

农村宅基地使用权流转的正当性分析^①

方金华

(福建农林大学 法律系,福建 福州 350002)

摘要:当前政府禁止农村宅基地使用权流转并不具有正当性。政府应将公平与正义作为核心价值理念,充分尊重农民土地权益。政府应确立完善的农村宅基地使用权登记制度,逐步建立农村宅基地有期限、有偿使用和收回制度,在条件成熟时以立法形式规范农村宅基地使用权的流转。

关键词:宅基地使用权流转;正当性;公平与正义;法律保护
中图分类号:D922.3 **文献标识码:**A **文章编号:**1674-117X(2010)06-0091-04

Analyzing the Legitimacy of the Homestead Circulation in Rural Areas

FANG Jinhua

(Department of Law, Fujian Agriculture and Forestry University, Fuzhou 350002)

Abstract: It is illegitimate for the government to forbid the homestead circulation in rural areas. The government shall take fairness and justice as the core value and respect the land rights of farmers. It is argued that a sound registration system should be established in the rural residence land use, and a system of paid use of rural residence land for an agreed period should be introduced.

Key words: homestead circulation; legitimacy; fairness and justice; legal protection

立法者出于所谓维护广大农村的稳定及保护耕地的需要,通过《土地管理法》对农村宅基地使用权的流转作出了一系列更近似于公法性质的规定,而《物权法》的出台则明确了农村宅基地使用权的私权性质。由此,农村宅基地使用权的禁止流转应当接受法律正当性的检验。

一 法律并没有禁止农村宅基地使用权流转(抵押除外),禁止农村宅基地使用权流转的规范性文件不具有法律效力

在讨论之前,我们必须明确一个最基本的概念:法律有广义和狭义之分。广义的法律指法律的整体,包括作为根本法的宪法,全国人民代表大会

及其常务委员会制定的法律,国务院制定的行政法规,地方国家权力机关制定的地方性法规,国务院各部委和省级人民政府制定的规章等;狭义的法律仅指全国人民代表大会及其常委会制定的法律。^[1]而目前国家涉及农村宅基地使用权流转的法律和规范性文件分别是:《宪法》、《土地管理法》、《担保法》、《物权法》、1999年国务院办公厅《关于加强土地转让管理严禁炒卖土地的通知》(国办发【1999】39号)、2004年国务院《关于深化改革严格土地管理的决定》(国发【2004】28号)。以下逐一进行分析论证:

1. 我国《宪法》第10条第4款规定:“任何组织或个人不得侵占、买卖或者以其他形式非法转让土

① 收稿日期:2010-09-15
基金项目:福建省科技厅软科学课题“福建省新农村建设背景下集体建设用地使用和管理问题研究”(2010R0024);福建省2010年教育厅人文社科研究项目“福建农村宅基地使用权流转问题研究——基于对闽侯农村地区的调查”(JA10153S)
作者简介:方金华(1970-),男,安徽芜湖人,福建农林大学讲师,法学硕士,主要从事物权法研究。

地,土地的使用权可以依照法律的规定转让。”本款规定“不得侵占、买卖或者以其他形式非法转让土地”所有权(包括农村宅基地所有权),但“土地的使用权”是可以依照法律的规定转让的。据此,我们可以得出结论:《宪法》是允许农村宅基地使用权流转的。

2. 《土地管理法》第62条第3款规定:“农村村民出卖、出租住房后,再申请宅基地的,不予批准。”由于我国对土地使用权与房屋所有权采取“权利人一致原则”和“共同流转原则”(即通常所谓“房随地走”、“地随房走”),那么本款规定隐含的意思是:“农村村民出卖、出租住房后”,宅基地的使用权也当然被出卖或出租,但后果是出卖人或出租人“再申请宅基地的,不予批准”。据此,我们可以得出结论:《土地管理法》默许农村宅基地使用权流转。

3. 《物权法》第153条规定:“宅基地使用权的取得、行使和转让,适用土地管理法等法律和国家有关规定。”由以上第2点的分析可知,《土地管理法》默许农村宅基地流转。那么“国家有关规定”是否包括国家有关部门的规范性文件?众所周知,宅基地使用权被规定在《物权法》第三编“用益物权”中,表明宅基地使用权属于民事基本制度,而《立法法》第8条明确规定:“民事基本制度事项只能制定法律。”故以上“国家有关规定”应该不包括国家有关部门的规范性文件,而只能是国家有关法律规定。由于现在关于农村宅基地流转的法律具体规定几乎为空白(抵押除外),只有《宪法》和《土地管理法》有相关原则性规定,据此,我们可以得出结论:《物权法》并没有禁止农村宅基地使用权的流转(抵押除外)。

4. 1999年国务院办公厅《关于加强土地转让管理严禁炒卖土地的通知》(国办发【1999】39号)(以下简称《通知》)规定:“农民的住宅不得向城市的居民出售,也不得批准城市居民占用农村集体土地建住宅,有关部门不得为违法建造和购买的住宅发放土地使用证和房产证。”该《通知》已成为限制农村宅基地流转的最直接最主要的依据,但它却不具法律效力,因为它既不是部门规章,更不是行政法规。首先,国务院办公厅不符合制定部门规章的主体资格。《立法法》第71条规定:“国务院各部、委员会、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构,可以根据法律和国务院的行政法规、决定、命令,在本部门的权限范围内,制定规章。”而国务院办公厅不属于“国务院各部、委员会、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构”,不具有主体资格。另外,《立法法》第76条

规定:“部门规章由部门首长签署命令予以公布。”而该《通知》并无部门首长签署命令。故它不是部门规章。其次,《立法法》第56条规定:“国务院根据宪法和法律,制定行政法规。”国务院办公厅不符合制定行政法规的主体资格。另外,《立法法》第61条规定:“行政法规由总理签署国务院令公布。”而该《通知》仅由国务院办公厅公布。据此,我们可以得出如下结论:该《通知》(国办发【1999】39号)虽明文限制农村宅基地的流转(主要表现为限制农村宅基地向城市居民流转),但它既不是行政法规,也不是部门规章,而是规范性文件,不属于法律范畴,因而不具有法律效力。

5. 2004年国务院《关于深化改革严格土地管理的决定》(国发【2004】28号)(以下简称《决定》)规定:“严禁城镇居民在农村购置宅基地。在符合规划的前提下,村庄、集镇、建制镇中的农民集体所有建设用地使用权可以流转。”此《决定》虽然已经明确允许农村宅基地流转(条件是“在符合规划的前提下”),但却再一次明确“严禁城镇居民在农村购置宅基地”。该《决定》也是目前限制农村宅基地流转的主要依据之一。因为它是国务院发布的,符合制定行政法规的主体资格,故时至今日它仍然被绝大多数人误认为是行政法规。其实它也是规范性文件,而非行政法规。首先,根据《行政法规制定程序暂行条例》第3条第1款:“行政法规的名称为条例、规定或办法。”而该《决定》没有采取法定的条例、规定或办法作为其名称。其次,该《决定》发布的对象是各省、自治区、直辖市人民政府,国务院各部委、各直属机构。据此,我们得出结论:该《决定》(国发【2004】28号)也是规范性文件,不属于法律范畴,故不具法律效力。

6. 但对于农村宅基地抵押(农村宅基地使用权流转的一种)却是例外:《担保法》和《物权法》均作出了完全一致的规定——明确禁止。《担保法》第37条规定:“下列财产不得抵押:……(二)耕地、宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地使用权”,《物权法》第184条也规定:“下列财产不得抵押:……(二)耕地、宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地使用权,但法律规定可以抵押的除外。”

通过以上的论证,我们发现矛盾的根源产生于行政规范性文件与法律的冲突。法律允许农村宅基地使用权流转(抵押除外),至少没有禁止,更没有禁止城镇居民在农村购置房屋。法不禁止则自由,故禁止农村宅基地使用权流转(抵押除外)在当前法治范围内欠缺正当性。

二 农村宅基地使用权流转具有正当性,应受法律保护

首先,房屋作为私人财产,我国立法保护包括房屋在内的私有财产权。《宪法》第13条第2款规定:“国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权”;根据《民法通则》第75条第1款的规定,房屋属于公民的个人财产范畴,公民合法的私有财产不受侵犯;根据《民法通则》第71条的规定和民法的相关理论,公民个人对于其房屋享有受法律保护的财产所有权,自然有依法对自己的财产占有、使用、收益和处分的权利,其中的处分包括出卖、互易、赠与等方式。《物权法》第4条规定:“国家、集体、私人的物权和其他权利人的物权受法律保护,任何单位和个人不得侵犯。”1999年国务院办公厅《关于加强土地转让管理严禁炒卖土地的通知》(国办发[1999]39号)规定:“农民的住宅不得向城市的居民出售”,明显违反了《宪法》和《民法通则》的相关规定,也违反了《物权法》的物权平等保护和物权处分原则。

其次,平等是民法的基本原则,对于物权同样应当实行“同地同权”。目前,城市中的公房或者福利性分房,其土地使用权人只要取得房产证,就可上市交易,同为土地使用权的福利性分配,农村宅基地使用权为何不能进行交易呢?这是人为地造成同样用于居住目的的“城市土地使用权”和“农村宅基地使用权”的不平等,此种不平等实际上剥夺了农民手中的合法财产的合法收益。农村宅基地使用权作为民事权利的一种,也应毫无保留地贯穿平等原则。农村宅基地使用权作为一种财产,在法律地位上应与城市土地使用权相平等,这就意味着农村宅基地使用权必须脱掉色彩浓重的行政外衣而恢复其用益物权的私权本质。限制宅基地的流转,只会导致农村宅基地使用价值和交换价值不能完全实现,离开了使用权能、收益权能和处分权能的充分实现,农村宅基地使用权的物权效能必将大打折扣。所以,农村宅基地使用权流转是民法平等原则的具体体现,具有充分正当性。

最后,物权法为权利法,确认宅基地使用权为一项重要的用益物权是其应有之义。但《物权法》第152条规定,宅基地使用权人对宅基地享有占有和使用、依法利用之以建造住宅及其附属设施的权利,却没有规定享有收益的权利,因而是一种权能不完整的用益物权。这是对宅基地使用权权能的缩减,导致自身逻辑内容的相互矛盾。民法上的收益方式千变万化,如果使用权人无权从宅基地上获得收益,那么,庭院之内的果实、出租其上的房屋、

在居所内从事手工创收等是否一概无效?^[2]显然,维护农村居住土地稳定的基本政策并不能排除使用权人享有收益的权能。合理的宅基地使用权应该是权能完整的用益物权,这就需要明确农村宅基地使用权的权利属性,尤其是财产性权利属性,并扩充农村宅基地使用权的权能,除去对农村宅基地使用权行使的各种不当限制,增加其“收益”权能,赋予其完整的现代意义上的用益物权,从而保护平等主体——农民的正当权益。

三 现行农村宅基地使用权法律制度欠缺正当性

1. 法律制度价值理念无法适应现实社会发展。众所周知,法律旨在创设一种正义的社会秩序。正义、平等、自由、秩序、效率等价值都是法律所追求的。以哪种价值作为法律制度设计的前提,必将影响到该法律所调整的对象利益。显然,立法者在设计宅基地使用权时将秩序价值放在首位,这体现在宅基地使用权的转让严格限制在本集体经济组织符合分配条件的农户、禁止城镇居民到农村购置宅基地、宅基地使用权不得抵押等条款的规定上。正如博登海默所说:“法律的秩序要素所关注的乃是一个群体或政治社会对某些组织规则和行为标准的采纳问题,这些规则 and 标准就是要给予为数众多却又混乱不堪的人类活动以某些模式和结构,从而避免发生失控的动乱。”^{[3]260}现行法律、政策之所以这样规定,其出发点是要保护土地资源、保障农民的生活、维护社会秩序,立法者担心农民成为城市的流民。秩序价值的确很重要,尤其在涉及农村、农民问题的时候。然而笔者认为,法律作为社会调整工具,应当顺应社会发展的要求。我国宅基地使用权制度的设计如果只注重计划经济时代的秩序价值,就意味着对市场经济时代市场主体行为的限制,是不符合市场经济要求的。在市场经济背景下,法律应当更加注重正义与效率价值的实现——同地同权却不同价,非为正义;拥有用益物权却无法收益,非体现物尽其用之效率价值。秩序所侧重的是社会制度和法律制度的形式结构,而正义所关注的却是法律规范和制度性安排的内容。法律制度的设计必须能够满足个人的合理需要和主张,并与此同时促进生产进步和提高社会内聚性的程度。^{[3]261}

2. 法律目标选择未坚持“效率优先,兼顾公平”的原则。根据科斯定律,在交易成本不为零的情况下,为了保障整个社会最大经济效益的实现,必须利用法律来重现和复制市场,运用法律将财产权利重新分配给那些更能够有效利用它的主体,“对一项资源的权利具有排他性和可转让性,那么其价值

就能最大化”。^[4]故在宅基地规制的法律目标选择上,应该坚持“效率优先,兼顾公平”的原则,在兼顾公平的基础上,追求宅基地管理制度有利于最大限度增加社会财富的目标——显然,效率应该成为制定、评判和选择农村宅基地规范制度的根本原则和首要标准。但我国行政规范性文件禁止农村宅基地流转,尤其明确禁止向城镇流转,使农民大量的财产价值得不到实现,造成了巨大的资源浪费。

3. 严重违背权利平等原则。农民集体土地所有权是每一个农民集体独立的所有权,所有权的内涵就当然地包括占有、使用、收益和处分。这个所有权是每个农民集体的私权利,它与国有土地所有权是平等的。农民有权决定在自己所有的土地上为他人设定用益物权并当然地实现其收益权。农民也有权自由选择交易对象,禁止农民将宅基地向城镇居民流转明显违背了合同自由原则,是对市场交易主体行使合法权利的不合理干涉。

四 对构建农村宅基地使用权法律制度的思考

(一) 确立完善的农村宅基地使用权登记制度

我国目前尚未建立农村不动产登记制度,村民大多通过占有的方式体现其房屋所有权和宅基地使用权,不利于对农村居民合法权益的保护,因此有必要建立完善的农村宅基地使用权登记制度,明确权利人权利,减少纠纷。《物权法》在第2章第1节专门对不动产登记作了详细规定,其中第10条规定:“不动产登记,由不动产所在地的登记机构办理。国家对不动产实行统一登记制度。统一登记的范围、登记机构和登记办法,由法律、行政法规规定。”从该规定可以看出,不动产的登记并未区分城市的和农村的,应是城乡一体化登记制度。应利用土地和房产行政管理部门已有的专业化和系统化的测绘、登记及档案管理队伍,对城乡土地、房屋权属进行统一管理,依据低收费、优服务、高效率的办事原则,办理农村房屋产权证和宅基地使用权证,保护农民的房屋产权,促进农村房屋流转,实现生产要素按市场经济规则配置。同时,将农村房产与城市政策性住房纳入同一体系,实现城乡房产登记的统一管理和信息共享。当前应尽快启动农村宅基地普查登记工作。对农村现有宅基地使用情况进行全面清查,对于手续齐备、符合法律规定的则给予登记造册,对那些通过不合法渠道多占、多用的宅基地则不予登记,为确立统一、规范的宅基地使用权登记奠定基础。

(二) 建立农村宅基地有期限、有偿使用和收回制度

1. 确立宅基地使用期限为70年,期间届满自动续期。《物权法》明确将宅基地使用权界定为一种用益物权。从理论上讲,他物权的存在都是有期限的,无期限将造成只要房屋尚在则宅基地使用权就一直存在,一个农民可能以继承、受赠等方式取得几处房产,一直延续下去,这不利于节约土地及充分利用土地资源,而建立宅基地有期限使用制度就完全可以对期满不再需要的宅基地使用权予以收回,避免浪费土地。参照城市国有土地上的住房土地使用权期限为70年的规定,农村宅基地使用权的期限也应规定为70年,自农民申请宅基地获得批准之日起计算,期间届满的自动续期。^[5]

2. 确立宅基地有偿使用制度。我国现行的农村宅基地使用权制度实行的是无偿使用制度。但随着市场经济的发展和人民生活水平的提高,无偿使用制度日益暴露出弊端。由于现阶段“一户多宅”的现象突出,如果再贯彻无偿使用的原则势必影响农村宅基地资源的合理分配,造成宅基地资源的紧张,进而占用耕地。所以,笔者认为应建立农村宅基地有偿使用制度对“一户一宅”以外的宅基地的使用进行收费,这样,既考虑了国家减轻农村居民负担的政策,又能够约束居民多占、超占宅基地的行为,进而节约土地资源,促进宅基地的有效利用。笔者认为,如下情况可以征收宅基地使用费:(1)房屋长期空置达五年以上的宅基地;(2)超过法律规定面积的宅基地;(3)将宅基地使用权目的根本上改为商业性用房的宅基地。

3. 确立闲置宅基地收回制度。对于闲置宅基地达到10年以上的,由村集体经济组织无偿收回。至于宅基地上的附属物则采用“谁受益,谁补偿”原则,由新受让主体给予充分、及时、完全补偿。

参考文献:

- [1] 张文显. 法理学[M]. 北京:高等教育出版社,2008:74.
- [2] 孟勤国. 物权二远结构论——中国物权制度的理论重构[M]. 北京:人民法院出版社,2004:280-282.
- [3] 博登海默. 法理学——法哲学及其方法[M]. 邓正来,译. 北京:中国政法大学出版社,1998.
- [4] 波斯纳. 法律的经济分析[M]. 贺卫方,译. 北京:法律出版社,1997:42.
- [5] 郭明瑞. 关于宅基地使用权的立法建议[J]. 法学论坛,2007(1):19-21.

责任编辑:黄声波