

宅基地使用权取得制度研究

李亚卿

(贵州省高级人民法院立案二庭, 贵州贵阳 550081)

摘要: 宅基地使用权的用益物权性质以及基本特征确定了物权功能的主导地位。但鉴于中国社会的现实情况, 宅基地使用权的生存保障功能仍应存在。中国宅基地使用权取得规范的制度变迁呈现出逐渐与社会现实脱节的特点。宅基地使用权的初始取得主体包括一般主体和特殊主体, 出让金的缴纳应当不同, 行政审批应当坚持, 权利救济程序应当完善。宅基地使用权的继受取得应当市场化, 但还是应受到优先购买权、权利期限、权利登记等具体限制。

关键词: 宅基地使用权; 初始取得; 继受取得

中图分类号: D922.61 **文献标识码:** A **文章编号:** 1671-2404(2014)62-0044-8

中共中央十八届三中全会在《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》第二十一条明确提出改革完善农村宅基地制度, 选择试点进行农民住房财产权的适当流转, 增加农民的财产性收入。但是怎样保障这一目的的实现, 笔者认为应当进行宅基地使用权初始取得和继受取得的一体化改革。现有的初始取得规范无法明确界定权属, 这正是宅基地使用权的流转最基本的前提。而关于宅基地使用权继受取得的规范更是寥寥无几。这些都需要结合规范、理论和实践进行反思和总结。

1 宅基地使用权制度的基本内涵

宅基地使用权在《物权法》颁布以后被明确为使用集体所有土地建造住宅及其附属设施而对集体所有土地享有的占有、使用的权利。虽然, 对于宅基地使用权的特征, 理论界形成了较为统一的看法, 其中主要包括农村住户主体, 无偿取得, 无期限使用, 限制流转等。但是, 对于宅基地使用权的性质和功能在学术界仍有争议的情况下, 有必要进行梳理和界定。

1.1 宅基地使用权的性质

1.1.1 主要学说综述

虽然物权法将宅基地使用权置于用益物权编, 明确了它的用益物权身份, 但理论界对于这一权利的性质究竟何属至今未达成一致意见。其中主要的

观点有地上权说、特有用益物权说、人役权说三种。

地上权说认为外国的整个土地使用权本质是地上权, 宅基地使用权作为其中一种概莫能外。崔建远教授谈到, 宅基地使用权制度改革应放宽权利让与的自由度, 宅基地使用权和建设用地使用权可以合并为一种权利即地上权; 但是宅基地使用权与其他用途上的地上权仍有不同, 可以作为亚地上权类型而存在。梁慧星教授主张中国可以在用益物权体系下规定各种土地使用权, 而且称土地使用权为宅基地使用权能准确体现地上权之内涵和特征。特有用益物权说认为宅基地使用权为中国特有的用益物权。王卫国教授指出土地使用权是中国社会主义土地制度发展和改革的产物, 与地上权在本质上并不相同。王利明教授主张中国的用益物权体系是建立在土地公有制基础之上的, 但外国民法的用益物权是以土地私有制为发展之土壤的, 而且物权体系具有浓厚的固有法色彩, 受历史传统、民众生活习惯等因素影响颇深。

人役权说从宅基地使用权的社会保障功能出发, 认为宅基地使用权与古罗马法的人役权在立法目的、属性、权利构成等方面具有极大的相似性, 都是为特定人设定的物权。宅基地使用权是集体经济组织为本组织成员的生存利益而设定的。

1.1.2 主要学说评析

笔者赞同上述第二种观点。无论是将宅基地使用权归类于地上权还是人役权都存在着这样或那样的不足。

首先, 地上权是指以在他人土地上设置或保有建筑物, 工作物或竹木为目的而利用其土地的权利。

与地上权相比,虽然宅基地使用权也是权利人以居住为目的而使用集体所有的土地,但是两者仍存在差别:第一,宅基地使用权的取得以本集体经济组织成员为限,具有鲜明的身份色彩,而地上权无此限制;第二,宅基地使用权的初始取得一律无偿,而地上权的设定无偿有偿皆可;第三,中国现阶段法律严格限制权利主体流转宅基地,而地上权具有让与特性。明确农村宅基地使用权地上权性质,将宅基地使用权制度纳入地上权理论框架势必破坏地上权制度自身的完整性。

其次,人役权是为了特定人的利益而利用他人所有之物的权利。与人役权相比,宅基地使用权虽然是为了实现农村居民的生存利益而设,且均具有无偿性。但是两者在以下几方面仍有不同:第一,人役权的设定是基于特定的社会伦理关系,而在集体经济组织和村民之间并不存在伦理关系;第二,人役权以自然人的生存期间为最长期限,而中国的宅基地使用权原则上并无期限限制。

通过以上分析可以看出,宅基地使用权既不同于传统民法上的地上权,也与罗马法中的人役权有着显著的差别,而将之明确认定为中国特有的用益物权在目前来看则是恰当的。这是因为第一,宅基地使用权的生成和发展与新中国成立以来经济制度、社会环境的变迁密不可分,是地方经验的法定化;第二,把宅基地使用权界定为特有的用益物权可以使之无需拘泥于传统理论的限制,更好地博采众长,形成更为符合中国实际的集体土地使用权;第三,中国《物权法》第152条只规定了宅基地使用权的占有和使用权能,用益物权的收益权能尚付诸阙如。这与《物权法》第117条关于用益物权的权利内容是不一致的。

从长远来看,宅基地使用权的一般用益物权属性越来越显著。十八届三中全会重申了《物权法》关于宅基地使用权用益物权属性的规定,同时提出试点宅基地使用权的流转,探索增加农民财产性收入。也就是说,宅基地使用权可以为农民带来一定的收益,一般用益物权占有、使用和收益的三大权能将得以实现。虽然,该决定仅是中共中央的文件,但是考虑到实际国情和文件的可执行性,该文件内容在试点成熟后通过立法程序上升为法律几乎是必然的。根据物权法定原则,宅基地使用权的用益物权性质将最终得以完整确定。笔者认为,对于权利属

性的认定应当从其所具有的权能出发,这些权能既包含文本的规定,也应包含权利运行中天然生成的权利内容。而那些权利生成环境所带来的必然特殊性不能成为干扰权利认定的因素。在现有体系中过度强调固有特色只会创造更多的例外而无法在现有成熟的基础理论框架内来发展该项权利。因此,在宅基地使用权成为农民可以凭借获得财产收益的权利后,在理论上应该承认其一般用益物权的地位。

1.2 宅基地使用权的功能

宅基地在历史上对于保障农民的生存权利发挥了巨大的作用,肯定了它的物权功能。值得讨论的是宅基地使用权的生存保障功能是否还应存在?

笔者以为,宅基地使用权的保障功能在目前仍不应废弃,在与其物权功能的关系上应以后者为主导。具体理由有以下三点。

首先,在计划经济时期贬抑宅基地使用权的物权功能是不存在对农民利益的伤害的。这是因为当时欠缺宅基地使用权实现这一功能的途径和方法。而且对于农民生存权的保障进而维护社会的稳定是当时这个新生政权的首要任务。现阶段虽然农村实现了大发展,但是由于长期推行的城乡二元分割体制,农民还并不富裕,农村社会保障体制仍不全面,七亿农民的生存问题仍是一件大事,所以有必要坚持宅基地使用权的保障功能不放弃。这既是尊重历史的必然,也是考量现实的结果。

其次,土地是一种商品,具有财产属性是天然的,也是应该予以确认的。因此,在宅基地使用权的双重功能的关系方面,它的财产属性和财产功能是先形成的,它的保障属性与生存功能是历史赋予的。在社会主义市场经济体制已经确立的今天,应以市场经济的眼光来重新审视宅基地使用权的功能,彰显它的自然特质。

最后,物权功能是宅基地得以发挥保障功能的基础。在市场经济时代,通过流转,物的价值形式得以改变。这种转变的本质是权利的交流,让渡物的全部或部分权能,获得他物的全部或部分权能。借由交换,权利人得到的等价物是多种多样的,可以是物质,也可以是服务。宅基地作为物自然也具备这样的功能。社会保障作为物质和服务的复合品自然也可以成为宅基地使用权的等价物。另外,目前在重庆等地进行的“土地换社保”也在实践层面上证明了物权属性对宅基地使用权来说是更为根本的。

而且也证明了现阶段,通过宅基地使用权的自由流转,农村居民可以获得与城镇居民同等的社会保障。通过宅基地使用权的自由流转,农村居民将来可以获得更全面、更高水平的生活保障。

2 宅基地使用权取得的规范视域

新中国成立以来,中国农村的土地所有权制度经历了从私有制到公有制的变化。相应地,宅基地制度经历了宅基地私人所有权和宅基地使用权制度两大时期。宅基地使用权取得制度在这六十多年来也随着时代的发展而不断的丰富自己的制度内容。回顾历史,总结现实,就能看到宅基地使用权取得制度的全貌。

2.1 宅基地使用权取得的历史规范

(1) 宅基地农民所有时期(1949—1956年):土地私有,农民对宅基地享有所有权。《土地改革法》规定了农民对宅基地的所有权,承认了土地所有者转让、出租私有土地的权利。五四宪法确认了农民的土地所有权。

(2) 宅基地集体所有时期(1957年至今):土地公有,农民对宅基地享有使用权。

宅基地使用权的确立阶段(1957年至1978年)。1960年代,《农村人民公社工作条例》(简称“农业60条”或“人民公社60条”)是调整农村宅基地使用权制度的基本规范。农业60条第一个修正草案承认了农民对宅基地的所有权。第二草案规定生产队范围内的土地所有权归生产队享有,而且这些土地禁止出租和买卖。1963年,党中央颁布了《关于对社员宅基地问题作一些补充规定的通知》,规定了宅基地的无偿取得、以户申请并经社员大会同意、占用耕地须经县人民委员会批准,宅基地只能随房屋出卖而转移。农业60条的第三个修订草案,明确规定农民对宅基地享有使用权,对房屋永远拥有所有权,宅基地禁止出租和买卖。

宅基地使用权的探索阶段(1978年至1986年)。这一阶段最重要的法律法规有国务院颁布的《关于制止农村建房侵占耕地的紧急通知》和《村镇建房用地管理条例》。关于初始取得,增加了回乡落户的离退休职工及军人和回乡定居的华侨作为取得主体;规定了农村宅基地必须统一规划和面积不得超过省级政府确定的标准。在继受取得方面,立法重申了以前的禁止性规定并禁止农村居民在出

卖、出租自己的房屋后又向集体经济组织申请宅基地。

宅基地使用权的发展阶段(1986年至今)。1986年,中国颁行了第一部《土地管理法》,规定了城镇居民可在农村取得宅基地,宅基地申请的行政审批制度,确立了一户一宅原则和节约用地原则,明确禁止农村宅基地流转。同时,为了遏制小产权房交易,国务院多次命令禁止城镇居民在农村购买违法建设的住房,1998年修订的《土地管理法》取消了城镇居民的取得主体地位。

纵观以上历史,不难发现,通过严格限制取得主体及方式并规定专门的限制条款,宅基地使用权的初始取得最终被限定为农村居民。通过宣布小产权房交易为非法,宅基地使用权的继受取得被限定在本集体经济组织成员之中。

2.2 宅基地使用权取得的现实规范

目前,中国关于宅基地使用权制度形成了以《物权法》和《土地管理法》为基础,以条例、办法、通知等行政法规以及国土资源部、建设部等部委规章和地方配套法规为辅助的法律体系。基本上,这些规范可以划分为权利法和管理法两大类型。总地来说,中国农村宅基地法律法规政策保证了农民“居者有其屋”的实现,发挥了保障农民基本生活的作用,促进了农村的社会稳定。但不可否认的是,现行宅基地使用权取得制度,在立法和执法层面问题颇多。

3 宅基地使用权的初始取得

农村居民通过申请依法从本集体经济组织取得宅基地使用权的方式是宅基地使用权的初始取得。现行法律对于初始取得制度的规定有诸多模糊与空白。在前文讨论的基础上,笔者在此从立法论的角度通过对实务与理论的梳理来对初始取得的框架进行重构。

3.1 宅基地使用权初始取得的权利主体

3.1.1 初始取得的一般主体

物权法对于宅基地使用权的初始取得主体未作规定,而是将其留给相关法律法规。但这些法律法规对于同一问题的规定却是不一致的。《土地管理法》第62条规定了“一户一宅”,似将宅基地使用权人认定为农户。《村庄和集镇建设规划管理条例》第18条、第22条、第26条似将之认定为农村居民。

理论界和实务界主要有个人说和农户说两种观点,其中个人说又可以分为公民说、农村村民说、本集体经济组织成员说、城镇居民说,通说为农村村民说。

个人说认为宅基地使用权为个人。他们的主要理由是:(1)土地管理法规定的一户一宅只是强调村民的一户与宅基地的一处相对应,是对宅基地使用权初始取得的限制。(2)农户无法独立于其所代表的自然人而存在,户内各成员共享宅基地使用权。(3)宅基地面积的大小取决于农户人口的多少,户实际上只是宅基地使用权的形式主体,实质主体为本集体经济组织成员。

农户说认为宅基地使用权人应界定为农户。他们的主要理由是:(1)宅基地的分配均是以户为单位分配,计户人员影响的只是宅基地的面积而不决定宅基地的份数。(2)若依个人说,在户内人员为复数时,相应的使用权也应为多个,但这与登记权利人仅为一人的客观事实不相符。另外,根据房地权属一致原则,宅基地使用权与相应的房屋所有权对应,多个使用权对应多个所有权与现实观念不符。(3)户内成员因死亡、升学、工作等发生变动时并不影响现有宅基地的面积。笔者认为,个人说虽然从权利限制及农户为非法定主体的层面论证了宅基地使用权的权利主体为农村居民个人,但却忽视了宅基地使用权的现实。农户说以实践运作为基础,很好地照顾到了现有的作法以及农村传统观念。因此,农户说更具有合理性。根据《户口登记条例》第5条之规定,中国的户包括共同生活户、单独生活户和共同事业户。其中,宅基地使用权的分配仅限于前两类,因为该制度的目的之一在于居住保障。对于是否形成为户多以户口登记为标准进行基本判断。但是,当农村居民与子女共同生活时,子女往往在缔结婚姻关系,形成新户之前就已申请取得了宅基地。此时子女尚不能成为法律规定的户。对此,有必要对法律关于户的概念做出适当的扩大,对于达到一定年龄的成年人应允许其以准户主的身份行使申请权利。

3.1.2 初始取得的特殊主体

城镇非农业居民能否在农村取得宅基地?1982年的《村庄建房用地管理条例》肯定了部分城镇居民的宅基地使用权。1986年《土地管理法》制定时将范围扩大至城镇非农业居民。1998年《土地管理法》修订时删除了原法第41条,取消了城镇居民申

请宅基地的权利。但是,现实中各地在执行土地管理法时,往往对于几类特殊主体采取了例外的作法。笔者认为,这种作法是现实的需要,有其自身的合理性,值得肯定。

3.2 宅基地使用权初始取得的设定主体

根据现行的《土地管理法》之规定,宅基地使用权取得需向所在的集体经济组织申请并经由上级政府的行政审批。农户利用的是集体所有的土地,根据物权法第60条的规定,集体土地既可以由村农民集体、村内两个以上农民集体所有也可能为乡镇农民集体所有。有学者指出,农民集体这一概念极其模糊。现实中的集体不过是一定地域内个体的结合,无法形成独立的意思表示,不是独立的民事主体形态,因此这种集体所有是一种虚设,应由相应集体的全体成员直接享有所有权,以村民大会或村民代表大会作为农民集体行使所有权的组织,以村委会为其常设机构和意思表示机关。该学者还认为现行三级所有结构是造成集体土地所有权不明确的重要原因,应取消村民小组和乡镇的所有权,统一由农村集体所有。

笔者认为,对于法律法规中出现农村集体经济组织,其不过是所有者的管理人,而不是所有权人本身。对于集体所有权的实现途径,笔者赞同前述学者的看法。应当补充的是,落实集体所有权应将村民自治组织的政治职能和经济职能分开,成立单独的法人来代表村集体经济组织并由其负责集体财产的管理。另外,必须完善村民监督机制和权力制约机制,防止出现部分村干部利用职位之便攫取非法利益。

3.3 宅基地使用权初始取得的具体方式

长期以来,基于历史补偿和减轻农民负担的考虑,中国对于宅基地使用权的初始取得采取了无偿分配的做法。虽然1990年代初期一度提出实施宅基地有偿使用且经过试验显示出了不错的作用,但是1993年中共中央和国务院办公厅发文明确取消了各种试点。2007年,物权法未对该问题作出明确规定。理论界主要有无偿说、有偿说和区分说三种观点。

笔者认为,应当根据宅基地使用权取得主体的不同而采取区分对待的原则。对宅基地使用权取得一般主体应坚持无偿分配的原则。这是因为:第一,农民脚下的土地天然负有养育他们的职能;第二,允

许农民无偿取得是对农村社会保障制度不健全的现实补偿;第三,中国农村的基本现实是广大农民并不富裕,宅基地有偿使用势必给农民带来沉重的负担。对于宅基地使用权取得的特殊主体中的回乡落户的离休、退休职工、回乡定居的华侨和港澳台同胞以及因在本集体经济组织发展现代农业需要长期定居农村的城镇居民应采取有偿使用的原则。这是因为,这两类主体往往在本集体外已拥有保障生存的住宅,不存在无偿取得适用的余地。但是,该两类人与相应的农村集体具有伦理或经济上的联系,可以适当减收宅基地使用权出让金。对于其他几类特殊主体,之所以允许他们在本集体内取得宅基地正是出于保障生存的考虑,因此,对于符合一定条件的该类主体应以无偿分配为一般原则。

3.4 宅基地使用权初始取得的具体程序

《土地管理法》第62条第3款规定了农户取得宅基地使用权的基本程序:须向所在集体经济组织提出申请并经村民大会或村民代表大会讨论,经乡级人民政府审核,由县级人民政府批准。其中涉及农用地转用的应办理相应的审批手续。这一程序至少在以下几个方面有待明确。

第一,行政审批的存废与性质。针对本条出现的宅基地使用权设立须经审核、批准如何理解,学者们认识并不统一。有学者认为这是对集体所有权能的侵犯,违反用益物权设立的一般法理,应予取消。有学者则指出此处存在的行政许可是必要的,是国家进行土地管制的需要。行政法学界主流观点认为此处的行政审批性质为行政确认,是控制土地利用总量,维护土地利用总体规划的需要,是公共利益介入私权运行的表现。现代民法最重要的特征就在于公共利益的崛起而引起的对绝对私权的限制,权利的边界之一就是公共利益。而且土地资源的特别稀缺和人多地少是中国的基本现实,对于土地利用进行严格控制就是保护耕地,保护土地资源,保护可持续发展。因此,认为行政审批应该完全退出的论点在现阶段是不合适的。第二位学者虽然看到了公权力介入的正当性,但其将行政审批理解为行政许可令笔者难以苟同。行政许可是一种设权行为,其结果是行政权力通过程序创设原本并不存在的特权。依此逻辑,通过行政许可创立的宅基地使用权,其渊源是行政权力。但宅基地使用权作为用益物权,其权源是集体土地的所有权,笔者在此赞成通说,应把

这里的行政审批解释为行政确认,由行政部门对于符合条件的申请予以确认。从私法角度来看,这里的行政确认是宅基地使用权设立合同的特别生效要件。

第二,申请驳回程序的缺失。一般来说,对于集体成员符合法定条件的宅基地使用权申请,农村集体及各级政府不会拒绝。但是,现实中驳回农户申请的情况确有发生。而且一方面由于缺乏明确的驳回事由,驳回权行使的随意性较大,另一方面农民的合法申请在被驳回之后无法定的救济途径。因此,为了保护农民的生存利益,降低行政确认的随意性,法律应该确定地规定驳回的法定情形,除非出现该等情形,否则禁止有权机关使用驳回权。另外,应当允许申请人在农村集体拒绝讨论或经讨论后驳回申请时起诉做出决定的集体,在上级政府拒绝审核或驳回申请时提出行政复议或进行行政诉讼。

第三,初始取得登记缺位。中国物权法对宅基地使用权的初始取得是否应当强制登记未置可否。不得不说,这是宅基地使用权制度的立法缺憾。宅基地使用权是建立在他人土地上的用益物权,而不动产物权的取得以登记生效主义为原则。宅基地使用权权属纠纷的发生有相当部分是因宅基地使用权的误登记或没有能依照法定程序登记引起的。初始取得登记可以使其法律关系透明,方便宅基地使用权的市场化流转,降低交易费用。

4 宅基地使用权的继受取得制度

现阶段,法律法规对于宅基地的流通、转让基本予以禁止。该部分将围绕着“农村宅基地能否流转?如何流转?”这一问题展开讨论,在对各种争议进行吸收的基础上尝试提出自己对于继受取得制度的主要看法。

4.1 宅基地使用权继受取得的理论争议

民法学界关于宅基地流转的争论集中于是否应当允许其自由流转,形成了禁止流转说、自由流转说和限制流转说三种观点。

禁止流转说认为宅基地使用权制度存在的意义在于保障农村居民的基本生活,不能进行自由转让。

自由流转说者认为宅基地使用权是用益物权,权利人对于自己享有的用益物权具有处分的自由,以实现资源的最优配置。

限制流转说主张农村宅基地进行有条件的流

转,他们的理由大部分与自由论者相同,但是也有自己的独特见解。

4.2 宅基地使用权继受取得的观点评述

宅基地使用权制度发轫于计划经济时代,计划经济已经成为历史,原有单一保障功能的根基已发生改变,宅基地使用权制度也必须做出改革以适应时代。宅基地因它的稀缺而蕴藏着巨大的财富,这是无法否认的。财产虽然不因流通而成为财产,但是交换价值是价值的表现形式。财产只有进入交换领域才能显现其价值,完成作为商品的使命。在市场经济条件下,宅基地的商品属性是天然的,保障属性是人为加给的。基于此,笔者认为宅基地使用权应当进入市场,进行自由的流通。反对论者禁止或限制宅基地自由流转的社会基础已不存在。

首先,关于社会稳定。他们认为由于中国农村社会保障体制远不成熟,一旦允许农民进城,在经济出现大波动时就会大量出现无依无靠的农民,影响社会稳定甚至引发动乱。这种理解是不符合逻辑的。

其次,关于耕地保护。反对论者认为允许自由流转后宅基地大幅升值,巨额财富会刺激农村居民多占、超占宅基地,违法占用耕地,最终导致耕地减少。在笔者看来,这种说法的出发点是善良的,但是并没有认清解决住宅用地与农业用地矛盾的关键。

再次,关于农民利益保护。反对论者认为放开宅基地流转会出现强势群体借用权力、资本对农民的生存利益进行不义不公的掠夺。在笔者看来,这种对农民利益的关切不可不谓良善,但却具有主观臆断的色彩。

最后,关于乡村社会稳定。反对者认为允许宅基地流转会使大量外来人口流向农村,破坏原有的乡村社会结构,影响社区稳定。笔者认为,这种观点并没有全面认识人口流动所带来的社会变化。

综上所述,反对宅基地使用权自由流转的理由都是站不住脚的。时代的变革必然要求制度的创新。制度经济学的研究表明,宅基地使用权的流转是一种较优的政策选择,它既可以对现行农村土地制度进行完善,而且能实现地方政府、集体经济组织和农民利益集团的合意。

4.3 宅基地使用权继受取得的制度构想

经过分析,笔者认为以《物权法》和《土地管理法》相关规定为核心的现有宅基地使用权继受取得

制度与社会经济环境不协调,应该建立宅基地使用权的自由流转机制。围绕该制度的构建,学者们提出了诸多有益的想法。笔者在此以对相关学说的整理为基础,尝试描述自由流转之下宅基地使用权继受取得的理论框架。

4.3.1 宅基地使用权继受取得的转让主体

有学者认为,为确保出让人的生存居住权利以及社会的和谐发展与繁荣稳定,应该将转让主体限定于拥有闲置住宅或住宅部分的宅基地使用权人。其中,闲置的住宅既可以是在本集体组织内部,也可以是在城市或其他地区长期居住的不动产。闲置的住宅部分则是指转让村民合法拥有的超出规定面积的住宅部分。

笔者认为,这种说法是立不住的。首先,因宅基地流转丧失居住场所引起社会不稳定实属学者的想象,实际是不可能发生的。对此,前文已详细论述,于此不再赘述。其次,以保护生存权之名而限制流转是片面的理解。基于理性人的假设,农村居民只有在流转后所得大于所失的情况下才会做出流转决定。在现实中,宅基地的流转通常发生在两种情形:一是多余的房屋闲置,二,农民无法通过其他途径获得资金帮助而被迫出卖或抵押自己所居住的住宅,最常见的情形就是卖房救人。应当看到,财产权也是基本人权,是实现和保障生存权的条件,以保障生存权而限制财产权本身就是个伪命题。

4.3.2 宅基地使用权继受取得的转让客体

宅基地使用权继受取得客体为相应的宅基地使用权自无疑问。虽然笔者支持从源头上对宅基地进行严格审批,但现实中违法的占地行为确实不能忽视。针对这类情形又该如何处理?是否允许这部分土地进入市场流转?笔者认为,答案应该是否定的。允许这部分土地在接受相应的处罚并补交土地出让金后进行流转无疑是对这种违法行为的间接鼓励,如果违法成本低于转让获利势必会激起更多的人千方百计多占宅基地,扰乱土地管理秩序。一旦失控,土地浪费就成为必然后果。而且,从法理的角度讲,这部分土地为违法所得,在性质上为禁止流通物,不能进入市场流转。

4.3.3 宅基地使用权继受取得的受让主体

针对宅基地使用权继受取得的受让主体,有学者提出种种限制:农村宅基地使用权只能转让给本集体内符合宅基地使用权分配条件的农户;宅基地

使用权的流转范围应限于其所在县内,这样便于管理而且不至于流转面积太窄,转让费、宅基地使用费也便于确定;转让的受让方为自然人,包括各类具有居住需求的农村或城镇居民。

笔者认为,上述观点都有自身难以克服的缺陷,应该坚持民事主体均可继受取得农村宅基地使用权。第一种观点将转让范围限于本集体内几乎无法形成有效市场:一方面集体成员可以通过申请,无偿取得宅基地而无需付出更高代价购买现有宅基地;另一方面,需要取得新宅基地的农户中最主要的是因结婚或分家而另立户籍,而这种情况中农村的风俗则是“新家新房”。由此可见,现实之中买卖旧住宅的情形几无可能出现,而购买者可能考虑的是区位因素,但在宅基地流转仅限于本村的条件下,级差地租收益可以忽略不计。第二种观点以方便管理为主要目的却对农民通过更大范围交易获取更为合理有利价格的可能性视而不见,本质也是对于农民财产权利的不重视。第三种观点,将受让人界定为自然人,实际是欲借此达到将宅基地限于居住用途的目的,属于用途管制的手段,笔者对此将在下文展开专门论述。

4.3.4 宅基地使用权继受取得的具体限制

宅基地使用权作为独立的用益物权,权利人便对自己的权利享有自主的处分权。所以,农村居民可以通过出卖、抵押、入股、继承、赠与等方式实现处分自己权利的自由。但是,权利的行使从来就不是绝对自由的。在宅基地使用权的流转中,应当遵循以下几个方面的限制。

第一,优先购买权。在宅基地使用权的有偿流转中,同等条件下,本集体经济组织成员享有优先购买权。中国法律规定的优先购买权共同的特征之一便是优先购买权人与标的在先前的基础法律关系中存在特殊关系,目的在于保护既存法律关系及特殊主体的合法利益。虽然,集体成员与出让的宅基地使用权及转让人之间并没有先在的法律关系,但是如果任由农村居民将其宅基地使用权出卖给他人不受任何限制,则势必会在客观上损害同一集体经济组织其他成员的居住保障利益。

第二,不动产物权变动以公示为生效要件,这是由不动产自身的价值和其法律关系的复杂性决定的。在前文提及的宅基地使用权初始取得登记的基础之上,对于宅基地使用权的变动也应采取登记生

效主义,以明确法律关系。

第三,用途限制。对受让人取得的宅基地使用权的用途限制,争论焦点在于是否允许在农村宅基地上进行房地产开发。笔者认为,农村居民的居住保障权利通过商业开发获得了更好的实现,且通过流转原有宅基地也获得了一定收益。

参考文献

- [1] 梁慧星. 中国民法典草案建议稿附理由物权编[M]. 北京:法律出版社,2004.
- [2] 王卫国. 中国土地权利研究[M]. 北京:中国政法大学出版社,2003.
- [3] 王利明. 物权法研究[M]. 北京:中国人民大学出版社,2002.
- [4] 李双元,温世扬主编. 比较民法学[M]. 武汉:武汉大学出版社,1998.
- [5] 解玉娟. 农村宅基地使用权性质探析[J]. 河南政法管理干部学院学报,2008(3).
- [6] 张云华等. 完善与改革农村宅基地制度研究[M]. 北京:中国农业出版社,2011.
- [7] 高圣平,刘守英. 宅基地使用权初始取得制度研究[J]. 中国土地科学,2007(2).
- [8] 蔡立东. 宅基地使用权取得的法律结构[J]. 吉林大学社会科学学报,2007(3).
- [9] 周洪亮,陈晓筠. 从“一户一宅”的视角探讨农村宅基地使用权取得[J]. 中国农业大学学报(社会科学版),2007(1).
- [10] 申建平. 宅基地使用权流转模式的选择[J]. 政法论丛,2011(3).
- [11] 刘双良. 农村宅基地使用权的流转与退出机制[J]. 重庆社会科学,2010(6).
- [12] 苏号朋,宋崧. 宅基地使用权纠纷的类型化研究[J]. 科学决策,2011(5).
- [13] 全国人大法工委民法室编. 物权法立法背景与观点全集[M]. 北京:法律出版社,2007.
- [14] 徐祖林,左平良. 自由市场及对自由市场限制的法哲学分析——从农村房屋及宅基地使用权流转问题说起[J]. 湖南社会科学,2006(5).
- [15] 孟勤国. 物权法开禁农村宅基地交易之辩[J]. 法学评论,2005(4).
- [16] 沐兰琼. 农村宅基地使用权之法律研究[J]. 广西政法管理干部学院学报,2006(1).
- [17] 李满枝. 物权法下宅基地使用权的转让[J]. 广西政法管理干部学院学报,2006(1).

- [18] 朱岩,高圣平,陈鑫.中国物权法评注[M].北京:北京大学出版社,2007.
- [19] 乔仕彤,张一弛.试论农村宅基地使用权的流转[M].科学决策,2005.
- [20] 朱岩.宅基地使用权评释——评<物权法草案>第十三章[J].中外法学,2006(11).
- [21] 董万程.农村宅基地使用权流转的法律分析[J].河南政法管理干部学院学报,2010(1).
- [22] 周中举.城乡统筹综合配套改革视野下的宅基地使用权流转——兼评《重庆市农村土地交易所暂行管理办法》[J].中国不动产法研究,2009(00).
- [23] 李开国.关于农村宅基地市场化问题的思考——以巴马县波月村宅基地交易为视角[J].中国不动产法研究,2011(00).
- [24] 朱新华,柴涛修,陈利根.宅基地使用权流转制度改革的制度经济学解析[J].中国土地科学,2009(4).
- [25] 徐万刚,杨少垒.城市化视角下的农村宅基地流转制度分析[J].社会科学家,2009(3).
- [26] 宁清同.农村宅基地使用权有条件流转探析[J].河南政法管理干部学院学报,2008(3).
- [27] 郭明瑞.关于宅基地使用权的立法建议[J].法学论坛,2007(1).
- [28] 丁关良,蒋莉.农村宅基地使用权转让制度改革研究[J].中州学刊,2010(5).
- [29] 苏号朋,宋崧.宅基地使用权流转之法理分析[J].人民论坛,2011(3).
- [30] 刘俊.农村宅基地使用权制度研究[J].西南民族大学学报(人文社科版),2007(3).

Research on the Acquisition of the Use Right of the House Site

Li Yaqing

(Case-filing Division No. 2, Guizhou High People's Court, Guiyang Guizhou Province 550081, China)

Abstract: The primary function of the use right of the house site should be exerted as a property right because of its basic characteristic and the nature of usufructuary right. However, according to China's realities, its function of living guarantee should be preserved. The institutional development of the acquisition system of the use right of the house site gradually comes apart China's social reality. On one hand, the subject of the original acquisition system of the use right of the house site can be divided into two types, general subject and particular subject. In this regard, there's a necessity to differ the land transaction fees, insist on administrative examination and approval, and perfect relief procedure of rights. On the other, the derivative acquisition of the use right of the house site needs a market reform as well as be bound by preemption, right time limitations, and the right registration.

Key words: the use right of the house site; the original acquisition; the derivative acquisition