



中国宅基地立法基本问题研究

向勇◎著



中国政法大学出版社



中国宅基地立法基本问题研究

向勇◎著



中国政法大学出版社

2015·北京

922.3
438

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

中国宅基地立法基本问题研究/向勇著. —北京：中国政法大学出版社，
2015. 3

ISBN 978-7-5620-5970-7

I. ①中… II. ①向… III. ①农村—住宅建设—土地管理法—立法—研究—中国 IV. ①D922.324

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第059636号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话	010-58908285(总编室) 58908334(邮购部)
承 印	北京鑫海金澳胶印有限公司
开 本	880mm × 1230mm 1/32
印 张	9.125
字 数	220 千字
版 次	2015 年 4 月第 1 版
印 次	2015 年 4 月第 1 次印刷
定 价	39.00 元

宅基地立法基本问题，是小问题，却有大视野。宅基地的法律含义、宅基地立法理念、宅基地立法方向以及宅基地立法路径等基本问题既在物权法学、土地法学范畴之内，又在之外。研究者必然要在法哲学、法理学、法史学等学科之间来回穿梭。与其说是在研究问题，不如说是在学习新知。然而，庞杂的事情总得有人来做。围绕农村宅基地这块农民安身立命之地，我想把立法的一些基本问题弄明白。

我自认为基本整明白了如下六个要点：

1. 宅基地是身份物。在徐国栋那里，我第一次听到“人格财产”概念；在冷传莉那儿，我第一次看到关于“人格物”的研究成果。受他们的启发，我发现宅基地是一种特殊的身份物。正因为身份物的特点，使得宅基地使用权成为具有中国特色的用益物权，也就是说，身份物是理解宅基地立法的基础。

2. 集体所有权具有自身的法律智慧。宅基地的所有权属于农村集体。集体所有权的弊端自王卫国在《中国土地权利研究》中罗列后，迅速成为法学“通说”。王卫国并没有任何贬低集体所有权的意思，但各界总认为集体所有权是“三农”问题的罪

魁祸首，不停地想消灭、瓦解或者肢解集体所有权，除了孟勤国，很少有法学家出来为集体所有权说句公道话。在我看来，集体所有权不仅不能消灭，反而要充分挖掘其自身蕴涵的法律智慧。中国农村迄今为止没有发生大的社会动荡，用世界9%的耕地养活世界20%的人口，主要功劳要记在集体所有权、土地承包经营权和宅基地使用权上。集体所有权而不是私人所有权确保了中国农村社会公平和农业生产秩序。不能因为农村集体土地利用中发生了这样那样的问题，就将其归因于集体所有权，更不能因此而忽略了集体所有权中的智慧。我的结论是，集体所有权具有集体占有、集体享有、服务社会的法律精神，是中国人民经过反复的民主抉择而形成的，它与西方传统土地所有权个人独占、个人独享、对抗权力的法律精神有本质区别。

3. 宅基地使用权与土地承包经营权形成了一个能量充分的耦合系统。有关土地承包经营权的法律规则，基本上是不涉及宅基地使用权的，反之亦然。结果，承包地转让了，宅基地未转让，耕种承包地的人没有宅基地，占有宅基地的人，已不再是耕者。殊不知，天长日久，占据耕地的人会伸手要宅基地，占有宅基地的人想要回承包地。办法不能等出了问题再想，自始至终要把宅基地使用权与土地承包经营权结合在一起来考察。我硬着头皮钻研了“耦合”概念，发现宅基地使用权与土地承包经营权具有耦合关系，相互之间已形成保障农民权益、确保农村社会稳定、促进农村发展的耦合系统。该耦合系统由法律直接规定其权能，并根据农民需要和社会实际情形不断调整子权利系统的权能，以最大限度地实现耦合系统的效能。中国农村的最大问题不是“还权”，因为权利都有，而是“赋能”，即根据现实的需要赋予农民更多更完整的权能，以优化农村土地权利的耦合系统。

4. 宅基地立法理念是通向真集体主义。集体主义的含义被各种非集体主义的实践和非集体主义的思潮弄乱了，但集体主义作为思想武器永远不会退出历史舞台。我引入了马克思主义哲学研究成果中的“真集体主义”概念，认为中国宅基地立法要坚持真集体主义的方向。只有真集体主义才能充分体现土地公有制的优越性，只有真集体主义才能从根本上彻底解决古已有之、循环不断的“三农”问题。

5. 宅基地立法方向不是私有化、国有化，而是完善集体化。农村土地私有化的学说一直层出不穷，甚至有人认为土地私有化是市场经济的制度基础，也是中国古代文明的制度基础，为重塑中华文明，土地私有才是正确的方向。为此，我钻进“故纸堆”，翻看《食货志》，希望找到中国土地法律制度的根源。原来，中国土地法律传统素有私有、国有之争，中国古代土地私有化并非真理或通说。我从法学角度重新解释中国古代土地权利性质，发现中国传统上根本不存在所谓的土地私有权，即使在极具私有面相的“永业田”上也不存在土地私人所有权。所以，宅基地私有化并非在遵循中国土地法律传统。对于中国土地固有的“国有化”传统要不要坚持的问题，新中国的实践已做出了回答，那就是国有化意义上的“人民公社”已宣告失败。因而，中国的农村土地制度要走一条新的集体化的道路，在确保土地公有的基础上，实现集体成员的土地利益。

6. 宅基地立法路径不应继续坚持走单一的立法之法道路，要在立法之法之外，增加一条从社会现实生活中发现宅基地法律的道路。立法之法在上，发现之法在下，两条叠加的高速路共同通向真集体主义。其中，在立法之法中，不仅要重视法律之法，更要重视政策之法，充分发挥中国共产党的先锋队作用，探索有利于农民、有利于农业生产、有利于统筹城乡发展的宅



基地政策法。在发现之法中，不仅要重视合乎中央精神的基层探索，更要重视违反现行法律法规的所谓“违法行为”，挖掘真正反映农民意愿、维护农民利益、保障农民市民化的宅基地利用规则，并及时将其纳入正规法律体系。

我自以为是的观点，是闭门读书十五载的心得，不敢自诩学术，更不敢妄称创新，却十分期盼各路大家的批判指正。

向 勇

2014 年 12 月 8 日

自 序	1
导 论	1
一、研究缘起	1
二、研究文献	4
三、研究内容	8
第一章 宅基地法律的基本概念	12
一、宅基地	12
二、宅基地所有权	27
三、宅基地使用权	53
第二章 宅基地法律的逻辑起点	72
一、法律进化理论	72
二、法律进化理论评析	79
三、宅基地法律包括立法之法与进化之法	95
四、宅基地立法之法包括制定法与政策法	98



第三章 宅基地立法理念：通向真集体主义	109
一、真集体主义的内涵	110
二、真集体主义与假集体主义的区别	116
三、真集体主义与真个人主义的异同	119
四、真集体主义的弱点与立法防范	127
五、宅基地立法如何通向真集体主义	131
第四章 宅基地立法方向：坚持集体化	137
一、宅基地集体化立法演变	137
二、宅基地集体化立法得失	173
三、宅基地私有化不是中国土地法制传统	179
四、集体成员理论新解：坚持集体化的理论基石	219
第五章 宅基地立法路径：发现现实中的法律	240
一、完善宅基地立法的出发点	240
二、宅基地管制立法陷入困境	244
三、宅基地自发规则正在生成	251
四、宅基地立法新路径	258
主要参考文献	269
后 记	281

导
论

中国宅基地法律面临两大任务：一是如何合理分配和利用稀缺土地以满足农民的居住需要并促进农业生产；二是如何使宅基地法律制度反映国家政治、经济、社会和文化传统等现实。中国宅基地立法不可能针对某个具体问题进行纯粹的法律技术设计，它必然要综合考虑宅基地与农民、农村和农业的关系，必然要站在统筹城乡发展的视角平衡宅基地上的各方利益。在土地公有制前提下，中国宅基地立法也不可能直接从其他土地私有制国家或地区移植现成的法律制度。因此，中国的宅基地立法需要从宅基地法律的基本问题开始，即从宅基地法律的基本概念、逻辑起点、立法理念、立法方向以及立法路径等方面展开深入的研究和探索。

一、研究缘起

（一）宅基地法律价值

宅基地法律对中国经济、社会发展有重要作用。“三农”问题是事关农民生存、农业稳定和农村发展的根本问题，也是困扰我国城市化、现代化建设的重大问题。解决这个问题的关键



在于创新农村土地法律制度。在农村土地法律制度中,宅基地法律与承包地法律共同肩负着保障农民生存和发展基础的重任。

随着城镇化发展,宅基地利用中的各种矛盾开始凸显。宅基地能不能开发利用,谁有权利利用宅基地,宅基地增值收益如何分配,如何处理宅基地与承包地的关系,如何理顺进城务工农民与农村闲置宅基地的关系等问题迫切需要法律规制。宅基地法律既要考虑农民的安居、农村的繁荣、农业的现代化,还要考虑城镇化建设和农民工市民化,它将在中国未来的经济、社会发展中扮演越来越重要的角色。

研究宅基地法律,有助于深入讨论宅基地法律规则的价值、功能、正当性以及各种宅基地立法的理论问题,有助于发掘确实能促进新型城镇化发展、促进三农问题解决的有效规则,有助于克服各种关于宅基地利用的对策性建议在全局观和农民权益保护方面可能存在的欠缺。

(二) 宅基地利用现实

一方面,宅基地违法利用现象层出不穷,且得不到有效治理,迫切需要加强宅基地法律基本问题研究。20世纪80年代初,深圳等改革开放前沿地带,由于城市化步伐太快,农民在被城市包围的农村宅基地上修建了许多“违法建筑”,通过出租宅基地上的房屋获取生存和发展的收入。20世纪90年代末期,北京等大城市周边,一些农民违反法律规定出卖自己的农房给城镇居民,使得某些村庄成为城里人定居、工作的场所,并形成各具特色、经济效益可观的产业集群。到21世纪,一些农村集体经济组织利用集体土地修建面向城镇居民出售的商品房,因这些房屋无法办理国家承认的产权证书,房屋买卖双方的利益关系始终处于悬而未决的状态。上述宅基地利用现象均属于违法利用,但各界对待这些违法利用现象的态度不一、争议不

断,因而至今都找不到妥善解决问题的办法。各种针对宅基地违法利用现象的对策性建议不能产生令人信服的解释力和平衡各方利益的社会效果,根本原因在于就事论事的对策性建议常常顾此失彼,甚至在一些基本概念上都缺乏共识和认真的辨析。整体、全面和深入研究宅基地法律基本理论变得越来越重要。

另一方面,地方政府通过“城乡建设用地增减挂钩”、“人地挂钩”等宅基地改革措施不断将农民存量宅基地置换出来,但置换前景不明,迫切 need 加强宅基地法律基本原理的研究。政府制定的置换方案是否合法、合理,是否损害了农民利益,是否有利于“人的城镇化”等诸多问题引起了广泛社会关注。支持者与反对者各执一端,相持不下。支持者认为,宅基地置换是城镇化发展的必由之路,重点不是要不要换,而是怎么换的问题。反对者认为用公共服务和城镇住房“置换”农民的宅基地,侵犯了农民合法的土地权益,是在制造新的不平衡。面对宅基地置换这种政府统一利用宅基地的改革行为,如何做出比较客观、准确的评价,并对其前景做出有效的预判,唯有在理论上对宅基地法律进行更加全面、深入的研究方有可能。

(三) 宅基地立法现状

全国人大及其常委会颁布的宅基地法律不多,《土地管理法》有一两个条文,《物权法》也只有4条,但中共中央、国务院以及地方机关发布的有关宅基地的文件、属于法律渊源的宅基地规则以及不属于法律渊源的各种宅基地政策和改革试点办法数量众多。宅基地法律是否应当包含各种权力机关制定的规则,宅基地法律除了立法机关颁布的制定法之外,是否还应包括民众在基层探索过程中形成的自发规则,或者说,从民众违法利用宅基地的行为中是否可以提炼出有价值的宅基地法律规则,解答这些问题需要更高层面的理论思辨。

虽然宅基地法律、法规、政策加在一起数量众多，但依然无法有效解决各种宅基地违法利用问题。这说明现行宅基地立法存在自身无法克服的难题。如何在土地公有制前提下完善现有宅基地法律并发现新的法律，需要从立法理念、立法方向以及立法路径等理论层面展开研究。

此外，我国法律规定的宅基地权利，具有典型的中国特色，宅基地所有权是集体土地所有权，宅基地使用权是农民长期使用权。这些权利与西方土地私有制国家或地区的住宅用地权利并不相同。用大陆法系或英美法系的法律术语来解释中国宅基地权利未必合适，将传统土地权利的内容移植到中国宅基地权利上也未必有效。因而，在阐释中国的宅基地权利概念方面仍然需要投入更多的理论思考。

二、研究文献

现有宅基地法律研究主要包括宅基地法律原理研究和立法研究两大类。

（一）宅基地法律原理研究

学界对宅基地概念，宅基地使用权概念、特征、性质，宅基地法律制度变迁以及宅基地立法路径等问题有了比较深入的研究，形成了一些共识。但是，还有一些比较重要的基本问题未能引起学界的重视，比如，宅基地立法理念、立法思路等问题。即使学界研究到的基本问题，依然有进一步深入研究的空间，如农房周边的自留地是否应划入到宅基地，农村集体成员立法的法理依据，宅基地使用权的中国特色的合理性，宅基地使用权的独立性，宅基地使用权与土地承包经营权的关系，宅基地法律制度变迁中的政府管制及其成效，以及如何从法学角度批驳宅基地私有化学说的论据等等，都还有某些未解之处。

（二）宅基地立法构造研究

学界的研究内容几乎包含了宅基地管理制度立法和宅基地物权制度立法的所有内容。从宅基地使用权的取得、审批、消灭，一户一宅，宅基地多占、乱占的管理，宅基地有偿使用，到宅基地使用权流转、出租、抵押、继承、权能，再到宅基地换房、置换、整理，城中村改造、小产权房处置、农村房屋买卖效力认定等，学界针对各种宅基地利用现象提出了宅基地立法建议。法律争点主要表现在以下四个方面：

1. 关于宅基地使用权初始取得的审批制度

高圣平、刘守英认为，现行宅基地使用权制度过分强调行政审批的作用，应当按照他物权取得的基本原理重构，明确农村土地使用权人的地位。^{〔1〕}孟勤国认为，农村宅基地的分配不能解释为平等主体之间的行为和意思，无论是农户还是集体经济组织，都不能自由分配农村宅基地，必须服从国家的土地管理意志。^{〔2〕}

2. 关于“一户一宅”与“一户多宅”

王利明认为，公民只能拥有一处宅基地，只是就申请而言；法律不应当禁止公民通过继承等方式取得两处以上的宅基地使用权，建议将立法改为“一户只能申请一处宅基地”。^{〔3〕}孟勤国认为，每户只能分得一处宅基地以及每户用地有明确标准，确保了每户农民都能得到一块栖身之地，是社会公平和基本社会保障的法律体现。^{〔4〕}

〔1〕 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。

〔2〕 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。

〔3〕 王利明：《物权法研究》，中国人民大学出版社2004年版，第474～475页。

〔4〕 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。

3. 关于宅基地有偿使用

高富平认为,对于主要用于居住的宅基地,坚持无偿使用原则,但对于超出标准、闲置、多占和滥占土地的应征收使用费。^{〔1〕}王卫国、王广华认为,宅基地有偿使用的做法缺乏法律依据,对于征收的超标使用费、有偿使用费,由谁管理、如何使用等问题,需要首先由法律加以明确规定。^{〔2〕}

4. 关于宅基地使用权流转

学界关于小产权房争议,在法律问题上也可归入宅基地使用权能否自由流转的范围。支持宅基地使用权自由流转的学者主要站在财产权角度。陈小君认为,应赋予包括宅基地使用权的农村建设用地使用权流转的合法性,明确转让、抵押、出租、入股等都是流转方式。^{〔3〕}郭明瑞认为,不能基于农民的生存权限制宅基地和农房转让,因为生存条件中第一位的绝不是有住房,如果一个人到了只有处置住房才能生存下去的地步而又不许可其处置,这恐怕是最不重视生存权的。^{〔4〕}钱茜认为,限制转让是将土地所有者凌驾在房产所有者之上,可能出现国家立法将部分房地产逼成“死物”的局面。^{〔5〕}反对宅基地使用权自由流转的学者主要站在土地管理角度。孟勤国认为,农村宅基地能否交易基本上是一个宪法和土地管理法的问题,物权法必

〔1〕 高富平:《土地使用权和用益物权——我国不动产物权体系研究》,法律出版社2001年版,第461页。

〔2〕 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134页。

〔3〕 陈小君:《农村土地法律制度研究》,法律出版社2003年版,第256页。

〔4〕 郭明瑞:“关于宅基地使用权的立法建议”,载《法学论坛》2007年第1期。

〔5〕 钱茜:“我国农户住房、宅基地立法的历史比较”,载《农业经济问题》2005年第12期。

须重申禁止农村宅基地交易的现行法律政策。^{〔1〕}陈柏峰认为,禁止农村宅基地在城乡之间自由交易的规定是合理的,宅基地是农民的福利,允许自由交易,会导致农民福利受损,也会破坏村庄伦理,加剧村庄内部的不平等。^{〔2〕}与宅基地使用权能否自由流转相关的是宅基地使用权的权能问题,支持自由流转的学者认为,应赋予宅基地使用权完整的权能,即包括占有、使用、收益和处分权能。^{〔3〕}反对宅基地自由流转的学者当然主张维系宅基地现有的权能。

由于学者研究视野和研究立场的不同,上述众多的立法建议针锋相对,难以在具体立法规则上达成共识。遵循公法理路的学者与秉持私法逻辑的专家,对同一问题的研究结论会截然相反;站在政府立场的主张与站在农民立场的观点,很难形成皆大欢喜的一致结论。因此,已有研究成果无法形成具有学界共识的立法建议。

总的来看,现有研究主要从宅基地制定法层面展开,不是对现有法律规定的解释和评论,就是对现有法律规则的修改、完善或坚持。这在研究视野方面存在不足。法律除了立法之法(外部规则)外,还包括自生自发规则(内部规则或自由的法律)。^{〔4〕}虽然哈耶克的观点未必能得到学界的公认,甚至无法成为我国法理教科书的内容,但它至少对我国宅基地法律研究

〔1〕 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。

〔2〕 陈柏峰:“农村宅基地限制交易的正当性”,载《中国土地科学》2007年第4期。

〔3〕 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。高圣平、刘守英:“集体建设用地进入市场:现实与法律困境”,载《管理世界》2007年第3期。

〔4〕 [英] 弗里德利希·冯·哈耶克:《法律、立法与自由》(第1卷),邓正来等译,中国大百科全书出版社2000年版,第126~224页。

具有某些启发意义。现行宅基地立法不能有效治理宅基地违法利用行为，因而在大量宅基地违法利用现象中滋生了自发规则，如果能从自发规则角度来研究宅基地法律，或许能找到新的研究理路，并得出新的研究结论。

三、研究内容

（一）基本思路

本书阐释宅基地、宅基地所有权与宅基地使用权概念，试图揭示这些宅基地法律基本概念中蕴含的新内涵。提出宅基地法律包括宅基地立法之法与宅基地进化之法，宅基地立法之法包括宅基地制定法与政策法的主张，以此作为整个研究的逻辑起点。在此基础上，研究宅基地立法理念、立法方向和立法路径，以期形成一个较为完整的宅基地立法基本原理体系。

（二）主要观点

本书第一章，厘清宅基地、宅基地所有权和宅基地使用权的概念。宅基地应从广义来理解，除了包含住宅用地、附属设施用地外，还应包括房前屋后的自留地。自留地上不能修房子，主要用来种植蔬菜瓜果、家禽饲料等，是农民居住生活不可或缺的生活配套用地。将自留地并入宅基地，可方便立法将事实上的自留地使用权纳入正规法律体系。宅基地具有公益和私益双重属性，它既要满足农户居住的私益，也要承载农业生产任务的公益。宅基地是中国农民独享的居住生活用地，它被打上了身份烙印，给农民提供了特殊的身份利益，也为农民带来了耕种承包地的特定身份义务，它是一种身份物。宅基地所有权不是传统民法意义上的所有权，它不具有神圣不可侵犯、至高无上、对抗权力等近现代所有权的法律内蕴，不是近代资本主义革命胜利的产物，而是中国社会主义革命胜利的结晶。宅基