宅基地使用权的法律属性辨析

印 子*

目次

- 一、问题的提出
- 二、宅基地属性的多元构成
 - (一) 日常农村社会中的宅基地
 - (二) 无法等同于城市建设用地的宅基地
 - (三) 宅基地资源利用的利益分化格局
- 三、宅基地使用权的客体悖论
 - (一) 宅基地使用权可转让性及其理论基础
 - (二) 宅基地使用权的客体悖论
 - (三) 对扩权论反驳的展开
- 四、宅基地使用权的法律实践
 - (一) 宅基地公共土地资源的制度配置
 - (二) “一户一宅”与宅基地使用权灭失
 - (三) 宅基地使用权的转让约束
 - (四) 宅基地使用权的产权整合
- 五、重新理解宅基地使用权的法律属性
 - (一) 宅基地使用权与宅基地管理目标
 - (二) 宅基地使用权与地利分化
 - (三) 社会转型期的宅基地使用权制度变革
- 六、结语

摘要 在宅基地问题论争中,产权致富论和权利扩张论分别在经验认知和法律权利理论上构成了两个主流却具有误导性的宅基地使用权制度变革话语。宅基地具有公共资源属性和建设自主房屋的土地财产意义,在局部地区具有资产属性,无法完全对等于城市建设用地。法律实践表明,宅基地使用权法律制度需要进一步强化宅基地管理,以克服宅基地利用的外部性,并实现细碎土地产权的有效整合。在法律制度层面,宅基地使用权同属两种不同属性的土地法律制度,这是基于宅基地利用实践的“回应型”法律制度建构。只有放宽法律的视界,从土地法传统和社会基础的角度来理解宅基地使用权的法律属性,才能更好地认识中国的宅基地法律实践,避免陷入“变法心态”下的“法律政策学”窠臼。

关键词 宅基地使用权 宅基地属性 法律实践 法律属性

一、问题的提出

近年来,农村土地制度成为法学界和政策界争论的焦点。在我国城镇化“分散阶段”和“集中

* 华中科技大学中国乡村治理研究中心研究人员、博士研究生。

阶段”同时并存的背景下,^[1]建设用地制度的改革再次成为理论争锋的热点,农村宅基地成为建设用地制度变革的主要对象。目前中央正在全国大力推行城镇化建设,作为解决“三农”问题的重要途径,城镇化最需要应对的问题在于,确保农业人口入城后生活稳定,防止低质量的城镇化,避免大规模城市贫民窟的出现,防止形成“城市内二元结构”。^[2]

一般而言,农民进城的途径大致有两条:第一,随着工业化的不断发展和城市经济体量的不断增大,农村人口自然而然地进入城市。这种农民进城路径的实质是城市对农村人口的吸纳,是一种宏观经济发展之下的自发型人口转移。第二,通过中央和地方财政建设资金的刺激和政府的小城镇建设计划来完成农村人口向城镇的规划型转移。这种模式的特点是能够实现较短时期内农村人口的规模化转移。^[3]

学界的主流观点认为,在农村宅基地的使用实践中,出现了大量的宅基地闲置现象,造成了巨量土地资源的浪费。农村宅基地使用权是农民享有的用益物权,在现有的宅基地法律制度条件下,农户的宅基地使用权的权利“残缺”、权能不足严重妨碍了农民财产权的实现,从而使得农民无法依靠宅基地使用权获得进城资金。现有农村宅基地使用权法律制度是提升城镇化水平和缩小城乡差距的制度障碍。因此,急需放开农村宅基地的城乡交易,赋予农民更为独立的宅基地使用权。^[4]

这种观点的实质在于,宅基地是农村重要的土地财富,宅基地使用权是农民的重要财产权,理应具有可转让性。在学理上,这种改革话语意在《物权法》中的宅基地使用权进行权能扩张。《物权法》第152条规定:“宅基地使用权人依法对集体所有的土地享有占有和使用的权利,有权依法利用该土地建造住宅及其附属设施。”也就是说,现有立法并未将宅基地使用权定义为完整的用益物权,宅基地使用权的权能仅限于“占有”和“使用”,而不包括《物权法》第117条中所规定的“收益”权能。^[5]

目前,关于宅基地使用权法律制度变革的流行话语可以区分为视农村宅基地为土地财富的产权致富论和主张以此为基础的对宅基地使用权的权能扩张论。产权致富论是关于宅基地制度变革最基本的事实判断,它极大地形塑出在农村宅基地法律制度的改革话语中出现的扩充宅基地使用权的权利扩张理论。在《物权法》颁布之前,宅基地使用权制度已经存在,1962年中央颁布的《农村人民公社工作条例修正草案》(又称“人民公社六十条”)确立了农村宅基地所有权与使用权两权

[1] 李强、陈宇琳、刘精明:《中国城镇化“推进模式”研究》,载《中国社会科学》2012年第7期。

[2] “城镇化”与“城市化”在城市人口比率标准上并无不同,只是在实现方式上属于中国特色的选择。参见:温铁军、温厉:《中国的“城镇化”与发展中国家城市化的教训》,载《中国软科学》2007年第7期。

[3] 根据《国家新型城镇化规划(2014—2020)》,2020年的城镇化水平在常住人口城镇化率上要达到60%左右,而户籍人口城镇化率要达到45%左右,其中户籍人口需要增加近10个百分点。参见:《李克强督战新型城镇化,已确定62地试点》,载澎湃新闻网(http://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_1267334,最后访问时间2014-09-18)。

[4] 相关的研究参见:韩世远:《宅基地的立法问题——兼析物权法草案第十三章“宅基地使用权”》,载《政治与法律》2005年第5期;刘俊:《农村宅基地使用权制度研究》,载《西南民族大学学报(人文社科版)》2007年第3期;周其仁:《还权赋能——成都土地制度改革探索的调查研究》,载《国际经济评论》2010年第2期;刘守英:《中共十八届三中全会后的土地制度改革及其实施》,载《法商研究》2014年第2期。

[5] 当然,宅基地使用权人并非无法在宅基地上获益,利用宅基地经营庭院经济,农民可以通过房屋出租(实际上也是对宅基地使用权的出租)来获益。不过用益物权理论中所界定的收益权是指通过利用财产获取收益、获取天然孳息和获取法定孳息三个方面。显然,现有的法定宅基地使用权的收益权能并不完整。参见王利明:《物权法研究》(下卷),中国人民大学出版社2013年版,第781页。

分离的格局,宅基地所有权归生产队,宅基地使用权归社员。^{〔6〕}从此,我国确立了“宅基地使用权”的概念,并逐步将其发展为一个用益物权概念。^{〔7〕}1978年通过的《农村人民公社工作条例》(试行草案)、1982年国务院发布的《村镇建房用地管理条例》以及1986年颁布的《土地管理法》等法律法规、最高院的司法解释均构成了我国历史上的农村宅基地使用制度。

从农村宅基地的使用实践和法律的规定来看,宅基地使用权并非用益物权一般法律理论中的主权利。尽管宅基地使用权并不从属于宅基地所有权,但宅基地使用权却兼具私权与公权的特点,是一种独特的权利受限的用益物权。农村土地制度改革话语的理论基础来源于被误解之后的西方经济学产权理论。^{〔8〕}目前国内对产权理论的应用,过于强调产权客体的排他性、独立性和可转移性,极大地强化了制度变革讨论中农村宅基地使用权的用益物权属性,忽视了宅基地使用权确立之前的“宅基地管理法”和《物权法》第153条对宅基地使用权的法律指引。

更重要的是,既有理论话语严重忽视了对宅基地使用权客体即宅基地本身的细致分析,将我国农村的所有宅基地普遍性地视为具有极高资产属性的土地资源,且对宅基地使用权实践的相关经验缺乏全面而清晰的认知,这不仅会导致对既有宅基地使用权制度安排的理解偏差,而且可能将农村土地制度改革带入歧途。本文首先对宅基地使用权的权利客体——宅基地——的土地资源属性构成进行分析;其次从宅基地利用的经验层面,对宅基地使用权的扩权理论进行反驳;再次,讨论宅基地使用权的法律实践问题,并以此为基础来重新理解农村宅基地使用权的法律属性。^{〔9〕}

二、宅基地属性的多元构成

宅基地使用权是对农民在宅基地上的土地法律利益权利配置的用益物权化。不过,宅基地不仅具有法律权利所确定的法律利益,而且还包含了大量的非法律利益,并共同形塑出宅基地使用权客体属性的多元构成。事实上,农村宅基地需要被进行基本的类型划分,普通农村的宅基地与城郊农村、城中村和沿海发达地区农村的宅基地具有经济土地意义上的显著区别,后三种农村宅基地基本上可以被视为土地资产。^{〔10〕}构成产权致富论经验基础的后三种农村宅基地可以将其称为土地资产型宅基地。宅基地是村庄建设的重要公共资源,土地资源意义上的非资产性和公有属性是我国宅基地的基本属性;由于土地区位的不同,我国普通农村宅基地与城市建设用地在市场

〔6〕 参见1962年《农村人民公社工作条例修正草案》第21条第1款、第2款和第45条第1款、第2款。

〔7〕 高圣平、刘守英:《宅基地使用权初始取得制度研究》,载《中国土地科学》2007年第2期。

〔8〕 实际上,主流改革话语对西方经济学产权理论的误解包含两个方面,一是对完全产权交易理论前提不加反思的适用,一是对不完全产权理论的忽视。这两种经济学产权理论,参见[美]科斯:《社会成本问题》,载[美]科斯、阿尔钦、诺斯等:《财产权利与制度变迁:产权学派与新制度学派译文集》,刘守英等译,上海人民出版社1994年版;[美]Y.巴泽尔:《产权的经济分析》,费方域、段毅才译,上海人民出版社1997年版。

〔9〕 为了便于研究的展开,本文以适度规模的全国性社会调查为基础。华中科技大学中国乡村治理研究中心“农村宅基地调查”课题组于2013年11月—2014年3月在全国调查宅基地使用和宅基地管理情况,调研的3省9县(18村)市分别为:湖北省的襄州区、沙洋县与江夏区、江苏省的常熟市、高淳县与沛县、陕西省的石泉县、长安区与洛川县。调研点选取标准包括经济发展水平、距离城镇远近、地形地貌等方面。问卷主要包括每村20份农户问卷与全村覆盖问卷两种,发放农户问卷320份,最终有效问卷为313份,发放覆盖问卷3800份,有效问卷3767份。文中的调查经验主要来源于但不限于华中科技大学中国乡村治理研究中心“农村宅基地调查”课题组:《地尽其利:农村宅基地制度改革的目标与方向——对3省18村宅基地管理实践的调查》(执笔人:桂华)。

〔10〕 对经济土地的土地财产、土地资产和土地资本三种表现形态的界定和区分,参见周诚:《土地经济学原理》,商务印书馆2003年版,第10~11页。

价值上形成差异,存在建设用地属性的差异;由于农村社会区位和经济发展水平的差异,普通农村宅基地与土地资产型宅基地不可等而视之。

(一) 日常农村社会中的宅基地

宅基地大多来源于耕地、山地、荒坡地。其中能够作为宅基地的耕地大多是耕种条件差、土地肥力低下、农业经济价值低的土地。20世纪80年代以来,我国农村依次出现三次建房高潮,^[11]宅基地的选择和使用方式均发生一定程度的变化。宅基地是村庄建设中重要的公共资源。一般来说,划分给村民的宅基地归村民自己使用,外人不得干涉。但农村社会发展中最重要的是居住地的建设,如果宅基地的地块过于分散,比如南方农村,那么村庄建设的成本,特别是公共品供给的成本就会很高,尤其是在老旧的宅基地没有复垦而新的房屋插花式地被建设的前提下,村庄的整体建设将会面临极大困难。如此,村庄的居住格局不仅零碎不堪,而且村民的生活福利也难以获得整体性增加。特别是在住宅格局高度集中的北方农村,宅基地的使用面积需要进行严格的控制,否则紧张的人地关系将会进一步恶化。

宅基地并不具有与耕地相当的农业经济产值,洪泽区、山区和黄土高原地区的宅基地基本不会占用可耕地。这些地区农村的宅基地大多是荒地、坡地和台塬地。宅基地一般用于村庄生活,在利用实践中服务于农业生产。宅基地不仅用于建筑居住用房,还用于建造附属房屋和房庭院落。附属房屋可以放置农具和杂物,而庭院则可以种植树木、瓜果蔬菜或用于饲养牲畜。^[12]

尽管全国宅基地的具体使用形态和面积大小各有特点,但却具有符合自身农业经济生产和村庄生活的基本属性。比如,湖北荆门农村的宅基地由房屋占地、禾场、园圃、菜园和堰塘构成。禾场为晒谷、打谷所必须;园圃则多为祖上留传,大多种有果树、林木和竹子,这些种植物平时可以用来遮风、挡雨、遮阳,待其成熟后不仅可以供农户自用,也可以在市场出售,为农民带来经济效益;堰塘不仅能供给生活用水,而且能够保障农业灌溉用水,农民也将其视为宅基地的组成部分。

从土地资源学看,宅基地具有复垦性。20世纪80年代建设的房屋多为红砖平房或是简易楼房,其墙体承重结构多为砌体墙承重结构系统,墙体建造原料多为普通黏土砖。^[13]这些房屋建造难度低、成本低廉、对土层破坏程度小、退出难度小,废弃倒掉后,退出的宅基地自然成为耕地资源。也就是说,宅基地实际上构成了农村经济耕地资源的预备役,经过土地整理后的宅基地能够形成具有一定农业生产价值的耕地。

(二) 无法等同于城市建设用地的宅基地

毋庸置疑,宅基地是农民的土地财产,但土地资产指的是土地财产中可折算为货币并可用于抵偿债务的部分或是可用于货币表现、可构成资产负债表中的贷方余额的土地财产。就土地资源属性而言,农村宅基地源于自然土地,经过对自然土地的平整、地基建造等方式改良之后,成为人工土地与自然土地的结合而成的经济土地。^[14]显然,农村宅基地是国家 and 村集体无偿向农户供给的基本生活资料,不可能直接体现土地的资产权利。至于土地资本,则涉及土地的经济运营,“投

[11] 根据调研分析数据,20世纪80年代以来的建房时期分别为1983—1994年、1995—2001年和2002—2013年,其中第一、三次建房潮的频数较高,第二次建房潮的频数明显降低。

[12] 2007年《物权法》第152条“宅基地使用权人依法对集体所有的土地享有占有和使用的权利,有权依法利用该土地建造住宅及其附属设施”的规定就从法律上确认了这一点。对“附属设施”的目的特定性和权利范畴的分析,参见陈华彬:《民法物权论》,中国法制出版社2010年版,第368~371页。

[13] 同济大学等合编:《房屋建筑学》(第4版),中国建筑工业出版社2005年版,第61~64页、第125页。

[14] 前注[10],周诚书,第7页。

入经济运营的土地即土地资本,而土地价格即土地资本的货币表现”。^[15] 大部分农村宅基地并未参与到土地的经济运营之中,不可能直接对等为土地资本。

我国法律将宅基地定义为农村建设用地,但在经济土地属性上,宅基地与城市建设用地具有本质上的差别。^[16] 宪法规定“城市的土地属于国家所有”。国家对城市建设用地的一级市场享有垄断权,城市建设用地经过招、拍、挂进入土地二级市场后可以进行市场交易和自由转让。作为独特的用益物权客体,农村宅基地与建设用地具有法律权利性质上的巨大差别。城市建设用地使用权只能通过行政划拨或是土地出让的方式取得。在用益物权的权能上,建设用地使用权的使用具有更大的独立性,可以在土地二级市场上自由转让。

农村宅基地的主要用途在于为村集体组织成员的居住提供基本的土地资源,只能依法在宅基地上建设住房及其附属设施。因此,农村宅基地是土地财产,但一般难以转化为土地资产和土地资本。如果某块宅基地成为城市建设用地,在目前国家对土地的管制框架下,只能由国家来对宅基地进行土地征收。城市土地贵比黄金的根源在于,国家土地用途管制及城市经济发展所带来的级差收益,城市建设用地的土地价格受到区位因素(商服繁华度、交通通达度)、基础设施(市政基础设施、社会服务设施)、环境条件(人口状况、自然条件、环境质量)、社会经济条件等质量评价指标的影响。^[17] 就此而论,普通农村宅基地显然无法享有城市经济体系中的竞争地租。^[18] 城市经济的发展,不仅能够促进城市体系内部的发展,而且对周边农村具有显著的经济带动效应。^[19] 虽然少量农村宅基地的增值与城市建设用地的竞争地租有关,但本质上却是由于城市竞争地租的区位覆盖(城中村)和区位辐射(城郊村、沿海发达地区农村)之后所形成的土地资本外溢所致。

(三) 宅基地资源利用的利益分化格局

在我国宅基地资源问题上,已经出现了结构性的土地利益分化。以上所讨论的是一般意义上的宅基地,但正如前所述,就目前我国的经济水平区域差异而言,城郊村宅基地,特别是城中村宅基地和沿海发达地区农村宅基地与一般的农村宅基地具有很大不同。这三种宅基地与城市经济体系紧密相连,因土地的不断增值而具有交换价值,甚至具备相当的转化为土地资产的潜力。

城郊农村、城中村和沿海发达地区农村的宅基地增值来源于城市经济的辐射作用和国土管控下土地资源利用中的供求矛盾。^[20] 因此,上述宅基地的增值属于外部投资辐射性增值和供求性增值等外力增值,而非自力增值。^[21] 城郊农村宅基地距离城市经济体较近,容易受到城市经济的辐射而形成土地增值;由于直接享受城市经济利益的外溢,城市经济体中的土地需求提升了城中村宅基地的土地价值,城中村宅基地和沿海发达地区农村宅基地在土地利用上近乎等同于城市建设用地。当前宅基地产权致富论的经验基础主要来自城郊农村、城中村和沿海发达地区农村。^[22] 尽

[15] 前注[10],周诚书,第11页。

[16] 农村宅基地在土地资源类型上介于耕地和普通建设用地之间,土地资源学在土地用地层面对宅基地的界定,显然无法有效反映宅基地与耕地的可转换性及其与城市建设用地的区别。参见谭术魁主编:《土地资源学》,复旦大学出版社2011年版,第80~90页。

[17] 刘卫东等:《土地资源学》,复旦大学出版社2010年版,第326~327页。

[18] 中国社会科学院城乡建设经济系:《城市经济学》,经济科学出版社1999年版,第214页。

[19] 参见陈柏峰:《为了平等的平等——与周其仁教授商榷农地农房入市问题》,载观察者网(http://www.guancha.cn/ChenBaiFeng/2014_09_17_267911.shtml),最后访问时间2014-09-18)。

[20] 刘锐:《农村宅基地性质再认识》,载《南京农业大学学报(社会科学版)》2014年第1期。

[21] 周诚:《论土地增值及其政策取向》,载《经济研究》1994年第11期。

[22] 比如在既有研究中时常被提及的北京郊区郑各庄村就是城郊村的典型,参见刘守英:《集体土地资本化与农村城市化——北京市郑各庄村调查》,载《北京大学学报(哲学社会科学版)》2008年第6期。

管这些农村地区宅基地的土地增值属于供求性增值,而且不可改变的是,完成增值并将继续增值的宅基地已经成为当地农民的重要的土地资产。

三、宅基地使用权的客体悖论

(一) 宅基地使用权可转让性及其理论基础

《物权法》颁布前,民法学界对宅基地使用权法律属性的讨论空前激烈,用益物权论的基地使用权说、地上权说、特有用益物权说、人役权说及不同于用益物权论的占有权论均对宅基地使用权的法律属性提出过不同看法。^[23]专门的土地法学研究并未对宅基地使用权进行抽象的直接定义,而是指出宅基地使用权的性质构成为生存保障性、物权性、可转让性、有期限性。^[24]

从宅基地问题的现实争论点来看,最集中的争议要点在于宅基地使用权的可转让性。对宅基地法律属性讨论的目的或是之后的理论延伸均指向宅基地的流转问题。宅基地使用权说、特有用益物权说、人役权说和占有权说均对宅基地使用权的高度物权化持否定态度,反对宅基地使用权在村集体范围外的可转让性。这种观点得到了现行立法的支持。而地上权说和土地法学理论均认为宅基地使用权有可转让性。宅基地使用权转让否定说的立论在于,宅基地是农民的基本生活保障和安身立命之本,在农村社会保障体系尚未完全建立的前提下,失去住房与宅基地的农民会影响到社会稳定。^[25]

宅基地使用权转让肯定说立论的实质在于权利产权视角下的资源配置优化论。经济学视角下的宅基地产权理论最重要的观点是,产权的明晰有利于外部性的内部化,从而实现宅基地资源的高效配置,进而实现社会总产品的增加。显然,产权的功能在于“导引人们实现将外部性较大地内在化的激励”。^[26]近来西方权利产权理论对产权最经典的认定是“一束权利”。产权具有排他性和相对独立性。权利产权认知进路的预设前提是权利客体具有经济交换价值。因此,通过赋予宅基地使用权更大的物权甚至是独立物权,便是通过产权的私有化来减少交易成本的唯一出路。

(二) 宅基地使用权的客体悖论

宅基地的土地价值问题与宅基地利用问题直接相关。新近的专项研究指出,既有的宅基地法律制度禁止宅基地使用权自由流转,这种制度安排可能会带来一些负外部性,例如出现了大量闲置的宅基地,使得宅基地的利用效率低下,又或者导致了宅基地的隐性流转问题,使得宅基地交易费用过高,再或者使得土地征收成为宅基地进入土地市场的唯一渠道,导致了农民权益受损等问题。^[27]这里涉及的是对宅基地使用权客体的经验事实的判断。

被学界经常引用的实证数据显示,我国农村出现了大量的“空心户”和“空心村”,全国2亿亩

[23] 上述观点分别参见梁慧星主编:《中国民法典草案建议稿附理由·物权编》,法律出版社2004年版,第209~248页;江平:《中国土地立法研究》,中国政法大学出版社1999年版,第295~300页;王利明主编:《中国民法典学者建议稿及立法理由·物权编》,法律出版社2005年版,第272~280页;关涛:《大陆法系民法中的人役权》,载《法学论坛》2003年第6期;孟勤国:《物权二元结构论——中国物权制度的理论重构》,人民法院出版社2002年版,第197~216页;孟勤国:《中国物权法草案建议稿》,载《法学评论》2002年第5期。

[24] 刘俊:《中国土地法理论研究》,法律出版社2006年版,第323~325页。

[25] 孟勤国:《物权法开禁农村宅基地交易之辨》,载《法学评论》2005年第4期;梁慧星、陈华彬:《物权法》(第5版),法律出版社2010年版,第276页。

[26] [美] H. 登姆塞茨:《关于产权的理论》,载前注[8],科斯、阿尔钦、诺斯书,第98页。

[27] 曹泮天:《宅基地使用权流转法律问题研究》,法律出版社2012年版,第64页;张国华:《论宅基地使用权的可流转性及其实现》,法律出版社2013年版,第105~108页。

宅基地中大约有 10% 即 2 000 万亩的宅基地处于闲置状态。^[28] 但是, 宅基地闲置现象的发生具有独特的转型期社会结构原因, 对闲置的宅基地需要进行理论分析上的分类处理。宅基地闲置的类型较多, 村庄建设过程中, 村民在交通要道建房, 原先的宅基地被废弃, 便容易出现空心村, 外扩内空的村庄格局中更容易出现宅基地的闲置; 少数村民多占宅基地而且留置以后建房, 村级组织无力退出, 也在事实上形成宅基地的闲置; 举家务工或是已经顺利进城的农户常年不在村庄居住, 宅基地也将闲置; 山区宅基地大多在林地上开发, 在自然复垦发生之前同样形成宅基地的闲置。不同类型的宅基地闲置存在巨大的“闲置”差异。空心村问题是村庄宅基地管理问题, 在耕地甚至是基本农田都发生季节性抛荒的前提下, 宅基地的闲置显然无法用粮食产量的减损来进行衡量。举家外出务工所形成的宅基地闲置是农户重要的生存保障, 是其进城失败后的退路。山区农村的宅基地闲置是山地自然复垦的过程, 不属于土地资源的浪费。实际上, 只有彻底离农农户的宅基地和违法超占的宅基地才是真正闲置的宅基地, 这部分宅基地在所谓的 2 000 万亩闲置宅基地中只占其中一部分。因此, 所谓的宅基地“闲置”的真问题实际上是村庄的宅基地管理和宅基地规划问题,^[29] 并不能简单地认为是土地资源的浪费。

宅基地利用效率中最大的“问题”在于, 农村人口减少和村庄用地扩大并存的悖论。实证数据显示, 1996—2006 年, 我国城市化率逐年提升, 全国农村人口减少了 1.23 亿, 但人均宅基地面积却从 0.29 亩上升到 0.34 亩, 新增宅基地 80 万亩。仅从数据来看, 农村人口减少而宅基地增加, 只可能是宅基地使用严重超标, 那么宅基地的总体利用效率的确偏低。

实际上, 对宅基地的利用效率问题要将农业税费政策执行、打工经济兴起和小产权房的异军突起结合起来进行考虑。首先, 1996 年之后的十年正值农业税费时期, 期间农民的农业经济收入较低, 市场化劳动力价格偏低, 农民经济收入增长缓慢, 全国的建房总量下降, 在改革开放以来的三次建房潮中处于建房频次最低的一段时期, 全国农村不可能发生大规模的建房行为。其次, 与此同时, 在城乡二元结构体制下, 为了逃避农业税费和提高经济收入, 大量农民工进城却无法定居, 常住人口城镇化率远高于户籍人口城镇化率。这就表明减少的 1.23 亿人口主要是常住人口而非户籍人口, 即农村人口并未实际减少。最后, 与普通农村建房行为疲软相反的是, 城郊村和城中村的违规建房却异军突起, 增加了农村宅基地的利用面积。^[30]

(三) 对扩权论反驳的展开

宅基地问题本身涉及城市发展、小城镇建设、乡村建设、土地征收、土地增值收益分配、小产权房治理、土地执法等诸多宏观问题和制度实践问题, 这些与宅基地紧密相连的问题并非宅基地使用制度所能独立承担。

对于绝大多数农民而言, 其宅基地利益在于建设用于居住和服务于农业生产的房屋。从宅基地使用权的实践来看, 现行宅基地使用制度基本上较好地履行了这部分功能, 绝大部分村民有房可居。对于土地利益密集区的农民而言, 宅基地成为具有高额经济价值的稀缺资源, 宅基地使用权的流转的确能够使其获取巨额土地利益, 使其既有土地利益合法化。

伴随社会的发展, 特定利益的确可以上升为法律利益, 并受到法律权利的保护, 但并非所有的特定利益形成之后都具备转化为法律权利的充足正当性。土地利益密集地区的宅基地增值来源

[28] 韩康:《启动中国农村宅基地的市场化改革》,载《国家行政学院学报》2008年第4期。

[29] 刘锐:《空心村问题再认识——农民主位的视角》,载《社会科学研究》2013年第3期。

[30] 这部分数据很难进行全国性统计,但多点调查的实证经验和生活经验都表明,城郊村和城中村的违规建房大量存在,其中很多村庄的土地都被用于违法建房。

于城市经济利益的外溢,本质上是宅基地的区位导致的宅基地供求型增值。如果赋予农民进行宅基地流转的权利,扩张宅基地使用权的用益物权属性,那么土地利益密集地区的农民将能得到巨额的土地利益而成为新利益阶层。在宅基地使用权制度变革之后,土地利益密集地区的农民获得巨额土地增值利益,这对于其他大田地区的农户来说显失公平。国土管控是世界通则,城郊村和城中村尽管是土地利益密集区,但土地利益的增值来源于国家发展战略、城市规划、非农用地政策和城市化速度等外力因素,而与土地本身无关。^[31]城郊农民和城中村村民依靠土地区位已经获得了大量的土地增值外溢利益,如果将其宅基地使用权流转需求合法化,将稀释掉城市的土地增值利益,而且会培育出大量的土地食利阶层。

四、宅基地使用权的法律实践

尽管物权法对宅基地使用权进行了界定和说明,但宅基地使用权主要是在国家土地管理权的范畴内发生法律实践。

(一) 宅基地公共土地资源的制度配置

宅基地总体上是公共土地资源。《土地管理法》第62条第2款规定:“农村村民建住宅,应当符合乡(镇)土地利用总体规划,并尽量使用原有的宅基地和村内空闲地。”村民建设房屋所需宅基地需要占用建设用地指标,地方政府可以通过宅基地的用地指标来调控农民的建房行为和建房规模。尽管农民享有宅基地使用权,但宅基地使用权的行使主要受到《土地管理法》的规制,其合理性在于,土地资源具有高度的独特性和稀缺性,从保护耕地的角度出发,对宅基地使用权的规制极为必要。国家对宅基地使用权的公权管制不仅出于对国土资源的保护,也同样使得村庄的宅基地资源在整体上得到高效利用和总体规划。

在宅基地资源配置实践中,地方政府主要从土地指标控制、土地利用管制和房屋建设管理等方面进行公权规制。宅基地的所有权归村集体成员所有,村集体经济组织代表集体行使宅基地所有权。^[32]在宅基地资源配置中,我国采用村民自治的具体操作模式。依据《物权法》和《土地管理法》,村民享有宅基地使用权,村集体组织代表村集体对宅基地资源进行配置和管理。如此,在资源具体配置中,可以防止村民对宅基地使用权的恣意利用和过度占用,有助于村庄规划实践中宅基地的有序合理利用,克服宅基地资源利用的低效。

(二) “一户一宅”与宅基地使用权灭失

《土地管理法》第62条第1款规定:“农村村民一户只能拥有一处宅基地,其宅基地的面积不得超过省、自治区、直辖市规定的标准。”“一户一宅”是村集体宅基地资源分配的基本原则。我国法律规定的“户”是宅基地使用权法律实践中的权利主体,但对“户”却没有进行明确界定。农村社会中的“户”是一个以家庭规模为基础的地方性概念,不同地区农村对户有着不同界定。在村集体范围内界定“户”,可以在宅基地资源配置中实现基本公平。就此而言,法律规定的“户”为宅基地使用权的法律实践预留了充分的社会空间。

在村庄盖房规范和面子竞争的社会条件下,宅基地资源不过是房屋的落脚地,最重要的还是有足够的经济能力建设房屋。通常的“一户多宅”指的是“建新不退旧”。农户在新的地址上建设房屋,原先的老房屋依然存在,或是房屋已经倒掉,但并没有复垦为耕地,也未由村集体收回。宅

[31] 陈柏峰:《土地发展权的理论基础与制度前景》,载《法学研究》2012年第4期。

[32] 王利民:《物权法研究(上卷)》,中国人民大学出版社2013年版,第530~533页。

基地资源的相对稀缺性,主要指的是宅基地成为农民建房的竞争性土地资源。就现今农户的建房需求而言,宅基地的地址最为重要,水、电、路、广场等公共物品的供给决定了宅基地的建房价值。真正应该退出的宅基地是具备良好居住质量地块上直接闲置的宅基地和“一户多宅”中对宅基地的超占部分。如果宅基地无法退出,归个人占用的宅基地资源便无法回归到公共土地资源系统中,具有宅基地使用权资格的村民在日常生活中却不可能真正享受到法律赋予的权利。

(三) 宅基地使用权的转让约束

宅基地资源是村集体无偿向村民供给的用于满足基本居住需求的社会福利资源,在建设用地图标偏紧的前提下,“一户一宅”的宅基地使用原则较好地考虑到土地资源的稀缺性和农村建房基本需求之间的平衡。《土地管理法》第62条第4款规定:“农村村民出卖、出租住房后,再申请宅基地的,不予批准。”尽管村民不会轻易卖掉住房,房屋的买卖和出租率在全国农村极为低下,但是考虑到宅基地资源的相对稀缺性和宅基地资源供给的无偿性,国家法律必须严格规制村民的房屋买卖、出租行为。

我国土地管理法允许土地集体所有制框架下的宅基地使用权转让,也就是实践中常见的农村房屋或宅基地的内部买卖。1988年宪法修正案规定“土地的使用权可以依照法律的规定转让”。1988年《土地管理法》规定“国有土地和集体所有的土地的使用权可以依法转让”。而国务院随后又出台《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》,国有土地使用权转让的问题得到落实。1998年《土地管理法》对农村土地使用权转让的限制要点在于“非农业建设”,可见农地使用权的转让不涉及土地用途性质的变更。

尽管宅基地使用权的合法转让被限定在土地集体所有制之内,但在实践中,农村依然存在宅基地的城乡交易,即宅基地使用权的非法转让,而且不断增多。《土地管理法》规定只有乡镇企业、乡(镇)村公共设施 and 公益事业建设、农村村民住宅等三类乡(镇)村建设可以使用集体所有土地。若城镇居民购买了农村的宅基地或直接购买了房屋,那么农村宅基地之上的房屋显然并非“农村村民住宅”而是城镇居民住宅。也就是说,我国对宅基地使用权的转让在法律设定中还加入了身份的因素,房屋所有者的身份决定了房屋的性质,也决定了房屋所需土地使用权行使的合法与否。

现实中突出的问题是,在宅基地土地发生外力增值地区农村,村民买卖、出租房屋的现象较为常见,更有不少房屋属于违规违法的小产权房。小产权房的大量出现,主要源于城市化、工业化快速发展带来的城郊、城中村土地增值和国家政策实践、地方政府推动与政府管理的缺位,其实质是土地增值收益分配问题。^[33]小产权房问题的症结在于对国家土地用途管制的突破,也即在土地集体所有制内发生了宅基地使用权的非法转让,使得原本由国家控制的“盖房子的权利”被集体或私人控制,从而导致了土地公共财政的流失。^[34]

(四) 宅基地使用权的产权整合

在法律实践中,宅基地使用权整合制度总是会面临农村经济基础、村庄社会性质、政治权力结构、地理区位条件等诸多约束条件的限制。当前,由于土地集体所有制的虚化、村级组织治理能力的弱化以及农村社会农民利益的分化,宅基地使用权缺乏有效的整合机制。

在宅基地利用方面,南方农村的宅基地使用权过于物权化,宅基地难以统一规划和调整的负外部性大量发生,村庄规划难以有效推行,农村基础设施建设举步维艰。相比于此,北方农村的土地集体所有制一直得到较好的保持,但是近二十年来也已经发生了巨大的产权观念变迁,北方农

[33] 刘锐:《“小产权房”问题再认识》,载《现代经济探讨》2013年第12期。

[34] 参见桂华:《和网友谈谈“小产权房”以及我对华生周其仁之争的理解》,载观察者(http://www.guancha.cn/guihua/2014_09_12_266403.shtml,最后访问时间2014-09-19)。

村的公共土地被私人大量私自占用建设房屋;此外,北方村庄中村集体组织对宅基地的管理一直较为有效,村庄宅基地在宅基地使用权灭失后,应该由村集体收回。^[35]但宅基地私有化的加重,使得宅基地无法有效退出,在国土管制加重的背景下,村庄内出现了宅基地使用权初始取得的困难。

在实践中,农民建房意愿缺乏统一性,具体建房行为时常无法有效管理。在地方政府建设管理疲软和村庄建设管理权虚化的前提下,村民对宅基地使用权的行使具有高度的自主性,村民利用自己的社会关系超占宅基地,或是拒不退出宅基地,由此会带来住房建设格局的紊乱。这种村庄建设格局缺乏规划和管理的实质均是宅基地使用权的整合困境。

五、重新理解宅基地使用权的法律属性

(一) 宅基地使用权与宅基地管理目标

宅基地使用权是对宅基地使用权人土地利益的权利配置。既定法律制度框架内的权利主要由“占有”和“使用”两部分构成,具体内容是农民有权依法在村集体的土地上建设房屋。宅基地使用权法律制度不仅由物权法规定,而且是由一系列宅基地管理制度构成,比如《土地管理法》、国务院和国土资源部所颁发的土地法规与土地政策等。农民的宅基地利益被诸多的土地制度所规制。

我国宅基地管理制度的基本目标在于,“提高土地资源的利用效率、实现宅基地资本化收益的合理分配和保障农民的宅基地使用权”。^[36]在现有宅基地管理制度框架内,主张宅基地使用权具备可转让性的变革建言有违宅基地管理的多属性目标。

尽管物权法对宅基地使用权进行了用益物权化的法律界定,但宅基地使用权的法律属性涉及的宅基地法律问题的复杂性显然并非“用益物权”的法律语词所能独立承担。对于宅基地使用权的可转性,不论支持与否,既有物权法理论和土地法理论对宅基地使用权法律属性的理解均存有局限,它们各自都意图通过单一的法律语词对宅基地使用权的法律属性进行抽象界定。

宅基地使用权法律实践的复杂性并非宅基地之上的法权复合,^[37]而是指其牵连的社会、经济利益甚广,关乎中国的现代化道路和国家转型的战略利益。必须强调的是,配置宅基地资源的宅基地管理制度决定了宅基地使用权的法律属性,而非所谓的物权法原理或是经过简化处理之后的经济学产权理论。

实际上,“权利的界定受个人最优化的影响;这种界定要消耗资源,完全界定的成本更是非常高的。因此,产权永远不会是完全界定的”。^[38]从用益物权的法学原理来看,宅基地使用权的权利结构残缺不全,但这种权利残缺实际上是一种使用权的公共化。宅基地使用权的行使需要大量权利成本,将可能会导致制度负外部性的产权权利交由宅基地所有权主体来进行支配,将有利于宅基地资源村庄内部配置的优化。就我国物权立法而言,宅基地使用权并未形成对所有权的限制,宅基地使用权也并未使宅基地所有权的经济价值得到充分和完全的实现,^[39]反而是,宅基地的所有权构成了村集体对宅基地进行村级管理的基础,宅基地的使用权仅表现为村民基于成员权而能够享有用于自建房屋的宅基地。

[35] 这实际上是所有权的弹性性或归一性特征的应有之义。参见前注[25],梁慧星、陈华彬书,第116页。

[36] 桂华、贺雪峰:《宅基地管理与物权法的适用限度》,载《法学研究》2014年第4期。

[37] 郑尚元:《宅基地使用权性质及农民居住权利之保障》,载《中国法学》2014年第2期。

[38] [美]巴泽尔:《产权的经济分析》,费方域、段毅才译,上海人民出版社1997年版,第67页。

[39] 用益物权与所有权的一般关系,参见前注[5],王利明书,第773页。

(二) 宅基地使用权与地利分化

宅基地的属性、社会功能、宅基地土地利益的分化、宅基地使用实践中所涉及的与宅基地使用权相关的诸多土地问题,是理解宅基地使用权法律属性的基础。然而,诸多看似与宅基地使用权高度相关的土地问题,实际上却不在宅基地使用权法律制度的实践框架之内。宅基地土地资源利益的分化所形成的法律权利诉求客观真实。社会发展过程中的特定利益在形成一定利益体量后,往往会向立法系统进行法律利益权利化的表达。当前宅基地使用权制度改革话语无疑就包含了这种声音。但问题在于,土地利益的分化并无法替代土地利益的整体变化。既有宅基地使用权法律制度变革话语显然放大了制度变迁的需求,也忽视了制度变迁的相关社会风险和不良后果。^{〔40〕}

对于广大农民而言,宅基地是村庄供给的用于建设房屋的社会福利资源。《物权法》赋予农民原先的宅基地使用实践以用益物权属性,但这显然是一种法律形式上的权利认定。从《物权法》中关于宅基地使用权的条款来看,在法律符号上标志着用益物权的宅基地使用权并没有赋予农民更大的财产权利,而更多是将宅基地使用权的落实援引至一直由土地管理法进行调控的范畴之内。宅基地的法律属性显然已经远远超出了用益物权的指称范畴,而显然与具有公权属性的土地管理权发生了某种交叉和融合。

不过,这种同一法律权利在分属私权与公权两种不同法律制度范畴内的交叉,却并非法律制度对宅基地使用权的误解,而是一种基于宅基地使用实践的“回应型”法律制度建构。^{〔41〕} 宅基地是重要的资源性土地财产,“作为每个人赖以生存必不可少的基本物质保障,资源性财产必须得以最低限度地、公平、持续地提供给当代和以后世代的每个人;而作为国民财富的源泉,资源性财产又必须肩负维系国家政策运作的公共责任”。^{〔42〕} 在《物权法》出台之前,宅基地使用实践一直由《土地管理法》规制和调控,宅基地使用制度实质上是一种土地管理制度。这种土地管理制度有两个层面的意涵:国家/地方政府利用《土地管理法》及相关的政府政策在土地用途、使用规划和总体指标等方面来进行土地利用的宏观调控;村级组织利用土地集体所有制来进行以村庄规划为导向的宅基地治理。

(三) 社会转型期的宅基地使用权制度变革

宅基地使用权的权能扩张理论企图通过宅基地使用权的用益物权化扩权来对法律制度和法律实践进行不切实际的替代,忽视了复杂而多元的宅基地使用权法律实践及其历史传统。

在土地事实问题上,扩权论误解了土地利益密集地区宅基地的增值来源和土地增益分配的权利配置,误以为宅基地之中确实蕴含着财富,忽视了城郊村、城中村和沿海发达地区农村宅基地土地增值的区位因素,且将局部的宅基地增值表象扩展至全国农村,而在理论上臆造出全国性的宅基地财富论说和宅基地流转需求,并欲以此来推动我国宅基地使用权法律制度的用益物权化改革。

与之相反的是,《物权法》对宅基地使用权的界定尊重了之前的宅基地使用制度和复杂的宅基地事实问题。相比于这一点,法律人的“变法”主张显得欠缺证明力,这与法律人之前曾力推的宪法司法

〔40〕 印子:《农村宅基地地权实践及其制度变革反思——基于社会产权视角的分析》,载《中国农村观察》2014年第4期。

〔41〕 季卫东认为,回应型法有以下四点特征:(1)在法律推理中目的的权威得以加强;(2)目的可以缓和服从法律的义务,为民间性公共秩序的概念网开一面;(3)使法制具有开放性和弹性,从而促进法制的改革和变化;(4)法律目的的权威性和法律秩序的整合性来自更有效率的法律制度的设计。其实质是要使法律不拘泥于形式主义和仪式性,通过理论和实践相结合进一步探究法律、政策中所蕴含的社会公认准则(价值)。参见[美]诺内特、塞尔兹尼克:《转变中的法律与社会:迈向回应型法》,张志铭译,中国政法大学出版社2002年版,代译序,第5页。

〔42〕 刘俊:《土地所有权国家独占研究》,法律出版社2008年版,第42页。

化高度相似。^[43]立法者显然并未从物权法原理、西方经济学理论和简要的宅基地统计数据出发来进行法条拟定,而是充分考虑到宅基地管理制度实践和宅基地法律制度实践的复杂性。因此,现行《物权法》才以简约主义和原则主义的立法策略来完善宅基地使用权法律制度。这种立法尽管是保守的,但却不至于造成无法挽回的社会风险后果,同时也为进一步的宅基地使用权扩充预留了空间。

当然,既有宅基地使用权法律制度并非无须完善之处。在物权法体系内,宅基地使用权法律制度无法对宅基地管理需求进行有效回应。如果重新理解宅基地使用权的法律属性,从宅基地使用权的法律实践出发,宅基地使用权实践在村集体内部呈现出不断私有化的产权样态。这种私有化的产权行使并非宅基地使用权实践的财产权化,而是一种“占有”和“使用”上的私有化,是一种在既有宅基地管理制度框架下需要克服的产权整合难题。^[44]宅基地使用实践中的问题并非通过改革宅基地使用权制度能够解决,制度变革的重点和方向在于完善宅基地的管理制度。当下关于宅基地法律制度的变革话语被限制在财产权利话语和赋权范式之中无法自拔,无法摆脱用益物权原理的牵绊,进而无法在《土地管理法》范畴中进行立法/政策建议。社会转型期宅基地使用权法律制度变革的方向在于,宅基地使用权的产权整合与宅基地建设管理的强化。^[45]

六、结 语

如果以十年之前的物权立法之争来反观当下的土地变革话语,可以体察到一种“变法心态”下的“法律政策学”思维。^[46]中国社会早已发生巨大变迁,但土地的社会事实与西方的土地权利依然存在巨大张力,法律理论中的权利语词及其背后的承载之物与中国农村社会无法完全适配。集体化时期特别是20世纪80年代以来,五十余年的农村宅基地使用法律实践早已形成了自己的土地法传统。^[47]而这种法律传统中很重要的一个方面,便是宅基地使用的各种制度规定能够在不断演进的过程中,最终以《土地管理法》的形式完善和确定下来,而2007年出台的《物权法》显然蕴含了对这种法律传统的接受和吸纳。

每个民族都有自己独特的法律传统而非法律本身。^[48]我国农村宅基地使用权法律制度及其实践也是如此。只有放宽法律的视界,破除掉神圣而普世的物权法信仰,从土地法传统和社会基础的角度来理解宅基地使用权的法律属性,才能更好地认识中国的宅基地法律实践,并做出真正有针对性的土地法律制度创新和法律理论贡献。

(责任编辑:蒋红珍)

[43] 强世功:《立法者的法理学——法律移植背景下对当代法理学的反思》,载《中国社会科学》2005年第1期。

[44] 在产权实践中,“公地悲剧”和“反公地悲剧”几乎无处不在,就农村土地利用而言,“反公地悲剧”更为显著。这里所指的宅基地产权整合命题,实质上就是对宅基地利用中对“反公地悲剧”的克服。参见:Garrett Hardin,“The Tragedy of the Commons”,162(13) Science 1243-1248(1968);Michael Heller,“The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets”,111(3) Harvard Law Review 621-688(1998);陶然、王瑞民、史晨:《“反公地悲剧”:中国土地利用与开发困局及其突破》,载《二十一世纪》2014年6月号。

[45] 英、德、美等西方国家、日韩等东亚国家以及我国香港、台湾地区,均对宅基地实行管制措施。参见王旭东:《中国农村宅基地制度研究》,中国建筑工业出版社2011年版,第155~173页。

[46] 强世功:《宪法司法化的悖论——兼论法学家在推动宪政中的困境》,载《中国社会科学》2003年第2期。

[47] 当然,这需要更加细致深入的土地法律制度史和法律社会史研究。

[48] 法律制度的发展需要结合具体的历史条件和社会基础,美国土地法律制度从殖民地时期开始便一直发生着不断的变迁,最终彻底摆脱了来自英格兰普通法的束缚,而形成具有美利坚特色的高度私有化的土地产权制度。参见[美]劳伦斯·M.弗里德曼:《美国法律史》,苏彦新等译,中国社会科学出版社2007年版,第41~48、241~255、449~465页。