

北京大学

Peking University Law School



2008

第2卷·第2辑

Vol.2, No.2

房地产法前沿

Advanced Study on Real Property Law

主编：楼建波

Lou Jianbo, Chief Editor

北京大学法学院房地产法研究中心

CENTER FOR REAL ESTATE LAW, PEKING UNIVERSITY LAW SCHOOL

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

北京大学

Peking University Law School



2008

第2卷·第2辑
Vol.2, No.2

房地产法前沿

Advanced Study on Real Property Law

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

责任编辑：艾默

图书在版编目 (CIP) 数据

房地产法前沿. 第2卷. 第2辑/楼建波主编. —北京:
中国法制出版社, 2009.4

ISBN 978 - 7 - 5093 - 1175 - 2

I. 房… II. 楼… III. 房地产业 - 法规 - 研究 - 中国
IV. D922.181.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 047506 号

房地产法前沿 (第2卷·第2辑)

FANGDICHANFA QIANYAN (DIERJUAN · DIERJI)

主编/楼建波

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/787 × 1092 毫米 16

版次/2009 年 3 月第 1 版

印张/19.25 字数/328 千

2009 年 3 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 1175 - 2

定价: 46.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfs.com>

编辑部电话: 66010402

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

编者按语

Editor's Notes

本辑《房地产法前沿》分基础研究和四个专题，其中每个专题收录两篇文章，力求在有限的篇幅内就相关问题的探讨作相对充分的展开。

基础研究收录“宅基地上之权利群刍议”一文，该文从农民财富自由出发，引地上权为宅基地上私权体系之枢纽，综合考量历史、民法传统、国外立法经验等因素，对农村宅基地使用权流转的基本法律问题作了全面的梳理，重申了体系化思维的重要性，提出应重订房地关系，重整以权利群堆叠为特色的基地使用权体系，重新评估“户”的法律意义，主张在宅基地上赋予农民尽可能广泛的自治空间，同时谨慎界定放开流转后宅基地使用权与集体的关系，提高土地利用效率、遏制土地浪费。

在“房地产与广告”专题，收录“户外广告有偿设置的合法性分析”和“商品房销售虚假广告的民事责任机制研究”两篇文章。前文以城市市区建筑类的商业性户外广告为研究对象，从广告学、法学、经济学角度对户外广告进行了分类和界定，并着重从行政许可法角度分析了户外广告设置许可的合法性，从民法角度分析了建筑类户外广告的私权基础，对户外广告有偿设置的法律问题作了相对全面的探讨；后文以商品房销售虚假广告为研究对象，从法律性质、民事欺诈、消费者定义、惩罚性赔偿等多角度，从应然法角度尝试对传统民事责任提出改造的建议，以应对实践需要。

在“农村房屋流转”专题，收录“小产权房之现状、成因与对策研究”和“城镇居民购买农村私有房屋合同效力及其法律救济研究”两篇文章。前文采用了较宽泛意义上的小产权房概念，将小产权房的存在形式分为小区楼宇型和单户转让型，主张区别处理，即认为对宜以类型化方法解决，对后者重在认定房屋买卖合同的效力；后文侧重于研究城镇居民购买农村私有房屋合同的效力问题，从实证角度对该类合同效力问题进行了深入的分析，对实务中既有法院判决及相关处理方法提出了质疑，认为在成文法国家解决相关问题，寄望于法官“造法”终不现实，而应立足于宅基地立法的进一步完善。

在“房地产与金融”专题，收录“资产证券化的法律风险隔离机制在我国实现方式”和“试析虚假按揭法律模式及相关民事责任的认定”两篇文章。前文采用比较法的研究方法，细致地考察了美国法和德国法下的风险隔离机制，并认为资产证券化是地域性较强的制度安排，不宜机械照搬某国模式，而应考虑其与母国法律体系的紧密联系，在此基础上探讨在我国 ABS 中 SPV 的设计方式；后文从虚假按揭的法律模式入手，结合公司法、物权法、担保法及按揭制度本身的相关理论，对虚假按揭中贷款合同的效力、担保物权的取得和民事责任的承担等问题相对系统的分析和阐述。

在“城市住房社会保障”专题，收录“限价商品房法律问题探析”和“经济适用房性质及保障对象的重新定位”两篇文章。前文在比较经济适用房与廉租房、限价房之间差异的基础上，对经济适用房制度的目的及设置进行了详细的探讨，主张对经济适用房性质及保障对象加以重新定位，并进而对住房保障体系的整体设计也提出了一定的见解；后文总结了我国现行限价商品房制度产生的缘由和现状，具体分析了该制度实施过程中的各项焦点争议，包括保障依据、准入条件、交易限制等的法律层面分析，并对完善该制度及与其相关的住房保障制度提出了自己的建议。

以上为本辑《房地产法前沿》所录文章简单的介绍，诚愿您阅读愉快！

楼建波

2008 年岁末于北大

目 录

编者按语	(1)
------------	-----

基础研究

汤文平

宅基地上之权利群刍议——以农民住宅处分自由为起点	(3)
--------------------------------	-----

专题研究

(一) 房地产与广告

邱鹭风 张宏波 余浩

户外广告有偿设置的合法性分析	(53)
----------------------	------

石 彪

商品房销售虚假广告的民事责任机制研究	(90)
--------------------------	------

(二) 农村房屋流转

张志坡

小产权房之现状、成因与对策研究	(126)
-----------------------	-------

闫四庆

城镇居民购买农村私有房屋合同的效力及其法律救济研究	(148)
---------------------------------	-------

(三) 房地产与金融

沈竹莺

资产证券化的法律风险隔离机制在我国的实现方式	(170)
------------------------------	-------

柏志伟

试析虚假按揭法律模式及相关民事责任的认定	(225)
----------------------------	-------

(四) 城市住房社会保障

王 栋

限价商品房法律问题探析	(248)
-------------------	-------

莫方正

我国经济适用房性质及保障对象的重新定位	(272)
---------------------------	-------

Contents

Editor's Notes	(1)
-----------------------------	------------

Basic Research

Tang Wenping

Preliminary Research on the System of Rights over Curtilage—from the Considerations of Peasants' Freedom to dispose of their Houses	(3)
--	-----

Monographic Series

I. Real Estate and Advertisement

Qiu Lufeng, Zhang Hongbo, Yu Hao

Analysis on the Legitimacy of Setting Outdoor Advertisements Paid	(53)
---	------

Shi Biao

Civil liability mechanism for the false advertising in commercial housing sales	(90)
---	------

II. Circulation of Rural House

Zhang Zhipo

The Status, Causes and Countermeasures of the Limited housing property rights	(126)
--	-------

Yan Siqing

The validity and the legal remedy of the contract governing the purchase of private house or department constructed on rural land	(148)
--	-------

III. Real Estate and Finance

Shen Zhuying

Ways to the Achievement of Risk – remoteness in China's Asset Securitization ...	(170)
--	-------

Bai Zhiwei

Analysis on the Legal Mode of Fake Mortgage and Related Civil Liabilities ...	(225)
---	-------

IV. Urban Housing Social Security

Wang Dong

Legal Analysis on the Price – limited Condominium	(248)
---	-------

Mo Fangzheng

Reorientation of the nature and the security object of the affordable housing
in China

(272)

基础研究
Basic Research

宅基地上之权利群刍议^{*}

——以农民住宅处分自由为起点

汤文平^{**}

Preliminary Research on the System of Rights
over Curtilage——from the Considerations of Peasants'
Freedom to dispose of their Houses

Tang Wenping

摘要：综合考量民法传统、立法经验、时代潮流等因素，农民住宅房屋所有权处分自由是应该和可以被保障的。农民住宅流转放开以后，本土资源与法典化之间的矛盾将激化，诸多法律价值之间的冲突将凸显，立法者要综览全局，精心辨析，循体系化方法以调谐和应对。应重订房地关系，重整以权利群堆叠为特色的基地使用权体系，重新评估宅基地使用权之主体——“户”的法律意义，谨慎界定放开流转后宅基地使用权与集体的关系，遏制土地浪费，确保社会安全，同时又满足人民对财富自由和效率的制度需求。

关键词：宅基地 价值调谐 本土资源 体系方法 房地关系 权利群

Abstract: Given the systematic factors including the tradition of civil law, the legislative experience and the present conditions, it is correct and safe to recognize peasants' freedom to dispose of their houses. If the transactions on peasants' houses were admitted, the contradictions between the national resources and the code drafting methodology would intensify, and the conflicts between all kinds of legal values would sharpen. Our legislator should therefore get all those factors into consideration and elaborately harmonize them according to systematic methods.

^{*} 本文蒞事之际，适逢“毒奶”风波席卷南北、延及海外，国家、社会信用遭受沉重打击。痛夫！《书》曰，“天作孽，犹可违；自作孽，不可活。”此其“三鹿”之谓欤？抑止“三鹿”之谓欤？！严复先生曾云，“华风之弊，八字尽之：始于作伪，终于无耻。”虽百年睽隔，至今思此，犹听惊雷。学术乃天下之公器，文平忝居末学，固深知即最卑微之学人亦一人文教化使命之担当者。忧惕惊心之余，籍此谨缀数语，以誓“行己有耻”，以誓不忘“修辞立其诚”之素志。

^{**} 北京大学法学院2007级民商法学博士研究生。

Keywords: Curtilage; Balance between Values; National Resources; Systematic Methodology; Relationship between the Curtilage and the House; the System of Rights

简要目录

引言

一、为农民住宅处分自由声辩

- (一) 限制处分的规定背离了民法传统和我国自有的立法经验。
- (二) 限制处分的理由不能成立。
- (三) 该限制性规定逆流而动,其立法目的注定会落空。

二、宅基地上私权处分的路径——通往权利群

- (一) 宅基地使用权能否转让?
- (二) 重新界定房地关系。
- (三) 如何协调房地异主?
- (四) 选择地上权——权利群之枢纽。
- (五) 从宅基地上私权处分的可能路径通往权利群。

三、在权利群的视域里重塑宅基地使用权

- (一) 宅基地使用权的主体。
- (二) 宅基地使用权的客体。
- (三) 宅基地的有偿使用。
- (四) 宅基地使用权的取得和丧失。
- (五) 宅基地使用权的存续期间。
- (六) 宅基地上权利的公示。
- (七) 征收中的特殊问题。
- (八) 宅基地使用权与集体的关系。

四、立法论上的结论和条文试拟

五、法解释论上的重建

- (一) 此前学说及实务解释
- (二) 关于房权和地权“松绑”的解释尝试
- (三) 关于与城镇居民交易行为效力的解释尝试

余论:本土资源与法典化

引言

复杂的民法问题就像孙子兵法中的常山之蛇——击其首则尾至，击其尾则首至，击其中则首尾俱至。对待这类问题，一定要度其首尾，综览全局，遵循传统民法体系思维的方法，方能妥善解决。相反，攻其一点不及其余的颞颥做法，要么动辄失宜，废然败退；要么就将本应统筹兼顾的法律价值和制度体系打得七零八落。

宅基地立法问题正是如此。在此问题上，几乎所有的讨论都集中于农民房权或地权的处分。《物权法（草案）》第三次审议稿（如无特别说明，下文使用的“草案”均指公开征求意见的《中华人民共和国物权法（草案）》第三次审议稿）第一百六十二条第一款规定，“宅基地使用权人经本集体同意，可以将建造的住房转让给本集体内符合宅基地使用权分配条件的农户；住房转让时，宅基地使用权一并转让。禁止城镇居民在农村购置宅基地。”尽管文义含糊，但是在立法讨论的当时，担任起草工作的人员和一般参与讨论的学者似乎达成了共识：根据该款，宅基地使用权人不能处分尚未建房的宅基地使用权，已经建房的，也只能转让给本集体内符合宅基地使用权分配条件的农户。^{〔1〕}按照这种规定，农民将不仅不能单独处分宅基地使用权，而且对自有房屋的处分自由也丧失殆尽：从本集体寻找符合分宅基地的买方是有难度的，^{〔2〕}说服买方不申请免费提供的宅基地而接受旧宅基地更是难比登天，即使有幸成交，价格剧烈失衡也在所不免。农民住宅毕竟是我国九亿农民极为重要的私有产权，虽因缺乏听证、调查，农民的声音未能出现在报告厅里，但是凭学者良知和长年训练的法律人直觉，参与讨论者也会对这么严厉的规定，感到一种模糊的不安。于是2005年7月草案三审稿公布后，各种批判和建言纷纷涌现。经历旷日持久的论争，2007年10月生效的《物权法》却最终拒绝回答宅基地上私权处分问题，立

〔1〕 按照文义解释规则，得出这种共识令人费解，因为该款前段的措辞是“可以”，很难理解为除此之外“其他都不可以”，更何况该款后段明确了“禁止”的范围，依反对解释规则，明列其一则排斥其余，那么只要不是城镇居民，其他集体的农户和本集体不符合宅基地使用权分配条件的农户参与交易就不应在禁止之列。总之，该款在同一条款作正反两方面的规定却不周延，是明显的技术错误。此外，该款后段的“购置宅基地”应为“购置住房或宅基地使用权”之误，因为在土地公有制的语境里禁止“购置宅基地”是没有意义的。

〔2〕 如果立法原意还包括要求买方可申请的面积指标等于或大于标的宅基地的话，寻找适格买方的难度更大。

法者毅然选择“立法逃逸”。^[3]

这一立法逃逸现象表明,脱离体系而专就处分谈处分的做法,在宅基地立法中废然败退了。《物权法》第一百五十三条授权“土地管理法等法律和国家有关规定”去完成未竟事业,人们理应警惕——在太过“扎眼”的物权法中难以容身的过激方案,可能经由其他比较“低调”的法律或者行政机关的“国家有关规定”而暗渡陈仓。更何况,在亟需制度的地方,不会因为立法者的犹豫或克制而平息制度渴求,反会经由其他渠道供给制度以填补空虚,上述草案中的过激方案正在向法律解释和司法实践渗透,已有成为“活法”之势。如果因为研究热点转移而放弃对宅基地立法、司法的跟踪,其后果将是“本应统筹兼顾的法律价值和制度体系被打得七零八落”。

这场没有结果的讨论不能随《物权法》的出台而谢幕,而应从挫败处重启,从处分问题出发却超越处分问题,向其外部体系寻找解决问题的契机。于是,我们将会发现,作为其外部体系的宅基地上“权利群”之重建,不但使宅基地上私权处分问题柳暗花明,而且这一重建工作本身,是更为重要而急迫的大问题。^[4]

本文以“宅基地”为题,但是对有关宅基地立法的一些重要问题并无涉及,比如宅基地使用权的设置或分配的整个程序、宅基地的国有化或私有化^[5]、以至于宅基地所有权制度整体。这样界定研究范围的依据在于,以上问题在笔者看来应属于公法范畴或主要是公法问题,个见主张区别土地管理法和物权法里的土地法,所以本文主要围绕宅基地使用权、建物所有权、地上权、不动产役权、租赁权、居住权、抵押权等私权展开讨论。由于强调权利群思维,所以本文在探讨“宅基地上私权处分”时不欲局限于宅基地使用权或建物所有权等某一种“个别”的权利,也不欲固守此前讨论通常所聚焦的“转让”这么一种“个别”的处分行为,而是尽可能地通过讨论多种私权的各类处分行为以尽力达到调谐宅基地上私权群的目的。本文极力调谐法律价值,追求以下目标:沿着农民财富自由的主线导向权利群,在宅基地上赋予农民尽可能广泛的自治空间、保障居者有其屋、提高土地利用效率、遏制土地浪费。

[3] “立法逃逸”一词初见於尹田教授的论文“物权主体论纲”(载《现代法学》2006年第2期),是对我国民事立法领域法律漏洞泛滥景象的生动描绘,笔者以为在这些“主动留空”当中,只有一小部分是不得已而为之,大部分则是立法惰性的延续。关于《物权法》“立法逃逸”的概观请参见尹老师的演讲纪要《〈物权法〉的得与失》,载北大法律信息网 <http://article.chinalawinfo.com/article/user/homepage.asp?userid=81411>, 2008年10月7日访问。

[4] 对权利群的理解受到崔建远教授和苏永钦教授著述的启发,参见崔建远:《土地上的权利群研究》,法制出版社2004年版;苏永钦:“物权堆迭的基本原则”,载《环球法律评论》2006年第2期。

[5] 有关土地国有化和私有化分别参见刘俊:《中国土地法理论研究》,法制出版社2006年版,页143以下;龚介民:“农村宅基地房地产应确权为农民私有”,载《上海农村经济》2005年第5期。

一、为农民住宅处分自由声辩

(一) 限制处分的规定背离了民法传统和我国自有的立法经验。

朝向未来的立法面临着未知危险,所以立法者都不约而同地向法史或比较法找寻经验支持,以至于人们说,法典立法的过程,也就是将经验证明过的东西用逻辑的方法加以表达的过程。^{〔6〕}在物权法立法过程中,该限制性规定的支持者们也极力想从传统民法的法史或比较法上找到经验支持。

1. 在民法传统方面,有学者认为,古罗马法上系争物、奩妆物等的处分也受到严格限制甚至禁止,可为农民住宅的类比。^{〔7〕}笔者认为,法史上有关系争物、奩妆物的规定与草案对农民住宅作出的严格限制有质的区别。系争物的有关制度是为了方便解决争讼、保护异议人利益而对标的物暂予施加的禁锢,与当代物权法上的异议登记制度倒是颇多神似,与自然状态的农民住宅实在难以寻找共同点。为保护妇女权益,在罗马法上奩妆物的处分曾需妇女本人同意,后更进一步禁止其中不动产的处分,认为即使有妇女本人的同意,处分仍旧无效,这种规定因违背了攸关效率、安全的法价值,早已为近代法所扬弃,^{〔8〕}且罗马法对妇女的这种非常保护是以怀疑妇女自治能力为前提的,以之类比当今农民也深为不妥。

又有观点认为,宅基地使用权与传统民法上不可转让的居住权相似。^{〔9〕}这种观点颇有道理,如果强调宅基地使用权的专门目的及其不可转让性,那么它与人役性的居住权、用益权的确相近。但是我们不能过于强调用益权、居住权僵化的一面,须知处分禁止不是它们的优点而是它们的缺点,所以当代法上,各国已承认法人、非法人社团等可以自由转让其用益权、居住权,而且其他主体也可以对用益权为债的使用授权,^{〔10〕}其目的是在平衡役权人和虚有权人利益的同时再尽可能地追求效率。这对我们宅基地使用权制度设计是有启发意义的,即我们就算否定宅基地使用权自由转让、继承,仍应配备其他方式的处分自由,易言之,对宅基地使用权的物权性和债权性用益应被许可,如此方能“物尽其用”。

可见,即使从宅基地使用权的角度也难以从传统民法中找到多少经验支持。江

〔6〕 法史的、比较法的、哲学的方法被美国法学家庞德称为最重要的法律方法,其中前两者所能提供的恰是经验支持,后者则侧重于逻辑体系的完备。

〔7〕 孟勤国:“物权法开禁农村宅基地交易之辩”,载《法学评论》2005年4期。

〔8〕 林秀雄:《夫妻财产制之研究》,中国政法大学出版社2001年版,页25以下。

〔9〕 就笔者所见最初有此见解的是孟勤国教授,后又有学者专撰文论证宅基地使用权乃居住权。见孟勤国:“物权法开禁农村宅基地交易之辩”,载《法学评论》2005年4期;付云飞:“农村宅基地使用权属性初探”,载法大民商经济法律网,2006年1月19日发布,2008年10月7日访问。

〔10〕 【德】鲍尔·施蒂尔纳:《德国物权法》,法律出版社2004年版,页655、656、703、704。

平先生在论及宅基地问题时指出,“应从农民的角度、房屋的角度、所有权的角度看问题。”^[11]德国法学家鲍尔和施蒂尔纳在其经典名著《德国物权法》的扉页引述德国《联邦宪法法院判例集》称,“单个主体所享有之基本权利,以作为法律制度之‘所有权(制度)’为前提;倘若立法者于私法所有权(概念)中,塞进一些与‘所有权’名实不符的东西,自然也就谈不上对基本权利进行有效的保障了。”^[12]在农民私有房屋处分权的问题上,这种限制性规定正在塞进这种名实不符的东西。它虽极力回避禁锢所有权的字眼,但在实际效果上几乎已剥夺了所有权处分自由,在民法传统中显然是个背离基本精神的“另类”。

2. 那么,它在建国以来五十余年的当代法史上是否得到过“经验证明”呢?在此有必要考察该制度在我国形成始末。

截至改革开放以前,我国土地制度大致经历了土地改革、互助组、合作社、人民公社、文化大革命等几个阶段。直到高级合作社时期,宅基地仍属于农民私有,1956年第一届全国人民代表大会通过的《高级农业生产合作社示范章程》明文规定农民的房屋地基不要入社。1961年《人民公社条例》第16条规定,“全大队范围内的土地都归生产大队所有,固定给生产队使用”。非生产性的宅基地由此也都成为集体所有。1962年中共中央颁布《农村人民公社工作条例修正草案》,规定“生产队的土地,包括社员的自留地、自留山、宅基地等等,一律不准出租和买卖。”这是第一次明确限制宅基地的流转,但是并没有涉及到宅基地使用权的流转,因为中共中央随后于1963年下达的《关于对社员宅基地问题作一些补充规定的通知》中不但规定了社员对宅基地的财产权和对其上房屋等财产的所有权,而且明确肯定了“社员有买卖房屋和租赁房屋的权利。房屋出卖后,宅基地的使用权即随之转移给房主,但宅基地的所有权仍归集体所有。”至此确定了宅基地所有权和使用权分离、使用权允许流转的制度。后来到了人民公社、文化大革命时期,即使是在极左思潮的笼罩之下,也没有明确禁止宅基地使用权流转的规定出现。^[13]

现行《土地管理法》于1986年通过,并于1988年、1998年、2004年经两次修正和一次修订,都没有对上述流转制度作出改变。该法第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。”显然没有对流转本身作出限制。

[11] 江平:“农村土地立法三难题”,载法大民商经济法律网,2006年6月23日发布,2008年10月7日访问。

[12] 在“中国民法典的品性”一文中申卫星博士博采众说,雄辩地论证了“所有权中体现的是人权”这一命题,并借布莱克斯通之口唱出了“所有权远不只是一种财产形式,它具有十分丰富的经济内涵和政治内涵。”对照此处讨论的问题,这一卓见令人警醒。见申卫星:“中国民法典的品性”,载《法学研究》2006年第3期。

[13] 以上概述参考了刘俊:《中国土地法理论研究》,法律出版社2006年版,页313以下;龚介民:“农村宅基地房地产应确权为农民私有”,载《上海农村经济》2005年第5期。

1995年通过的《担保法》第37条第2项规定宅基地等集体所有的土地使用权不得抵押,被认为是对宅基地使用权流转的限制。但该法第34条第1项允许抵押的“抵押所有的房屋和其他地上定着物”没有将农民住房排除在外,所以根据房地一并处理的惯常做法,《担保法》第37条第2项的规定充其量只能被视为禁止宅基地使用权单独抵押,并不是对宅基地使用权流转一般的限制。^[14]

值得注意的是,国务院办公厅在1999年颁布的《关于加强土地转让管理严禁土地炒卖的通知》里规定了“农民的住宅不得向城市居民出售”,2004年,国务院关于深化改革严格土地管理的决定中重申禁止城镇居民在农村购置宅基地的立场。尽管《物权法(草案)》第162条第一款的规定与上述两项规定不尽相同,但一般认为该款规定即滥觞于此。^[15]在法律解释和适用的层面上,已有学者指出过,国务院办公厅1999年的上述规定并非《合同法》第五十二条第五项规定的行政法规,不足以影响农民住宅买卖合同的效力^[16]。国务院2004年的上述规定的效用也颇值怀疑。实际上农民住宅买卖早就已经形成了庞大的“地下市场”,^[17]由于行政机关不允许发证,城镇居民在农村购置的住宅即使提起登记申请也大都不能如愿,但是法律也没有明确规定这类物权变动采登记生效要件主义,所以诸如此类的交易在有效无效之间区别十分困难,从国务院2004年的上述规定既看不出对“地下市场”的存量有什么解决思路,也很难预期地下交易因此规定就会停止扩张。以上规定对“地下市场”绕道而行,很有些鸵鸟政策的意味,明显只是权宜之计。但是物权法立法过程中,草案多次审议稿却陈陈因袭,并不假思索地作出更严厉的规定(国务院的规定毕竟还没有一般禁止农民与农民间的交易),虽然最终在临门一脚处被立法者踢出“球门”,可是如本文开篇所示,这种严厉禁止的“围堵”思维已经渗透进了《物权法》之后的法律解释和司法实践,现在已到了该清理的时候了。

上述法史的回顾显示了,立法者和政策制定者一直对农民私有房屋的处分权保持着一份应有的尊重。这一严厉限制处分的转变与民法传统格格不入,也与我国自有的立法经验背道而驰。

(二) 限制处分的理由不能成立。

的确,随着近代社会法思潮的兴起,各国立法者都在假公共政策之名,对原本

[14] 但由于登记机关并不接受农村住宅抵押登记,所以造成在法律执行上对农村住宅流转的实际限制。

[15] 参见韩世远:“宅基地的立法问题”,载《政治与法律》2005年第5期;另立法机关工作机构编著的立法资料也透露出相同的消息,参见全国人大常委会法工委民法室:《物权法(草案)参考》,中国民主法制出版社2005年版,页359。

[16] 韩世远:《宅基地的立法问题》,载《政治与法律》2005年第5期。

[17] 参见章波等:“经济发达地区农村宅基地流转问题研究”,载《中国土地科学》2006年2期;韩世远:“宅基地的立法问题”,载《政治与法律》2005年第5期。