

造成资产浪费。如果这部分宅基地依然为农民有效利用,受“一户一宅”政策影响,在居住需求无其它替代性满足途径的情况下,农民不可能出售基本生存资料。^[37]相反,如果农民不再使用某块宅基地时,为了增加农业收入就会将其复垦为耕地,这也不会造成资源浪费。限制宅基地流转政策造成农民不具有充分处置宅基地的权利,如果将农民的宅基地使用权看作一种“产权残缺”的话,那么这种产权上的不完整性,就具有阻止农民在某种情况下出售其基本生存资料的正功能。^[38]限制性政策具有保护功能,“两害相权取其轻”,这种产权上的不完整是值得的。

这种限制性政策为农民强制保留宅基地,可为中国快速城市化建立稳定基础。当前,大规模人口流动、高速经济增长、快速城市化的过程必然蕴含巨大社会风险。在人口与经济基数大且变化速度快的情况下,某种小比例、小概率和局部的矛盾,都有可能累积或者直接引发中国社会整体性的系统风险。改革开放以来中国持续快速发展而不失稳定的一个关键,在于在城市这一主要发展极之外还存在农村这一稳定极。当前中国的发展模式,是城市构成发展引擎、农村构成稳定器,一动一静,一张一弛,实现发展与风险的平衡。在农村稳定结构中,土地制度扮演着基础性角色。因为有耕地,在城市失业的农民可以返回农村从事农业生产,因为拥有宅基地,无法在城市买房安家的农民,能够在农村获得立身之所。作为世界上最大的发展中国家,中国大规模城市化却没有产生其它发展中国家普遍存在的城市贫民窟现象,与限制宅基地流转的政策关系极大。^[39]现有的宅基地管理制度,在总体上发挥了保护性功能。

持财产权话语的学者,抽象地讨论宅基地财产属性,将农村宅基地与城市建设用地混为一谈,且没有区分区位因素所造成的两类宅基地差异,使其提出的改革建议缺乏现实依据。上述分析表明,95%的农村宅基地不可能进入城市建设用地市场,允许农村宅基地入市,会影响社会财富分配,造成更大不公平。由于绝大部分农村宅基地几乎不具有超过农地地价的市场交易价值,允许农村宅基地流转不可能让农民致富,反而会破坏现有的保护型制度设置。

三、物权法在宅基地管理中的限度

(一) 宅基地管理制度物权化改革主张

抽象地从财产性角度看待宅基地的学者,倾向用物权来衡量主体在宅基地上的权利,并倾向用物权法来规范主体间在宅基地上的关系。^[40]土地作为最重要的不动产之一,是物权法调节的重要内容。物权法的出台冲击既有宅基地管理制度三维结构的平衡关系,为按

[37] 调查发现,排除掉政策限制因素后,当前仅有不足10%的农民存在出售宅基地和住房的意愿,并且出售意愿随着农民所处村庄社会分层位置降低而降低。

[38] 孟勤国认为,“就农村宅基地使用权设立的宗旨和方式而言,本就是为了农民盖房,而非是让农民拿去卖,也就是说,农村宅基地使用权本无流通的含义,其性质犹如居住权”。参见前引[19],孟勤国文。

[39] 参见贺雪峰:《论中国式城市化与现代化道路》,《中国农村观察》2014年第1期。

[40] 王利明认为,“物权法的调整对象是物的归属即主体因对物的占有、利用等而发生的财产关系”。参见前引[11],王利明书,第47页。

照物权规范重构宅基地管理制度的改革观点提供了法律依据。^[41] 物权法出台之后,我国也加紧土地管理法修订步伐,从话语上争夺对物权法中与宅基地相关条款的解释,成为当前直接批评现有土地管理制度不合理性之外的,另一种影响宅基地管理制度改革的重要手段。物权法中与农村宅基地有关的两个关键分别为,一是将集体所有土地与国家所有土地同等地纳入所有权保护范畴,二是将宅基地使用权规定为用益物权。如何利用这两点重构宅基地管理制度,是当前研究的热点。

征地制度是现有土地管理制度中最受争议的一部分。梁慧星指出,征收是任何国家都存在的财产权保障的“例外规则”,征收需要严格执行三个法定条件:一是限于社会公共利益目标,二是依照法定程序,三是公正补偿。^[42] 目前对我国征地制度的批评主要是从这三个条件没有被满足的角度进行的。比如,有学者指出“公共利益”缺乏严格界定标准,造成地方政府借“公共利益”幌子征地用于营利性开发,“实质上是对土地权利人的欺骗,对土地私权的非法剥夺”;^[43] 或是认为,程序性失序是造成当前政府滥用征地权的关键,致使“财产权所具有的排他性受到征地权超越性的影响,无法从一般市场中的产权交易角度来评价征地补偿的正当性与效用”;^[44] 而最直接的批评是针对补偿标准,认为要按照市场价值补偿才算合理。^[45]

对于改革征地制度主要有两种思路,一种是从程序上完善土地征收立法,^[46] 另一种则认为,与规范征地程序和清晰界定“公共利益”相比,规定按照“公平市场价值”进行征地补偿更具有实质意义。^[47] 与上述两种完善征地制度的观点不同,还有相当部分学者提出更彻底的改革方案,即直接“取消当前我国的土地供给的单轨制”,建立城乡统一的土地市场,允许包括宅基地在内的农村建设用地直接参与城市用地供给。^[48] 这三种观点共同之处,是质疑国家垄断城市建设用地供给,认为征地制度造成农民的土地财产权得不到保护,“城乡二元土地制度结构”违反平等保护不同形式财产权的法律原则。^[49] 对于改革现有征地制度,站在不同角度的学者给出的以上改革方案本质是一样的,即扩大农民在宅基地上的私人权利,缩小甚至取消国家管制权。达成此种“共识”的关键在于,他们持有的基本前提相同,就是仅将农村宅基地看作财产对象而忽视宅基地的其它属性,并仅从物权的维度理解宅基地管理。

农村宅基地管理制度改革的另一个焦点问题是农民的宅基地使用权。尽管物权法规定宅基地使用权为用益物权,但仅赋予宅基地使用权主体依法享有占有和使用的权利,并规

[41] 王利明等指出,“1986年民法通则颁布以后,农村土地权利就逐渐向物权形态转化,而且,以多元化的物权形态表现出来。可以说,2007年通过的物权法最终完成了我国农村土地权利的完全物权化”。参见王利明、周友军:《论我国农村土地权利制度的完善》,《中国法学》2012年第1期。

[42] 参见前引[6],梁慧星文,第247页以下。

[43] 龚刃韧:《中国农村土地征收的宪法困境》,《法学》2013年第9期。

[44] 程洁:《土地征收征用中的程序失范与重构》,《法学研究》2006年第1期。

[45] 参见前引[22],天则经济研究所文。

[46] 参见前引[44],程洁文。

[47] 参见张千帆:《“公共利益”与“合理补偿”的宪法解释》,《南方周末》2005年8月11日。

[48] 参见前引[22],天则经济研究所文。

[49] 沈开举认为,当前土地制度中最根本问题是集体所有与国家所有的两种公有制不平等关系,要从建立两种公有制形式平等关系的角度提出土地管理法修改方案。参见前引[22],天则经济研究所文。

定“宅基地使用权的取得、行使和转让,适用于土地管理法等法律和国家有关规定”。物权法没有规定宅基地使用权流转和抵押的内容,说明其对使用人在宅基地上的“收益权能的本质不认可”。^[50] 物权法只将“宅基地使用权”纳入物权保护范围,却没有扩大其实际权能,这在部分学者看来,是为修订土地管理法预留空间,是立法者有意为之,且对下一步法律完善有利。^[51] 另外一部分学者则认为,与城市建设用地使用权自由流转相比,这是对农民宅基地使用权的歧视与侵犯,因此主张“宅基地流转制度的改革应当置重于宅基地的财产性(用益物权)”。^[52] 还有一部分学者认为,不允许宅基地自由流转,造成农民的私有房产“退化为事实上的使用权”,从而提出设立宅基地法定租赁权来破解法律限制,变相实现宅基地使用权流转。^[53] 主张赋予农民宅基地使用权以完全用益物权的学者提出的改革建议,主要是针对宅基地管理制度中集体维度对农民私人权利的限制,其出发点依然是宅基地的单一属性和宅基地管理的单一维度。

(二) 物权平等保护规则与公有制

按照市价进行征地补偿与农村建设用地直接入市,属于产权交易的两种形式,^[54] 从产权实现结果上看二者并无差异,两种主张实质都是取消国家对城市建设用地一级供给的垄断。对于此类主张,学者给出的理由是,国有土地与集体土地作为两种所有权应该受到公平保护,且由于农村宅基地与城市土地同属于建设用地,因此要做到“同权同价”。^[55] 集体土地与国有土地“同权”观点的法理基础是物权平等保护规则。^[56]

以物权平等保护规则论证上述主张,存在两方面问题。一是对物权平等规则的误用,二是物权平等规则的适用性问题。

物权法的平等保护规则是指,“物权的主体在法律地位上是平等的,其享有的所有权和其他物权在受到侵害以后,应当受到物权法的平等保护”。^[57] 需要明确的是,不同民事主体适用物权平等保护规则,须在“相同性质财产对象”的前提下,才能够实现“相同相持的财产适用相同的规则”。^[58] 将物权平等保护规则引入对城乡建设用地管理的讨论,不能忽视这一前提条件。农村宅基地尽管在土地管理法中被纳入“建设用地”范畴,但包括农村宅基地在内的农村建设用地与城市建设用地的性质原本就不同。“建设用地”属土地用途分类概念,“宅基地使用权”与“建设用地使用权”(按照物权法规定,只有国家所有的土

[50] 参见陈小君、蒋省三:《宅基地使用权制度:规范解析、实践挑战及其立法回应》,《管理世界》2010年第10期。

[51] 参见陈耀东:《宅基地使用权立法变革论》,《安徽大学法律评论》2007年第1辑。

[52] 高圣平、刘守英:《土地权利制度创新:从《〈土地管理法〉修改的角度》,《经济社会体制比较》2010年第3期。

[53] 参见刘凯湘:《法定租赁权对农村宅基地制度改革意义与构想》,《法学论坛》2010年第1期。

[54] 科斯提出产权交易的两种合法形式:一种是交易成本比较低时,当事人通过市场完成产权交易;另一种存在于“当市场交易成本是如此之高以致难以改变法律已确定的权利安排时”,可通过“法院直接影响着经济行为”,将其作为市场的替代,完成产权交易,并达到“减少进行这种交易的资源耗费”(参见[美]R. 科斯:《社会成本问题》,载《财产权利与制度变迁——产权学派与新制度学派译文集》,北京三联书店1994年版,第24页)。允许宅基地直接入市符合前一种产权交易形式,按照市价补偿进行征地属于后一种产权交易形式。

[55] 参见前引[22],天则经济研究所文;前引[52],高圣平等。

[56] 参见王权典、陈维君:《立法变革中农民土地权益保障之检讨》,《西部法学评论》2011年第2期。

[57] 王利明:《物权法平等保护原则之探析》,《法学杂志》2006年第3期。

[58] 参见高富平:《物权法上的平等保护原则及其实现》,《上海交通大学学报(哲学社会科学版)》2007年第5期。

地才能设置“建设用地使用权”)属于法律概念,用途属性相同不构成物权平等保护的充分条件。引用物权平等保护规范论证农村集体建设用地与国有建设用地“同地同权”,存在偷换概念之嫌。进一步看,将原本在物权法中具有不同法律性质的两种土地赋予同等权能,恰恰违反物权平等保护规则。

物权平等保护规则只适用于民事主体间的法律关系。将物权平等规则引入对征地制度的讨论,是假设土地征用属于纯粹民事行为,这不符合现实。批评征地制度的学者也认识到,征地权源自“自主权力机关及其代表的命令”。^[59]基于国家管制权的征地行为包含了国家政治权力,在我国属于宪法领域的问题,物权平等保护规则不足以否定征地制度的合法性。

在指出物权平等保护理由的不充分性后,更重要的是说明现有制度区别集体所有的宅基地与城市国有建设用地的合法性基础。农村宅基地与城市建设用地法律属性之不同之所以不构成民法上的“歧视”,原因在于这一差别是由所有制上的差别造成。物权(财产权)是对物质财富占有支配状态的法律确认,一个社会的物质财富占有形式,在根本上由其所有制形态决定。我国作为社会主义国家,土地首先是受所有制规范,宅基地与建设用地的法律属性的差别,体现了经济体制中集体所有与国家所有两种所有制形式的差别,而所有制范畴上的差别不能从民法角度理解。在所有制层面上,国家所有与集体所有不是平等的法律关系,而是整体与部分的政治关系。^[60]国家与集体作为两个政治主体本身就是不平等的。通过土地征收将集体所有的土地变为国家所有的土地,本质上体现的是公有制两种形式间的关系,其合理性源自社会主义公有制为主体的宪法规定。用物权平等保护规则论证农村宅基地与城市建设用地“同权”,实质是用民事关系替代所有制关系,不具合法性。

坚持公有制为主体,并不必然否定民事意义上的所有权平等关系。比如,国有企业、集体企业与私人企业在市场经济中受到平等保护,此时指的是民法意义上的三种所有权间的关系,这与公有制经济形式在国民经济中的主导地位不冲突。在制定物权法的过程中,出现过不同所有制经济形式是否应该受到平等保护的争论。对此,要区分所有制与所有权之不同。我国采用社会主义市场经济形式,任何经济活动既具有社会主义性质,也要遵循市场经济规律。所有制属社会主义范畴,所有权在市场经济领域发挥作用。保护公有制经济的主体地位,是社会主义性质的体现,赋予各种经济主体在经济活动中的平等地位,则体现市场经济公平竞争性。物权平等保护规则构成市场经济运行的法律基础,但不能否定社会主义基本原则。^[61]同理,从物权角度平等保护集体所有土地权利与国有土地权利,不能改变“全民所有”与“劳动群众集体所有”两种公有制形式差异的社会主义性质。

接下来的问题是,社会主义公有制如何决定国有土地与集体所有土地的性质差异。具

[59] 参见前引[44],程洁文。

[60] “国家所有制即全民所有制,是社会主义的高级所有制,集体所有制是社会主义的低级所有制形式,集体所有制要向国家所有制过渡。因此,集体利益、个人利益都要服从国家利益,个人利益要服从集体利益,小集团利益要服从大集体利益。”参见韩松:《论物权平等保护原则与所有权类型化之关系》,《法商研究》2006年第6期。

[61] 佟柔先生指出,“社会主义民法和资本主义民法的区别,主要不在于反映一般商品关系和价值规律的平等、等价的民法方法,而是在于民法规范本身所体现的社会主义公有制性质和反映社会主义的新型商品关系的特征”。参见前引[4],《佟柔文集》,第35页。

体到宅基地上就是,为何农村宅基地不能够直接进入城市建设用地市场。问题的答案在于土地的所有制形式会影响社会财富分配。所有制对生产关系的描述,不仅包含财产归属的内涵,而且包含基于生产资料占有所产生的财富分配关系。^[62] 赋予国有土地与集体所有土地两种所有权不同法律属性的制度设置,是在社会主义按劳分配体制下实现社会财富公平分配的一种手段。严格地讲,由国家垄断的城市建设用地一级供给,不是纯市场行为,它在进行土地资源分配的同时,还发挥将土地增值收益转化为公共财政而进行社会财富再分配的功能。反过来看,包括允许农村宅基地直接入市在内的各种实质取消城市建设用地国家垄断供给的改革方案,本质是将城市化带来的土地增值收益变为私人或者部分人享有,这是对社会主义公有制的改变。

(三) 物权排他规则与公共资源管理

上面所讨论的一些改革观点直接或间接地触及土地所有权,不可避免地遭遇所有制的限制,为了避开意识形态上的阻力,^[63] 一部分学者提出进行宅基地使用权改革,^[64] 尝试在利用层面推动宅基地管理制度改革。做实宅基地使用权,除了会严重削弱国家管制权并冲击公有制以外,还会对宅基地的集体所有权造成影响。

从资源管理的角度看,集体成员在占有使用集体所有的宅基地时,相互间存在非排他的竞争。任何一个集体组织的宅基地总量都相对有限,这种资源稀缺性产生行为上的竞争性,而集体所有形式对内又不具有排他性。集体内部的这种非排他竞争性关系意味着,某个村民占有和使用宅基地的行为会直接或间接影响其他成员,这就带来了行为的外部性。这种外部性源于宅基地集体所有的产权设置。若是从使用权层面进行物权化改革,让宅基地使用权变成个体农民的“直接支配一定之物,而享受利益之排他性的权利”,^[65] 那么这种用益物权所包含的绝对性与排他性,就与所有权层面的共有产权关系相抵牾。某一物品唯有被设定排他性私有产权后,才具有流通性。^[66] 提出做实宅基地使用权的改革建议,让农民私人享有的宅基地使用权变成一种排他性产权,最终目的是为放开宅基地流转铺路。依照产权经济学观点来看,物权即“一束权利”,^[67] 宅基地使用权物权化改革的本质,是通过扩大农户使用权的“权利束”而抽空集体所有权“权利束”。

做实宅基地使用权的限度在于,在集体所有的宅基地上设置他物权,确定宅基地使用权的用益物权性质,须以不改变宅基地所有权为前提。不少学者都认识到宅基地集体所有权的不可分割性。王利明认为土地集体所有权为“特殊共同共有形式”,其特殊性在于“集

[62] 有林指出,所有制“不仅包含生产资料的归属,而且包括生产资料所有制在直接的生产领域、流通领域和分配领域的实现”。参见有林:《略论我国现阶段生产资料的社会主义公有制》,《马克思主义研究》2011年第10期。

[63] 张千帆等提出,当前推动土地管理制度改革应该避开意识形态限制,可以采取虚化所有权,做实使用权的改革路径。参见前引[22],天则经济研究所文。

[64] 参见柳经纬:《我国土地权利制度的变迁与现状——以土地资源的配置和土地财产的分配为视角》,《海峡法学》2010年第3期。

[65] 史尚宽:《物权法论》,中国政法大学出版社2000年版,第7页。

[66] 参见[美]哈罗德·德姆塞茨:《所有权、控制与企业:论经济活动的组织》,段毅才译,经济科学出版社1999年版。

[67] “权利束既是一个‘总量’概念,即产权是由许多权利(或权能)构成的,如产权的排他性、收益性、可让渡性、可分割性等;也是一个‘结构’概念,即不同权利束的排列与组合决定产权的性质及结构。”参见卢现祥主编:《新制度经济学》,武汉大学出版社2011年版,第64页。