

## 【土地问题】

# 论应还原宅基地使用权空间权属性： 实然规则、应然状态及修法路径

陶钟太朗<sup>1</sup>，潘学飞<sup>2</sup>

(1.四川师范大学法学院,四川 成都 610068;2.宜宾学院艺术与产品设计学部,四川 宜宾 644000)

**摘要:**对宅基地使用权客体的不合理认识,是造成当前宅基地使用权流转、继承等诸多困境的重要原因。宅基地使用权客体是空间非平面,在空间权语境下,宅基地流转、继承等问题迎刃而解。应当还原宅基地使用权空间权属性,并应以在宅基地使用权相关规范体系中系统修订形式完成。应在《民法典》中明确宅基地使用权客体为空间,同时明确其空间范围的确定方式;《土地管理法》应松绑一户一宅限制,并应明确一户仅能原始取得一宅,废止新增人口宅基地申请制度;各地方规范性文件应根据《土地管理法》授权,明确各地区的宅基地使用权客体空间范围,根据《城乡规划法》授权,制定农房单层层高层下限标准,并划定农民(户)最低保有的农房建筑面积,除此部分,准许自由流转。

**关键词:**宅基地使用权;空间权;应然状态;修法路径

**中图分类号:**D912.3 **文献标志码:**A **文章编号:**1671-7465(2020)06-0125-09

对宅基地的利用是平面利用还是立体利用?这样一个常识性问题,其答案为“立体利用”,应无异议。那么,宅基地使用权的客体应是平面还是空间?权利客体是权利人行为所指向的对象,故答案应是“空间”,亦无异议。然而这样一种正当认识却与现行法不相符合,既存法解释论下,宅基地使用权的客体并非“空间”,而是“平面”。规范与社会事实完全不同!宅基地立体利用已是普遍的事实,立法一直未对该问题进行回应,导致学界和实务界讨论宅基地问题时,总是将宅基地和农房作同等对待,农房流转则宅基地流转,进而农民丧失基本居住利益保障。秉持此观点,引发诸多认识上的误区、法理上的冲突、规范上的滞后,导致宅基地财富功能长期无法释放,双向城镇化进路始终无法畅通。本文论题,宅基地使用权空间权设置或者空间权视野,制度设置的核心价值就是将农房面积可数倍于宅基地面积这样一个事实法律显性化。我们讨论农房流转、继承以及新增人口申请宅基地等相关制度,都应当在上述前提下进行,这样所形成的结论会与社会事实更相符,更加科学合理。当前,乡村振兴大幕已经开启,“逆城镇化”的建设方向亦已指明<sup>[1]</sup>,对相关制度进行修订以助推乡村振兴更是显得迫在眉睫。“只有通过深化土地制度改革,农民土地的财产收益才能实现,其土改红利才能支撑农民消费水平持续提高,乡村才能真正振兴,农业现代化才有望实现”<sup>[2]</sup>。

## 一、平面权视域下的宅基地使用权:实然规则与现实困局

既存规范下,对宅基地使用权客体的规定,见于《土地管理法》以及各省、自治区、直辖市关于施行《土地管理法》的各类具体的实施办法当中。《土地管理法》第62条第1款明确:“农村村民一户只能拥有一处宅基地,其宅基地的面积不得超过省、自治区、直辖市规定的标准。”各省、自治区、直辖市则根据各自区位上的差异、地貌上的区分,或者以户为标准,或者以人为标

收稿日期:2019-08-19

基金项目:国家社会科学基金重大项目“平等公正核心价值观融入产权保护立法研究”(18VHJ007);四川省农村发展研究中心项目“农地‘三权’权属定位与制度实现研究”(CR1822)

作者简介:陶钟太朗,男,四川师范大学法学院副研究员,博士。

准,确定宅基地使用权面积<sup>①</sup>。宅基地使用权以面积计算,限定了相关规范的设置框架,同时,也桎梏了人们的思维,带来了诸多宅基地之困。

### (一) 宅基地流转问题(农民住房流转问题)

在房地一体主义语境下,房权流转必然涉及地权流转。一般性认识是,农民住房出让,宅基地使用权也一并出让,一旦农民无他处居所,则其基本居住利益保障无法实现,农民或者另觅土地修建房屋以供居住,这会大幅增加农地非农化风险,进一步挤压耕地存量;或者成为“盲流”,依附于大城市生存,如巴西、印度等国家,在大城市周边形成贫民窟,这将极大地增加社会动荡风险。遵循上述一般性认识,无论产生何种风险,就国家而言,均会形成巨大的、极难消解的社会成本。显然,因农民住房流转产生的正效益在粮食安全、社会稳定面前,只能退居次席。由是,立法者在权衡利弊之后,仍从立法上限制农房(宅基地使用权)流转<sup>②</sup>,以此“强势地”确保农民基本居住利益,但农民住房(宅基地使用权)作为农民的合法财产权,其财产属性(交换价值)近乎被湮没。近年来,国家以试点改革模式希冀突破上述限制,以弥补宅基地使用权财产属性欠缺之遗憾,但政策性文件在宅基地使用权流转问题上的表述仍踟躇不前,语焉不详。一方面,《关于开展农村承包土地的经营权和农民住房财产权抵押贷款试点的指导意见》明确指出:“农民住房财产权设立抵押的,需将宅基地使用权和住房财产权一并抵押。按照党中央、国务院确定的宅基地制度改革试点工作部署,探索建立宅基地使用权有偿转让机制。”这似乎表明将在宅基地使用权流转方面有所突破<sup>③</sup>。但相同的文件以及《农民住房财产权抵押贷款试点暂行办法》又明确表示:“变卖或拍卖抵押的农民住房,受让人范围原则上应限制在相关法律法规和国务院规定的范围内。”若依据既存规范性文件,试点又不能突破宅基地使用权流转限制,试点的力度和成效将会大打折扣。同一(同类)政策性文件中模棱两可的意思表示,显示出决策层在这一问题上的患得患失。“宅基地使用权的制度困局,源于宅基地承载的社会保障功能和经济价值功能间的冲突加剧”<sup>④</sup>,对宅基地使用权改革的基本思路应当是立足于“在契合当下宅基地保障功能的情况下,如何较为充分地实现财产功能”<sup>⑤</sup>,但“尚缺乏既能坚持农村土地集体所有权、兼顾农民住房保障与财产权实现,又能有效协调集体、集体成员与非本集体成员之间利益关系的顶层设计”<sup>⑥</sup>。事实上,若不能妥善解决农民居住利益保障与宅基地使用权流转不能兼顾之悖论,决策层很难有足够的决心开放农村宅基地市场。2019年初,全国人大常委会已经明确农民住房财产权抵押贷款试点期限届满后,不再继续延期,“农民住房财产权抵押贷款问题,恢复施行有关法律”<sup>⑦</sup>,即“物权法第一百八十四条和担保法第三十七条相关规定恢复施行”<sup>⑧</sup>,宅基地的使用权禁止抵押<sup>③</sup>。上述结论性意见,基本上宣布了“农民住房财产权抵押贷款”试点改革的失败,其依据的理由为“农房抵押贷款因农房流转和处置面临较大障碍等问题,未形成有效闭环”<sup>④</sup>。究其实质,仍然是宅基地使用权流转问题未得到有效解决。

### (二) 房屋的可继承性和宅基地使用权的限制继承性问题

根据《民法典》继承编的规定<sup>⑤</sup>,公民的房屋是遗产,具有可继承性,只要是被继承人的合法继承人或受遗赠人,均可继承被继承人的房产。而宅基地使用权的继承却颇为复杂。一方面,根据《民法典》总则编及物权编的相关规定<sup>⑥</sup>,宅基地使用权作为用益物权的一种,属于公民的合法财产,这应无异议,也即宅基地使用权具有可继承性;另一方面,根据《土地管理法》,宅基

① 湖南、广东、吉林等省规定的是户均占有宅基地使用权面积,四川省、重庆市等则规定的人均占有宅基地使用权面积。

② 在既存法解释论下,农房流转并非完全被禁止,农户因继承等原因而获得的多余房产,可以在本集体经济组织内部转让,其受让对象需为有申请新宅基地资格的农民(农户)。在这种转让模式中,转让方能够获得的转让对价只能是房屋建造成本,而不存在宅基地转让收益,原因在于受让方本就可以无偿获得宅基地使用权,若转让方转让费用中包含宅基地使用权价值,则受让方必然会认为对价不公而不进行交易。

③ 需要特别说明的是,《民法典》对宅基地使用权抵押问题,仍完全沿用现行《物权法》的规定。

④ 参见《国务院关于全国农村承包土地的经营权和农民住房财产权抵押贷款试点情况的总结报告》。

⑤ 参见《民法典》第1122条。

⑥ 参见《民法典》第114条。

地使用权的享有需以本农民集体成员身份为前提。设若被继承人子女为城镇户口或非本农民集体成员,则农村房地产权的继承就会出现两个规范解释上的悖论:第一,根据《民法典》,宅基地使用权具有可继承性,而《土地管理法》由于继承人不具有享有宅基地使用权的资格而对宅基地使用权继承性进行了否定;第二,房地一体主义原则下,农村房屋的继承性与宅基地使用权的不能继承性无法调和,若允许房屋继承,则事实上就继承了宅基地,若不允许继承宅基地,则事实上也就无法继承房屋。上述规范矛盾,引发了诸多法制施行过程中的问题,非常典型的就是:因农村人口升学、参军或者买房上城市户口等原因,农户户籍人口持续性地减少,最后只剩长辈留在该户口当中。长辈去世之后,因该户头上已无人口,就不成其为户了,原其享有的宅基地使用权,应随权利主体灭失而消灭。换言之,农村集体经济组织——农民集体土地所有权的代表机构,可以收回该户的宅基地使用权。然而,矛盾的是,因为在该幅土地上还存在房屋,房屋作为公民的合法财产,应当(法律允许)被其继承人(受遗赠人)继承。于是,农村集体经济组织不能收回权利主体已经消亡的宅基地,而公民所继承的也仅仅是房屋所有权,不能继承宅基地使用权,这完全有悖于房地一体主义。当前,就该问题的认识,“在理论上颇有争议,如对无建筑物的宅基地使用权能否继承,就有肯定与否定两种截然相反的观点;对因房屋继承取得的宅基地的应然权利属性,亦存在用益物权性宅基地使用权与债权性法定租赁权的不同主张,由此引申出有建筑物的宅基地使用权能否继承的论争”<sup>[9]</sup>。而在实践中,就该问题的折中处理方式是:房屋存续期间,农村集体经济组织不能收回宅基地;若房屋灭失,则宅基地被收回。坦率地讲,由于房屋灭失的概率较低、周期较长(继承人修缮房屋的行为不应被禁止),虽然有部分宅基地被收回的情况,但绝大多数房屋“岿然不倒”,被非本集体成员占有。此类占有,由于继承人长期不在农村,占有状态通常是空置型占有,即房屋闲置。可以预见在不远的将来,随着城镇化进程的持续深入,上述闲置农房将越积越多,与之对应的闲置宅基地亦会越来越多,这势必造成极大的房产资源浪费和土地资源浪费,而这种资源浪费的主因则是房屋的可继承性和宅基地使用权的限制继承性。

此外,由于新增农村人口宅基地申请制度的长期存在,上述资源浪费现象更是加剧。长期以来,农村村民子女成年后,可从原户口中分户并申请新宅基地建房居住<sup>①</sup>。某农民家庭以三代人,且均为独生子女计算,祖孙三代则有三处宅基地,三处住房。当祖辈、父辈离世后,孙辈将一户独占三处房产。因循现有法制对该情形进行解释,房产作为遗产继承,系合法占有,但孙辈占有的宅基地数量则会因远超各省(自治区、直辖市)所规定的标准成为非法占有。实践当中,就该制度悖论的解决思路,仍延续上一问题的解决模式,即“房屋存续期间,农村集体经济组织不能收回宅基地,而若房屋灭失,宅基地则被收回”。同样地,这将造成房产资源空置,土地资源浪费。“2013年九三学社调查,农村宅基地面积每年以1%的速度增加,却有1/4的住房常年无人居住”<sup>[10]</sup>,正是这一困境的真实写照。

## 二、空间权语境下的宅基地使用权:应然状态与困局破解

从社会事实看,宅基地的立体化使用由来已久,以平面权制度规制已经立体化利用的宅基地,规范滞后性显而易见;但更迟滞社会发展和制度进步的是,固有的平面权思维,使本应较易解决的问题囿于旧有的制度框架和思维限制迟迟未能得到突破。事实上,若还原宅基地使用权的空间权属性,平面权语境下的诸多困境便可迎刃而解。

### (一) 空间权语境下宅基地使用权应然状态一般性认识

我国建设用地权利体系呈二元性,即以“建设用地使用权”规范城市建设用地和部分集体建设用地,以“宅基地使用权”规范农民住宅用地。故而,对宅基地使用权空间权的一般性认知,

① 尽管在当前的各地方实践中,对分户人口申请新宅基地建房有一定的限制,但其作为一项制度,却仍在适用。

可从“建设用地使用权”规则着手,予以推导。《民法典》勾勒出建设用地使用权空间权的雏形,根据其第345条规定,“建设用地使用权可以在土地的地表、地上或者地下分别设立”。由是,土地使用权客体突破了传统的地表,拓展至地上和地下,确立了建设用地使用权的空间权属性<sup>[11]</sup>。进一步考察发现,尽管在实践中《土地使用权出让合同》通常以“亩”作为面积单位进行土地使用权交易,但实际交易的土地权利客体却非面积而是体积,其体积是通过《土地使用权出让合同》中的“总体布局”“建筑退让红线要求”“建筑覆盖率”“建筑容积率”“建筑高度”等内容来加以确定<sup>①</sup>。因此,在开发单位进行房地产开发时,其开发的建筑面积,往往数倍其拿地面积。显然,同为建设用地的“宅基地使用权”本也应属空间权,但《民法典》条文并未实现这一嬗变。《民法典》仅规定了宅基地使用权的权利内容<sup>②</sup>,取得、行使和转让适用的法律衔接性<sup>③</sup>,宅基地灭失后的重新分配<sup>④</sup>和宅基地使用权的变更登记和注销登记等内容<sup>⑤</sup>,却未规定宅基地使用权的客体范围,也未像“建设用地使用权”那样明确其可以在“地表、地上或者地下分别设立”。对宅基地使用权客体范围有所表述的是《土地管理法》,这是《民法典》明确指引的“宅基地使用权”应适用的规范<sup>⑥</sup>。而《土地管理法》仍然是以面积界定宅基地使用权客体,各省、自治区、直辖市也秉承这一规定,以户均或人均面积划定农民的宅基地范围,却没有容积率等相应配套规则。在上述规范引导下,对宅基地的赋权以及规制,从立法者到执法者,多囿于平面权观念,而形成“一宅只能有一户”“宅基地使用权自由流转必然导致农民基本生存利益无法保障”这种定式思维。事实上,设若还原(赋予)宅基地使用权的空间权属性,则农民建筑房屋的面积将数倍于其宅基地面积就会显性化。还原(赋予)宅基地使用权的空间权属性,将是对当前宅基地制度变革诸多困境突破的基本依托。

## (二) 宅基地空间权语境下宅基地居住利益保障功能和财富功能能够兼顾

宅基地的平面化规范和平面权思维,模糊了我们对农民居住利益保障提供者的正确认知。房地一体主义下,农民居住利益保障的提供者两项客体:基础的是宅基地,更为重要和直接的居住利益保障实现者则是农民住房。与之相对应的是宅基地使用权和房屋所有权。在宅基地平面利用以及平面权思维下,有限的宅基地只能建设与之相应的有限的房屋,因此,一旦宅基地转让,必然会涉及有限房屋一体转让的问题,农民居住利益保障自然丧失,是故,农村住房的居住利益保障功能和财富功能就不能得兼。

然而,在宅基地立体利用和空间权语境下,在有限的宅基地上却能够建立数倍于宅基地面积的房屋,可以部分宅基地和相应住房保障农民基本居住利益,剩余部分则用以流转以实现宅基地(农村住房)的财产价值;或者是,突破房地一体主义,保留宅基地使用权和完整的房屋所有权,并预留部分房产供自身居住使用,剩余房产则设定物权型使用权予以流转,实现农房(宅基地)财富功能<sup>⑦</sup>。

显然地,在宅基地空间权语境下,农房能否流转难题即已破解,需要关注的是农房如何流转以实现双重价值目标。作者认为,可以将农民住房进行必要住房和剩余住房的区分:必要住房用以保障其居住利益;剩余住房则用以流转以实现农房(宅基地)的财产权价值。具体而言,以

① 上述指标并不对建筑物平面坐标和空间范围进行精确限定。

② 参见《民法典》第362条。

③ 参见《民法典》第363条。

④ 参见《民法典》第364条。

⑤ 参见《民法典》第365条。

⑥ 同③。

⑦ 我国居民不喜租房而居,而喜建房(购房)而居。以法律语言来表达,即我国居民更倾向于以物权型权利实现居住利益保障,而不喜采用债权型权利实现居住利益保障。这也是为什么尽管当前农房租赁并不存在制度障碍,但农房租赁市场并未勃兴,农村居民未能以此实现宅基地财富功能,城市人口亦未以此实现回归之愿。上述居住偏好的形成,既有文化层面的原因,也有制度层面的原因。对此问题的详细分析,详情参见拙文:《论作为新型城镇化自主动因的逆城市化》,载于《甘肃社会科学》2015年第2期。

强制性规范规定农户(农民)必须保有的必要住房量。必要住房量的确定,可以各省、自治区、直辖市规定的户均(人均)宅基地使用权面积为依据。因为从立法意图上讲,立法者对宅基地使用权量的设定,是基于宅基地使用权人至少可以建设平层建筑的考量<sup>①</sup>,即此量的宅基地至少能够保障使用权人建同样量的平层建筑,而此量的平层建筑已足以权利人为居住利益保障<sup>[12]</sup>。

剩余住房则以转让或设权(居住权)<sup>②</sup>的方式实现流转。以转让方式流转,则可对农房进行区分所有,各权利人按所占有的农房面积之比享有对应的宅基地使用权。如:某农户有100平方米的宅基地,建有三层房屋(300平方米),以转让方式流转,则该农户至少应保有100平方米的建筑面积以及相应的33.3平方米的宅基地面积,而可将剩余建筑面积200平方米(宅基地面积66.7平方米)予以流转。以设权方式流转,则仅就剩余住房设立居住权满足流转需求即可,而无须对宅基地使用权进行流转。以上例说明,农户可就200平方米的房屋设定居住权,而无须流转宅基地使用权。

需要特别说明的是,上述流转并非以农民已修建好的房屋为前置性要件,如果农户(农民)未就宅基地空间进行充分的使用,则可在法律规定的范围内与“受让人”商议进行“房上联建”或“推倒重建”,实现宅基地的充分利用,而双方(多方)仅需就建房成本分摊以及农房权利安排进行磋商形成协议即可。

### (三) 宅基地空间权语境下房屋可继承性和宅基地不可继承性悖论之破解

宅基地空间权语境下,农民可建房屋面积数倍增加就已经显性化了。即便是农村家庭有了新增人口,仅需就现有宅基地进行空间利用,新增人口的居住利益就能得到保障,而无须靠更多面积的宅基地满足需求。因此,新增人口宅基地申请制度就没有存在的必要性,应予废除。从制度层面看,新增人口宅基地申请制度是当前宅基地增量的唯一来源,若将该制度废止,则农村宅基地只有存量,而不再有增量,换句话说,就是农村宅基地面积将不再增加。设若有妥适的宅基地使用权退出机制,则农村宅基地面积就可能会减少<sup>③</sup>。

在此结论基础上,我们进一步讨论宅基地使用权的继承性问题。从形式上看,宅基地使用权(集体土地权利)对权利主体的身份性要求,是导致宅基地使用权不可继承的制度原因。既往集体土地权利主体身份性要求是不可逾越的红线,而当前的农村土地制度改革以及乡村振兴战略,却要渐次突破集体土地权利的身份专属性,使得集体土地资源实现城乡间的优化配置,进一步释放农村生产力。“土地经营权”在《农村土地承包法》中的确立以及“集体经营性建设用地”的直接入市,即已实现了集体土地权利身份专属性的突破。就宅基地而论,正在如火如荼进行的宅基地“三权”分置改革亦尝试在宅基地领域突破权利主体的身份专属性,使相关土地资源更能够实现物尽其用。基于上述分析,宅基地使用权权利主体集体成员身份要求并非不可逾越的红线,当前制度设置的标准应当是:在坚持“不能把农村土地集体所有制改垮了,不能把耕地改少了,不能把粮食生产能力改弱了,不能把农民利益损害了”的基础上,优化农村土地资源配置,实现乡村振兴。在废除新增人口宅基地申请制度这一前提下,允许城镇人口对农村宅基

① 宅基地以面积确定范围,始于1963年《最高人民法院关于农村和城市宅基地所有权问题的复函》。到1978年,由于农村乱占农用地扩大宅基地现象严重,政府就开始要求对宅基地面积加以限定,不能让其无序扩张。1986年《土地管理法》出台,延续了这一制度传统。当时生产力以及建筑技术落后,农民基本没有什么财富,故农民基本是平层利用宅基地,立法者同样也认识到这点,故在对宅基地面积进行设定时也以平层利用为基本考量,根据各省、自治区、直辖市各自情况,划定面积。

② 此次《民法典》编纂,居住权已实现凤凰涅槃,为本次修法的一大亮点。

③ 需要对以新宅基地建房和空间拓展建房的成本问题予以阐释,农房的空间拓展较另起新房成本更低,因为另建新房需要重起地基。需要特别说明的是,在废止新增人口宅基地申请制度后,农户建房时应对未来住房需求做长远考虑,保持房屋的空间拓展性,降低改造成本。从立法者角度看,可能存在这种顾虑,即当前部分农户房屋欠缺空间拓展性,而新宅基地建新房成本更低。这种情形存在,是新设该制度的成本,但相较于该制度的价值而言,作者认为该制度成本可以承受。事实上,新增人口宅基地申请制度存在,其直接后果就是造成农村宅基地无序增长,一户多宅现象严重(文中已有阐述)。从根源上废除宅基地面积扩张的方式,从空间上拓展农房,是宅基地集约高效利用的本意,也是对农用地予以保护的重要措施。

地的继承,不会损害集体土地所有制,不会扩大农村宅基地面积,不会导致耕地减少,也不会将粮食生产能力改弱。同时,这也有利于城镇人口向农村回流,伴随着这部分人向农村转移的将是一定量的货币资本、实物资本和劳动力资本<sup>[13]</sup>。这恰好与乡村振兴需要人的要素、资本要素和物的要素相契合,将会极大地提升乡村自我造血功能,助推乡村振兴。

综上,在宅基地使用权空间权语境下,宅基地使用权可继承性障碍即告破除,而房屋可继承性和宅基地不可继承性悖论自会消解。

### 三、宅基地使用权空间权修法路径

立法应更侧重于宅基地的财产属性,在重视宅基地管理的同时也要尊重集体土地所有权人和宅基地使用权人的财产权<sup>[14]</sup>。具体到立法论,则还需要考察如何完成宅基地使用权空间权设置,这并非一个显而易见的问题,尚需要细致探讨。现有规范性文件中,对宅基地使用权直接规制的有:作为基本法律的《民法典》<sup>①</sup>,作为其他法律的《土地管理法》<sup>②</sup>、《城乡规划法》,以及作为地方性法规的各省、自治区、直辖市关于实施《土地管理法》的各项“条例”“办法”“规定”等<sup>③</sup>。宅基地使用权空间权设置,应在上述规范性文件中完成,而不应另立新法,否则就有碍制度之间的关联性及协调性。但应如何在立法层级上完成制度设置的布局,则需要综合考量制度本身的重要性、法制传统、地域与规范的协调性及规则易变性等因素。

从制度重要性出发,宅基地使用权空间权设置,关涉一项重要用益物权权利客体的嬗变。而权利客体的变化,当属物权基本内容之改变。根据《民法典》第116条“物权的种类与内容,由法律规定”,故对宅基地使用权的空间权设置应当在法律层级的规范性文件中体现。秉承既有结论,则或者是在《民法典》中体现,或者是在《土地管理法》中体现。作者认为,应在《民法典》中明确宅基地使用权空间权的基本内容。理由在于:其一,《民法典》作为民事基本法,其规定的是民事(物权)基本制度,宅地权利客体属民事(物权)基本制度范畴,故应当在《民法典》中加以规定;其二,从规范统一性而言,《民法典》已搭建了“建设用地使用权”空间权基本框架,而同为建设用地的宅基地使用权却尚未完成权利属性从平面权到空间权的转变<sup>[11]</sup>,这显然有悖于规范统一性,故而,应在《民法典》中确立“宅基地使用权”空间权的基本框架。

从法制传统分析,《土地管理法》是首部对宅基地使用权客体有明确说明的法律层级的规范性文件,也是既存法制对“宅基地使用权”规制最基本的规范来源<sup>④</sup>。各地方对宅基地使用权面积的具体规定,均是对《土地管理法》关于宅基地面积设定的授权性条款的落实。因此,从法制传统看,宅基地使用权客体设定是以《土地管理法》为基础性规范,辅以各地方性法规加以落实。此规则设置结构,成体系地长期有效存续,并符合我国基本国情,应予保持。此外,《土地管理法》系对土地产权制度和土地资源的合理利用进行管理的规范性文件,对宅基地使用权客体制度进行规制,自属应当,故而,应在《土地管理法》中设定宅基地使用权空间权一般性规则。

从地域与规范的协调来看,各省、自治区、直辖市地表地貌结构差异较大,土地资源禀赋与土地级差、人口稠密程度千差万别;甚至在本省(自治区、直辖市)范围内,不同地区上述差别依然很大。因此,为了使宅基地量的确定更符合各省(自治区、直辖市)自身的情况,《土地管理法》第62条第1款明确由各省(自治区、直辖市)制定各自的宅基地面积标准,而未在国家法层面对这一事项进行统一规定。这种立法模式具有科学性。在宅基地使用权空间权塑造过程中,也应因袭此立法模式,即国家法层面不对宅基地使用权作空间量化的规定,而将该规则制定权

① 其制定与修改机关是全国人民代表大会。

② 其制定与修改机关是全国人民代表大会常务委员会。

③ 其制定与修改机关是省、自治区、直辖市的人民代表大会及其常务委员会。

④ 《民法典》虽然专章规定了“宅基地使用权”,但并未对宅基地使用权的权利内容进行系统设置,关涉“宅基地使用权的取得、行使和转让”等权利内容的重要构成,《民法典》第363条以指引方式引致《土地管理法》等规范规制。

赋予各省、自治区、直辖市的人大,以地方性法规的形式完成宅基地使用权空间范围的量化规范。此外,《立法法》明确了设区的市人民代表大会及其常委会可对“城乡建设与管理”等事项制定地方性法规<sup>①</sup>,因此,宅基地使用权空间量化规范,甚或可下放至设区的市进行制定。宅基地使用权空间量化确定,愈下放至基层,其科学性愈强。需要特别说明的是,部分地区对农房建设有层数限制(如3层以下)和高度限制(如10米以下),但就作者目力所及,这种规定是从建设的安全性出发,因为农房建筑达到一定高度和跨度时,有特别的设计和施工要求。《村庄和集镇规划建设管理条例》第21条规定:“在村庄、集镇规划区内,凡建筑跨度、跨径或者高度超出规定范围的乡(镇)村企业、乡(镇)村公共设施和公益事业的建筑工程,以及2层(含2层)以上的住宅,必须由取得相应的设计资质证书的单位进行设计,或者选用通用设计、标准设计;跨度、跨径和高度的限定,由省、自治区、直辖市人民政府或者其授权的部门规定。”以四川省为例,其对“建筑跨度、跨径或者高度”的限定体现在《四川省农村住房管理办法》,其第18条明确3层以上或者建筑面积300平方米以上或者6米以上跨度的农房建设需委托“建筑施工企业、劳务分包企业承担施工,并向乡(镇)人民政府申报,纳入工程质量监督”。上述规范性文件,并非是对农房建设进行高度限制和层数限制,而只是对超过上述限定的农房建设有更为严苛的设计和施工要求。换言之,农村建筑可以超过3层,只是以专业性的设计施工队伍进行申报以及纳入工程质量监督为前提。上述情形并不造成对农房建设层数和高度的实质性限制,农户只需遵照相关建设要求进行设计施工,即可实现层数和高度的突破。事实上,宅基地使用权的空间权塑造,即是一个赋权过程,也是一个限权过程。在当前对宅基地空间尚无限定的情况下,对宅基地的立体利用,从法不禁止即可为的角度上讲,可以上下无限扩张,这极易造成对土地的滥用。给宅基地使用权限定一个特定的空间,既释明了其空间属性,又明确其可建建筑面积的数倍性,同时,也防止了对宅基地空间的过度利用。

从规则易变性观之,当前,农村土地制度改革正在如火如荼地进行,诸多制度尚在试点过程中,未形成一致性意见。就宅基地使用权而言,除业已完成试点的“农民住房财产权”抵押外,近期全国范围内的试点改革尚有“宅基地使用权有偿退出机制”“宅基地三权分置”,还有地方主导的制度改革试点。在这样的背景下,宅基地使用权空间权设置应多一些赋权型规范,少一些强制性规范,高位阶规范性文件从整体上把握制度设计思路以及制度设置框架,低位阶规范性文件则完成制度的细致化。这样的规范设置模式,便于地方进行制度改革试点,同时也便于改革试点完成后,可复制、可推广经验的普及。具体来说,高位阶规范有较高的稳定性要求,且修改程序复杂,其仅作宏观的制度框架设计,新的改革实践经验与其牵扯不多,则能确保其稳定性;低位阶规范性文件稳定性要求较低,灵活性较强,其进行制度细致化处理,便于吸纳有用的经验为己所用。

#### 四、宅基地使用权空间权规则设置

宅基地使用权空间权设置是一组系统工程,单个的部门法修订,并不能完成此项工作。下面以位阶为序,就各规范性文件应设定的宅基地使用权空间权内容,分别加以叙述:

首先,《民法典》并未就宅基地使用权作细致性规定,但其之于宅基地使用权的重要价值在于明确了宅基地使用权用益物权属性,这从根本上保障了农民利益,是维系农村社会稳定的基础。这一立法风格应予延续,《民法典》应仅就宅基地使用权内容作宏观上规定,由于权利客体

<sup>①</sup> 参见《立法法》第72条第2款:设区的市的人民代表大会及其常务委员会根据本市的具体情况和实际需要,在不同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规相抵触的前提下,可以对城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面的事项制定地方性法规,法律对设区的市制定地方性法规的事项另有规定的,从其规定。设区的市的地方性法规须报省、自治区的人民代表大会常务委员会批准后施行。省、自治区的人民代表大会常务委员会对报请批准的地方性法规,应当对其合法性进行审查,同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规不抵触的,应当在四个月内予以批准。

是物权的基本内容,故应在《民法典》中明确宅基地使用权权利客体为一定之空间,还原其空间权属性。建议增设一条:“宅基地使用权的客体范围为地表、地上和地下的一定空间。”其他条款可保持不变。

其次,《土地管理法》的调整主要涉及第62条,其第1款应调整为:“农村村民一户只能原始取得一处宅基地,其他宅基地的范围不得超过省、自治区、直辖市规定的标准。”理由在于,在宅基地使用权空间权设置背景下,本集体的农户之间也可能存在房产交易,则不应再严格限制“农村村民一户只能拥有一处宅基地”,但每户只能原始取得一处宅基地仍予释明。删除第2款和第3款,宅基地使用权空间权设置之后,原新增人口宅基地申请制度应予废止。第4条款予以保留。相应地,将78条第1款修订为:“农村村民非法占用土地建住宅的,由县级以上人民政府自然资源主管部门责令退还非法占用的土地,限期拆除在非法占用的土地上新建的房屋。”

最后,地方规范性文件需要明确的内容:第一,应根据《土地管理法》的授权,以本轮宅基地确权登记成果为依托<sup>①</sup>,明确宅基地使用权的空间范围包含地表上至空间范围和地表下至空间范围<sup>②</sup>;第二,应根据《城乡规划法》的授权<sup>③</sup>,对农房建筑设计进行规划,为防止土地空间被过度使用,应制定农房单层层高下限,可依据地上建筑物和地下构筑物适用目的不同,分别设置各自层高下限;第三,应根据规定的宅基地面积的最低标准,划定每户(个)农民最低房屋建筑面积保有量;第四,应允许农户在保有法定最低建筑面积的基础上,可转让流转或设权流转剩余住宅。

## 五、结语

当下,乡村振兴大幕已开启,“三农”亟须更为强大的自我造血功能,同样也亟须增强自身“魅力”以吸引外部资本。此外,世界局势风云变幻,农村除应作为农村剩余劳动力的“海绵”外,还应作为在紧急状态下吸纳城市人口的“海绵”。上述功能的实现,都要求一个更为合理、妥适的宅基地制度。还原宅基地使用权的空间权属性,既是符合社会事实的规范塑造,又是系统解决宅基地系列问题的有效措施。坦率地说,宅基地使用权空间权塑造将会引致宅基地使用权权利体系的巨大变化。上述讨论,挂一漏万再所难免,作者不揣浅陋,就此问题发表些许浅见,实盼做引玉之砖。

### 参考文献:

- [1] 李自强.城镇化与逆城镇化[N].中国纪检监察报,2018-03-13(6).
- [2] 蔡继明.以土地制度改革红利支撑农民消费水平提升[J].人民论坛,2019(10):52-53.
- [3] 陈小君.宅基地使用权的制度困局与破解之维[J].法学研究,2019(3):48-72.
- [4] 宋志红.宅基地使用权流转的困境与出路[J].中国土地科学,2016(3):71-77.
- [5] 高圣平.宅基地制度改革试点的法律逻辑[J].烟台大学学报(哲学社会科学版),2015(3):23-36.
- [6] 高海.宅基地“三权”分置的法实现[J].法学家,2019(4):132-144.
- [7] 吴雨.“两权”抵押贷款试点拟不再延期,农地和农房抵押贷款宜区别对待[EB/OL].(2018-12-23)[2019-11-18].[http://www.xinhuanet.com/politics/2018-12/23/c\\_1210022501.htm](http://www.xinhuanet.com/politics/2018-12/23/c_1210022501.htm).
- [8] 国务院关于全国农村承包土地的经营权和农民住房财产权抵押贷款试点情况的总结报告[EB/OL].(2018-12-23)[2019-11-18].[http://www.sohu.com/a/284513537\\_806601](http://www.sohu.com/a/284513537_806601).

① 本轮宅基地使用权确权,是在尊重历史的基础上,根据各省、自治区、直辖市各自的标准,确认各户宅基地使用权的位置、面积等权属内容。

② 以本轮宅基地使用权确权为依据,进行空间上的拓展和明确即可,这与建设用地使用权以建筑覆盖率、建筑容积率等建设用地使用权配套要求来确定其空间范围颇有不同。

③ 参见《城乡规划法》第41条第2款:在乡、村庄规划区内使用原有宅基地进行农村村民住宅建设的规划管理办法,由省、自治区、直辖市制定。

- [9] 郑振源.农村宅基地制度改革刍议[J].中国法律评论,2019(5):37-45.
- [10] 高海.宅基地使用权继承:案例解析与立法构造[J].东方法学,2018(5):98-108.
- [11] 陶钟太朗,杨遂全.论宅基地使用权的空间权塑造[J].中国土地科学,2014(7):16-22,64.
- [12] 陶钟太朗,杨环.农民住房财产权论析——寻找法律与政策的契合[J].内蒙古社会科学(汉文版),2016(3):97-103.
- [13] 陶钟太朗,杨环.论作为新型城镇化自主动因的逆城市化[J].甘肃社会科学,2015(2):104-108.
- [14] 高圣平,吴昭军.宅基地制度改革的试点总结与立法完善——以《土地管理法》修订为对象[J].山东社会科学,2019(8):103-111.

(责任编辑:刘浩)

## On “the Restoration of Space Nature of the Use Right of Homestead”: the Rules of Reality, the State of Ought to Be and the Way to Amend the Law

TAO-Zhong Tailang, PAN Xuefei

**Abstract:** The unreasonable realization on the object of the use right of homestead is the important reason for the current system of the use right of homestead facing many difficulties, such as circulation, inheritance and so on. The object of the use right of rural residential lands is space but not plain. In the context space right, the difficulties of homestead circulation and inheritance are solved. The object of the use right of homestead should be restored to space nature, and relevant rules about homestead should be established based on the space right. In Civil Code, the object of the right to the use of homestead should be defined as the space. The Land Management Law should loosen the restriction of one family only owning one homestead, and make it clear that one family can only obtain one homestead originally, and abolish the homestead application system for new population. The local normative documents should not only clarify the detailed contents of the scope of the right to the use of homestead according to the authorization of the land management law and the lower limit standard of single storey height of rural housing according to urban and rural planning law, but also define the minimum built-up area per peasant household. and the free circulation of the rest of built-up areas should be allowed.

**Keywords:** The Use Right of Homestead; Space Right; the State of Ought to Be and the Way to Amend the Law