



华东政法大学
科学研究院社科文库
第四辑



中英比较视野下的宅基地法律改革

于 雷 著



上海人民出版社



华东政法大学
科学研究院社科文库
第四辑



中英比较视野下的宅基地法律改革

于 霄 著



上海人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

中英比较视野下的宅基地法律改革/于霄著. —上海: 上海人民出版社, 2013
(华东政法大学科学研究院社科文库. 第4辑)
ISBN 978-7-208-11762-4

I. ①中… II. ①于… III. ①农村-住宅建设-土地管理法-改革-对比研究-中国、英国 IV.
①D922.324②D956.123

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第225356号



· 华东政法大学科学研究院社科文库 第四辑 ·

中英比较视野下的宅基地法律改革

于 霄 著

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路193号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行

上海商务联西印刷有限公司印刷

开本 890×1240 1/32 印张 10.5 插页 4 字数 272,000

2013年11月第1版 2013年11月第1次印刷

ISBN 978-7-208-11762-4/D·2346

定价 30.00 元

本书为教育部人文社会科学研究青年基金项目、

上海市“晨光计划”项目（编号：12CG62）、

上海高校青年教师培养资助计划（2012年度，项目编号：ZZHDZF12019）、

中央财政支持地方高校建设项目（国家重点学科华东政法大学法律史学科研究项目）、

人文社科基地华东政法大学外国法与比较法研究院项目（基地编号：SJ0709）、

国家重点学科华东政法大学法律史学科建设项目（学科代码：030102）成果。

编委会名单

主 任：杜志淳 何勤华
副主任：刘晓红 何 敏 陈金钊
委 员：王永杰 金可可 丁建顺
陈婉玲 张 勇 李卫华
高奇琦 王红曼 叶慧娟
马金芳
秘 书：洪颖滔 郑 菲 黄 炎

总 序

岁月无痕,转眼又闻到了华政校园的丹桂飘香。金秋是收获的季节。

继出版第一、第二、第三辑社科文库后,华东政法大学科学研究院又隆重推出了第四辑学术专著。这辑文库(十本)体现出科学研究院发挥跨学科研究的多元优势,通过不同学科之间的学术交流与深化研究,使科研人员迸发出了科研创新的思想火花。

2008年9月,我校通过引进优秀人才并抽调各院系精兵强将成立了科学研究院。旨在整合优势学科资源、营造良好科研氛围,以构建以法律学科为特色多学科协同发展的学术格局,在不断推出丰硕科研成果的同时,着力储备与培育优秀学术人才,激活多学科资源,强化跨学科研究,促进学科之间的交叉融合,进一步提高我校科研及国际化水平,以实现我校综合实力的跨越式发展。近年来,通过不断引进从事法学与人文

社会科学研究的高端人才,已形成了一支以资深教授为核心、以中年教师为骨干、以各学科博士或博士后为主体的科研团队。

科学研究院通过制定《科学研究院管理办法》、《科学研究院年度考核与评优管理办法》和《科学研究院社科文库著作出版资助遴选办法》等规范,建立了科学有效的管理制度。通过这些制度的实施,切实做好科研服务与资源保障、努力营造团队意识与科研氛围,以保证研究人员能够充分实现其研究预期,使科学研究院逐步走上了科研的“快车道”。

科学研究院成立以来,逐渐建立并完善了三个学术平台:

其一是“社科论坛”,每周举行一次高水平互动式学术讲座。邀请国内外各研究领域的高端专家就各类重大热点问题进行专题讲座,同时也安排本院年轻研究人员交流研究心得,通过与同仁们进行学术碰撞,提高了科学研究院研究团队的综合学术水平与研究能力;

其二是“社科通讯”,每季编辑发行一本《社科通讯》。以内容摘编、全文转载、论文选登和讲座精要等形式收集、整理与发布国内外最新的学科动态、学术前沿、研讨会议、研究成果等科研信息,为全校科研人员及时掌握最新学术资讯提供了便利;

其三即是“社科文库”,每年编辑出版一套《社科文库》。为了展示科学研究院研究团队的学术成就,每年从研究人员的学术成果中遴选出精粹之作集结成辑,借助有影响的国家级出版社出版发行。丰富了我国人文社会科学,尤其是法律科学的学术资源。

科学研究院既是一个实力雄厚的学术团队,也是一支朝气蓬勃的研究队伍。研究者中既有颇具学术影响力的资深教授,也有年富力强、踌躇满志的副教授,更有一大批意气风发、前途无量的年轻博士。

我们所处的时代是中华民族振兴的时代。愿科学研究院全体科研人员能抓住机遇、努力实践、执着追求、多出精品,并努力将《社

科文库》这一学术平台建设成为我国社会科学研究方面一个重要的学术窗口。秉承“笃行致知，明德崇法”的校训，以“笃行”无愧于这个伟大的时代。

是为序。



2013 年 10 月

前 言

科学研究是一种以探索自然客观规律与社会演进规律为目的的复杂的智力劳动,是一项艰难苦涩但富有创新价值的研究工作。研究人员必须进行系统的研习和长期的积累,并在充分掌握国内外相关文献、资料,了解本学科前沿学术动向与学术成果,才能从事独立、具有创新精神的学术研究,从而在各自的学术领域取得为学界所公认的成就。

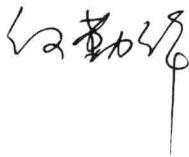
我很欣喜地看到,经我校科学研究院研究人员的潜心研究,在往年出版三套社科文库的基础上,今年又推出了学术系列专著——华东政法大学科学研究院《社科文库》第四辑。这些学术著作的面世一方面反映了大家勤奋努力的创新精神,同时也反映了各自所具有的坚实强劲的科研能力。我向大家致以诚挚祝贺。

纵览科学研究院《社科文库》第四辑,其中既有资深教授毕生学术思想的凝练之作,也有中年

教师学术心得的呕心之作,更多的则是青年教师富有朝气且视野开阔的创新之作。这些著作或许是他们研习多年的博士论文,或许是在博士论文基础上的深化和提高,或许是在博士论文研究基础上攀登新的学术峰巅的起步之作,也或许是研究者们多年研究成果的精心总结……这些著作既有对基础性学术理论的探讨,也有对社会发展客观规律的分析;既有对中国各历史阶段文化的梳理,也有对国外特定制度运行机理的评述;既有以上海为特定对象的针对性研究,也有对特定产业的多元化探索。无论何种著作,都是科学研究院研究人员对我国人文社会科学研究不可小觑的学术贡献。

由于科学研究院的多学科性,《社科文库》的连续出版,不仅有利于科学研究院研究人员对于各学科领域中的前沿及重大问题进行系统、全面、深入的研究,也有利于多学科之间进行长期学术交流与融合,通过共同探讨形成交叉学科研究成果,并通过《社科文库》这一系列出版活动面世,一方面将极大丰富我校,乃至我国人文社会科学领域学术资源,另一方面也将有效开拓我校,乃至我国新的学术研究领域。

科研成果的形成并非易事,它需要研究人员投入全部的智慧与心血。当今社会正处于多元化的转型期,我认为科研人员应尽量摒弃杂念、埋首书斋,真心实意地搞点研究、做点学问。淡泊名利潜心治学是一名学者取得成就的前提条件。正如著名科学家丘成桐所说:“好的科学家首先要坐得住”。这“坐得住”,我的理解就是要耐得住寂寞、沉下心来,这样才能让丰富学养充分沁润自己的学术心田。



2013年10月

自序

新中国成立后，实行的是农民土地所有制，土地可以自由买卖、出租、出典。到 1997 年，为了保障农业人口生活和稳定农业生产，宅基地向集体外人员流转实际上已经非常困难。进入 21 世纪，国有建设用地明显不能满足城市化和工业化的需要，在《物权法》讨论中，草案第一次审议稿曾尝试推进宅基地使用权的流转。但因为“我国地少人多，农村社会保障体系尚未全面建立，应当实行最严格的土地管理制度”，所以《物权法》并未改变有关宅基地流转限制的规定。

法律对宅基地流转的限制与土地的社会需求产生了激烈冲突。一方面，欧美等发达国家的城市化率已达 80% 以上，而我国的城市化率才 50%，并且以每年 1% 的速度增长；另一方面，我国 18 亿亩耕地红线难越，城镇土地价格飙升。在这种冲突中，才出现了小产权房等社会问题。为了解决这些社会问题，各地也试点了宅基地有

偿使用、土地换社保、宅基地置换等各种方案,但迄今为止没有一种方案可以有效推行至全国。2012年,《土地管理法》修订已纳入立法规划,而我国宅基地改革的方案尚未成熟。

检索国家图书馆藏书目录,直接以宅基地为题名的专著有11本。检索中国学术期刊网,以宅基地为题名检索词的论文共有2048篇,其中博士论文4篇,期刊论文1810篇。除此以外,还有大量以“集体土地”或“土地法”为题的研究成果涉及宅基地改革的问题。并且,梁慧星、王利明、孟勤国、郭明瑞、韩世远、龙翼飞等著名学者都对宅基地相关问题有过深入研究。

在进行学术研究的同时,绝大多数研究者提出了自己的改革主张和建议。一部分学者主张限制其流转,基本理由是宅基地是农民的基本生活保障;另一部分学者主张促进其市场流转,基本理由是可以提高土地使用率。为了证明各自观点,两方使用了政策分析、经济学分析等各种手段,但因为我国地域广大、社会发展不平衡、社会调查和统计欠缺,平面和单纯的分析很难对宅基地使用的市场流转作出正确的价值判断。

然而,中国宅基地市场流转的问题并不是一个是非问题,而是一个程度问题——即宅基地使用权可以在何种程度上、以何种方式、逐渐开放流转。在这一点上,英国19世纪的土地法改革给予了我们很多启示。

18世纪末19世纪初,英国面临着土地流转的严重问题。这些问题可以概括为三个方面。(1)产权归属不清。在英国家族授产的设计中,有人享有终身地产权,有人享有剩余地产权(在终身地产权人死后可以享有地产权),而这些人从本质上来说,都没有转让地产权的能力,而谁是最终的权利人也难以确定;(2)对流转的限制。英国的土地流转限制来自传统的限嗣继承等权利设计,而非法律。以限嗣继承为例,权利人只可以按照家族授产的规定进行转让、赠予和再继承,而对象的范围一般都设定为家族成员,甚至只可以是直

系血亲。这种权利设计在 18—19 世纪的英国极为流行,对土地流转的影响也极为深刻;(3)第三人保护不足。英国传统土地法的权利凭证是地产契据。地产契据记录了地产转让的所有环节,而不是权利归属的最终结论,根据英国传统法“地产权之链”的原则,任何一个环节出现问题,都有可能影响受让人的权利。

在以上因素的影响下,英国土地价格大幅下跌,土地市场萎靡不振。自 19 世纪 40 年代开始,英国开始了土地法的改革。这次改革的目的是促进土地流通,而方式不是简单地取消限制土地流通的因素。首先,对于产权边界不清的问题,英国采用了清理地产权结构的办法。1925 年《财产法》第一条,就明确地划分了普通法地产权和衡平法地产权。这种划分是革命性的,因为普通法地产权代表地产权可以流通并约束第三人,而衡平法地产权只能在协议当事人之间发生效力。普通法地产权人是土地的唯一转让权人,这解决了土地权利归属不清的问题。其次,利用越位制解决了受益人权利与受让人权利冲突的问题。让土地从受益人的权利中解放出来,而将土地的对价变成了受益权的依托。最后,对于第三人的保护,英国进行了土地登记改革。转让权利的最终归属,只要是登记土地的(因为在英国强制土地登记经历了一个相当漫长的过程),则以登记权利为准。但是在改革的过程中,英国对土地流转限制的取消是缓慢、逐步并且是部分的。直到今天,英国家族授产依然存在,衡平法权利人的权利在某些情况下依然受到保护(其范围远大于我国理解中的债权人)。

我国现在宅基地使用权的问题与英国当初面临的问题有很大的相似性。第一,宅基地使用权也有产权归属不清的问题。我国法律规定,宅基地所有权归集体,而使用权归村民个人。但村民的使用权又是无期限的。这样的划分显然无法分清市场流转的主体。第二,宅基地使用权也存在流转限制。2004 年《国务院关于深化改革严格土地管理的决定》曾明确规定:“加强农村宅基地管理,禁止

城镇居民在农村购置宅基地。”后来,在《物权法》制定中,草案第一次审议稿曾尝试推进宅基地使用权的流转,但《物权法》最终还是回归了《土地管理法》“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”的规定。第三,我国法律直接缺失了对宅基地使用权受让人的保护。因为法律不允许宅基地使用权的流转,这一点也是显而易见的。

从英国的改革经验,我们可以得出以下几点启示。第一,我国宅基地法改革将不是一次平面的短期改革,而是一次集合了产权改革、行政机构改革、土地管理制度改革等多方面,历经由易入难、由点带面过程的立体、长期改革,所以要分阶段进行;第二,我国宅基地法改革的思路并不是追求流转与限制的二选一,而是逐步地取消限制,放开流转,对产权归属不清、流转限制和第三人保护不足的问题一一予以解决;第三,在由限制向流转改革的过程中,我国改革的核心是消解宅基地生活保障功能与当前市场流转需求的矛盾,解决这一矛盾的底线是保障农民生活,而方向是推动宅基地市场化流转。

对于逐步放开流转的改革,土地信托可能是一个可行的方案。所谓土地信托制是指,农民不能将宅基地使用权直接与集体成员外第三人交易,而必须将土地信托给信托公司开发利用。信托公司在我国有着明确的法律规制,受银监会管理和监督,其信誉与管理能力都远超农民个人。另一方面,农民也可以将宅基地信托给个人或村集体。但这些受托人不可以对土地进行开发,只能进行简单管理和收益。

不管土地信托是否一个可行的方案,在限制与流转之间找到一条出路才是学术研究的当务之急。希望本书可以为今后的研究提供一点思路与启示。

目 录

编委会名单

总序	1
前言	1
自序	1
第一章 宅基地使用权的福利性	1
一、宅基地使用权是否具有福利性	1
二、福利性的语义辨析	5
(一) 福利性与无偿性	6
(二) 福利性与身份性	7
(三) 福利性与无期限性	8
(四) 福利性与不可流转性	10
(五) 福利性与私权性	11
三、福利性语境下的法律改进	13
(一) 福利性允许一定条件下的有偿 使用	13
(二) 福利性要求法律对宅基地使用权 主体进行更明确的规定	16

(三) 福利性要求宅基地使用权的期限不能超出自然人 终生范围	19
(四) 福利性决定了宅基地使用权不能实现完全的市场 流转	20
四、趋势、冲突与制度再生	23
第二章 宅基地使用权的市场流转性	25
一、权利演进:福利性的缘起	26
二、禁令转变:从禁止到限制	30
三、执行现状:市场化的冲击	34
(一) 各地宅基地使用权流转的情况	34
(二) 法院对宅基地使用权流转的处理	38
四、研究倾向:效率与农民利益	43
(一) 宅基地流转有利于土地资源有效配置	44
(二) 宅基地流转有利于农民的经济利益	46
(三) 宅基地流转有利于城乡一体化	47
五、宅基地使用权流转困境的实质	48
(一) 研究尚未解决的问题	48
(二) 矛盾、困境与权利结构	51
六、结论:合理解决方案的必备要素	54
第三章 宅基地改革的中英比较	60
一、中英比较的基础	61
(一) 权利享有的身份性	61
(二) 权利时限不确定	65
(三) 受让人保护不足	67
二、英国现代土地法改革的应对	72
(一) 登记改革	72
(二) 权利结构简化	75
(三) 越位制	77

三、我国宅基地改革的思路	79
(一) 逐步推行强制登记制度	79
(二) 明确宅基地使用权的期限	81
(三) 以经济受益代替土地受益	83
第四章 英国地产权越位制度的建构与发展	86
一、“越位”的意涵	86
二、地产权越位制度的产生	89
(一) 制度背景	89
(二) 前期改革	93
三、1925 年《财产法》的越位机制	96
四、越位制的发展:“更高权益”	101
五、对抗受让人的更高权益	105
六、对抗地产权人的更高权益	109
七、越位权与更高权益的辨析	113
八、越位制与我国相关制度的区分与比较	117
第五章 宅基地信托的基本法律问题	120
一、研究综述	120
二、信托的起源	123
三、信托与相关概念的区分	126
(一) 信托与民事代理	126
(二) 信托与行纪	127
(三) 信托与第三人利益合同	127
(四) 信托与股份投资关系	128
四、信托制度的价值	128
(一) 缔约成本	129
(二) 履约成本	130
(三) 违约成本	130
五、信托的成立与生效	131