

转型期宅基地使用权 制度研究

ZHUANXINGQI ZHAIJIDI SHIYONGQUAN ZHIDU YANJIU

喻文莉 著



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

教育部人文社会科学研究规划基金项目 (09YJA820052)

绍兴文理学院出版基金资助

转型期宅基地使用权 制度研究

ZHUANXINGQI ZHAJIDI YU YONGQUAN ZHIDU YANJIU

喻文莉 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

转型期宅基地使用权制度研究/喻文莉著. —北京:

法律出版社, 2011. 9

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2399 - 1

I. ①转… II. ①喻… III. ①农村—住宅建设—土地
使用权—研究—中国 IV. ①F321. 1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 162444 号

© 法律出版社·中国

转型期宅基地使用权制度研究

喻文莉 著

责任编辑 刘彦沣

装帧设计 李 瞻

开本 A5

印张 8.25 字数 219 千

版本 2011 年 11 月第 1 版

印次 2011 年 11 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 固安华明印刷厂

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 2399 - 1

定价:24.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

第一章 导论 / 1

- 一、问题的提出 / 1
- 二、当前国内研究动态与评价 / 3
 - (一) 当前国内研究动态 / 3
 - (二) 对国内研究的简短评价 / 6
- 三、本书的研究思路 / 9

第二章 宅基地使用权的理论界定 / 10

第一节 土地的属性和价值向度解读 / 10

- 一、土地的自然属性、经济属性和社会属性透视 / 10
- 二、土地之于人类和自然界的价值向度 / 14

第二节 农村宅基地概念的一般诠释 / 14

- 一、土地利用的分类 / 14
- 二、农村宅基地的范围界定 / 16

第三节 我国现行宅基地使用权的特征和法律定位 / 17

- 一、宅基地使用权的特征 / 17
 - (一) 宅基地使用权主体的特定性和权利的身份色彩 / 17
 - (二) 宅基地使用权的无偿性 / 18
 - (三) 宅基地使用权的无期限性 / 18
 - (四) 宅基地使用权客体的限定性 / 19

二、宅基地使用权的法律定位 / 19

(一) 宅基地使用权属于用益物权 / 19

(二) 宅基地使用权是具有公权色彩的私权:基于私权对私法特别依赖的视角 / 21

第四节 宅基地使用权与人役权的比较考察 / 24

一、人役权探源 / 24

二、宅基地使用权与人役权的辨析 / 26

第五节 宅基地使用权与地上权的比较考察 / 28

一、地上权的缘起及其历史沿革 / 28

(一) 地上权的历史溯源:罗马法 / 28

(二) 地上权的发展:大陆法系各国民法典透视 / 29

二、宅基地使用权与地上权的比较分析 / 31

三、地上权在构筑宅基地使用权制度中的作用——国内学者的观点述评 / 33

四、地上权和人役权对宅基地使用权制度架构的借鉴:代结语 / 36

第六节 宅基地使用权与集体建设用地使用权的比较考察 / 36

一、集体建设用地使用权的立法现状 / 36

二、宅基地使用权与集体建设用地使用权的异同比较 / 39

第七节 宅基地使用权与房屋所有权的逻辑关系考察 / 40

一、国外房地产结构的比较法考察 / 40

二、中国房地关系的立法模式解构 / 42

第三章 新中国成立后宅基地使用权制度嬗变的历史考察 / 44

第一节 新中国成立后宅基地使用权制度的源起与嬗变 / 44

一、土地改革阶段:土地归农民所有 / 45

二、农村合作化阶段:农地集体所有,宅基地农民所有 / 47

三、人民公社阶段:宅基地使用权制度的诞生 / 49

四、改革开放阶段:宅基地使用权制度的发展 / 53

(一) 关于加强农村宅基地和建房管理的规定 / 53

(二)关于宅基地使用权权属问题的相关规定 / 60

(三)关于宅基地使用权主体的规定 / 64

第二节 宅基地使用权制度变迁的特征 / 65

一、新中国成立初期:政治因素在农村土地制度变迁中的
决定性作用 / 65

二、人民公社成立以后:农村土地制度与户籍制度的交织与互动 / 67

三、改革开放以后:可持续发展理念在宅基地使用权制度中的逐渐
渗透 / 69

(一)宅基地使用权主体范围呈现从开放到限制的趋势 / 69

(二)宅基地使用权面积从最初的无限制向有限制发展 / 69

(三)确立“一户一宅”制度 / 70

(四)建立宅基地使用权回收制度 / 70

四、小结 / 70

第四章 中国社会转型及其对宅基地使用权制度的挑战 / 72

第一节 问题的提出:社会转型与农村土地制度的困境 / 72

第二节 社会转型与农村社会保障制度的演进 / 75

一、土地社会保障功能的弱化:当代中国的发展趋势 / 75

二、当前农村社会保障体系的拓展与完善 / 79

三、社会转型视野下宅基地资产功能与社会保障功能的冲突 / 84

(一)宅基地使用权财产属性的正当性考量 / 84

(二)现行法律制度对宅基地资产属性的抑制与抹杀 / 86

(三)转型期:宅基地从社会保障属性向资产属性的演进 / 87

第三节 社会转型与农村剩余劳动力的转移 / 89

一、城市化进程与农村剩余劳动力转移的互动 / 89

二、户籍制度改革:农村剩余劳动力转移的现实基础 / 93

三、农村剩余劳动力转移语境下宅基地交易限制的正当性质疑 / 95

第四节 社会转型与可持续发展理念的诞生 / 96

一、可持续发展:走出人类生态危机的应然选择 / 96

二、现代社会:土地资源属性的回归 / 98

(一) 土地资源属性对生态价值补偿的需求 / 99

(二) 土地资源属性对用地许可等公法调整手段的诉求 / 101

三、当前宅基地资源浪费的现象透视 / 102

(一) 宅基地面积无序扩张 / 102

(二) 村落空心化 / 105

四、宅基地资源浪费的成因剖析 / 106

第五节 社会转型与宅基地使用权制度变革的历史契合:

代结语 / 108

第五章 宅基地使用权初始取得制度构造 / 110

第一节 宅基地使用权初始取得的主体解析 / 111

一、宅基地使用权形式主体:户的概念及其类型解读 / 111

(一) 宅基地使用权语境下户的类型探讨 / 111

(二) 形式主体“户”和实质主体成员的关联考察 / 113

二、宅基地使用权的初始取得主体:法律解读和地方性政策法规的梳理 / 116

(一) 回乡落户人员 / 116

(二) 外来人口落户人员 / 117

(三) 因实施村镇规划、垦区移民、灾毁等原因需要迁移和重建的人员 / 117

(四) 与本社社员有合法婚姻关系而落户的其他村经济合作社社员 / 118

(五) 在合作化时期入社和社员家庭出生的人员 / 118

三、宅基地使用权初始取得主体资格的逻辑起点:成员权 / 118

(一) 成员权与农村土地权利互动关系考辨 / 118

(二) 村籍制度:历史与现实的考察 / 120

(三) 成员权的概念解析 / 122

(四) 成员权的界定 / 123

四、宅基地使用权：准共同共有抑或准按份共有 / 128	
第二节 宅基地使用权的有偿取得 / 132	
一、宅基地使用权初始配置方式的学术之争：无偿配置抑或有偿配置 / 132	
二、对宅基地使用权无偿配置方式的反思 / 133	
（一）宅基地使用权无偿配置对效率原则的歧向与背离 / 133	
（二）宅基地无偿配置对公平原则的歧向与背离 / 134	
三、宅基地使用权有偿取得的地方实践 / 136	
（一）20 世纪末宅基地有偿取得的地方实践探索——以山东省为例 / 136	
（二）新农村建设中宅基地有偿选位的尝试：以浙江省为例 / 139	
四、宅基地有偿配置：缓解土地资源供需矛盾的有效途径 / 142	
五、宅基地初始配置的价格：以绝大多数农民的经济承载能力为限 / 146	
第三节 宅基地使用权初始取得的途径 / 148	
一、行政许可概说 / 148	
二、土地使用权行政许可的法理诠释 / 149	
三、行政许可：我国宅基地使用权设立的程序安排 / 151	
四、宅基地使用权初始取得公法管制的路径选择 / 153	
（一）公法管制路径之一：土地利用规划和村镇规划 / 153	
（二）公法管制路径之二：土地用途管制 / 156	
五、公权与私权的衡平：代结语 / 158	
第四节 宅基地使用权取得的登记 / 159	
一、不动产登记的价值功能考辨 / 159	
二、新中国成立后我国农村宅基地产权登记制度的变迁 / 161	
三、不动产权属登记的基本模式及我国的立法选择 / 162	
（一）西方各国不动产登记的模式：比较法上的考察 / 162	
（二）我国不动产登记的一般模式选择 / 164	
四、登记生效主义：我国宅基地使用权登记模式的应然选择 / 165	
五、结语 / 171	

第六章 宅基地使用权流转制度构想 / 172

第一节 宅基地使用权隐性流转的现状及其根源 / 172

一、宅基地隐性流转的现状描述 / 172

二、宅基地隐性流转的根源探究 / 174

(一)农村宅基地闲置与土地资源稀缺的矛盾 / 174

(二)土地资产价值与宅基地限制流转的矛盾 / 175

第二节 宅基地使用权流转的必要性和理论基础 / 176

一、宅基地使用权流转的理论纷争 / 176

二、宅基地使用权流转的必要性 / 178

(一)适应经济发展对资源配置市场化的客观要求 / 178

(二)有助于盘活集体存量宅基地,缓解土地的供需矛盾 / 179

(三)有助于促进农村剩余劳动力的转移,进而推动城镇化进程 / 180

(四)是彰显农村宅基地资产价值、维护农民土地权益的根本需求 / 180

(五)有利于遏制房价的飙升,起到平抑房价的作用 / 182

三、私法自治:宅基地使用权流转制度创新的理论原点 / 182

(一)“理性人”假设与私法自治理论的耦合:宅基地流转制度创新的启示 / 183

(二)农民理性:转型期宅基地使用权流转制度创新的逻辑起点 / 185

四、宅基地使用权流转:利益衡量和价值选择的结果 / 188

第三节 宅基地使用权流转的几种特殊形式 / 191

一、宅基地使用权的转让 / 191

(一)概说 / 191

(二)宅基地使用权转让的法律限制 / 192

二、宅基地使用权的抵押 / 195

(一)宅基地使用权纳入抵押权客体的法理分析 / 195

(二)宅基地使用权抵押的地方实践探索 / 199

(三)宅基地抵押权的效力 / 202

(四)宅基地的估价制度的建立:宅基地流转的客观诉求 / 203

三、宅基地使用权的继承 / 204

第七章 宅基地使用权消灭制度设计 / 209

第一节 宅基地使用权消灭的理论基础 / 210

第二节 宅基地使用权消灭的原因探究 / 213

一、土地灭失 / 213

二、宅基地使用权的征收 / 215

三、宅基地使用权的抛弃 / 218

四、宅基地使用权的回收 / 218

（一）宅基地使用权回收的地方实践——以嘉兴为例 / 218

（二）宅基地使用权回收地方实践对立法借鉴 / 220

五、宅基地使用权的撤销 / 223

（一）现行立法关于撤销土地使用权的相关规定 / 223

（二）撤销土地使用权行为的法律性质 / 226

（三）撤销宅基地使用权的程序安排 / 228

第三节 宅基地使用权消灭的法律后果探析 / 229

一、宅基地使用权人的注销登记 / 229

二、土地所有人的购买权 / 229

三、费用偿还请求权 / 230

四、宅基地抵押权消灭 / 230

第八章 结论与展望 / 231

一、公法语境下的宅基地使用权 / 232

二、私法语境下的宅基地使用权 / 233

三、宅基地使用权立法的路径依赖 / 236

参考文献 / 239

后记 / 249

- 图 4-1 参加农村养老保险人数(2000—2010) / 80
- 图 4-2 农村人均住房面积(1978—2009) / 103
- 图 4-3 农村居民家庭平均每人生活消费支出(居住)及其构成(2000—2009) / 105
- 图 5-1 农村居民人均纯收入变化(1978—2009) / 147
- 表 4-1 农村社会救助人口(2001—2009) / 82
- 表 4-2 农村居民家庭住宅变化情况(2000—2009) / 88
- 表 4-3 农村劳动力转移情况(1981—2005) / 92
- 表 6-1 农村居民收入结构的变化(1990—2009) / 189

第一章 导 论

一、问题的提出

土地制度不是一项孤立的制度安排,它在农村社会制度结构中处于基础的地位,土地制度的变迁要受到当代农村社会转型和经济转型的影响。当前,我国农村和城市的发展都处在转型时期:一方面是社会转型,即从传统的农业社会向现代工业、城市社会转型;另一方面是经济转型,从传统的计划经济向现代的市场经济转型。两个转型是研究中国一切问题的大背景。因此,只有把土地制度改革研究和设计置于中国农村社会转型的历史进程中予以把握,所提出来的主张和建议才能渗透进当代中国社会的特质,从而所构建的制度才具有特定的时空意义。^{〔1〕}宅基地使用权制度的改革也不例外。这一制度是社会转型宏观背景下的一个制度缩影,它折射出社会转型对各个领域的深刻影响,以及相关制度面临的困境。因此,对这一问题的探讨应当在社会转型的语境下进行。

〔1〕 斯相木:《中国乡村地权变迁的法经济学研究》,中国社会科学出版社2005年版,第39页。

我国在工业化、城市化进程中,长期依靠剥夺农民利益,推行城乡二元分治的发展模式谋求经济的发展,这在城市与农村土地制度的二元性上体现得极为充分。在二元分治的模式下,这两类土地受制于不同的权利体系和制度安排。城乡二元经济社会结构造成城市建设用地使用权和农村宅基地使用权在审批程序、规划手段、流转制度等方面呈现出迥然不同的特点。从20世纪90年代初起,我国毅然摒弃传统的国有建设用地使用权无偿配置方式,转而借鉴香港批租制度,在非公益性建设用地领域建立了有偿、有期限使用和可流通的土地出让制度。城市建设用地使用权制度的改革从根本上改变了土地资源长期无偿使用的状况,促进了土地资源的市场化配置,并激励人们高效、合理地利用土地资源。此后,相关立法也相继出台,城市土地立法的演进直接见证了城市土地制度改革的进程,确认了改革的成果。

诞生于20世纪60年代的宅基地使用权制度是重工业优先发展战略目标的历史产物,它是以城乡二元户籍制为基础,以限制城乡人口流动为初衷,以农产品的统购统销为经济背景,以宅基地的生存保障为唯一功能,以实现重工业优先发展战略为最终目标而做出的一种制度安排。这一制度的产生和发展与城乡二元户籍制度形成交织互动的关系,催生并固化了城乡二元社会结构,该制度对于促进农村的平和与稳定曾经起到了巨大的作用。但是时至今日,社会宏观大背景已经发生了翻天覆地的变化。当下的中国正处于由传统社会向现代社会急剧变迁的时期,整个社会结构、社会基础均在发生巨大而强烈的变化,社会阶层分化正在进行中。

近年来,伴随着农村经济改革的纵深发展和城市化、工业化进程的加快,大规模的农村剩余劳动力正源源不断地涌入城市,乡土农村已从静态的社会向日益流动的社会迈进。与此同时,户籍制度的改革已取得了实质性的进展,土地的资产增值功能已日益彰显,耕作已不再是农民的唯一谋生手段,土地的社会保障功能趋于弱化,宅基地使用权制度的经济社会基础发生了根本动摇,以无偿取得和严格限制流转为主要特征的宅基地使用权制度在新的时代背景下已经步履艰难,

在经济社会转型过程中引发了宅基地规模扩张与宅基地闲置、农民土地权益保障与耕地保护、宅基地的生存保障属性与土地资产属性、公平与效率、公权限制与私权自由等诸多矛盾。

当前,宅基地的闲置与无序扩张问题和农民宅基地权利得不到切实保护的问题日渐凸显。虽然旨在加强土地资源保护和宅基地管理的法律法规纷纷出台,但并未有效阻止宅基地的闲置与无序扩张同时并存的现象,“空心村”在各地农村呈持续蔓延的趋势。此外,我国农村户均宅基地的超标现象非常普遍,且超标幅度大,“一户多宅”等现象也非常突出,这些现象导致大规模耕地的非农化和土地资源的浪费。但《物权法》对《土地管理法》等法律法规的相关制度安排没有做出任何实质性修改,与当前全国各地普遍存在的宅基地闲置与扩张并存导致耕地资源保护受挫、农民的宅基地财产权能残缺制约农业和农村经济发展、过度强化宅基地福利属性导致土地资源优化配置目的落空等现象形成强烈反差。

宅基地资源的无序扩张直接导致耕地的非农化倾向,该问题直接关系到 18 亿亩耕地红线能否守住;宅基地使用权是农民安身立命之本,能否得到切实保障关系到农村社会的和谐稳定和农村经济的持续发展。于是,法学、经济学和管理学各界学者立足于自身学科从不同视角对相关问题展开研究。

二、当前国内研究动态与评价

(一)当前国内研究动态

由于各国土地制度的差异,国外并没有农村宅基地问题的法律实践。大陆法国家旨在利用他人土地进行建筑并取得建筑物所有权的地上权制度,以及承载社会福利功能、以实现具有特定身份人的生存利益的人役权制度的立法实践及其理论基础对我国不无借鉴意义。此外,“二战”后西方多数国家围绕农民土地权益保障和耕地资源保护开展了大规模的土地制度改革,其改革实践与理论基础对我国宅基地使用权制度改革亦具有一定的借鉴价值。

“明史”方可“鉴今”。经济学家道格拉斯·诺思在其制度变迁理

论中提出了“路径依赖”理论,他认为改革路径的选择是历史在起作用。无论是政治制度本身还是意识形态都与历史紧密相关,它们的产生和演变受过去影响,同时也限制了当前和过去改革路径方式的选择。

众多学者对新中国成立后中国农村集体化运动和改革开放过程中农村土地制度变迁与社会经济变革的互动关系、变迁规律及其历史启示进行了总结与提炼。另有学者从不同的角度划分了宅基地制度演进的阶段,概括了不同阶段的宅基地法律制度特征。但总体而言,对该制度演进的动因、规律以及与经济社会发展的互动关系等问题的把握远没有像对土地承包经营权那样深入、全面,对宅基地使用权身份性、福利性和非财产性特征的经济社会背景也缺乏深度考察,对宅基地以及住房等生活资料与农地和其他生产资料在集体化过程中的差异性似乎有所忽略,以致对该制度与二元户籍制度的共生互动关系缺乏更深入的了解。

就宅基地使用权制度本身而言,在《物权法》出台前后学术界的研究领域和聚焦点存在较大差异。在物权法起草过程中,学者在就宅基地使用权的用益物权属性观点一致的基础上,多将研究的重点放在以下几个方面:

1. 该权利在物权法上的定位问题。有学者主张以宅基地使用权和土地承包经营权等权利为基础创设大一统的地上权体系,也有学者提出创设基地使用权,实现国有土地使用权与宅基地使用权的融合,另有学者提出将宅基地使用权规定为独立的用益物权类型。《物权法》采纳了后者。

2. 宅基地使用权生效模式的选择。代表性观点有登记生效主义和行政审批生效两种。然而《物权法》最终对登记与宅基地使用权取得的关系并未给出明确的答案。

3. 宅基地使用权取得方式问题。有学者认为,通过在法律中规定宅基地使用权取得的条件,就可以达到限制宅基地所有权人设定宅基地使用权的目的,而完全没有必要逐一地审批、控制,现行行政审批

方式侵害了土地所有权主体的利益,因此应当退出宅基地使用权的设定程序,他们还认为,可以将审批改为备案,并确定为行政确认性质。但多数学者对此并不认同。

4. 宅基地使用权无偿配置问题。大多数学者在考察了中国农村土地的社会保障作用和不同地区农民的收入水平以后,得出在立法上实行宅基地有偿使用不具可行性的结论。也有学者认为,有偿使用是集体土地所有权中收益权和处分权的体现,而且目前农民对宅基地需求旺盛,而宅基地审批较为严格,难以满足农民的居住需求,从而认为集体土地应当有偿使用,这样有利于促进土地的有效利用和抑制乱占土地建房。宅基地使用费的收取方法则可以采用累进收费法,即按农户人均用地面积达到不同的档次,适用不同的收费标准。在贫困地区,对最低限度的住宅用地面积可以免收使用费。在耕地紧缺地区,对超过平均标准的住房用地面积可以提高使用费的收取标准。^{〔1〕}另有学者主张采用折中的手段,即符合规定面积标准的宅基地首次取得仍应坚持无偿取得、“一户一宅”、符合规定的面积标准,出租、出卖房屋后不得再申请宅基地使用权的规定。对超标、多占的宅基地收取土地使用费;对于建新房而不拆旧的,村集体应对其旧宅基地使用权收取一定费用,并按年限采取累进收费办法。这样,随着时间的推移,旧房残值降低,收益下降,而保有旧房的成本盘升,农民便自然会主动退还宅基地。^{〔2〕}

上述研究成果为宅基地使用权的立法和研究奠定了坚实的理论基础。当前,我国正处于社会转型和经济转轨时期,城乡二元社会结构正在逐渐解体,原有的宅基地使用权制度安排引发了土地资源浪费和农民土地财产权益受损等一系列问题。近年来在宅基地资源浪费与耕地资源保护问题方面,多数学者认为问题的根源是:宅基地流转

〔1〕 王卫国:《中国土地权利研究》,中国政法大学出版社1997年版,第180页。

〔2〕 汪渊智、李永格:“论农村宅基地使用权制度”,载《广西政法管理干部学院学报》2007年第1期。

性的缺乏导致农村劳动力转移以后的宅基地大量闲置;缺乏土地利用规划和村镇规划的引导,土地用途管制的弱化,农民建房有较大的自主性和随意性,等等。为此,法学界学者多数从正义和效率价值选择、归属到利用的物权立法趋势等维度出发,建议实行有偿使用和流转制度。经济学界人士则更多地 在实证调研的基础上通过分析数据和建立模型表述了当前宅基地资源的利用和浪费状况,并基于稀缺资源的最优化利用、“公地的悲剧”、成本与收益等经济学理论主张实行宅基地的有偿使用,允许宅基地流转入市等观点。与之相反,有学者立足于宅基地的福利性和社会保障性特征主张应当固守宅基地的无偿配置方式;另有学者基于宅基地流转入市可能会造成大量耕地非农化趋势问题的考虑,坚持宅基地的非流转性制度安排。宅基地闲置与扩张的矛盾同样引发了对宅基地使用权无期限性的拷问。有学者认为宅基地的时间限制应成为这一制度的改造目标。

在农民土地权益严重受损方面,多数学者认为,问题的根源在于:土地权利制度安排存在缺陷,体现在农民集体土地所有权主体的多元、模糊和虚位以及宅基地使用权制度上存在的权能残缺、流动性缺失、行政权的过度干预等方面。为了解决上述问题,现有研究将关注的目光主要投向宅基地使用权流转问题,就宅基地是否应予流转以及流转范围的确定等问题展开了讨论,主要观点有禁止流转、允许流转和限制流转(在本集体经济组织内部进行的流转)三种。多数学者从不同的视角出发主张允许宅基地广泛进入交易程序,经济学家的理论基础一般是制度变迁理论、交易成本理论,等等;而法学家则大多从用益物权的可让渡性、权利自由等视角出发予以阐释。然而亦有部分学者认为,开禁或变相开禁农村宅基地交易将导致农民无处安身,还有学者认为城市居民“入侵”农村会造成“乡土社会”的解体,造成中国社会基础失衡,故他们极力反对宅基地的入市。

(二)对国内研究的简短评价

通过透视现有研究状况,我们发现,当前宅基地使用权不仅是经济研究的热点,也是法学研究的热点,只是研究中所采用的方法不