。《土地管理法》对土地用途的限制并不包含原本就是非农用地的宅基地,宅基地的受让主体也未限定为“农村集体内部成员”。因此,《土地管理法》不能作为认定小产权房买卖合同无效的依据。<sup>[20]</sup>

[13] 胡康生主编:《中华人民共和国合同法释义》,法律出版社 1999 年版,第 93 页。

[14] 崔建远:《合同法总论》,中国人民大学出版社 2011 年版,第 337 页。

[15] 检索结果中,有 1/3 的法院适用《土地管理法》第 63 条认定合同无效。

[16] 如“安朝献与白振奇等买卖合同纠纷案[(2009)许民一终字第 171 号]”的判决指出,“鉴于房屋与土地的紧密关系,农村房屋和其占用范围内的土地同样不宜隶属于不同民事主体,因此可以得出农村宅基地上房屋转让时该房屋占用范围内的土地使用权也一并转让的结论”。再如,“师某与王某合同纠纷案[(2012)一中民终字第 8917 号]”的判决认为,“房屋买卖合同依赖于宅基地使用权的有效转让”。孟勤国:《物权法开禁农村宅基地交易之辩》,载《法学评论》2005 年第 4 期;龙翼飞等:《对我国农村宅基地使用权法律调整的立法建议》,载《法学杂志》2009 年第 9 期;王文军:《论农村宅基地上房屋的买卖》,载《清华法学》2009 年第 5 期。

[17] 陈小君:《农村土地制度的物权法规范解析》,载《法商研究》2009 年第 1 期。

[18] 唐德华等主编:《土地管理法及配套规定新释新解》,人民法院出版社 2002 年版,第 1488 页;刘英全:《农村私有房屋转让中涉及的相关法律问题》,载《法律适用》2008 年第 11 期。

[19] 法工委关于第 63 条的解释指出,“必须是依法取得的建设用地使用权,并随厂房等一同转移的,如果是农用地,或土地上没有房屋等设施的将不得转让”。见前注[18],唐德华书,第 1489 页。

[20] 戴孟勇:《城镇居民购买农村房屋纠纷的司法规制》,载《清华法学》2009 年第 5 期。

## （二）合同履行

如果合同有效,房屋所有权及宅基地使用权是否就能从卖方转移到买方呢?答案是否定的。国土资发〔2011〕178号等一系列文件明确规定,严禁为城镇居民在农村购买的住宅登记发放土地使用证。由于过户登记坚持“房地一体处分”原则,故宅基地上的房屋也不能单独办理房屋产权过户登记。因此,买卖合同有效,但因无法办理过户登记,合同构成履行不能。

## （三）损害赔偿

合同履行不能后的损害赔偿问题因具体个案会存在较大差异,下面按照先易后难的顺序对三种类型案例展开探讨。

### 1. 类型丙: 卖方明知,买方非因过错而不知标的为小产权房

在这种情形下,方案A可以充分保护善意买方,惩戒恶意的卖方。买方可以主张因受欺诈或重大误解而撤销合同,或主张因合同目的不能实现而解除合同,或直接要求卖方承担违约责任,但因履行事实上不可能,所以买方不能要求实际履行,只能转而要求损害赔偿。

在合同有效的框架下,无过错的买方有更多的选择空间来维护自身利益。若买方选择要求卖方承担缔约过失责任、赔偿信赖利益损失,好处是举证责任较轻,因为信赖利益通常是实际支出的代价,数额确定且容易证明;若选择要求卖方承担违约责任、赔偿履行利益损失,好处则是履行利益通常都会高于信赖利益,因为履行利益还包含了净利润。<sup>〔21〕</sup>只要法律给予买方以选择权,其自会做出于己最佳的选择。就实现禁止小产权房流转的规制目的而言,承认合同有效从而让卖方可能赔偿履行利益,卖方也就不再有动力从事先出卖房屋、尔后在房价上涨时再主张合同无效的机会主义行为。因为选择权不在作为违约方的卖方手中,他就不能在事后任意主张合同无效,不能既获得房屋变现的好处又享有房屋的增值收益。更重要的是,在方案A的框架下,卖方头上始终会悬着一把赔偿履行利益的达摩克利斯之剑。卖方虽然能够将房屋即时变现,但事后很可能要承担高于房屋价款的赔偿责任,且赔偿数额主要是由市场决定的,包含了房屋增值的价差。结合我国房价不断走高的背景,履行利益损失的赔偿责任很可能是相当沉重的。在这个意义上,事后沉重的违约责任可以产生事前的激励,减弱卖方出卖房屋的动力,从而实现国家禁止小产权房买卖的规制目的。

### 2. 类型乙: 卖方明知,买方因过错而不知标的为小产权房

在这种情形下,买方依然可以选择解除合同或要求卖方承担违约责任,若买方能够证明存在重大误解或受到了欺诈,还可以撤销合同。但就损害赔偿而言,因买方自身存在一定过错,因此应当适当减少卖方承担的损害赔偿数额。

### 3. 类型甲: 买卖双方均明知标的为小产权房

由于买卖双方都明知标的为小产权房,不可能办理过户登记,因此类型甲下的争议不是发生在合同履行的过户登记环节,而往往是在房价波动较大时,一方事后背信,要求获得房价上涨增值或规避房价下跌损失。实践中的纠纷往往是在农村房屋面临征收时,买卖双方均主张自己是房屋的所有权人而要求获得征收补偿款。由于征收与房屋交付之间存在一定时间差,在这段时间内因房价地价的持续上涨,补偿数额往往会高于合同约定的价格,而这部分增值差价的归属就是买卖双方争议的核心。

当双方均明知标的为小产权房时,双方在订立买卖合同时的真实合意是:(1) 买方通过支付价款换取对房屋永久的占有、使用、收益和事实处分的权利,房屋风险(包括价值波动)由买方承受;(2) 卖方以房屋所有权换取合同价款,虽然在法律上卖方仍为所有权人,但房屋风险转移给买

〔21〕 许德风:《论合同法上信赖利益的概念及对成本费用的损害赔偿》,载《北大法律评论》2005年第2辑。

方。借用一个未必准确的概念,交易完成后,买方是“事实上的所有权人”,而卖方变为“名义上的所有权人”。如果双方均按约履行,那么在征收时,卖方在作为“法律上的所有权人”收到征收补偿款后,就应转交给买方,如此是不会发生争议的。但现实中,一旦价格波动显著,往往就会有一方背信。这里涉及的核心问题是:双方达成的合意是否受到法律的承认?

答案是否定的,理由有三:第一,如果认可这样的安排,任何一方都可以诉请执行当初达成的真实合意,那么不为小产权房办理过户登记的规制效果就将被消解。登记与否、法律上的所有权移转与否就变得不再重要,禁止小产权房买卖的目标也将落空,考虑到大多数的小产权房交易都属于类型甲,这一后果就显得更加不可欲。第二,认可这样的安排将诱发无休止的诉讼。典型的房屋买卖是一次性交易,“一手交钱一手交房”之后,双方基本上就“分道扬镳”了。而按照上述合意,双方将陷入持续发生关联的境地,而这无疑会产生一系列问题。例如,买方享有的“事实上的所有权”能否被继承?若发生房屋致害侵权,侵权损害赔偿应如何处理?有学者提出可以类推租赁合同处理小产权房买卖双方的关系,并进而提出了“法定租赁权”的设想。<sup>[22]</sup> 本文认为,若法律确认了“法定租赁权”,赋予该债权一定的对世效力,确实可以在一定程度上解决上述问题。但在尚不存在此类“法定租赁权”的现状下,直接类推适用租赁合同存在很大弊病,不仅不能解决前述问题,而且有违当事人真意,特别是在风险负担方面,租赁无法支持买方承担房屋风险(进而获得拆迁补偿款)的真意,而这恰恰是核心争议。还有,租期如何确定?是持续到拆迁为止的不定期租赁?如果是不定期租赁,卖方能否随时解除租赁合同?卖方能否以违约为代价收回房屋?房屋的使用权能否继承(即租赁合同是否在承租人死亡后自动终止)?实际上,我国法律并未禁止农村房屋向城市居民出租,如果买方真的只是想取得一定时期的占有使用权,完全可以直接订立合法的租赁合同,无须绕道小产权房买卖。第三,类型甲下的买卖合同所隐含的当事人真实合意是可以非常多样的,有的买方只是想获得一个无确定终止期限的房屋使用权;有的买方是期待政策变化从而最终获得房屋所有权;还有的买方是既要房屋使用权又要房屋变形物(如拆迁补偿款)。对于法院来说,要想在事后探寻当事人真意,在客观证据十分有限、买卖双方各执一词的现实约束下,不仅工作量异常艰巨,而且客观上也难以做到。综上,法律应拒绝承认买卖双方达成的合意,直接按照外观——买卖合同——解决纠纷。

如果房屋事后涨价,卖方就有动力要求确认合同无效从而取回房屋,但若法院认定小产权房买卖合同有效而履行不能,卖方作为未履行合同义务的违约方就不能享有主动摆脱合同拘束的权利,也就丧失了事后生诉的资格。虽然卖方作为法律上的所有权人,在理论上拥有房屋的增值收益,但因房屋通常处于买方占有下,卖方的此种增值收益几乎不可能变现。当前最主要的例外是在房屋因面临征收而被强制变现的情形下,表现为征收补偿款的增值收益原则上归所有权人卖方所有。“有效说”的支持者大多强调合同有效能够给予买方以占有保护,保障买方最基本的生存条件,遏制卖方受动迁等利益驱动而通过诉诸合同无效来恶意谋取利益的机会主义行为。<sup>[23]</sup> 但这种观点恐怕有些“一厢情愿”。在类型甲下,诉至法院的纠纷大多发生在拆迁环节,这意味着保护买方的“占有”在事实上已不可能,在合同标的物已经灭失的情况下,房屋买卖合同有效并不能解决买卖双方关于拆迁补偿款的争议。

<sup>[22]</sup> 韩世远:《宅基地立法问题》,载《政治与法律》2005年第5期;刘凯湘:《法定租赁权对农村宅基地制度的意义与构想》,载《法学论坛》2010年第1期;陈耀东、吴彬:《“小产权”房及其买卖的法律困境与解决》,载《法学论坛》2010年第1期。

<sup>[23]</sup> 王文军:《论农村宅基地上房屋的买卖》,载《清华法学》2009年第5期;“马立民诉陈宝印房屋买卖合同案”解析,国家法官学院等主编:《中国审判案例要览:2008年民事审判案例卷》,中国人民大学出版社2010年版,第207页。

如果房屋事后跌价,买方就会有动力解除合同,要求返还购房款。在合同有效但履行不能的框架下,买方无论善意与否,都享有合同解除权。合同解除后双方返还,卖方返还合同价款及利息,买方返还对房屋的占有及占有使用收益。上述处理虽然在直观上与诚实信用原则有冲突,但并不会导致不公平。在双方均明知履行不能的情形下,双方都是理性且信息对称的,只要规则明确,卖方在缔约时就会考虑到事后买方可以随时解除合同,买方也会考虑到自己可能无法享受房屋增值收益,从而要么放弃缔结合同,要么将成本内化,如转而订立租赁合同,或将风险体现在价格中。由于房价上涨是我国当前房地产市场的基本走势,买方解除合同的可能性较低,而卖方除了寄希望于拆迁外,很难将房屋增值变现,因此这一规则对卖方的事前激励更强,能够减弱卖方出卖房屋的动力。

关于损害赔偿,因为买方在缔约时对获得房屋的所有权就不存在合理期待,其为此支出的费用属自担风险,不能要求卖方赔偿。

总体而言,方案A对于买方更为有利,特别是对于类型丙中无过错的买方。方案A通过向买方利益的倾斜,可以给卖方施加更有力的事前激励,减弱其出卖小产权房的动力,从而实现国家禁止小产权房买卖的规制目标。

### 三、方案B:合同无效+损害赔偿

#### (一) 合同效力

认定小产权房买卖合同无效是目前法院判决的主流,法院通常直接以合同违反国务院部门规章为由否认合同效力,<sup>[24]</sup>但这没能回应“有效说”关于法规效力层级过低的质疑,下文试图做出补充回应。

直接就法律位阶而言,国务院部门规章当然不属于“法律、行政法规”,但已有学者指出此种以位阶划分效力的做法过分僵化,既不符合实际需要,也与域外通常做法相违。<sup>[25]</sup>实际上,所有位阶的法律都可能表现为需要遵守的强制性规定,重要的不是法律的位阶,而是具体规定的规范目的。<sup>[26]</sup>从应然上讲,笔者同意上述立场,只要立法生态是健康的,所有位阶的法律都应当可以影响合同效力。但是,既然法律已明确将认定合同无效的依据限定为“法律、行政法规”,即便不尽合理,司法者也无权越俎代庖,代行立法者之权。因此,根据《合同法》第52条第5项,国务院规章不能作为认定合同无效的依据。

不过,认定小产权房买卖合同无效不必然需要挑战现行规则。《合同法》第52条第4项规定:损害社会公共利益的合同无效。“公共利益”是一个极富弹性的概念,具有价值补充功能和法律漏洞的填补功能。<sup>[27]</sup>当国家政策尚未能上升为法律、行政法规时,如果其内容符合法律和行政法规的立法目的,有利于维护社会公共利益和经济秩序,那么就可以纳入公共利益的范畴,进而影响民事合同效力。<sup>[28]</sup>从我国土地政策的演变史以及中央的一系列表态中可以看出,禁止集体土地在农

[24] 检索结果中,直接依据国务院有关文件认定合同无效的占到1/3以上。

[25] 《德国民法典》第134条关于“除基于法律发生其他效果外,违反法律禁止规定的法律行为无效”中的“法律”包含一切法律规范;我国台湾地区“民法”第71条规定:“法律行为,违反强制或禁止之规定者,无效。但其规定并不以之为无效者,不在此限。”

[26] 耿林:《强制规范与合同效力——以合同法第52条第5项为中心》,中国民主法制出版社2009年版,第313页。

[27] 见前注[14],崔建远书,第328页。

[28] 王利明:《关于合同无效确认的若干问题》,载《法制与社会发展》2002年第5期;孙鹏:《论违反强制性规则行为之效力》,载《法商研究》2006年第5期。

民与市民之间私相流转无疑是当前的国家政策,其要维护的公共利益一为保护耕地,<sup>[29]</sup>二为保护农民的基本居住权。<sup>[30]</sup> 尽管关于该手段的合理性与有效性始终存有争议,<sup>[31]</sup>但司法者应当考虑的并非何种手段更为合理,而是衡量政策的规范利益与合同利益哪一方更为优先,进而确定合同的效力。<sup>[32]</sup> 宅基地小产权房并不直接涉及耕地,但耕地保护是与保护农民基本居住权结合在一起考虑的。国家对宅基地小产权房流转的实质担忧是:由于农民在转让房屋后居无定所,生存权可能受到威胁,农民在生存困难的情况下,势必重新申请或强占农地作为宅基地,从而危及耕地保护,进而威胁国家的粮食安全、社会安定。<sup>[33]</sup> 全国人大法工委就指出,我国地少人多,必须实行最严格的土地管理制度。目前,我国农村社会保障体系尚未全面建立,宅基地使用权是农民生活保障和安身立命之本,农民一旦失去住房及其宅基地,就会丧失基本生存条件,影响社会稳定。<sup>[34]</sup> 我们固然可以说,农民出卖宅基地后,只要不再向其分配新宅基地就可以守住耕地红线,但在农民无处容身而农村住房保障又尚未建立的情况下,政府是不可能真的放任流民无家可归的,此时法律的逻辑恐怕不得不服从于政治的逻辑。保护耕地和保护农民基本人权,显然属于社会公共利益,禁止小产权房交易对于实现这些规范利益而言,虽然不一定是最佳手段,但还是基本满足均衡性、适合性、必要性标准的,<sup>[35]</sup>司法应当尊重。

合同利益中最主要的就是合同自由,这是私法自治精神的要求。在判断小产权房买卖合同的效力问题上,核心就是衡量规范利益与合同利益孰轻孰重。若规范利益优先于合同利益,则应认定合同无效,反之则应肯定合同效力。有学者指出,这两种利益不一定非要“你死我活”,可以一面肯定合同效力,一面对当事人处以公法上的惩罚。<sup>[36]</sup> 但如此势必会导致规范利益大打折扣,因为现实中的大多数小产权房买卖是相安无事的,<sup>[37]</sup>国家不可能去逐一排查,公法制裁与合同无效相比,后者借助的是私人执法,无论是在成本还是在效果上,都是更有效率的。虽然认定合同无效会牺牲一定的合同自由,但对于善意当事人,可以借助其他方式(如损害赔偿)予以救济,而对于“明知不可为而为之”的当事人,其对合同有效的期待恐怕并不那么值得保护。

综上,小产权房买卖合同损害公共利益,而且该公共利益在保护价值上优先于合同利益,合同当属无效。

以下理由能够进一步强化上述结论:其一,《民法通则》第6条规定:“法律对民事活动无明确

<sup>[29]</sup> 国务院规章都将小产权房买卖与耕地保护相提并论,立法意图十分明显;另可参见张雅淳:《“小产权房”法律问题刍议》,载《云南大学学报(法学版)》2008年第2期。

<sup>[30]</sup> 见前注[13],胡康生书,第339~340页;万金湖:《论农村房屋买卖及宅基地法律规定》,载《湖南商学院学报》2006年第4期。

<sup>[31]</sup> 支持的观点可参见:前注[16],孟勤国文;贺雪峰:《地权的逻辑:中国农村土地制度向何处去》,中国政法大学出版社2010年版;反对的观点可参见:周其仁:《农地产权与征地制度》,载《经济学》2004年第1期;蒋晓玲等:《农村土地使用权流转法律问题研究》,法律出版社2011年版。

<sup>[32]</sup> See Westphal, Thomas, Zivilrechtliche Vertragsnichtigkeit, S. 84, 85. 转引自前注[26],耿林书,第207~208页。

<sup>[33]</sup> 鲁晓明:《论小产权房流转》,载《法学杂志》2010年第5期。

<sup>[34]</sup> 见前注[13],胡康生书,第339~340页。

<sup>[35]</sup> 此乃日本学者三本晋三提出的标准,与德国的“最小工具原则”有异曲同工之妙,参见解亘:《论违反强制性规定契约之效力》,载《中外法学》2003年第1期;刘凯湘、夏小雄:《论违反强制性规范的合同效力》,载《中国法学》2011年第1期。

<sup>[36]</sup> 见前注[22],陈耀东、吴彬文。

<sup>[37]</sup> 例如,根据北京法院的调研,进入司法程序的纠纷其实远不足整个北京农村房屋买卖交易行为总量的10%。参见前注[3],《北京法院调研报告大胆允许农村房屋产权流转》。



规定的,应当遵守国家政策。”“国家政策”的含义十分模糊,不能笼统地说违反国家政策的合同一律无效,但禁止小产权房买卖不仅属于国家政策,而且关乎公共利益。其二,《物权法》第153条规定“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”。由于《物权法》在引致条款中大量使用了“法律、行政法规”的表述,<sup>[38]</sup>若将“国家有关规定”解释为仅指行政法规显然不符合立法用语应保持一致的逻辑,应当认为其还包括国务院规章,否则本条就与《合同法》第52条第5项构成了同义反复。从《物权法》草案四易其稿的艰难过程来看,立法机关显然不仅仅意在重申《合同法》的精神,而是特意为宅基地流转问题设置例外。其三,《土地管理法》虽未明确禁止宅基地对外转让,但从其严格限制集体土地流转、强调宅基地作为依托农民身份的福利性保障的立法精神来看,<sup>[39]</sup>国务院规章与其立法目的并不冲突。

综上,小产权房买卖合同因损害公共利益、违反国家政策而无效。这基本上可以妥当处理尚未履行完毕的合同,但是对于已经履行完毕的合同,有必要讨论“恶意抗辩”对合同效力的影响。

恶意抗辩是指,当事人明知将要签订的合同存在无效原因而依然缔约,在合同履行完毕之后,他发现合同有效于己不利,便请求确认合同无效。按照诚实信用原则,法院不应一概支持当事人的主张,以防止恶意之人因主张合同无效而获得大于合同有效时的利益。<sup>[40]</sup>基于此种考虑,日本的“履行阶段论”就认为,违反法律禁令的合同在履行后一律有效、履行前一律无效,以避免出现“法内部的自我矛盾”。<sup>[41]</sup>但是这一标准显然过于简单粗糙,因此有必要考量更多因素,其中最核心的一点就是——在合同已经履行完毕后,坚持合同无效能否在其他方面促成立法目的的达成?<sup>[42]</sup>对这一问题显然无法给出绝对答案,只能根据不同的禁令做具体分析。如果民法上的无效后果对于预防人们从事禁止性行为不起作用,那么就应当认为法律禁令一旦被违反,禁令的无效性后果也就不复存在,只能转而考虑适用其他制裁手段。以德国的《商店关门法》为例,该法禁止人们在商店关门后从事交易活动,然而一旦人们违反了该法且已履行完毕,禁令的预防目的就完全失效了。因为双方是将买卖合同作为即时结清的交易履行的,任何一方都不希望相互返还。相反,如果某行为在民法上无效能够产生威慑作用,那么就应当认为合同始终无效。以打黑工为例,虽然双方通常对于黑工合同的履行及报酬支付达成了合意,但是由于黑工合同属继续性合同,与商店关门后从事即时结清的买卖行为不同,黑工合同在民法上无效能够产生事前的威慑作用。既然黑工合同无效,打黑工者就知道他不能诉请支付报酬,反过来,委托人也必然会担心他不能实现价格担保权和瑕疵举报权。因此,德国联邦最高法院和学界通说认为,黑工合同始终无效。<sup>[43]</sup>

小产权房买卖合同显然更接近黑工合同。如果法律认定合同无效,买方就知道房屋可能随时被卖方收回,而且自己很可能得不到充分补偿;卖方也知道其不能诉请支付合同价款。此种对交易双方特别是买方(卖方至少可以通过要求“一手交钱一手交房”来保护自己)明显不利的后果可以产生事前激励,大大减弱买方购买小产权房的动力,从而实现国家禁止小产权房买卖的规制目的。这一规则固然在客观上可能产生“优待”恶意当事人(主要是卖方)的后果,但无效性的预防作

[38] 参见《物权法》第10条第2款、第12条第1款、第55条、第61条、第62条、第68条、第137条第2款、第149条第2款、第180条第1款、第184条、第209条、第223条、第246条。

[39] 王卫国、王广华主编:《中国土地权利的法制建设》,中国政法大学出版社2002年版,第142、144页。

[40] 见前注[14],崔建远书,第261页。

[41] 见前注[35]。

[42] [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,法律出版社2000年版,第484页。

[43] 见前注[42],迪特尔·梅迪库斯书,第484~486页。

用,恰恰体现在人们不能够主张被禁止的约定这一事实上:不承认对待给付请求权,恰恰能够对非法的经济行为构成一种有意义的制裁。<sup>[44]</sup>

## (二) 损害赔偿

### 1. 类型甲: 买卖双方均明知标的为小产权房

因双方事前均明知存在合同无效事由,因此双方对合同的生效和履行并无合理期待,原则上不发生损害赔偿问题。合同无效后,双方直接依不当得利规则相互返还即可:卖方返还购房款及利息,买方返还房屋及占有使用收益;如果存在因买方的装修改建而致使房屋升值的情形,卖方亦应返还装修改建费用。

### 2. 类型乙: 卖方明知,买方因过错不知标的为小产权房

根据《合同法》第 58 条,合同无效后,除发生双方返还之外,当事人还应承担与其过错相当的损失。卖方明知标的为小产权房而仍然出卖,过错程度更大;买方未尽到合理的注意义务,也有一定过错。本文认为,此种情形下买方的信赖利益应当有所限制,原则上应限定为买方为缔结和履行合同而实际支出的直接费用损失,而不应包括机会损失,因为买方原本就不应产生缔结合同从而享有收益的期待,其因轻信而发生的损失不能得到赔偿。北京二中院在宋庄画家村案中认为:“房屋及土地在签订买卖合同时的价值与确认合同无效时的差价应当可以认定为出卖人的受益之处,也可以认定为买受人的信赖利益损失。”<sup>[45]</sup>这种将机会损失一并赔偿的做法,对有过错的买方过分优待。

### 3. 类型丙: 卖方明知,买方非因过错而不知标的为小产权房

在合同无效的框架下,这类案件最为棘手。买方对合同无效不存在过错,其合理信赖值得保护。买方的信赖利益损失包括直接损失和机会损失,但机会损失如何计算,并没有统一的标准。有学者指出,由于对机会损失进行计算非常困难,这可以证成直接判决赔偿履行利益的价值是填补这类损失的最有效途径。<sup>[46]</sup>比较法上,瑞士《债法典》第 26 条明确承认法官享有增加赔偿直至达到与履行利益相当的裁量权,只要这么做“符合公平”。美国《合同法重述(第二版)》也承认法官享有决定损害赔偿额的自由裁量权,只要“正义要求如此”。<sup>[47]</sup>本文认为,损害赔偿数额取决于个案的具体情事,在方法上,对于类型丙中无过错的买方,可以考虑以履行利益来计算信赖利益的机会损失。不过,若采纳履行利益的计算标准,那么其他直接损失就不应列入赔偿范围,否则会导致买方双重获利。<sup>[48]</sup>

总体而言,方案 B 更为优待卖方,卖方可以通过要求确认合同无效而随时取回房屋,买方则不仅要承受随时会失去房屋的不确定性,而且因其往往有与有过错,以及机会损失计算的困难,很难获得充分的赔偿。

## 四、方案比较及结论

方案 A 和方案 B 在法解释上都有成立的空间,两方案在处理结果上的对比如下:

[44] 见前注[42],迪特尔·梅迪库斯书,第 491 页。

[45] 京高法发[2004]391 号。

[46] [美] L. L. 富勒等:《合同损害赔偿中的信赖利益》,中国法制出版社 2004 年版,第 17~18 页。

[47] “The interests described in this Section are not inflexible limits on relief and in situations in which a court grants such relief as justice required, the relief may not correspond precisely to any of these interests.” See Restatement (Second) of Contracts § 344 (1979).

[48] 王培韧:《缔约过失责任研究》,人民法院出版社 2004 年版,第 183 页。

类型	方案 A		方案 B	
	买 方	卖 方	买 方	卖 方
甲	不起诉,独享拆迁补偿款。 若卖方要求不当得利返还,买方 可要求卖方承担违约责任或解 除合同,但无权获得损害赔偿。	无权摆脱合同约 束,但可基于所有 权人身份享有拆 迁补偿款,可请求 买方返还不当 得利。	不起诉,独享拆迁补偿款。 若卖方要求确认合同无效,合 同无效后双方返还,无权获得 损害赔偿。	确认合同无效。
乙	① 撤销合同,要求赔偿信赖利益 损失(限于直接损失),但因与有 过失,不能获得完全赔偿。 ② 解除合同,损害赔偿同上。 ③ 维持合同效力,要求卖方承担 违约责任赔偿履行利益损失,不 能获得完全赔偿。	无请求权,可以以 买方与有过失 抗辩。	确认合同无效; 要求卖方承担缔约过失责任, 赔偿信赖利益(限于直接损 失),不能获得完全赔偿。	确认合同无效, 无权请求损害 赔偿,可以以买 方与有过失 抗辩。
丙	① 撤销或解除合同,要求卖方承 担缔约过失责任,赔偿信赖利益损 失(包括直接损失和机会损失); ② 要求卖方承担违约责任,赔偿 履行利益损失。	无 请 求 权 和 抗 辩权。	确认合同无效; 要求卖方赔偿信赖利益损失 (包括直接损失和机会损失)。	确认合同无效。

为统一执法标准,法院应当选择并坚持一种处理方案。从博弈的角度看,无论法院选择哪一种方案,理性主体都可以重新达成利益平衡,法院不可能仅依靠其对案件的处理完全实现国家的规制目标。但也没必要为此过分忧虑,司法原本也不是实现国家目标的唯一手段,甚至不一定是最重要的手段。对法院来说,所应做的只是选择一个更优方案并将其付诸实施,保证司法的确定性和一致性。

对于方案 A 和方案 B 的优劣比较,可以从以下方面考虑。

首先,方案 B 更有利于实现规制目标。方案 A 主要是遏制农民卖的动力,方案 B 则是遏制市民买的动力,两相比较,遏制买的动力更有利于减少小产权房交易。对于农民来说,其通过出卖房屋可以获得急需的现金流,即便知道自己未来可能要承受不利后果,但出于人性的“乐观偏见”,眼前实在的现金流仍然是有吸引力的,甚至是必需的,因此在方案 A 下,其仍有很强的动力出卖房屋。在方案 B 下,买方买到的房屋随时可能被卖方收回,而且收回后他很可能只能拿回当初的购房款,远远不足以弥补房屋增值的损失,也无法再用该笔款项购得类似条件的房屋。买方最多能够通过压低价格来保护自己,但这样做的效果仍然有限,因为买方不可能预见到市场价格的走势,更不可能预测是否以及何时会发生征收,所以也就无法预知卖方是否以及何时会反悔。事前协商的过程必然困难重重,最终确定的价格也不一定有效率。因此,买方一定会更加慎重。此外,买方的住房需求不一定非要通过购买小产权房来实现,其还可以选择租赁等合法安全的方式,这可能是更为合理的解决方法。

其次,方案 B 对于法院是更“安全”的选择。中央政府一再重申禁止小产权房买卖的立场,法院若认定合同有效,即便不能实际履行,也无疑是一种“不和谐”的声音,会让社会公众觉得法院与政府的立场不一致,甚至可能引发政府的不满乃至干预。如果法院认定买卖合同有效,可能会激励买受人纷纷提起诉讼要求确认合同效力,以法院的生效判决作为与出卖人和政府博弈的筹码,这相当于是将法院拉入了小产权房的“角斗场”,不仅政府不乐见,法院自身也不愿意“蹚这趟浑

水”,更不用说这将大大增加法院的工作量和工作难度。既然方案 A 和方案 B 都是为了实现国家的规制目的,选择至少看起来与政府态度更协调的方案 B 可能对法院更为有利。<sup>[49]</sup> 认定合同无效固然也可能刺激一些卖方提起诉讼,但可以制约众多潜在的小产权房买受人,发挥司法应有的导向作用。<sup>[50]</sup>

再次,在政策修改之前,法院若认定小产权房买卖合同有效,将在民众中形成“守规则的人吃亏”的负面认识,必然有损政府威望和公信力。<sup>[51]</sup> 虽然中央政府明令禁止小产权房在农民与市民之间流转,但如果法院认定买卖合同有效,买方即便仍难以获得征收补偿款,<sup>[52]</sup> 但至少可以获得一个无固定期限(甚至可能是永久的)的占有使用权,乃至一定的收益权(如将小产权房再出租)。相比于其为购房所支付的价款,这一收益很可能是相当可观的。若此,客观上就会造成“守法”市民与“违法”市民之间的不平等。违法者获益,守法者吃亏,这显然不是一个应当追求的司法后果。

最后,就法院处理的难度而言,方案 B 也更加简便。根据前文分析,方案 A 解决的典型案例是类型丙,从丙到甲需要在损害赔偿数额上做减法;方案 B 解决的典型案例是类型甲,从甲到丙需要在损害赔偿数额上做加法。实践中,类型甲的案例占主流,因此对于大多数的案件来说,结果应当是双方各担损失,互不赔偿。在方案 A 的框架下,通常的后果是赔偿履行利益,要得到互不赔偿的结果需要经过相当的解释和计算。反之,若采纳方案 B,合同无效后相互返还、恢复原状就能比较容易地解决大多数案件。从减轻法院的工作量的角度来说,方案 B 显然是更优的选择。

综上,在不考虑规制目标本身合理性的前提下,对于法院解决小产权房买卖合同纠纷,从便利司法、清晰规则的角度,方案 B 即“合同无效+损害赔偿”的司法处理方式是更优的选择。

(责任编辑:顾祝轩)

---

[49] 杜健婷:《小产权房买卖法律问题研究》,吉林大学 2008 年硕士学位论文。

[50] 参见前注[20],戴孟勇文。

[51] 刘江涛等:《小产权房的影响、产生根源与整治对策初探》,载《中国房地产金融》2008 年第 3 期。

[52] 实践中许多法院将大部分拆迁补偿款分配给了买方,买方几乎得到了与普通房屋买卖合同相当的保护。