

开发权视角下的小产权房及其处理

——以深圳经验为例

李凤章*

目次

- 一、小产权房的成因：国家否定农民土地的开发权
- 二、“否定开发权”之本质与危害
 - (一) 否定开发权非源于土地规划
 - (二) 否定农民土地开发权本质上是身份歧视
 - (三) 否定农民土地开发权的危害：制造城市化的“他者”
- 三、理性违法下的制度僵局
 - (一) 深圳小产权房的违法抢建
 - (二) 小产权房促进了城市包容
 - (三) 拒绝小产权房合法化将导致制度僵局
- 四、正式产权对非正式产权的“包容”和“吸纳”
 - (一) 源于实践的非正式产权
 - (二) 转型期的社会发展：正式产权对非正式产权的包容与吸纳
- 五、小产权房“转正”的深圳路径
 - (一) 针对农民个人的改革措施
 - (二) 针对农民集体的改革措施
- 结语

摘要 否定农民土地的开发权,使农民丧失了分享城市化进程中土地增值的机会,农民成为排斥性城市化过程中的“他者”。在比较法的视野中,这一开发权的缺乏更彰显对农民利益保护的不利。而且,基于否定农民土地开发权的交易禁止,也排斥了外地移民的融入。在未取得开发权的背景下,深圳原农民及其集体建造了大量的违章建筑即小产权房,通过对小产权房的交易,这些原农民及其集体获得了大量收益,也促进了外地移民的融入。小产权作为一种非正式产权,长期不为立法承认,带

* 上海大学法学院教授、法学博士。本文为教育部规划项目《农村建设用地使用权出让法律制度研究》(编号 12YJA820032)和浦江人才项目《城乡土地并轨法律制度研究》(编号 13PJC063)的阶段性成果。

来了严重的不利后果。深圳通过将土地国有化,原集体土地上的财产权利转化为国有土地使用权,并通过罚款的方式追授土地开发权,实现了集体土地和国有土地权利的并轨,为小产权房的解决和城乡土地并轨提供了一个有益的借鉴,实现了城镇化模式从排斥到包容的转变。

关键词 违章建筑 开发权 土地

小产权房问题,是困扰中国多年的沉痾,国家年年治理,但小产权房的数量却与日俱增。^{〔1〕}据统计,小产权房约占北京市场楼盘总量的 20% 左右。在深圳,违法建筑^{〔2〕}约占住房总建筑面积的 49%。在成都市,“小产权房”已经占到了整个成都商品房市场的 30% 左右。在太原,“小产权房”数量大约占在售楼盘总量的 20% 以上。^{〔3〕}小产权房,其形成的制度根源在哪里,化解的途径是什么?本文以深圳为样本,在实地调研基础上,分析小产权房的制度成因、这一成因的本质、后果以及化解的路径,希望进而找到可供复制推广的经验。

一、小产权房的成因:国家否定 农民土地的开发权

所谓小产权房,是指农民个人或农民集体在原有农村土地上违法开发建设或者违法对外销售的房屋。其产权之所以“小”,不被国家法所承认,原因在于两点:一是违法建设,二是违法销售给集体外人员。

《中华人民共和国土地管理法》(以下简称《土地管理法》)第 43 条规定:“任何单位和个人进行建设,需要使用土地的,必须依法申请使用国有土地;但是,兴办乡镇企业和村民建设住宅经依法批准使用本集体经济组织农民集体所有的土地的,或者乡(镇)村公共设施和公益事业建设经依法批准使用农民集体所有的土地的除外。”该法第 63 条规定:“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……。”可见,农村土地的使用局限于农业用地和集体成员自身为农业生产生活需要的低密度建设。从事高密度的房地产开发,包括农民集体、农民个人自行开发以及将土地使用权出让或者转让给集体外人员开发或者共同开发,显然不属于农业自身需要,因此被排除在农民土地权利之外。此为农民对土地不具备开发权的实证法规定。

农民土地开发权的欠缺,也可以通过其他制度考察获得验证。首先,国土资源部《确定土地所有权和使用权若干规定》第 4 条规定:“依据 1950 年《中华人民共和国土地改革法》及有关规定,凡当时没有将土地所有权分配给农民的土地属于国家所有;实施 1962 年《农村人民公社工作条例修正草案》未划入农民集体范围内的土地属于国家所有。”可见,凡是没有明确给集体的,都属国家所

〔1〕 早在 2007 年,《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)就特别提出了“城镇居民不得到农村购买宅基地、农民住宅或‘小产权房’”。2013 年,国土资源部办公厅、住房和城乡建设部办公厅又发出《关于坚决遏制违法建设、销售“小产权房”的紧急通知》。

〔2〕 此处违法建筑也主要指的是农民或农民集体违反规划擅自超高建设的房屋。因为深圳在建市之初,是一个小渔村,大部分土地都是农地。

〔3〕 参见梁爽:《根治“小产权房”需制度创新》,载《城乡建设》2015 年第 4 期。

有,国家是剩余权利的享有者。^{〔4〕}

其次,由于土地所有权被消灭了财产属性,我国土地财产权的再造在国有土地上是通过出让合同实现的。土地出让,不仅是土地使用权的出让,而且包括了开发权的出让。在出让合同中,往往规定土地建设的开发密度和容积率等,这一规划条件其实是开发权的授予。因此,出让成为开发权授予的基本方式。开发权的内容来源于出让合同的具体规定,开发权的变更也依赖于合同的变更。所以,即使土地分区规划改变了某一宗地的土地用途,并不意味着该宗土地开发权随之改变。而只有在有关出让合同关于土地利用条件的规定改变之后,土地开发权的内容才能相应改变。例如,《城镇国有土地使用权出让转让暂行条例》第18条规定:“土地使用者需要改变土地使用权出让合同规定的土地用途的,……应当重新签订土地使用权出让合同,调整土地使用权出让金。”而农民的土地权利,却从未被纳入过出让体系,其开发权当然无从授予。

最后,考察我国集体土地所有权的形成史,也足以发现,集体土地所有权只不过是国家对于农村资源进行攫取而建立的权力管道,本身是否定原有土地财产权的结果,而非建立财产权的结果,是以“空权利”来“反权利”。^{〔5〕}基于这种历史的理解,集体土地所有权本身实际上是一种不彻底的国有化,相对于国家,集体的权利是极为有限的。在集体土地所有权本身的权能,包括基本的处分权能都受到严格限制的情况下,适合现代经济发展和对土地高密度利用的开发权很难设想属于集体。

具体到深圳,早在1992年,深圳市政府就发布了《关于深圳经济特区农村城市化的暂行规定》,宣布对辖区内的土地国有化。但实际上,对原村民或者集体已经建成的房屋和占有的土地,国家并没有进行征收和拆迁,相反,继续保留并承认了其产权。该《暂行规定》第10条规定:“……原村民在政府划定的宅基地上合法建筑的房产,转为居民后,其产权不变……”现在,有将近100平方公里以上的土地仍然被农村集体^{〔6〕}和村民实际占有。这些村民和集体,对于其继续占有、保留的土地,仍然拥有权利,并可兴建地上建筑。虽然这种土地权利的性质或类型是什么并不清楚,但在开发权方面却依然秉承了土地管理法对农民土地的限制。根据《深圳市原村民非商品住宅建设暂行办法》(深府[2006]105号文)之四(一),原村民居住用地的基底面积不超过100平方米,住宅建筑面积不得超过480平方米;符合原农村宅基地或者非农建设用地标准的停止施工的建筑物,建筑面积超过480平方米的必须按现有高度封顶,不得加建;已建建筑面积超过480平方米的,按照有关法律、法规规定予以罚款、没收或者限期拆除。可见,480平方米是原有集体建设用地上建筑的最大面积,农民建房的层数也就意味着一般不突破5层。凡超过这一规定的,政府不予批准,农民擅自突破,就变成了违章建筑。在市场上就被称为小产权房。^{〔7〕}

〔4〕 虽然《宪法》第10条和《土地管理法》第8条都规定,农村和城市郊区的土地,除由法律规定属于国家所有的以外,属于农民集体所有。似乎在农村和城市郊区,有关规定不明时的土地剩余权利归属于集体,但实际上由于有“城市土地属于国有”这一条,通过对城市的逐步扩大解释,国家就可以不断地压缩农民集体的土地范围。这一逻辑更直接导致了《土地管理法实施细则》第2条第4款的规定,即凡依法不属于集体所有的各类土地,均属于国有。换言之,农民需证明自己的土地权利,否则就是国家所有。

〔5〕 参见李凤章:《通过空权利来反权利——集体土地所有权的本质及其变革》,载《法制与社会发展》2010年第5期。

〔6〕 深圳土地国有化后,原来的村集体大多改制为村股份有限公司,但只是换汤不换药。村民成了股东,村委会成了董事会而已,并不是现代意义上的开放性股份有限公司。

〔7〕 当然,此处违章建筑只局限于未经授权而擅自开发的情形,并不包括其他违反建筑安全、消防等法规所形成的违章建筑。

二、“否定开发权”之本质与危害

(一) 否定开发权非源于土地规划

论者常常因土地所有权负有义务或者说现代规划制度的实施而认同农民土地开发权的欠缺。固然,随着城市建设的日新月异,利用土地分区等规划制度对土地利用进行限制是世界通行做法。但这一限制,并没有取消土地的开发权。土地所有权人依然可以通过开发权的享有分享土地从农地变为建设用地,或者建设用地增加建设密度而带来的土地增值。即使为了公共目的,例如环境保护、资源保护等限制土地所有权人对土地的利用,也并不剥夺土地所有权人的开发权,土地所有权人只是不得在被限制的土地上进行开发,仍然可以通过开发权征收、开发权转让等获得相应的货币补偿。规划禁止开发,导致的结果是土地在事实上不得被用于规划之外的用途,并不意味着土地开发权利的被否定。相反,其开发权会因为开发限制获得的补偿而得以彰显。无论是英美法系还是大陆法系,此一点均可获得证明。

首先是国家在禁止开发时对开发权人的补偿。在美国,如果是为了防范对他人或者公共利益造成损害所必需,则根据普通法,在对用途的立法管制造成土地价值降低时,不需要对土地所有权人承担法律责任。任何人土地财产の利用,不得对他人或者公共利益造成损害或者妨害。如果某人的土地利用构成了对他人的 trespass 或者 nuisance,则当然法律可以禁止。“仅仅禁止财产被用于已经为立法所宣布为对社区的健康、道德和安全有害的活动,在任何意义上都不能被认为是为了公共利益而对某一财产的征收。这些立法并没有妨碍为合法目的对财产的控制和利用,也没有限制处分它的权利;而只是由州法宣布,任何人为了被禁止的目的利用该土地都是对公共利益的一种损害。”〔8〕“行使警察权,拆毁本身构成公共妨害的不动产,或者禁止其以某特定方式加以使用,尽管会减损其价值,这和为公共利益征收该财产,或者未经正当程序征收该财产是极不相同的。前者,属于对妨害的禁止;后者属于并无违法的财产被从无辜的所有者手中征收。”〔9〕但是,如果在普通法上,土地所有权人的土地利用,并不会构成 nuisance,那么,分区规划对其用途的管制,如果导致了土地价值的降低,则政府必须给予相应的补偿。其制度的基本精神在于:“禁止政府强制部分人承担根据公正和正义,应该由公众作为整体承担的公共负担。”〔10〕

在用途管制及补偿方面,美国主要有两种制度:一是通过对土地所有权人土地开发权的限制并支付补偿,政府取得对该土地的保护性地役权。所谓保护性地役权,按照美国统一资源保护地役权法案,是指持有人对土地上的一种非占有利益,这种地役权,将土地利用的限制或者确定的义务强加到供役地之上,其目的包括保持或保护土地的自然、风景或者空间价值,确保它能够为农业、森林、休闲或者空旷之用,以及保护自然资源、维持或提高空气和水源质量,或者保护不动产的历史、建筑考古或者文化方面的价值,等等。〔11〕对于这类地役权,持有人应该对提供限制的土地给予补偿。在 *Attorney General v. Williams* 一案中,马萨诸塞州颁布了一个法律,将靠近波士顿 Copley 广场的新建筑物的高度限制为不超过 100 英尺,大约 7、8 层楼高,并且要求波士顿对任何

〔8〕 See *Mugler v. Kansas*, 123 U. S. 623 (1887).

〔9〕 Ibid.

〔10〕 See *Armstrong v. United States*, 364 U. S. 40 (1960).

〔11〕 See National Conference of Commissioners on Uniform State laws, Uniform Conservation Easement Act, www.cals.ncsu.edu/wq/lpn/PDFDocuments/uniform.pdf.

因此遭受损失的人给予补偿。司法部长代表政府提出诉状,要求阻止被告对该高度限制的违反。被告则提出抗辩。法官认为,作为警察权的行使,为了大众的安全、舒适、便利以及财产权人的整体利益,立法常常设定关于城市中建筑高度和建筑类型的规制,这符合根据国家的终极所有权对财产进行征收的宪法要求。只是政府在这里获得的权利本质上是根据法律创设并且附着于公园的地役权。^[12] 此谓开发权受限制时,视为在被限制土地上设定了地役权,并且对被限制的土地所有权人予以相应补偿。

除了地役权的法定设立及补偿外,美国还有管制性征收制度。霍姆斯在 1922 年的 *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon* 案^[13]中写道:“至少一般的规则是,虽然财产可以在一定程度上被管制,但是如果这种管制走得太远,就会被认定为一种征收。”尽管是否构成管制性征收,主要是个案判断,很难给出具体而统一的标准,但一般说来,有两个重要的条件可供参考:一是剥夺了经济上的可行用途,二是附加了不合理的条件。“当不动产所有权人被迫牺牲其所有经济利益用途为公共福利服务时,他的财产就被征收了。”^[14] 此谓开发权被剥夺时视为征收,须予补偿。

当然,管制性征收意味着政府必须对土地所有权人因用途管制遭受的损失给予补偿,政府常常不堪重负。为此,政府更多地倾向允许土地所有权人转让开发权(TDR),一方面实现对土地用途的限制,另一方面,土地所有权人又可以通过在市场上交易开发权,而从受让人那里获得用途管制的补偿。截止到 2002 年,美国 34 个州共实施了 142 个土地开发权移转项目。^[15] 依照适用对象的不同,美国土地开发权移转项目主要可以区分为三类:(1) 为保护特殊公用设施和特殊建筑物而设定;(2) 为保护农用地或环境敏感区域而设定,如海岸、湿地等;(3) 为满足土地利用规划的需要而设定。

大陆法系国家和地区,尽管在理论上缺乏开发权这样的权利类型化表述,但其制度结果是类似的。例如对被限制土地用途的权利人进行补偿,德国同样做得很好。虽然为保障城镇建设规划的实现,政府可发布建筑变更冻结的命令,即在一定期限内禁止为建筑上的改变。若建筑冻结期不超过 4 年,则该冻结构成所涉及之土地所有权上所负担的社会约束,所有权人必须容忍,且不获任何赔偿。但如该冻结期限较长,以及依据城镇规划而对所有权产生某种限制时,则对所有权人应进行赔偿。^[16] 在保护自然环境、限制土地开发方面,“自然保护行政机关所采取的对所有权的干预措施,有可能是如此地强烈,以至于所有权之存在,仅徒有虚名(亦仅为裸权),故而,此时成立应进行赔偿的征收。”^[17] 德国《飞机噪音防治法》第 8 条规定,对具有征收性质的建筑禁止,应负担损害赔偿义务。^[18] 我国台湾地区 1996 年新修订了“国土综合开发计划”,将全岛土地划分为“限制发展地区”和“可发展地区”。其中,“可发展地区”是经主管当局授权准许由开发者变更使用,并提供开发区内公共设施,缴交“回馈金”的土地区域。“限制发展地区”是指与特定“可发展地区”对应的因让渡发展权指标而受到开发限制的区域,根据受限程度所对应的补偿标准对丧失的特定价

[12] *Attorney General v. Williams*, 174, Mass., 478(1899).

[13] *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, 260 U. S. 393(1922).

[14] *Ibid.*

[15] See Rick Pruetz, *Beyond Takings and Givings: Saving Natural Areas, Farmland and Historic Landmarks with Transfer of Development Rights and Density Transfer Charges* (Marina Del Rey: Arje Press, 2003), p. 35.

[16] 参见[德] 鲍尔·施蒂尔纳:《德国物权法》(上册),张双根译,法律出版社 2004 年版,第 568 页。

[17] 见前注[16],鲍尔·施蒂尔纳书,第 573 页。

[18] 参见前注[16],鲍尔·施蒂尔纳书,第 575 页。

值发展权进行评估并获得相应补偿。^[19] 而之所以“限制发展地区”能够因为发展限制而获得补偿,本身恰就是土地所有权人固有的开发权受到承认和保护的结果。只不过与英美法系不同,其开发权并非独立的权利类型,而是内含于所有权的权能。

所以,规划限制和土地所有权负有义务,并不能论证否定农民土地开发权的正当性。规划禁止的是事实上的开发行为,而农民固有的开发权却可以通过国家的征收补偿乃至通过市场上的开发权交易而得以彰显并实现其价值。

(二) 否定农民土地开发权本质上是身份歧视

我国对农民土地开发权的否定,和土地规划利用无关,只是对农民的一种歧视性限制。因为,同一宗土地,禁止农民集体以及农民个人开发,但是,国家征收后再出让给开发商,却允许开发。可见,禁止开发,不是因为土地本身的分区,而是因为其是农民所有。显然,这违反了公平原则。因为,“土地管制的实施原则是,相类似位置的土地相邻者,其应该受到同等的对待”。^[20] “某一特定利用方式一直被相似位置的土地所有权人利用的事实,一般来说也就意味着缺乏普通法上的利用禁止。如果其他类似位置的土地所有权人可以如此利用,那么,政府也就没有理由单独要求这一所有权人不得利用。”^[21] 否则,就是违反了平等原则,就是对土地所有权人的特别歧视。其目的也就无法构成公共利益。“如果政府对某一土地的开发强度进行禁止,但此后政府却意图征收该土地,并且将之出售给随后的开发者,而该开发者却可以以更高密度开发时,此前的开发强度的禁止,其制度设计的唯一目的,就是为了减少政府征收土地的成本,从而增加土地出售或出让的利润。”^[22] 当地方政府为了“减少他计划征收的土地价值”这一唯一目的而限制土地用途时,法院会认为,这是以一种独断而无常的方式来增加政府收入,因此,会否认其用途限制的效力。^[23] *Riggs v. Township of Long Beach* ^[24] 就是一个典型案例。1977年,Riggs 申请将他的海滩地分为四宗,这和规划是符合的,该规划允许 5 000 平方英尺的宗地。镇政府建议所有权人说,他准备取得这块地作为公共空间,因此,不批准这一申请。在实质上已经迟延之后,镇政府发出要约,以 234 500 美元的价格,即 1978 年的评估价格来购买该宗土地,谈判缓慢进行了好几年,新的估价大约为 400 000 美元。这两个估价,都是按照四宗土地的规划来评估的。镇长问是否能将增加的 160 000 美元捐献给镇,从而使得镇可以将购买的成本保持在 1978 年的水平上,遭到 Riggs 的拒绝,谈判破裂。随后,镇政府改变了土地规划,将每宗土地的最小面积提高到 10 000 平方英尺,以至于将 Riggs 的宗地数降为 2 宗。由于镇已经取得了该地区的所有其他土地,这一改变所适用的只有 Riggs 一个人,尽管镇政府宣称,分区规划拓展了公共空间,控制了人口密度,阻止了市区分散和环境的恶化,但是新泽西最高法院发现该条例的唯一目的是允许镇政府更加便宜地购买该土地,并不能实现有效的规划目的。因此,法院否定了对该土地用途的限制。

对照下来,我国一方面禁止农民开发土地,将农村土地的使用局限于农业生产和与之配套的生活设施,禁止其更高密度开发,从而补偿数额被局限于原有的农业产值和低层的建筑价值。另

[19] 金俭、吕翮:《论台湾土地开发许可制及其对大陆地区的启示》,载《湖南师范大学社会科学学报》2013 年第 3 期。

[20] See Robert C. Ellickson & Vicki L. Been, *Land Use Controls: Cases and Materials*, 2nd ed. (New York: Aspen Law and Business, 2000), p. 148.

[21] See Robert C. Ellickson & Vicki L. Been, *supra* note [20], at 205.

[22] See Robert C. Ellickson & Vicki L. Been, *supra* note [20], at 148.

[23] See Robert C. Ellickson & Vicki L. Been, *supra* note [20], at 148.

[24] *Riggs v. Long Beach Township.*, 538 A.2d 808 (N. J. 1988).

一方面,同一宗土地,在国家出让给开发商后,却又通过开发权的赋予,使得土地价值大幅提升,国家为此获得了巨额的土地出让金。可见,我国否定农民对其土地的开发权,显然与土地利用无关,而只不过是降低了补偿标准,以便国家通过垄断土地出让,获取高额的土地出让金。吴敬琏指出:“旧型城镇化整个是由赚取土地差价推动的。——这些年来,从这个差价得到的收入有不同的估计,最低的估计 30 万亿。”^[25]

(三) 否定农民土地开发权的危害:制造城市化的“他者”

如果承认农民的开发权,无论是国家征收开发权还是由农民自己将开发权转让获得补偿,乃至农民自己开发,农民都在分担城市化成本的过程中,也分享了城市化带来的土地增值。即使随后国家对此部分增值进行税收调节,也毕竟给农民留下相当比例的财产收入。^[26]农民自身作为城市化的主体,融入这一进程。相反,如果不承认其开发权,城市化只是征收其土地,将其搬迁,实在拆迁不了,也要禁止其自己开发。这就把农民,也就是原住民给排斥在城市化的进程之外。

为了限制农民的开发权,不仅要禁止农民自我开发,更要禁止农民通过市场的力量获得开发能力,为此,必须禁止农民土地财产权的转让。因为,如果没有买者,对开发的需求就不会那么大;如果无法销售,权利人开发建设的多余房屋就无法回笼资金,从而制约了开发能力。更重要的是,较大密度的开发需要投入巨额的资金,禁止转让,也就意味着土地权利人难以合法地通过合作建房等方式,吸引外部资金来开发。可以说,开发禁止是内在规定,转让禁止是外在规定。二者服务于同一个目的,即将农民的土地局限于农民自身农业生产的简单利用。

如果说,开发权的否定,把原农民住民排斥为城市化的“他者”,那么,转让的禁止,则进一步把外来人口排斥为本地土地资源的“他者”。由于禁止农民宅基地及其上房屋的转让,土地财产权缺乏在原住民和外来人口之间的流动,外来人口无法直接投资本地的土地资源,而必须高价购买商品,向国家支付高额的土地出让金。^[27]

这种被“他者化”,除了让本地原农民住民被排斥在“城市化”之外,也让大量的无法购买住房的外地人口被排斥在“在地化”之外,从个人角度会带来严重的挫折感和被剥夺感,从社会角度来说,人为制造了原住民和外来精英人口以及政府力量的隔阂与对立,人为制造了城市本地人口和外来人口的隔阂与对立,危害城市稳定。这种排斥性城市发展模式注定难以长久。

三、理性违法下的制度僵局

(一) 深圳小产权房违法抢建

作为理性的行为主体,农民面对财富增值的机会,会寻找一切法律的缝隙谋求利益的最大化。

[25] 吴敬琏:《近年政府造城卖地拿走农民 30 万亿》,载《中国经济时报》2013 年 3 月 25 日,第 09 版。

[26] 当然,土地开发的增值,很大一部分确实来源于公共设施等资源的投入,完全由土地权利人享有土地开发增值是不合理的。承认农民的开发权并不否定对农民的开发收益进行征税。恰恰相反,我们所希望的是,用法定化的以保护权利为前提的物业税或者财产税制度,代替以否定权利为前提的出让金制度以及因此导致的不断拆迁制度。

[27] 我国商品房价格构成中,土地出让金是重要的一部分。据全国工商联 REICO 工作室专家对 30 个城市房地产价格的研究,30 个城市平均的土地价格占住宅价格的比例为 42.4%,这还仅是政府征收的土地出让金,如果再加上政府征收的房地产业税费,那么住宅收入中大约有一半为政府所获得。参见 REICO 工作室:《我国城市土地出让制度改革分析》,载新浪网(<http://dichan.sina.com.cn/bj/zt/REICOfangdichanbaogao/index.shtml>,最后访问时间 2015-12-31)。而小产权房的价格之所以低廉,也是因为没有出让金的缘故。

尽管深圳的规定禁止农民建设超过 480 平方米以上的建筑,希望由国家征收土地后再出让牟利,但是,原农民住民首先凭借强大的宗族势力抗拒了征收,并进而公然违法,建筑面积不断超越法律的限制。之所以能够避免其他地方原农民住民土地不断被征收、被排斥的命运,关键有赖于深圳原住民建立在宗族基础上的强大凝聚力。在深圳,原住民群体是最强势的一个压力集团。^[28] 依赖于宗族的强烈认同感,原住民村落自成一个封闭的社会,针插不进,水泼不进。^[29] 在这种强大的宗族势力保护下,政府依赖村干部控制村民行为的努力被大大稀释,村干部根本无力制止村民的违法抢建行为,更不用说,村干部本身作为理性人也存在着利用抢建牟利的动力。这样,村干部作为国家基层政治代理人的功能在利益的诱惑和宗亲关系的挤压下大打折扣,村民违法抢建的势头也就始终无法遏制。1992—1993 年,伴随着全国房地产开发的热潮,深圳大量的城中村出现第一次加盖,村民纷纷将原本只有三四层的农民房加盖为五六层的楼房,这是第一波原住民抢建风潮。2001 年 10 月 17 日,深圳市第三届人大常委会出台《深圳经济特区处理历史遗留生产经营性违法建筑若干规定》和《深圳经济特区处理历史遗留违法私房若干规定》,两《规定》基于尊重历史的态度,明确规定对 1999 年 3 月 5 日前的违法建筑,承认其合法产权,禁止其后的违法私建。但由于当时对于该时间节点之前的建筑并没有相应的登记普查,许多村民认为,政府并没有任何手段甄别房屋是在时间节点之前还是之后所建,而且,政府对历史的尊重,也被认为是政府的让步,本着法不责众的想法,深圳掀起了第二次违建的抢建潮。许多城中村村民利用这次机会将房屋由五六层,进一步加盖到了八九层。^[30] 时至今日,违建私房大多已经高达十五至二十余层。由于宅基地面积较小,彼此间距离较近,缺乏一般建筑规划的退红线等,这些农民高层住宅彼此紧靠,形成富有特色的“握手楼”。

毋庸置疑,这些违建私房,给当地的原住民带来了巨大的收益。^[31] 一栋十五层左右的住宅楼,大约有 30 套两室一厅,每个两室一厅,月租金按便宜的 1 500 元计算,年入即达 50 万元。很多房东基本上就是坐在底层管理本栋房屋,收收房租,成为超富阶层。而这一切,都是违法抢建的结果。所以,虽然农民违法抢建是不合法的,但是,站在农民的立场,却是理性的选择。

违法抢建的主体不仅仅是村民个人,也包括村民集体,村集体建设了大量的所谓“统建楼”。“以往村组织转变成的股份公司,纷纷在自己掌控的国有土地上建起了小产权房。”^[32] 这些统建楼甚至高达二十、三十余层。居住环境绝对要好于一般的住宅小区。^[33] 房屋大部分出租,也有少部分用于销售。类似这样的统建楼,深圳可以说遍地开花。央视记者曾经在 2009 年到深圳沙井镇调查,发现在售的商品房住宅只有一个楼盘,其余几十个楼盘均属集体统建房,价格是商品住宅的三分之一左右。而且,这些小产权房,不仅和商品房一样拥有电梯和小区,同时也有配套的物业管理。^[34]

[28] 参见金城、陈哲善:《深圳全面改造城中村》,载《二十一世纪经济报道》2004 年 8 月 18 日,第 07 版。

[29] 见前注[28],金城、陈哲善文。笔者访谈到的几个村干部都多次提到了村民作为叔叔、大爷这种宗族关系对自己行为的约束力。而城中村到处存在的祠堂等更见证了宗族的凝聚力。

[30] 当时抢建规模之大,确实令人惊诧。南方都市报的记者一天时间在福田区的九个村,就统计到 230 栋在建私房。参见前注[28],金城、陈哲善文。

[31] 笔者在福田区调研时也发现,房屋出租极为紧俏,以租赁名义寻找空闲房间,竟然找了数栋,均无空房。

[32] 央视经济半小时:《深圳小产权房形成完整地下市场 开发商发房产证》,2009 年 6 月 13 日,载新浪网(<http://news.sina.com.cn/c/2009-06-13/224918013189.shtml>,最后访问时间 2013-07-13)。

[33] 在田贝新村,笔者看到,该村集体统一建设的数栋住宅大厦由连廊相联结,在二楼还有空中花园,种植了大量的花草。

[34] 参见前注[32]。笔者走访的几个大型的村委统建房小区,也发现大多设施相当完备,绿化配套极好。在一个叫麒麟花园的统建小区,甚至还有一个篮球场那么大的游泳池,房价却不到两边商品房住宅的 1/2。

(二) 小产权房促进了城市包容

小产权房的出租和转让,虽不为法律所认可,但却为深圳大多数的外来人口提供了住房。一个千把人的原住民社区,用他们的“握手楼”,往往可以容纳三四万外来打工者。一个保守的数据是,深圳至少有600万人居住在城中村住房中。^[35]虽然有关机关三令五申,禁止农民房转让,2013年2月8日,深圳市房地产经纪行业协会还专门发布提示,强调此类房屋不得交易,中介机构不得提供服务,深圳司法局也规定律师不得参与见证。但在深圳农民房集中的区域,销售农民房的小广告依然随处可见,凭借比商品房要低至少一半价格的优势,农民房的销售早已是如火如荼。如果说,凭借违建的非违法行为,原农民住民将自己强行融入了城市化的进程,抗拒了正式土地法律体制对自己的“他者化”,得以分享土地的增值。那么,凭借对交易禁止的违反,原农民住民不但增强了自己违法开发的能力,而且,也为外来人口利用和投资本地土地资源打开了制度的缝隙,克服了城市体制对外来人口的“他者化”,更好地促进了外来人口对本地城市的融入。

为什么土地的交易自由可以让城市化的过程更加包容,为外来者提供分享财富的机会?这和财产权的本质密不可分。“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)。”^[36]“财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。”^[37]允许土地财产权的交易,意味着一种包容的资源共享机制,意味着外来人口也可以通过购买获得利用资源、投资资源、分享资源增值的机会。当然,这本身也意味着通过市场实现了资源的最佳利用。这种市场交易机制,不但在经济效率上,通过市场机制不断发现新的知识,实现最佳利用配置,促进资源利用的最大化;而且,其还具有着重要的包容价值和开放价值。它避免了一个固化食利阶层的出现,也为那些群体外的新生因素,提供了融入的希望。财产权的自由交易,根本上具有着重要的平等价值和包容价值。“在一个开放、动态变化的世界里,如果没有政治庇护,经济权势的地位很难长期持续,即使在一个或几个有权势的主体已经封闭了市场的情况下,他们也迟早会遇到其他财产所有者或明或暗的争夺。”^[38]资源在不同的阶层间流动,是经济民主的内在要求,它促进了种群融合、社会平等和社会稳定。例如,美国在十三个殖民州时期,最初的土地是非常集中的,新泽西曾经最初只属于两个人,George Carteret和John Lord Berkeley。而宾夕法尼亚最初的拥有者只是William Penn,几个其他的殖民地也是类似的“专有”。但是,通过土地所有权即fee simple的不断转让,土地最终获得了分散。^[39]

在此,我们必须指出转让和出租在社会经济效果上的不同。出租,特别是能够得到履行的租赁合同,同样可以保障他人对土地的利用。但是,相对于转让来说,出租人始终拥有最终控制权,这种控制权构成了对承租人的制约。如果出租人将房屋出租,承租人继而再分租,某种程度在经济上就构成了类似于中世纪土地分封制的层次结构。在欧洲中世纪,封建财产制创建了一个贵族制,少数的人拥有大量的土地,然后将它们分封给下属的封臣,下属的封臣再继续分封,封臣们对自己的上级承担义务,最底层的占有土地的农民则对土地享有很少的权利。这种土地制度,使得

[35] 刘世昕、李洁茹:《城中村涅槃》,载《中国青年报》2011年8月9日,第11版。

[36] See Joseph William Singer, “Property”, In David Kairys (eds.), *The Politics of Law*, 3rd ed. (New York: Basic books, 1998), p. 245.

[37] See Joseph William Singer, *supra* note [36], at 249.

[38] [德]柯武刚、史漫飞:《制度经济学》,韩朝华译,商务印书馆2000年版,第236页。

[39] See Joseph William Singer, *supra* note [36], at 251.

少数的土地所有者获得了控制下属土地占有者的经济和社会权利,同时也阻碍了下属成员的向上流动。而资产阶级革命时期,土地财产制度的一项重要改革就是,禁止分封,改为转让,从而把土地所有权和土地利用者的上下层级关系,变为平等主体间的平等关系,打通了下属土地占有者向上流动的通道,给他们以希望。同时,通过丧失土地所有权对贵族形成约束,不断地促进了贵族的瓦解和贵族向新的工商业者的转型。可以说,土地财产权的交易,天然地具有去中心化和更广泛的分配功能。简言之,它化解了制度的壁垒,实现了资源对“他者”的接纳,从而实现了经济和社会发展的包容性增长。

(三) 拒绝小产权房合法化将导致制度僵局

虽然深圳原农民住民的违建和违法交易,对于克服制度隔阂,化解被“他者化”造成的阶层疏离,促进社会和谐具有重要的意义,但是,这毕竟是在公然地违法。深圳的违建及其交易的猖獗,反映的是实践中存在的非正式制度和国家法这一正式制度的博弈。如果国家法不能及时有效地对非正式制度的挑战进行呼应和化解,而是继续目前的僵局,将对法治进步和城市发展带来严重的危害。

前已述及,深圳土地国有化后,原农民转变为市民、原集体土地转变为国有土地,集体土地上建设用地使用权和宅基地使用权都转化为国有土地使用权。按说,再适用土地管理法关于集体土地开发权的限制和交易自由的限制,似乎已经没有了理由。但是,深圳的问题是,虽然国有化了,可以绕开土地管理法关于对集体土地进行征收的限制,但是,却没有放弃原来法律对于开发权和交易自由的限制。^[40] 要想从事高密度开发和实现自由交易,仍然要依赖政府的征收与出让,政府在土地国有化过程中并没有放弃以行政权力主导,而继续忽略土地财产权建设的固有模式,这意味着政府和民众间的土地博弈仍将继续,由此导致了土地利用的僵局。

1. 违建积重难返。政府不承认原农民住民的土地开发权,但是,却无力阻止事实上违建。面对大量的违建,深圳市政府几次采取行动,基本上没有成效,反而是违建的高度越来越高,数量越来越大。拆除的成本和阻力越来越大,这严重阻碍了进一步的城市规划和建设。

2. 存量土地难以盘活。一方面,由于强大的村庄宗族势力,土地征收和拆迁极为困难,另一方面,由于禁止土地权利的流转,也无法通过正规市场来盘活。深圳规划国土委员会主任王幼鹏曾经将这种局面概括为,“政府拿不回,集体用不了”。以至于土地资源如此紧张的深圳,一方面是很多企业因无地而难以发展,另一方面,则是大量的土地被闲置。截至2012年底,深圳市共认定闲置土地696宗,涉及面积4.2平方公里。即使是并未闲置的土地,也存在着大量的低效利用,有些社区的厂房现在竟然租金只有几块钱/平米。^[41]

3. 更重要的是,这种非法利用却可以获利的现状,严重损害了法律的尊严。政府发布一次整治的命令,老百姓的违法行为就反弹一次。法律禁止超过5层的建筑,禁止土地使用权的交易,却偏偏是违建猖獗,交易横行。法律被等同虚置,长此下去,政府和法律的公信力、执行力又从何谈起? 现有的法律管制已经失效,政府必须进行有关土地产权的法律创新。

^[40] 笔者调研时也曾多次听到基层村委会工作人员对此的抱怨。这说明,深圳之前的国有化,仅仅是消灭了集体土地所有权,但在土地使用权的建设上并无建树。

^[41] 参见深圳市政府优化资源配置促进产业转型升级“1+6”文件新闻发布会,载深圳政府在线(http://www.sz.gov.cn/cn/xxgk/xwfyw/wqhg/20130118/wzzb/201301/t20130118_2102021.htm,最后访问时间2015-08-08)。

四、正式产权对非正式产权的 “包容”和“吸纳”

(一) 源于实践的非正式产权

经过十几年的违建和私下交易,尽管在法律上还没有获得承认,在很多原农民住民看来,作为一种实践性规则,其实已经创设了一种事实上的财产权。首先,就村民和集体的违建来说,目前违建面积的巨大和普遍已如上述。而且,小产权房交易,也有自己的市场规则以及保障交易安全的措施。尤其当出卖者是村集体,或者是村集体改制成的所谓村股份公司时,出卖者一般会利用自己的公权力,担保买受人产权的稳定性。乡镇政府和村委会常常会自己颁发一种产权证书,并用自己的公信力担保不会随意反悔或者收回出售的小产权房。同时,为了保障其交易自由,“目前深圳市大批小产权房开始建立政府之外的交易规则,保障买房人能将小产权房顺利出手”。^[42]一般来说,如果买主以后需要转让该房屋于第三人,只需要买受人和第三人一起到村委会,将出卖人原来和村委会签订的合同收回,由村委会和第三人另外签一份出售合同,整个过程均由村委会委托的律师负责。这种权利的稳定和交易的保障,使得深圳小产权房已经形成了一个完整的地下市场。小产权房虽然不被国家法所承认,但是,却经过乡镇、村集体这样一些基层公共权力的保障,通过村民共同体内部的认可和约束,形成一种切切实实的产权。

这里的核心问题,在于如何理解产权。在法社会学看来,“产权是一种社会工具,其重要性就在于事实上他们能帮助一个人形成他与其他人进行交易时的合理预期。这些预期通过社会的法律、习俗和道德得到表达”。^[43]即使这种权利无法在实在法的意义上被表达,而是以事实上实践性的行为规则表达出来,也仍然具有稳定预期和对当事人具有约束力的作用。“有时法律以正式产权为基础分配财产,有时以非正式社会安排为基础分配产权。这些非正式社会安排包括了那些创造了法律将要尊重的预期的行为。”^[44]对于城中村这样的关系紧密社区,对于地处其中的小产权房来说,尤其如此。“一个关系紧密之群体的成员,为了把他们的日常活动管起来,他们一般会开发出一些非正式的规范,其内容是为了使该群体成员之客观福利得以最大化。”^[45]罗伯特·埃里克森对邻人纠纷解决机制的研究也表明:“许多权利,特别是日常的权利,都可能自发产生,人们也许会用他们自己的规则来补充以及事实上是废止国家的规则。”^[46]很显然,城中村这样的共同体,其成员都是那些生于斯长于斯、彼此间具有或远或近的宗亲关系的村民。而那些在城中村租住房屋或者购买房屋的人,也往往和城中村的某一成员有或远或近的关系。^[47]这样一个相对的熟人社会,也就构成了罗伯特·埃里克森所说的关系紧密之群体,从而具备了非正式产权的基础。

更重要的是,村委会和乡镇政府在此过程中也利用自己的公信力和公共资源为“非法产权”的

[42] 参见前注[32]。

[43] [美] 罗伯特·C. 埃里克森:《无需法律的秩序——邻人如何解决纠纷》,苏力译,中国政法大学出版社2003年版,第350页。

[44] See Joseph William Singer, *supra* note [36], at 243.

[45] 见前注[43], 罗伯特·C. 埃里克森书,第350页。

[46] 见前注[43], 罗伯特·C. 埃里克森书,第6页。

[47] 中国人,特别是没有融入大学教育这样的国家人才体制的底层民众,缺乏正式的国家规定层面上的信息和资源渠道,找工作也好,租房、买房也好,一般都是首先有熟人介绍。这样,层层介绍下来,就像石头溅起的波纹一样,一圈圈地推展开来,形成费孝通所谓的差序格局。

有效性进行了背书。这就使得这种所谓的“非法产权”,不仅在习俗的意义上具有了合理性,而且在地方法的意义上也具有了合法性。^[48]一旦承认这种习惯性规则在实践中的约束力,那么,一个非正式产权就产生了。我们所谓小产权,准确地说是非正式产权。因为产权无所谓大小,只是正式和非正式而已。正式产权即国家法规定的产权,小产权则是地方主义的,可能只是某个村镇基于自身的契约或习惯而承认的产权,虽然没有法定的约束力,但是,在本集体内部却发挥着法的作用。由于其拘束力并不是来自外在国家法的威慑,而是来自内心的认同和地方习惯,其对成员的约束力在自愿遵守的意义上是超过国家法的。以深圳为例,自2008年1月到2012年6月,深圳两级法院受理的各类房地产民事案件多达56935件,平均每年达上万起。^[49]而对于尚未经过行政处理程序的小产权房所提起的产权相关诉讼,深圳法院原则上不予受理,对于已经受理的案件,原则上予以驳回。但即便如此,小产权房的建设和交易依然繁荣,不能不说,肯定有其内在的履行保障和纠纷解决逻辑。

(二) 转型期的社会发展:正式产权对非正式产权的包容与吸纳

国家法应该对社会自生的实践性规则给予积极的反馈和吸纳,增加国家法的包容能力和规范调控能力。以美国为例,即使美国拥有发达完善的产权体系,在面临实践性事实权利挑战时,也不得不做出让步,逐渐承认这些实践性事实权利的合法性,并逐步加以规范。在美国发展史上,就曾有多个违法的事实性产权逐渐被承认的例子。例如,在西进运动中,联邦政府垄断了公共土地的出售,但是,由于开始时土地出售的价格过高,宗地面积过大,一般平民无力购买,因此出现了大量的非法占地者。最初,联邦军队试图将擅自占地者赶走,但收效甚微。为了对抗那些将在政府公开售卖时购买他们土地的人,擅自占地者们采取了非正式但十分有效的方式——拓殖到一定地方后,便立即成立一个保护协会;而当这个地方的土地被公开拍卖时,保护协会的会员会让大家明白,是不会有对他们先占的土地竞价的。“拍卖会上出现的装备精良的拓荒者们,通常使那些时髦而世故的城里人和大土地购买者相信,喊价是不明智的。即使在没有组织行动的地方,那些发现农场从他们手中被买走的擅自占地者们,通常能为他们所作的改良收取可观的费用,而边疆法庭也倾向于维护他们的权利。”^[50]直至最后,1841年国会通过了优先购买权法案,根据该法案,拓殖在已测量但未公开售卖的土地上的任何人,都有权在拍卖举行时以最低价格购买160英亩的土地,没有人能够因为出价高于这些定居者而获得土地,从而保证了这些擅自占地者能够以200美元的必要价格购买四分之一分区。^[51]

关于非法产权逐步合法化的另一个典型案例是纽约州的东洼地占据事件。由于纽约市的财政困难、20世纪70年代纽约不动产的崩盘以及20世纪80年代的所谓吸食“快客”毒品的流行等各种因素,纽约的很多房屋所有权人放弃了路边的房屋,^[52]纽约市对东洼区数以千计的物业启动了大规模的丧失抵押品赎回权的司法程序。但是,这些房屋就像磁铁一样,吸引了大量的城市无

[48] 从这个角度来说,小产权房作为非正式产权,不仅暴露了国家法和实践的冲突,而且也暴露了基层公共组织的正式规则和国家法的冲突。

[49] 武欣中、谭晓鹏:《深圳房地产纠纷案件呈多发态势》,载《中国青年报》2012年10月11日,第03版。

[50] [美]加里·M.沃尔顿、休·罗考夫:《美国经济史》,王钰等译,中国人民大学出版社2011年版,第162页。

[51] 每平方英里是一个分区,大约为640英亩,1/4就是160英亩,1/4分区是一个移民者在没有成年子女的帮助下可以管理的最大面积。参见前注[49],加里·M.沃尔顿、休·罗考夫书,第162页。

[52] See Gregory M. Duhl, “Property and Custom: Allocating Space In Public Places”, 79 Temple Law Review 199 (2006).

家可归者。从1989年开始,纽约市政府多次尝试将僭越者驱逐出去,纽约市政府声称,这些地方会继续成为毒品交易、卖淫等各类违法犯罪行为的集聚地。但是,事实上,这些被僭越地区却变得日益充满活力,这些僭越者努力地把这些地方转变为洁净的、翻新的和适宜居住的房屋。正如一位僭越者所说,占据空置房屋并加以使用的所有问题是革命性的,它不是偷窃,是再生、转型和社区的建设。1989年,纽约市开始第一次大规模清理,遭到僭越者的阻挠。从1990年到1995年,城市当局动用了各种力量,包括警察、消防队等驱逐非法定居者,均未奏效。后来甚至出动防暴警,使用催泪瓦斯,甚至出动了坦克,但是,均以失败告终。僭越者的自我组织和社区意识反而越来越强。社会对僭越者也逐步理解和宽容。“僭越者社区的形成,是无法负担的高房价和空置房的存在以及其他因素造成的。”^[53]“僭居者社区的成员,被期待按照社区的规范和习惯行事,因此,生活在同一个社区财产制度下,僭越者的集体努力,培养了一种社区的骄傲感以及反映他们在居住方面的情感投资的个人尊严。”^[54]到2002年,纽约市政府和僭越者最终达成了一项协议,允许部分定居者获得他们非法僭占房屋的所有权。纽约市将注东区11幢建筑物的所有权以1美元的价格出售给一个非盈利的代理机构,然后由这一机构将其转交给236个僭越者,以这种方式最终承认了僭越者的事实性权利。

总之,一种权利要获得合法性,未必非得通过正规法律进行确认,一群人强烈支持一种特定惯例,就足以使之被推到一种权利地位,并对正规法律形成有效对抗。“渐渐地政治家们认识到,围绕所有权产生的不合法的契约,与正规法律具有同样的威力,甚至更胜一筹,这些不合法契约构成了国家财产所有权制度的核心。”^[55]“美国人并不是自始至终都在积极地、有意识地去制定某种法律,而是逐渐接纳了最贫穷的美国人创造的不合法所有权模式和协议,并将它们吸收到法律制度当中。——承认并接纳不合法所有权,是美国成为世界上最重要的市场经济大国和资本输出国的关键因素。”^[56]从另一个角度来说,之所以有这些非法的僭越,之所以实践性产权和法定产权秩序发生脱钩甚至对立,仅仅责备违法者恐怕是没有意义的,更重要的在于追问,这些人何以僭越?现有的法律秩序是否应该或者如何进一步完善?从而对正在发生的事件给予一种温情的理解。

五、小产权房“转正”的深圳路径

既然小产权房的形成原因在于农民土地开发权和土地使用权交易自由的欠缺,那么,其困局的化解之道也就很清楚:承认农民对其所占有的土地,享有和国有土地一样的开发权,并且解除交易的禁止。

开发权的授予有概括授予和个别授予两种。所谓概括授予,就是在规定土地基础权利如所有权时,规定所有权本身的用途非限定。只要土地规划不禁止,那么,土地所有权人就具有开发权。传统大陆法系对土地所有权,英美法系对绝对自由可转让土地保有,都强调其权利范围上达天空、下达地心,实际上就是意味着开发权概括地授予给了所有权人。彼得罗·彭梵德认为,在罗马法上,所有权可以定义为对物最一般的实际主宰或潜在主宰。所谓最一般的主宰,是指所有权的权利是不可能以列举的方式加以确定的。换句话说,所有人可以对物行使所有可能行使的权利。

[53] See Gregory M. Duhl, *supra* note [52].

[54] See Gregory M. Duhl, *supra* note [52].

[55] [秘鲁] 德·索托:《资本的秘密》,于海生译,华夏出版社2007年版,第106页。

[56] 见前注[55],德·索托书,第115页。

物潜在的用途是不确定的,而且在经济社会运动中是变化无穷的,在某一特定时刻也是无法想象的。^[57] 迪特尔·施瓦布认为:“所有权是一种非目的限定的权利。一般地说,对物的权利可以被限定目的,与此相对,也可以想象出一项本身包含所有法律上允许的对于一个物的权能的权利。这项权利不再被限定目的,其享有人可以使用物,可以出让物,可以把物扔掉,可以对物做任何事情,只要是法律制度允许私人去做的都行。民法典把这项权利叫做所有权。”^[58]之所以规定所有权用途非限定,是因为从个人主义的立场出发,土地如何使用具有价值,更多的是主观的判断。比如说,我国禁止土地闲置,违法2年不开发就要收回。但是,从价值判断上说,或许闲置是避免土地质量恶化的有效方式,或许闲置避免了土地的不良投资和开发。因此,将开发权赋予土地所有权人,就是贯彻“凡是法律不禁止的,都是土地权利人的行为自由”。^[59] 这种模式即是土地开发权的一般性授予模式。

第二种模式就是开发权的特别、单独授予模式。即不承认土地权利人享有概括意义上的土地开发权,而是在赋予土地基础权利时明确土地开发的范围和资格等。我国的土地使用权出让就属于这种模式。

由于在土地开发权上,我国选择了通过出让合同和土地使用权一并出让的做法,那么,对于未曾办理过出让手续的土地来说,无论其基础权利是集体的所有权还是个人的使用权,都无法获得开发权。要想获得开发权或者承认其开发权的话,也就必须将其纳入到现有的土地使用权出让体系中。深圳有关的改革探索,也恰是从这一点切入的。^[60] 2001年深圳出台了《深圳经济特区处理历史遗留违法私房若干规定》,规定集体统建或者农民个人私建的违章建筑,除严重违法,必须依法拆除的外,对于农民的宅基地使用权和尚未确定具体使用人的集体土地所有权,区分不同情况,确定是否补缴土地出让金,使之转化为国有出让土地使用权。同时通过缴纳一定的罚款,承认其土地开发权,将违章建筑合法化。

(一) 针对农民个人的改革措施

1. 对于根据一户一宅,在法律承认权利的宅基地上超过层数限制和面积限制所盖的房屋,免缴地价。只是对于超过标准,未经批准的面积征收罚款。换句话说,土地使用权无偿转为出让国有土地使用权,开发权则通过罚款形式进行追认。

(1) 对于符合一户一栋原则的村民违法建筑,建筑面积不超过480平方米且不超过4层的,不但免于罚款,而且免交土地出让金。这就意味着,承认原有集体和农民对土地的开发权局限于4层且480平方米以下。

(2) 原村民在原农村用地红线内所建违法私房符合一户一栋原则、总建筑面积在480平方米以上600平方米以下或4层以上7层以下的部分,由规划国土资源部门按建筑面积每平方米处以20元以上50元以下罚款,确认产权。建房者申请办理确认产权手续时,应补签土地使用权出让合同,免缴地价。

^[57] [意] 彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社2005年版,第148页。

^[58] [德] 迪特尔·施瓦布:《民法导论》,郑冲译,法律出版社2006年版,第225页。

^[59] 我国上海自贸区首提负面清单的管理模式,所贯彻的就是“法不禁止即自由”的法治理念,这种管理模式能否进一步推广到土地财产权方面,值得期待。

^[60] 深圳的土地改革,更多是被动的,属于问题逼出来的,典型的摸着石头过河。一开始的国有化,其实是为了规避土地管理法对于集体土地征收的限制。其后面对着大量的违建私房,不得不出台一个又一个“历史遗留问题”解决办法。这种顶层设计的缺乏,也影响了民众的预期。所以,尽管深圳的改革方案值得肯定,但长期博弈拉锯战中形成的“拖拖看”的想法,使得改革的实施并不理想,民众的配合度并不高。

(3) 原村民在原农村用地红线内所建违法私房符合一户一栋原则、总建筑面积超过 600 平方米或者超过 7 层的部分,由规划国土资源部门按建筑面积每平方米处以 50 元以上 100 元以下罚款,确认产权。建房者申请办理确认产权手续时,应补签土地使用权出让合同,免缴地价。之所以免缴地价,因为这部分宅基地使用权是法律承认的。现在将宅基地使用权转化为出让土地使用权,只是权利的转化,没有理由要求像原始取得出让土地使用权那样缴纳出让金。

2. 按一定比例补缴地价,但开发权追认不予处罚。原村民按县、镇政府批准文件在原农村用地红线内所建违反一户一栋原则的违法私房的多栋部分,免于处罚,由规划国土资源部门确认产权。建房者申请补办确认产权手续时,应补签土地使用权出让合同,出让地价按现行地价减免 75%。之所以补交地价,是因为这部分土地,建房人并没有宅基地使用权,此时不是使用权的转化,而是使用权的授予。因此需要补交地价。至于房屋建造,因为是县、镇政府的批准,并非违法建造,所以,不加处罚。

3. 按一定比例补缴地价并且通过罚款追认开发权。原村民未经县、镇政府批准在原农村用地红线内所建违反一户一栋原则的违法私房的多栋部分,由规划国土资源部门按建筑面积每平方米处以 50 元以上 100 元以下罚款,确认产权。建房者申请办理确认产权手续时,应补签土地使用权出让合同,出让地价按现行地价减免 75%。地价补交的理由已如上述,建筑罚款则是因为未经批准而擅自建设。

此处的问题在于,既然是原来无权利而此时授予土地使用权,补交地价理所当然,但为何有 75% 的减免呢? 首先,土地使用人已经占有使用土地,事实上具备了权利,此时只是追认,给予法定产权而已,对事实权利的尊重也就意味着不可能像原始出让一样,要求使用权人支付全部的出让金。否则,过高的出让金实际上意味着占有人的现实利益并没有获得承认,导致的结果将是使用人宁愿继续违法也不愿将之转化为法定权利;其次,关于优惠的比例,减免后土地占有人只需要缴纳土地价值的 25% 就可以获得法定的权利。这一比例,其实与划拨土地使用权转让时补交的出让金占地价比例,以及出让土地使用权到期后补交的出让金比例,大概相差不多。例如,福州市人民政府办公厅《关于个人住房划拨国有土地使用权转让收取土地使用权出让金有关问题的通知》规定,个人住房划拨国有土地使用权转让按转让时市政府规定的基准地价的 30% 收取土地使用权出让金。再如,深圳市出让土地使用权到期后,申请续期补交的地价也是相应用途公告基准地价的 35%。^[61] 这意味着,很大程度上,已经将事实上的占有承认为一种类似于划拨土地使用权或到期的出让土地使用权这样一种需要强化或者延期的权利。

(二) 针对农民集体的改革措施

深圳市政府允许原集体继受单位出让土地使用权,实现了集体土地所有权向国有土地使用权的转化,并创设了一种类似于所有权的使用权新类型——非限定土地使用权,实现了开发权的概括授予。

1. 我国现有土地使用权的类型化。我国土地所有权由于禁止转让抵押等,丧失了交易功能,已经远非大陆法系传统意义的所有权。相反,土地使用权成为个人可以拥有并可依法交易的基础性土地财产权利。虽然我国的物权法将之规定在用益物权,但其和以传统意义上的所有权为基础,作为定限物权而存在的地上权等,相差甚远,使用权在我国是土地作为商品赖以交换的基础性土地权利,承担了大陆法系所有权的功能。但是,我国土地使用权的类型化和体系化尚未完成。按照目前法律,土地使用权根据所有权的不同,形成了国有和集体的二元分割。国有土地使用权

[61] 参见 2004 年《深圳市到期房地产续期若干规定》(深府〔2004〕73 号文)第 3 条第 2 款。

包括出让土地使用权和划拨土地使用权,而集体土地使用权则包括农地承包经营权、宅基地使用权和集体建设用地使用权。国有土地使用权的出让制度,并不适用于集体土地。这样命名和类型化的逻辑比较混乱。首先,彼此的标准不统一。出让和划拨,按照现有理解,是指土地使用权的设定方式。而宅基地使用权和集体建设用地使用权,则是土地使用权的用途。至于承包经营权,则是从经营管理的角度给权利冠名;其次,单就出让和划拨来说,划拨指的是不要求对价而让对方使用的行为。而出让,虽然在形式上采取了招拍挂的竞价形式,但从语义的角度来说,其实是一种结果,即土地作为财产的使用权,被从所有权人这里拿出,而赋予了使用人,结果是所有权人不再享有土地的财产权,而财产权在使用权存续期间归属于使用人。如果我们这样定义“出让”的话,那么,划拨和宅基地使用权、集体建设用地使用权,从结果上都意味着一定权利从所有权者手中被移转到现在的使用者手中,同样是一种“出让”。使用权的类型化,应该从权利的内涵上进行分类。

目前的所谓出让土地使用权,实际上包括了两种。一种是无期限的土地使用权,因为根据物权法规定,居住用地的出让土地使用权已经可以自动续期,因此没有时间的限制,变成了无期限。而且,这一类土地使用权也可以自由转让。第二种是有期限的土地使用权,即居住用地之外的出让土地使用权,根据用途的不同,分别是50年和40年不等,到期后要申请续期,同样可以依法自由处分。而划拨土地使用权,则是主体有特别限制,必须是机关、事业单位等公共机构。而且,其土地使用权只能用于该特定主体的特定目的,不得被转让和抵押等。^[62] 由此可以看出,划拨土地使用权同样也是出让,只不过出让的是一种人役性的土地使用权,类似于英美法的 life estate,即权利从属于特定主体,一旦主体不存,则权利当然消灭。与此相似,宅基地使用权也是一种人役性的土地使用权,只不过主体是特殊的家庭,即农民集体中的农户。按照这种逻辑,现在的土地使用权都是出让的土地使用权,包括集体出让和国家出让,只不过出让的权利类型有不同。最大的权利类型是无期限可自由转让的土地使用权即住宅类国有出让土地使用权,其次是有期限的可自由转让的土地使用权,包括非住宅类出让土地使用权,以及承包经营权等。再次是以特定主体存续期间为限,服务于特定主体需要的人役性土地使用权,例如服务于公共机构的国有划拨土地使用权,服务于农民集体成员的农户住宅使用的宅基地使用权。上述三类使用权,在用途上均是具体限定的,不得随意更改。

2. 集体土地所有权转化而来的土地使用权,属于新设类型。尚未分配给村民的集体土地,并不存在所谓的集体土地使用权,而只是集体土地所有权。将集体土地所有权转化为国有出让土地使用权要更加复杂。因为,按照目前的立法,宅基地使用权只是所有权的下位权利,是定限物权。如果宅基地使用权被转为国有出让土地使用权,那么,比它更高阶位的集体土地所有权又要转化成哪一种使用权呢? 目前法律没有明确。但深圳对有关权利内容的规定,却可以为我们提供归类的参考。2013年1月7日颁布的《深圳市完善产业用地供应机制拓展产业用地空间办法(试行)》(以下简称《办法》)规定,原农村集体经济组织继受单位合法工业用地可申请进入市场流通,即原农村集体经济组织继受单位实际占用的符合城市规划的产业用地,在理清土地经济利益关系,完成青苗、建筑物及附着物的清理、补偿和拆除后,可申请以挂牌方式公开出(转)让土地使用权。此处,首先,集体拥有的已经不是所有权,因为集体土地所有权已经通过国有化而消灭。那么,此时,

^[62] 其所谓的转让并非真的转让,而是划拨土地使用权的消灭和出让土地使用权的产生。因为受让人取得的并非划拨土地使用权,而是出让土地使用权。而且,受让人也必须和国家签订出让合同,补缴出让金。其出让土地使用权来源于国家而非此前的划拨土地使用权人。

原集体继受单位,所拥有的只能是国有土地使用权。而现在规定,该原集体继受单位可以以挂牌方式出让土地使用权,那么,就意味着其原有的土地使用权是一种比他所出让的土地使用权更高的土地使用权。这种土地使用权,作为所有权转化而来的使用权,其特点有三:

(1) 时间上的非限定,所以可以将一定年限的土地权利出让给第三人。

(2) 用途的非限定,可以像国家所有权那样,根据不同的用途,出让使用权的不同年期。上述《办法》虽然将用途限定为“产业用地”,但产业本身其实并没有限制为工业、商业、服务业还是旅游、娱乐等具体用途。此处的产业用地,更准确地说,应该是经营性用地,并没有限定具体用途。

(3) 转让的非限定。上述办法强调以挂牌方式公开出(转)让土地使用权,这里包含两层意思:一是出让,即集体保留剩余权,把一个比他的使用权能更小的次级使用权出让给第三人。这和国有土地使用权的出让相似。二是转让,即将其拥有的土地使用权,完全无保留地转让给第三人,自己不再拥有剩余权。

该土地使用权的上述三个特征,使它区别于现有实证法上的土地使用权类型,它既没有主体、目的的限定,也没有期限和用途的限定,我们可以称之为非限定土地使用权。^[63]

而且,和对合法有效的宅基地使用权的转化处理一样,未经开发,即尚未存在使用权人的集体土地,集体将其土地使用权出让,并不需要补交地价。意味着原所有权无偿地被转化为非限定土地使用权。

当然,对已经开发,存在土地使用权的土地,前面已经述及,如果从未办过征收拆迁手续,那么,农民分享城市利益的方式是宅基地使用权被纳入到国有出让土地使用权的体系中去。但如果已经进入了征收、拆迁程序,而手续尚不完善,政府也放弃了继续按照原有排斥性机制获得土地的做法,而是将皮球踢给了集体经济组织的继受单位。规定对于尚未完善征地、转地补偿手续且符合规划的工业用地,原农村经济组织继受单位在先行理清土地经济利益关系,完成青苗、建筑物及附着物的清理、补偿及拆除后,可以通过挂牌等方式出让或转让土地使用权。由于此前政府已经为征地做了很多前期工作,这部分收益不能全部归集体继受单位享有,应该由政府按照一定比例分享。分享的方式主要有两种,一是50%的收益归政府,纳入国土基金。一种是70%归政府,纳入国土基金,同时,原农村集体经济组织的继受单位在成交后继续持有不超过总建筑面积20%的物业专用于产业配套,即30%的收益加20%的物业配套。^[64]

至此,授予农民土地开发权和交易自由的深圳路径已然清晰:

1. 国有化,消灭集体土地所有权,所有土地权利成为国有出让土地使用权。
2. 如果土地已经存在宅基地使用权,农民已经建设了住宅,则宅基地使用权直接转化为居住

[63] 其实,与此类似的,还有城市私房的国有土地使用权,即土地公有制前个人的土地所有权人,在土地公有制后,其继续占有使用该土地,但是,却不能继续享有所有权,而只能是国有土地使用权。这一使用权类型,与一般的出让、划拨等是不同的,也属于所有权的转化形式。参见李凤章:《从公私合一到公私分离——论集体土地所有权的“使用权化”》,载《环球法律评论》2015年第3期。

[64] 即使是一般的土地,国家在允许集体出让或者转让土地使用权的同时,要求集体支付部分代价也未尝不可。这取决于集体相对于国家的博弈能力以及集体对成本以及土地解冻获得收益的衡量。这种代价本质上是集体为了获得可流转的土地财产权向国家支付的“税款”或罚金,税款的支付方式,可以是货币,也可以是部分土地。在后者,集体将自己占有的部分土地无偿给国家,而国家则将集体剩余的部分土地解冻,为其建立财产权。当年德国资产阶级革命建立土地财产权时就是如此。根据1807年普鲁士《关于放宽土地占有的条件限制和自由使用地产以及农村居民的人身关系的敕令》以及1811年的《关于调整地主和农民关系的敕令》,解除农民的封建义务,农民需缴付常年地租25倍的赎金,或者将其占有的1/3到1/2的耕地割让给地主。参见楚汉:《近代德俄农业发展之比较》,载《郑州大学学报(社会科学版)》1996年第6期。

用地出让土地使用权,可自动续期(无期限),可自由转让。

3. 如果土地尚未开发建设,没有具体的宅基地使用权人,则土地权利由原集体继受单位享有,权利类型属于所有权转化而成的国有出让土地使用权,无期限限制,其用途不限定为具体的工业或者商业等,权利人可以进一步根据情况将不同年期的土地使用权出让给具体的使用人并规定单独的土地使用权用途。

由于只是权利的转化,国家对这部分转化形成的国有土地使用权,免缴地价。此外,对于原来并无土地权利,只是事实上占有土地并建筑地上物的,则按照一定比例缴纳出让金,获得出让土地使用权。同时,对于违建部分,则以罚款的方式,对其开发权进行追授。这样,深圳就通过将集体土地上的土地权利纳入国有出让土地使用权体系中,实现了权利的统一,克服了集体土地上原有土地权利的身份性歧视,赋予了农民以土地开发权和交易自由权,使得原农民集体和原农民住民凭借土地开发权利参与城市建设,分享更多的土地增值。

更重要的是,通过土地权利的去身份化,原农民集体和农户可以将自己的国有土地使用权出让、转让给不特定的第三人,这不但可以在市场上发现更有效的利用者,提升土地的开发程度,增加土地权利中开发权的价值,而且,还以市场交易的方式,为外部人利用土地资源叩开了法律之门。

结 语

如果说,过去禁止农民集体和农民个人的土地开发,是对农民土地开发权的否定,农民被排斥为正式土地产权制度的“他者”。那么,禁止转让,也让其他外部人成为农民土地资源的“他者”。简言之,这是一种排斥性城市化的发展模式。农民在受歧视的同时,也歧视着他人。而深圳原农民住民的草根创新,则在实践层面扭转了“被他者化”的不利,使得国家法最终也不得不加以吸纳,最终通过将农民具有身份性的土地权利,纳入可以自由流转的国有出让土地使用权体系中去,实现了土地权利在城乡之间的真正并轨、统一和自由流转,承认和确立了农民的土地开发权和交易自由权,将制度的“他者”融变为制度的“参与者”,将排斥性的城市化变成了包容性、分享型的城市化,为全国范围内小产权房的困局寻找到一条可供复制的解决之道。就此而言,深圳土地改革的标本意义不容忽视。^[65]

(责任编辑:蒋红珍)

^[65] 但笔者调研也发现,由于宣传和执行力的问题,深圳原住民对违建合法化的措施还在观望,但其实,他们观望的只是罚款数额。实际上,在缺乏不动产财产税的中国,每平方米违建几十元的罚款,也就是个财产税的替代而已。倘若不叫罚款,而改以财产税,并严格依法缴纳,是否村民更易接受,而实施效果更好呢?而之所以在上述改革措施颁布之后,违建房仍然呈增长之势,其实恰恰说明了村民认识到未来国家会承认开发权,因此抢建以占先机而已。另外,值得欣慰的是,2013年国家发改委专家透漏的383改革方案中,其对已经形成的“小产权房”的解决办法基本上和深圳做法类似,即按照不同情况补缴一定数量的土地出让收入,以妥善解决这一历史遗留问题。但一个未解的问题是,如果仍然继续保留集体土地所有权,那么,为什么要向国家而不是集体补交出让金?然而无论如何,借助土地使用权出让体系来实现城乡土地权利的并轨,应该是一致的。