

体成员不能对集体财产擅自转让、分割，否则就是等同于个人所有”。〔68〕温世扬等则认为集体所有属于“总有”形式，即“总有成员对总有财产的应有份并不具体划分，永远属于潜在份，不得要求分割、继承或转让”。〔69〕如果允许宅基地对集体外流转，会造成“宅基地就不再与农村集体的成员权联系在一起”，〔70〕后果是改变集体所有的性质。

宅基地使用权物权化改革还会影响资源的利用效率。除了集体所有形式带来产权意义上的外部性外，宅基地的物质属性也造成宅基地使用的外部性。农民向集体申请宅基地的目的是建房居住，建房是宅基地使用权的实现。农村宅基地划分一般在村落居民点内部和周围。在集聚的居民点建房，一般会形成邻里关系，并影响整体居民点格局。这种居住结构造成农民在宅基地使用过程中，会发生相互影响，由此产生另一种外部性。比如，村民建房格式会影响左邻右舍的通风、采光、排水和出路。宅基地使用过程带来的外部性，包括正外部性与负外部性两类。比如，农户合理地进行房屋建设会形成整体良好村庄格局，带来全村居民生活方便，就形成正外部性，而如果乱搭乱建，相互间造成消极影响，就造成负外部性。

为了消除负外部性并增加正外部性，就需要通过村庄建设规划引导村庄建设向合理方向发展。在传统时期，主要是靠习俗、“风水”一类民间惯习发挥引导作用。比如，农民约定俗成地遵守前排建房不能高于后排以及左右平齐的习惯。我们在山东调查发现，当地农民十分忌讳占用道路建房，认为道路对着房屋，如同“穿心箭”，会带来家庭不吉。按照赣西某些农村的规矩，农户建房时一般不能修院墙，这一行为因象征着对其他人不信任而遭受非议。这类民间规范在各地差异较大，但都具有相似功能。在当前阶段，除传统习俗在很多农村依然发挥作用外，主要是通过农村集体组织引导和控制农民建房行为。城乡规划法规定，“发挥村民自治组织的作用，引导村民合理进行建设，改善农村生产、生活条件”，将集体组织作为落实乡村规划实施的重要一环。在划分宅基地时，集体组织要考虑整体村庄格局，当农户建房发生纠纷时，集体组织要进行调解。

这表明，集体土地的公有制形式还包含公共资源管理功能。集体组织基于集体所有权并通过村民自治机制对农户宅基地使用权进行干预，能够最大化消除负外部性，增加正外部性，提高宅基地资源利用效用。假若赋予农民排除集体管理的权利，有可能造成村庄建设丧失控制，引起所谓的“反公地悲剧”。针对公共资源管理无效而陷入枯竭的“公地悲剧”现象，美国经济学家赫勒发现社会中普遍存在“反公地悲剧”现象，〔71〕即私有产权的排他性造成公共利益不能实现，与“公地悲剧”中产权非排他性造成公共资源不能保护相区别。“反公地悲剧”可比作为，一座门上有很多把锁，钥匙为不同人掌握，谈判成本高昂造成集体行动不能达成，最终这座门不能被打开，使得所有人不能通过。农民使用宅基地不仅满足个人建房目的，而且要照顾周围邻居利益并促成村庄整体良好格局，合理利用宅基地资源要达成这两方面目的。排他性的宅基地使用权，有可能致使村民自治无法发挥作用，不利于后一方面目的实现，其最终结果是，每个村民因生活在布局不合理的村庄中而

〔68〕 前引〔11〕，王利明书，第288页。

〔69〕 温世扬、廖焕国：《物权法通论》，人民法院出版社2005年版，第308页。

〔70〕 前引〔11〕，王利明书，第475页。

〔71〕 参见〔美〕迈克尔·赫勒：《困局经济学》，阎佳译，机械工业出版社2009年版。

减低居住福利。以上分析表明,宅基地使用权物权化会弱化宅基地的集体所有权,可能破坏农村既有的公共资源治理机制,最终陷入私有产权与公共利益冲突的困局。

物权法一般设定相邻权(或地役权)来解决不动产的外部性困扰。在产权经济学看来,当产权界定成本高于产权收益时,主体就会放弃这种“不经济”的产权而任由外部性存在。^[72]外部性与产权属孪生关系,由于产权界定成本永远存在,使得现实社会不可能达到完全消除外部性的理想状态。在我国人地高度紧张,村庄内的居住密度普遍很高的情况下,采取进一步设定产权的思路来解决宅基地使用过程中的外部性问题,必然会遭遇产权界定成本过高而使得这种解决方式无效的问题,于是就产生现实中的“反公地悲剧”。与物权化的思维不同,从公共治理角度寻求解决问题方案时,会发现只要充分发挥宅基地管理的集体维度,就能够弱化宅基地使用权排他性所产生的外部性影响。与通过法律上“相邻关系”来解决问题的方式相比,结合村民自治和当地风俗习惯的自主协商治理方式,因其交易成本低而十分有效。

(四)“宪法原则”与物权法的适用限度

不同法律在经济社会生活中各司其职,才有利于建立良好的社会秩序。宅基地管理也是如此。良好的宅基地管理秩序建立在国家管制权、集体所有权和农民使用权三个维度共同发挥作用的基础上。总体上看,当前大部分学者都是对既有的宅基地管理制度持批评态度,较少有人深入研究现有宅基地管理制度的结构及其合理性。造成这一现实的原因是,批评者多是从某单一角度理解宅基地,忽视了宅基地的复杂性以及宅基地管理的多维性。总结当前主导性批评观点可以发现,几乎所有的批评者都只将宅基地看作一种可以为私人占有的财产,由此提出的改革建议都强调扩大宅基地管理中的农民私人权利之维,并缩小甚至取消国家管制权和集体所有权。物权法是保护私人财产权利的最重要法律,它也因此成为这些批评者的批评工具。

按照物权规则重构宅基地管理制度,存在诸多法理和现实上的困境。物权法不能“包打天下”的第一个原因是,土地在我国首先是所有制规范的对象。土地不是一般的物质财产,它不能为私人所有,土地作为最重要的生产资料属于社会主义公有。作为同样能够规范经济社会生活的两种制度,物权法处理的是民法所有权问题,宪法处理的是基本经济制度意义上的所有制问题。民法物权法的发展为我国市场经济发展开辟制度空间,但这并不意味着民法所有权制度可以脱离我国社会主义公有制前提。对于二者的关系,在发展社会主义市场经济过程中,老一辈法学家早已经深刻地讨论过,如佟柔先生指出,“民法的所有权制度是直接反映所有制关系的”。^[73]对于物权与所有制的关系,王利明指出,“物权制度是一定社会所有制关系在法律上的反映,与其它法律制度相比,物权制度最直接地反映了社会基本经济制度,且是直接为特定社会关系的所有制服务的”。^[74]基于这种认识,在物权法制定过程中,王利明批评一些学者基于物权平等保护规则提出“放弃传统理论和立法

[72] 阿尔钦的研究表明,由于转让、获取和保护产权的交易成本必然存在,使得任何产权永远都不能被完整界定,当所有者发现产权收益不能够弥补其成本时,就会将这种权利放在在公共领域,使得产权的排他性丧失,公共领域中的行为具有外部性。参见[美]Y.阿尔钦:《产权的经济分析》,费方域等译,上海三联书店1997年版。

[73] 前引[4],《佟柔文集》,第38页。

[74] 前引[11],王利明书,第80页。

中以生产资料所有制划分所有权类别”的建议，他认为“公有制占主导地位的性质决定了廓清国家所有权、集体所有权的具体权利归属乃是我国物权立法重大的课题”，并指出“在物权法中，必须对各种不同的所有制类型作出确认”。^[75]我国颁布实施的物权法体现了这种从所有制出发的立法理念。物权法既平等地保护土地上的国家所有权与集体所有权，也通过分列规定建设用地使用权与农村宅基地使用权，赋予二者不同法律性质以体现公有制两种形式的差别。

由于所有制是宪法规定的内容，物权制度与所有制的关系反映了物权法与宪法的关系。王泽鉴认为，尽管“‘宪法’非属私法的法源”，但是私法要“以‘宪法’为最高规范”，因此“‘宪法’非系‘私法中立’，私法亦非‘宪法中立’”。^[76]基于私法非“宪法中立”的观点，他在《民法物权》一书中专辟“物权法与宪法”一节讨论二者关系。王泽鉴认为，中国物权法的颁布实施是“在公有制的体制上建立了一个新的物权法秩序”，而“一个国家的物权法及其法律秩序，因其是否或在何种程度上承认私有财产制度而有不同”。^[77]当前很多学者在讨论物权法与宅基地管理制度改革关系的问题时，忽视我国社会主义公有制的大前提，在参照西方国家的土地管理制度提出中国土地管理的改革方案时，避而不谈西方国家及东亚的日本、韩国和我国台湾地区的土地立法都是建立在私有制这一宪法前提上，陷入了“宪法中立”的思维误区。

陷入上述误区的学者将“社会主义”当作意识形态话语看待，认为物权制度能够超越所有制存在。持此种观点的学者，很难深刻认识到土地管理法第1条中“维护土地的社会主义公有制”、物权法第1条中“维护国家基本经济制度”及第3条“坚持公有制为主体”等相关条款的真实内涵。许崇德先生指出，“中华人民共和国的经济制度是以生产资料公有制为核心的社会主义经济制度。它是全部政权体系和法律体系赖以建立的基础，从而是国家的一项极其重要的根本制度”。^[78]既然“任何社会的物权制度，都是人与人之间社会关系的反映，都不过是一定历史时期所有制关系的法律表现”，^[79]那么当前借助物权法进行宅基地管理制度改革创新，也就不能违背宪法相关条规的规定。现行宪法第10条是从土地方面对前第6条“生产资料的社会主义公有制”规定的落实。“生产资料的社会主义公有制”是我国超越具体法律，甚至新中国历部宪法的基本“宪法原则”。正如许崇德先生指出的，中国的宪法不是少数宪法制定者苦思冥想的产物，“它是中国人民斗争的产物，是历史经验的总结，也是客观现实的真实反映”。^[80]中国宪法所根源的现实就是中国的社会革命。土地作为基本生产资料实行社会主义公有制，是通过新民主主义革命和社会主义改造逐步消灭土地私有制建立起来的。1954年宪法提出对生产资料私有制实施社会主义改造的目标，之后的合作化运动开始将社员的私有土地转化为集体所有，1962年通过的《农村人民公社工作条例修正草案》规定“生产大队的集体所有制为基础的三级集体所有制，是现阶段人

[75] 王利明：《物权法立法的若干问题探析》，载《中华人民共和国物权法——立法进程资料汇编》，中国政法大学出版社2010年版，第67页以下。

[76] 王泽鉴：《民法概要》，北京大学出版社2009年版，第5页，第21页以下。

[77] 王泽鉴：《民法物权》，北京大学出版社2009年版，第12页。

[78] 许崇德：《宪法规范与社会实际》，载《许崇德自选集》，学习出版社2007年版，第89页。

[79] 前引[11]，王利明书，第3页。

[80] 前引[78]，许崇德文。

民公社的根本制度”，1975年与1978年两部宪法都规定“中华人民共和国的生产资料所有制现阶段主要有两种：社会主义全民所有制和社会主义劳动群众集体所有制”，以及现行宪法相关规定，都是对“生产资料的社会主义公有制”这一宪法原则的体现与落实。改革开放总设计师邓小平同志于1979年提出“四项基本原则”的改革底线，其中第一项就是“必须坚持社会主义道路”。当前进行包括宅基地在内的土地制度改革，也需要坚持这一底线。

当然，坚持社会主义公有制的底线原则，并不排除改革和完善土地管理制度的现实需求。例如，在经过城市土地有偿使用局部先行试点之后，1987在全国范围实施国有土地使用权出让制度，并在1988年修订宪法增加“土地的使用权可以依照法律的规定转让”的条款。这一制度改革是对通过行政划拨方式配置土地资源的方式与市场经济发展不适应性的调整。对于社会主义公有制下的土地使用权出让制度，佟柔先生指出，“（土地）可以使用、有偿转让，这只是利用经济杠杆来促使土地占有者充分发挥它的效益”。^{〔81〕}由于土地使用权转让要遵照土地管理法第47条规定，这就使得国家垄断土地一级供给，并将附着在土地上的社会财富转化为公共财政而实现土地的公有属性。国有土地使用权转让制度没有突破上述宪法原则。

物权法出台对于完善宅基地管理制度具有重大意义，将宅基地使用权列入用益物权范畴，有利于强化宅基地管理中的私人权利维度。但这并不意味着可以随意扩大对宅基地使用权的解释，赋予该项权利原本不存在的权能而与集体所有权、与社会主义公有制相冲突。总而言之，运用物权法改革完善宅基地管理制度的目标不是“实行全盘的私有化”，“而应在以公有制为主导的前提下实现财产权关系的明晰化，通过对财产权制度的改革，使公有制与市场经济形成和谐的结合”。^{〔82〕}唯有明确物权法的性质并确定其限度，才能够使其在宅基地管理制度改革中获得合法地位，也才能够让社会主义法制建设得以顺利推进。

四、城镇化背景下的制度完善

区分两类农村，是设计农村宅基地管理制度的关键。宅基地增值是城市化的结果，中国城市化规模上限与城市平面扩张规律决定，只有占总量5%的“城郊村”的宅基地有机会转化为城市建设用地，这部分宅基地才具有高于农地价格的市场价值。基于财产属性作出的宅基地管理制度改革建议，只对这部分农村有效。另外95%远离城市的农村宅基地，在市场价值上更接近农地，但其使用价值方面的意义十分重大。合理的土地管理制度不仅带来城镇建设中土地资源供给的高效，而且发挥降低城市化过程风险的“稳定器”功能。这95%的农村宅基地构成农民进城万一失败时的退路。农村宅基地管理制度设置，要与中国城镇化特点结合。中国加工制造业主导的产业结构决定农民工较低的劳动生产率及其工资水平，受此硬约束，当前阶段只有较少一部分农民能够举家定居城市，总体上形成青壮年在城市务工和老人儿童留守农村这一中国特色城镇化格局。对于绝大部分没有能力一次性完成城镇化的农民而言，农村宅基地构成其基本生存保障。

〔81〕 前引〔4〕，《佟柔文集》，第138页。

〔82〕 前引〔75〕，王利明书，第68页。

与中国城镇化的结构性特征相匹配的是，个体往复式的城镇化方式。每个农民在一定的人生时期内（20—45岁左右）会努力进入城市，幸运者积累收入并在城市定居，实现身份转换，不顺利者最终返回农村。个体农民持续奋斗及其在城乡间往复的特征，积累形成中国城镇化的整体样态。现有的宅基地管理制度在满足居住方面，与往返式城镇化格局匹配，搭建一个农民“出得去、回得来”的城乡关系平台。既为个体融入城市开放机会，也为整体城镇化顺利推进建立稳定基础。在当前农民融入城市已经基本不存在制度障碍的情况下，为农民提供“回得来”的机会，这种选择上的自由对于个体而言是基本人权的体现，对于整体来说是促进中国现代化发展的制度红利。鼓励农民通过流转宅基地积累进城资金的做法，实是打破往复进城模式，既提高个体的城镇化风险，也提高整体社会风险。农民的往复进城模式，必然造成农村部分宅基地和房屋的“季节性闲置”，可以将其看作现有宅基地管理制度降低城镇化风险时，必须付出的制度成本。

从这个意义上看，物权法在农村宅基地管理中的限度，亦与中国城市化模式相关。出台物权法有利增强对农村宅基地集体所有权和农民使用宅基地权利的保护，却不能替代宅基地管理的“三维”结构。站在当前中国城市化现实而非抽象理念的角度看，“三维”结构具有极大的合理性，未来改革仅需对其调整和完善，无需全盘重建。

在国家管制权层面，社会主义公有制赋予国家垄断土地增值收益的权力，通过将其转化为公共财政实现社会财富公平分配。相较于允许农村宅基地入市，进而造成5%农民独享城市化成果的做法，这样的制度设置更加合理。当前存在的与管制权相关的问题包括两方面，首先是“土地财政”造成地方政府积极扩大征地规模，引发土地资源不合理利用和城市不合理扩展；其次是当前绝大部分“土地财政”投入城市建设，较少投入农村，造成公共资源城乡分配不公平。^[83]前一个问题与分税制后的中央与地方的整体财政结构相关，让地方政府摆脱“土地财政”依赖症的关键是进行财政体制改革。后一个问题与政府财政预算方式和现有政府考核体制有关，将农村发展纳入考核范围，提高地方政府增加对农村公共资源投资的积极性是解决问题的关键。这两个问题，都不是改革宅基地管理制度所能够解决的，因此它们不构成否定国家管制权的理由。

在集体所有权层面，需要区分三方面问题。一是“小产权房”问题。“小产权房”所反映出的宅基地市场价值是由其城郊位置带来的。其区位特殊性恰恰说明，一般地区农村宅基地不具有与城市建设用地相同市场价值，而非相反。二是当前农村存在“一户多宅”等宅基地利用效率方面问题。其根本原因是集体组织没有严格执行宅基地管理政策。对此，改革的方向是强化集体维度与村民自治，提高集体组织的公共治理能力。三是宅基地退出机制与村庄建设问题，如“空心村”现象。随着一部分农民逐渐脱离农村，会形成村庄内部废弃宅基地“插花”格局，既影响宅基地复垦，也影响村庄建设。正确的解决方式，不是一刀切地进行“撤村并居”等形式的村庄重建，而是结合当期农民建房需求，引导农民在经过科学规划的居民点上新建翻建房屋，逐渐实现废弃宅基地集中并复垦为耕地。物权

[83] 贺雪峰提出“土地财政”的另外一种理解。由于存在“土地财政”，中央财政无需承担地方建设支出，这使得中央政府有能力通过中央财政支农。直接地看，绝大部分土地增值收益被地方政府用于城市建设；间接地看，地方“土地财政”构成中央财产投入“三农”的基础，农民变相地分享土地增值收益成果。参见前引[26]，贺雪峰书，第94页。

化的宅基地使用权,会固化废弃宅基地“插花”格局,造成资源浪费,也影响新农村建设。

在宅基地使用权层面,物权法使得农民基本生存资料进一步获得法律保障,有利于防止地方政府和基层干部干预和损害农民使用宅基地的合法权益。物权法确认农民取得宅基地的合法程序,重申一户一宅原则和集体成员权资格,有利于宅基地管理。基于宅基地管理制度的整体结构,合理设定物权,既有利于提高宅基地资源配置效率,也有利于强化宅基地之于农民的社会保障性,使之构成宅基地有效管理的必要组成部分。

总体而言,在中国城市化任务艰巨且前景不十分清晰的情况下,在宅基地管理制度改革上持渐进态度,具有现实合理性。我国土地管理制度是通过长期实践经验总结,并参照其它国家和地区经验逐步形成的。从现实需求而非抽象理念出发,通过局部经验积累而汇聚成整体制度框架,逐步形成当前总体有效的“三维”结构模式。下一步的宅基地管理制度改革,需继续坚持这种“摸着石头过河”的实用精神。

Abstract: In China, the discussion on the land administration system is usually conducted on the basis of Article 10 of the Constitution, but without taking into consideration of Article 6 of the Constitution, which provides for the “socialist public ownership of means of production”. As a result, “ownership by the state” and “ownership by the collective” are understood as ownership under the civil law and the connotation of the ownership system is ignored. The ownership system is the reflection in law of ownership relationships, and the socialist public ownership of means of production is the basic constitutional principle which transcends the several constitutions adopted since the founding of the People’s Republic of China and all specific laws. Therefore, public ownership system should be taken as the precondition for the improvement of the homestead administration system through the application of rules of property rights. The reform proposals that treat the rights related to rural homestead as property rights and ignore the premise of public ownership of land will lead to misunderstanding about “the constitutional neutrality of private law”. Because of this misunderstanding and misunderstandings about the economic and social attributes of homestead, such proposals lack jurisprudential and practical bases. The existing system is basically effective in the realization of fair distribution of social wealth, in the administration of public resources, and in the protection of farmers’ rights, and is compatible with the current stage of urbanization in China. Therefore, at the next stage of reform, China should adhere to and improve, rather than complete demolish and rebuild, the existing system.

Key Words: administration of homestead, state regulatory power, collective ownership, right to the use of land
