

“小产权房”规制路径新探 ——以存量“小产权房”的调控为突破口

张素华, 张鑫

(武汉大学法学院, 湖北武汉, 430072)

摘要:“小产权房”屡禁不止、存量居高不下, 仅靠国家政策难以有效规制, 存量“小产权房”何去何从正困扰各级政府。“完全商品化”会对商品房市场造成毁灭性冲击, 完全拆除也不现实, 而补缴土地使用权出让金或转归保障房更难以推进。这些解决路径都是基于“同地同权”这一理论基础的, 实践证明均难以有效地解决“小产权房”问题。调整存量“小产权房”须基于“同地不同权”的社会现实与法律现状。有条件地确认“小产权房”的合法地位并不违反现行宪法和有关法律的意涵, 构建独立的“乡产权房”市场是令“小产权房”走出困境的最优路径, 这并不与“建设城乡统一的建设用地市场”相冲突, 反而有助于该目标的实现和城乡统筹发展。

关键词:“小产权房”; 集体建设用地使用权; 比例原则; 用益物权

中图分类号: D922.181; D923.3

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2017)02-0034-09

十余年来,“小产权房”^①的建设、销售未因严厉的国家政策有所却步,反而形成了庞大的存量。存量“小产权房”的规制面临着两难处境:保留之,可能诱致集体土地无节制地用于房地产开发,继而引发农民失地、耕地流失等问题,甚至对商品房市场造成毁灭性冲击;拆除之,是对既存事实的否定和社会资源的浪费,可能激化矛盾,危及稳定。

为应对这一难题,不少地方政府结合本地实际探索解决方案,相关部门和学者也纷纷献言献策。特别是中共中央提出“建立城乡统一的建设用地市场”以后,不少人提倡通过“同地同权”来破除“小产权房”的制度障碍。^②然而,这些路径是否与我国土地制度的社会主义宪法秩序相适应?又是否能够顺利解决“小产权房”问题?本文在分析“小产权房”现状的基础上,对既有的“小产权房”解决方案加以评析,基于当前的社会现实与法律规定对“小产权房”的规制路径进行适当探索与创新,以期对解决该问题有所裨益。

一、“小产权房”存量现状之检视

(一)“小产权房”屡禁不止,存量居高

国家政策对“小产权房”的否定态度可追溯至

1999年,随着“小产权房”规模的日益膨胀,2007年开始明令禁止“小产权房”的建设与交易,2010年国务院相关部门(主要是国土资源部)又陆续出具规制“小产权房”的具体方案。^③

从法律效力上看,这些意见、通知均属政策性文件;从内容上看,这些文件仅重申“小产权房”违法,却未形成系统的解决方案;从执行效果上看,“小产权房”的建设销售并未却步。例如,若依据 REICO 工作室对“小产权房”规模的估算,会发现2010年“小产权房”的竣工面积与2006年相比增长率高达119.78%。短短5年间,“小产权房”竣工面积累计达28316万平方米,占同期城镇住宅竣工面积的平均比值达7.51%。^[1]

据媒体报道,全国“小产权房”总量已超过70亿平方米,如按每套房屋100平方米估算,相当于全国共有7000万套“小产权房”;若按每户有三口人估算,相当于2.1亿人口居住于“小产权房”。^[2]在建设用地紧缺的一线城市,“小产权房”的存量及其增长速度更是居高不下。例如,北京市2014年拟拆除的存量“小产权房”多达1000万平方米,几乎相当于北京市一年的新建商品房总量。^[3]截至2011年底,深圳市“小产权房”建筑面积高达4.05亿平方米,占深圳市总建筑面积的49.27%。^[4]

收稿日期:2016-05-11;修回日期:2016-12-12

作者简介:张素华(1976-),女,湖北宜昌人,法学博士,武汉大学法学院教授,博士生导师,主要研究方向:民商法,土地法;张鑫(1992-),女,湖北十堰人,武汉大学法学院硕士研究生,主要研究方向:民商法

(二) “小产权房”定性模糊, 陷于困境

从目前来看, 不单现行政策未有效遏止“小产权房”, 现行法律对“小产权房”也是无能为力, 徒增争议和风险, 使“小产权房”问题日益积重难返。

法律之所以对产权进行界定^[5], 旨在通过法律的构建以“消除私人协商的障碍”, 将“资源配置中私人谈判的阻碍”以及“私人不合作导致的损失”最小化。^[5]“产权”本无“大、小”之分, “小产权房”称谓本身即凸显了其法律属性的模糊: 从现行法的规定看, “小产权房”的建设和交易并不必然违法, “小产权房”的管理则是无法可依。^[6, 7]现行法的这种模糊性不仅令“小产权房”及其所在土地之上的法律关系长期处于不稳定状态, 更在一定程度上助长了各方得利者“法不责众”的心理, 成为“小产权房”屡禁不止的重要诱因。^[8]

(三) “小产权房”买者多元, 动因难抑

严厉的政策、模糊的法律不仅未有效规制“小产权房”, 反而刺激了“小产权房”的供给, “小产权房”低廉的价格则进一步吸引相当多的群体甘冒风险购买。购买者既包括普通工薪阶层以满足其基本的住房需求, 也不乏中高收入群体作度假、养老等宜居之用, 还有经商者等将其作为投资工具。^[9]其购买动因包括以下几个方面。

一是城镇中低收入者的购买动因。现行住房保障制度启动较晚, 覆盖面小, 保障水平低, 不能享受住房保障的中低收入群体只能购买商品房。但由于城乡二元土地管理体制下政府对土地一级市场的垄断以及商品房供应结构的失衡和炒作行为, 城市商品房价格居高不下, 中低收入群体只能冒险购买“小产权房”。

二是部分农村居民的购买动因。随着工业化、城市化的快速发展以及户籍制度的相对缓和, 大量的农村剩余劳动力转移到城市。这些群体的农业户口决定其无法享受面向城市居民的住房保障政策, 其身处城市又无法获得针对农民的住房保障(无偿的宅基地使用权), 以致只能购买或租赁价格相对低廉的“小产权房”。

三是投资者的购买动因。投资者购买“小产权房”源于“法不责众”的心理。这些群体认为“小产权房”具有投资增值空间, 当前主要用于出租获得收益, 并寄希望于“小产权房”得以“转正”、升值。

不得不承认, 商品房价格平抑、城镇居民收入增加、户籍制度改革均尚需时日, 而城乡差距悬殊、社会保障体系不健全的社会现实仍不容乐观, 上述三类群体的购买动因单靠“禁令”难以抑制, 解决“小产权房”问题既要考虑特定群体的安居需求, 又要抑制

部分主体的投机冲动。

二、解决“小产权房”典型模式之审视

为应对“小产权房”问题, 各地积极探索“小产权房”的处理方案, 主要表现为以下几种典型模式。

(一) 转为“大产权房”

此种模式依循将“小产权房”占用范围内的集体土地收归国有的思路, 责令相关主体补缴土地使用权出让金及相关税费后, 赋予“小产权房”与商品房同等的产权。采此路径的典型省市有南京市、山西省、哈尔滨市等, 要求“小产权房”转为“大产权房”至少需具备以下要件: ①须是特定的存量“小产权房”, 即一定时间前已入住或已建成的“小产权房”, 或是由相关部门认定的不宜拆除的房屋; ②须符合规划及房屋质量标准; ③须补办相关手续和补缴有关税费, 如须将集体所有的土地依法征转为国有土地, 由土地使用者支付土地使用权出让金, 由相关部门进行住宅工程竣工验收等。

此种模式在一定程度上能消除“小产权房”的“违法性”, 并能增加地方政府的财政收益, 但突破了现行法关于征收条件和程序的规定, 实质是维护地方政府对土地一级市场的绝对垄断地位。这种模式具有以下局限性。

首先, 该路径直接将“小产权房”占用范围内的集体土地转为国有土地, 违反了法治的基本要求。《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)第10条已内在地对土地所有权流转进行了限制, 即集体所有的土地转变为国家所有的唯一合法途径是——国家基于公共利益依法征收。^[10]集体土地所有权人(或使用权人)将集体土地用于开发“小产权房”固然欠妥, 但因此就剥夺其土地所有权(使用权)难以证成符合“公共利益”。上述地方发布的政策性文件中也并未提及此类“征收”所应遵循的法定程序及应给予的征收补偿, 可能激化地方政府与村集体间的矛盾。特别是就土地使用权出让金的归属而言, 如悉数上缴财政, 用于城市基础设施建设, 会进一步凸显城乡土地所有权的平等; 而若将其全部或者部分交还集体, 又有放任集体开发“小产权房”之嫌。另外, 此种模式令国家在决定是否征收土地的问题上陷于被动, 有“先斩后奏”的意味^[11], 并不能实现维护法律和政府权威之目的。

其次, 此种模式无益于“小产权房”问题的解决。一是此种模式对不符合规划、质量不达标的存量“小产权房”以及在建或未售的“小产权房”语焉不详,

不排除选择性执法的可能,还可能诱致抢建抢售的风险。二是此种模式对转为“大产权房”应办理的手续,特别是缴纳土地使用权出让金的主体、标准、依据和程序等都没有明确也无从明确,可能造成风险、利益的不合理分配,实际操作难度较大。以确定缴纳土地使用权出让金的主体为例,理论上可要求房产商、“小产权房”的购买者或作为开发者的村集体缴纳,但操作起来并不容易也难谓合理。①相当一些已售“小产权房”的房产商早已“人去楼空”,除少数待售项目的房产商外,“小产权房”“转正”对其并无太多实质性利益,令房产商缴纳不现实。②对普通购房者而言,甘冒风险购买“小产权房”已是无奈之举,再令其缴纳高额的出让金无异于“雪上加霜”,如其不愿缴纳或没有财力缴纳,政府既不能(事实上也做不到)没收房屋,也无权强迫业主补交,只能维持现状;^[12]而财力雄厚的投机购房者则顺利如愿,这与政府治理“小产权房”的初衷背道而驰。③要求作为土地所有权人的村集体缴纳土地使用权出让金给政府则更是悖于法理、情理,必然面临抵触。

从实施效果上看,上述推论也是成立的。以南京市为例,2007年公布的10个可“转正”“小产权房”项目,仅3个项目耗时7年有余获得“转正”;其他7个项目,因开发商不知踪影,且与国土部禁令相悖,已很难再“转正”。^[13]而其他本不能转正的“小产权房”,在销售中往往打着可以“转正”的幌子,购房者亦怀有侥幸心理,反而令存量“小产权房”有增无减。^[14]

(二)“身份转换”模式

深圳市2009年《关于农村城市化历史遗留违法建筑的处理决定》(以下简称《决定》)出台以后,相关部门称深圳市经过1992年、2004年两次农村城市化改造,全市农业户口人员已全部转为城市居民,农村集体土地已转为国有,农村城市化历史遗留违法建筑系在国有土地上建设,与“小产权房”存在本质区别。但此说法明显难以令人信服,户籍由农村到城市的转变并不足以改变土地的性质,所谓的“历史遗留违法建筑”事实上是在未进行征转手续的、由(原)集体经济组织“控制”的土地上开发建设的“小产权房”。这种“身份转换”模式,不仅于法无据,未能使深圳市摆脱土地“难以为继”的困境,反而造成违法违规、占地抢建现象难以遏制,加剧了深圳市的“小产权房”问题。

一方面,“身份转换”模式欠缺法律依据,违反了法律优先原则。其一,深圳市依地方政府规章概括地剥夺集体土地所有权,违反了《宪法》第10条和《中

华人民共和国土地管理法》(以下简称《土地管理法》)的相应规定。其二,该模式是对《土地管理法实施条例》第2条第5项之规定的曲解,只有在集体经济组织所有的土地逐渐被依法征收,且全部人员转为城镇居民后,才能将该集体剩余的少量土地转为国有,而非相反。

另一方面,该方案造成产权不明,监管缺失,令“小产权房”问题更加严峻。深圳市政府仅用两年多的时间将约1600平方公里的集体土地“转为国有”,由于时间短、财力有限,对原集体经济组织未能为“适当补偿”,这些土地仍由原集体占有、使用、收益、处分。《决定》虽规定采用确认产权、临时使用等方式处理“小产权房”,但确认产权的条件、处罚和补收价款的标准与程序等具体细则迟迟未出台。2013年底,《决定》的实施办法最终发布,规定“对以房地产开发为目的未经批准建设的住宅类违法建筑,不予处理确认”,实质上排除了“小产权房”适用的可能。这种产权的模糊性安排,致使原集体经济组织得出“先占先得”“种房保地”的心理结论和行为选择,不顾“禁令”掀起违法抢建高潮。^⑤

(三)强制拆除或没收“小产权房”

采此路径的典型省市有北京市、三亚市、河北省、江西省等。例如,截至2014年2月,北京市国土局曝光共计108个“小产权房”和23个变相“小产权房”项目,分别有7个和18个被全部拆除或拆改。^[15]此种模式与国家政策保持一致,但其局限性也是显而易见的。

首先,强制拆除和没收作为典型的侵益性行政行为,现行法对其适用作了严格限制,将“小产权房”一律拆除或没收违反行政法定原则。一是对于“小产权房”这一“违法”行为,将房屋甚至其占用范围内的土地一律没收缺乏法律依据。例如,依《中华人民共和国城乡规划法》(以下简称《城乡规划法》)第64条,将违反规划的“小产权房”处以“没收实物”的前提是“无法采取改正措施消除影响”且“不能拆除”。即使依据《土地管理法》,其所设定的行政处罚是“没收违法所得”而非没收“小产权房”本身。二是将“小产权房”直接强制拆除目前也并无法律依据。三是上述行为对行政相对人的权益有重大影响,目前并无明确的程序对行政机关的上述行为予以规制,极易诱致程序违法和权力寻租,危及实体正义的实现。

其次,上述地方政府的行政行为并不合理。行政行为须遵循比例原则,遏制“小产权房”的建设与销售,保护耕地和维护房地产市场秩序有多种路径可供选择,强制拆除或没收无疑是其中最有可能损害行政

相对人的方式, 遑论由此对利害关系人权益的损伤, 上述行政行为对私人权益的干预远甚于其所追求的行政目的的价值。

再次, 该模式根本难以实施, 事实上也并未取得所欲达致的效果。例如, 在北京拟“清理”的项目中, 主要侧重的是在建的、未售的或是侵占了耕地的“小产权房”。对于已有大批人群入住的、以刚需为目标客户的“小产权房”, 已无法也无权用强拆或没收的方式来处理。该模式不仅未起到威慑作用, 反而令未被“清理”的“小产权房”被解读为有望转正, 刺激了“小产权房”的交易。

(四) 归入“保障房”体系

此模式结合国家推进保障性住房的要求, 将符合一定条件的“小产权房”纳入住房保障体系。如石家庄市提出将影响城市规划的房屋没收并作为保障性住房, 或将拍卖所得用于保障性安居工程建设。但此举未顺利实施, 官方随即解释“小产权房”不在上述范围内。深圳市也曾提出要盘活存量住房资源, 拟采取征收、租赁、收购、没收等方式将“小产权房”转为保障性住房。

此模式虽在一定程度上可缓解政府建设保障性住房的压力, 并解决中低收入者的住房问题, 但实质仍是延续不合理的征收制度和建设用地供应机制, “不仅清理既有‘小产权房’问题存在巨大障碍, 更无法从源头上遏制相关问题的继续蔓延”^[16]。

一方面, 无论采取何种路径将“小产权房”转为保障房, 都欠缺合理性和妥当性, 存在法理基础缺失、操作困难等局限。①若采取没收方式, 与前述路径三相似, 违反了行政合法性原则与合理性原则。②若采取收购模式, 即将原“小产权房”占用范围内的土地转为国有, 转变路径只能靠征收。与前述路径一相似, 征收剥夺了集体经济组织对其土地的所有权和开发利益。③若采取租赁、“共有产权”模式, 维持“小产权房”所占建设用地的集体性质, 则缺乏基本的法理依据: 政府作为土地管理者而非所有者或使用者, 无权享有土地或房屋的产权; 而集体土地也无需负担政府的社会保障职能。并且, 若采取②③两种路径, 在补偿金问题上可能陷于“两难”: 若补偿金的标准过高, 则政府可能无力承担如此之重的财政负担将所有符合条件的“小产权房”转为保障房, 且可能“诱致人们滥行投资, 从事谋求补偿的投机行为”^[17]; 若补偿金的标准过低, 又不利于保障村集体和购房者的利益, 容易引发矛盾。^⑧

另一方面, 此方案是权宜之计, 而非釜底抽薪之法。其最多能解决符合保障房申请条件的购房者所购

买“小产权房”的适法性问题, 对于农民购买的“小产权房”, 具有严重质量隐患或规划不合理的“小产权房”, 则无从处理。并且, 将城市郊区的“小产权房”作为保障房, 由于配套设施的不齐全, 难免存有“五大难”(位置偏、出门难、上学难、看病难、买菜难)问题, 难以实现安居目的。

不难看出, 地方政策不得不考虑中央“坚决打击”的高压态势, 在制度设计上较为保守, 在操作中为选择性执法创造了机会。部分地方政策还为变相建设“小产权房”提供了可乘之机, 加剧了“小产权房”认定和处理的难度。

三、“同地同权”不能作为规制“小产权房”的理论基础

(一) 规制“小产权房”须正视“同地不同权”的现实

“小产权房”的成因在于城乡建设用地使用权的双轨制, 存量“小产权房”的最大瑕疵莫过于其所占(集体)土地的流转受到限制, 去除此瑕疵不得不以“同地不同权”的法律现状与社会现实为出发点。

1982年《宪法》第10条从根本法层面确立了按城乡区分土地所有权的二元格局, 即城市土地属于国家所有, 城市居民以“全民”之身份享有名义上的国有土地所有权; 农村和城市郊区的土地原则上属集体所有, 农民不仅得以“全民”身份享有国有土地所有权, 还可依其集体经济组织成员的身份享有集体土地所有权。这种二元化的产权安排本是为了更好地保护农民权益^⑨, 在政治上具有合法性和合理性^[18], 不可随意否定。

20世纪90年代以后, 随着市场经济体制的确立和城市商品房市场的兴起, 中央作出“国家垄断城镇土地一级市场的决定”, 以确保城市化、工业化发展的高效率和低成本。^[19]这一思路在法律上体现为1998年《土地管理法》删除了集体土地使用权转让以及城镇居民在集体土地上建设住宅的许可性规定, 并在第43条、第63条对集体土地的用途和集体建设用地使用权的流转施以严苛的限制。如此便形成城乡居民在建设土地使用上的差异: 城市居民以有偿方式获得有期限的国有建设用地使用权, 而农民则依其集体经济组织成员的身份无偿获得无期限的宅基地使用权。

由是, 尽管在地权的初始分配层面, 农村居民的土地权利能力要高于城市居民;^[20]但由于集体建设用地的用途受到严格的限制, 加之地方政府对“土地财政”的依赖、对征收权的恣意滥用^⑩, 致使农民在地权

初始分配上的“特权”不仅未给农民和农村带来实质性利益,反而赋予“国家垄断土地流通并独享土地增值利益的法律地位”^[21],让农村土地承担着支持城市发展的功能。由于政府对工业化和城市化的政策性偏向,这些土地增值收益主要转化为工业投入和基础设施投入,进而固化为城市居民的公共福利^[22],导致城乡差距的日益扩大,城乡二元的经济、社会格局更为凸显。^[15]在此格局下,相当一些农民目前很难在土地之外获得持续稳定的就业机会,国家暂时仍缺乏财力构建覆盖全面的社会保障体系,集体土地的首要功能仍是为农民的生存、生活提供基本保障,城乡二元的土地制度目前不宜轻易突破。

(二)“同地同权”无法实现规制“小产权房”的目的

1. “同地同权”的方案有违“情、理、法”

不少学者提倡通过“同地同权”来破除“小产权房”的制度障碍。然而,所谓的“同地同权”与我国土地制度的社会主义宪法秩序相违背^[19],受制于城乡二元的法律、经济格局,很难对经济、社会的良性发展产生积极效应。

其一,从制宪过程来看,集体所有制是为了农村稳定,在土地尚难实现全民所有的情况下不得不采取的过渡之举。《宪法》规定的集体土地所有权,须结合《宪法》第6条规定的“劳动群众集体所有制”是“生产资料的社会主义公有制”形式来理解。若不加限制地允许集体通过出让集体建设用地使用权,开发商品房,获得城市化进程带来的土地增值收益,无异于让农民在地权初始分配上的“特权”具化为城市郊区农民的特权,任其凭借土地上的垄断地位和区位优势而非劳动获得高额收益,滋生出一批土地食利阶层^[20],有悖于社会主义公有制理念与按劳分配原则,与宪法设立集体所有权的初衷相去甚远。

其二,从以《土地管理法》为代表的公法规定及其适用上看,城乡建设用地使用权作为两种不同的公有制实现形式,其用途、功能、取得方式、权能等均存在差异,这突出表现为城市商业用地使用权和农村宅基地使用权的区别,“不能直接援引《物权法》的话语体系主张平等保护”^[24]。再者,集体建设用地进入城市商品房供地市场突破了地方政府长期以来采取的偏紧的商业用地供应策略,虽然对平抑普通商品房价格有一定程度的积极作用,但本应由政府收取的用于公益(至少在形式上)的土地增值收益归于部分集体。且因城市建设用地需求存在总量上限^①,能从“同地同权”方案中获益的集体相当有限,其所获得的利益亦不具可持续性。

其三,由于土地的不可移动性和稀缺性,以及城乡经济发展、基础配套设施的差距,邻近城市郊区的集体土地和远离城市的偏远乡村的土地价格悬殊,能从集体建设用地开发中获益的仅限于城市郊区的集体和农民。再加上不同集体可用于开发的建设用地多寡不一,如一味强调“同地同权”,则可能形成“马太效应”,扩大城乡之间、集体之间、区域之间的差距,造成新的不公平和不平等。

2. “同地同权”的思路尚不能妥善规制“小产权房”

实事求是地讲,所谓的“同地同权”并不符合“建立城乡统一的建设用地市场”的真实意涵,目前也难以顺利解决“小产权房”问题。

首先,建立城乡统一的建设用地市场不等于认可“小产权房”。一则,目前放开流转的限于存量集体经营性建设用地,存量“小产权房”占用的土地几乎不属于可流转范畴。二则,使用权流转的前提是符合规划和用途管制,集体土地用于经营性房地产开发的条件尚不具备,基本排除了认可“小产权房”的可能。三则,所谓“同等入市、同权同价”,旨在强调集体土地所有权(使用权)与国有土地所有权(使用权)权利平等、权能相同、同等保护,而非具象意义上的两者进入相同的交易市场,具备同等的价格。

其次,建立城乡统一的建设用地市场尽管势在必行,但尚需时日。如上文所析,“小产权房”问题已是刻不容缓,“解决得越晚,越积重难返”^[12],不能等到改革见成效后再行治理,否则只会增进相关主体对“转正”的期待,也不利于“小产权房”及其所在土地上的法律关系的稳定。^[25]

再次,由于不同集体间区位优势、发展水平的差异,若采“同地同权”思路至少在短期内会使乡村之间的差距日益显著。

在邻近城市郊区的集体土地上,在当前金融资本相对过剩、城乡贫富差距悬殊的背景下,允许集体土地开发建设商品房,无疑会掀起新一轮的“房地产热”和“圈地运动”。届时,集体土地价格将飞涨,中低收入群体的买房负担依然不轻,真正获益和得到激励的是投机者、房地产商、掮客等。此外,集体经济组织在短期经济利益的驱动下,极有可能将集体经营性建设用地尽数用于获利最高的房地产开发,置工业用地等其他经营性用地需求于不顾;加之基层民主自治的不健全和监督制约的缺失,集体土地收益未必会公平合理地分配给农民或用于增进集体福祉,进而影响农村经济、社会的良性运行和健康发展。与此相反,在远离城市的偏远乡村,集体土地的财产属性尚未显化,

纵然放开了集体土地流转的限制,也很难激发集体经济组织或吸引投资者在穷乡僻壤开发商品房,购房者考虑到配套设施、生活便利等因素,通常也不愿置产。

最后,将存量“小产权房”转为集体“商品房”操作起来也并不容易。违反规划和存有严重质量瑕疵的“小产权房”在利益的驱动下难以得到妥善安排。假使集体“商品房”所占土地价格由拍卖确定,而“小产权房”在售出时通常是买卖双方协商,“小产权房”的质量、配套设施、占用土地的多寡、销售价格等又参差不齐,在转为“商品房”时极有可能引发争议。

四、“乡产权房”独立交易市场的构建

“时移则法易”。在集体建设用地使用权改革已全面铺开,经营性建设用地使用权得以流转、市场在资源配置中的决定性作用加以强调的背景下,恰当地解释法律,有条件地确认“小产权房”的合法地位,将集体土地流转和“小产权房”开发置于公正有序、自主高效的市场环境之中,置于公正公开、合法合理的政府监管之下,是令“小产权房”走出困境的最优路径。值得注意的是,产权本无大、小之分,优劣之别,在将“小产权房”纳入法律调整范围时,宜以“乡产权房”替代之,以突出其与城市商品房在法律地位上是平等的,仅有地域和土地性质的差别,并无“大、小”之分。

(一) 构建独立的“乡产权房”市场是适宜的

1. 建立“乡产权房”市场不违反现行宪法意旨

《宪法》对城乡土地所有权作出二元化安排的初衷是保护而非削弱集体(农民)对农村土地的所有权和使用权,而长期以来对城市的偏向性政策使得农民在地权初始分配上的“特权”反倒成为限制、剥夺其权益的工具。尽管土地增值与城市化不无关联,但集体作为土地的所有者有权优先分享集体土地的增值收益,作为“全民”的一份子也有权分享城市化、工业化带来的福利。考虑到农民、农村利益长期受损的事实,在现阶段应当而且已经在致力于激活集体土地的财产价值,“小产权房”的开发可令集体积累其发展、繁荣的资本、资源,建立政府、企业、社会、个人共同参与的多元化农村建设成本分担机制。

至于土地使用权的流转,现行《土地管理法》第43条在但书条款中列举的三种例外情形为在集体土地上建设房屋提供了法律依据,“小产权房”即使依其规定也不必然违法。^[26]况且,《土地管理法》第43条、第63条对集体土地使用权的用途和流转进行了极其

严苛的限制,尽管在形式上符合《宪法》第10条第4款的要求,但其对基本权利的限制性内容恐与现行宪法相抵牾。

第一,《宪法》仅提出了“合理利用”的要求,并未就集体土地使用权的流转作特别的要求或限制,1988年的《土地管理法》也曾允许集体土地使用权的流转。故宪法规定的城市土地归国家所有并不等于认同“先征后用”原则^[27],且“城市郊区”土地归集体所有的规定亦为集体自主参与城市化进程提供了依据。

第二,尽管1982年宪法具有明显的“扬公抑私”特色,但受民主、法治等理念的影响,特别是自2004年人权条款入宪以来,逐渐从强调计划、国家理性、公共性到强调市场、经济理性、个体权利,公民对宪法功能的理解与价值判断也越来越以基本权利保障而非国家建构为核心内容。集体土地所有权有必要结合《宪法》第13条对“私有财产”的规定来理解,以保障集体和农民的财产利益。

第三,2004年宪法修正案增设了对征收的限制性规定,为比例原则在宪法上的适用提供了空间。《土地管理法》的规定对集体建设用地使用权施加了不当的、过度的限制,与其所欲实现的目的间不具有合理的、平衡的、成比例的关系,这具体表现在:①有违适合原则,限制集体建设用地使用权的流转不能实现保护耕地和维护农民权益的目的。耕地保护需要政府严格、有效的土地用途管制,以“抑制集体土地经济效益为代价解决政府管理失控问题”,既不合理又收效甚微。^[28]对农民权益的保障应尊重其意志自由,要靠有效的监管和完善的社会保障。将集体土地作为社会保障性质的财产与均田制和小农经济相适应,曾长期将农村与城市隔绝,随着工业化和城市化的发展,有遏制土地财产权结构改革和城乡一体化进程之虞。^[8]②有违必要原则,通过科学的城乡规划及其严格执行,可保障集体土地的合理、高效利用。地方政府通过对土地流转收取土地出让税费,并将其用于公共事业,可避免由少数集体或农民独占土地增值收益。这均比限制集体建设用地使用权流转更加温和、有效。

2. 构建独立的“乡产权房”市场有益无害

构建独立的“乡产权房”市场可对相关利益主体形成恰当引导和有效激励,加上配套方案的完善,不会对社会、经济产生负面影响,反而可充分发挥其积极效用。

解禁“小产权房”并非对违法行为的认可,只是将既存事实纳入法治轨道,彰显了政府执法为民的胸怀和实事求是的态度。依法定条件和程序规范集体经

经营性建设用地使用权流转市场和“乡产权房”交易市场,引导、监督集体经济组织审慎有度、科学合理地开展建设“乡产权房”,不仅不会损及政府威严,反而能够增进政府的管控力和公信力。同时,“乡产权房”的良性运行有利于减少地方政府对“土地财政”的依赖,或许能作为物业税探索、房产税改革的突破口,研究促进土地节约集约利用、房产有序流转的税费调节机制。并且,“乡产权房”在客观上扩大了住房供应市场^[21],有利于减轻政府的社会保障压力,尽快促成“住有所居、居有所安”目标的实现。

对集体经济组织而言,集体经营性建设用地一旦用于开发“乡产权房”,其交易价格将完全由市场决定,且无反悔余地,促使其不得不考量长远利益,审慎处分。如政府能对市场进行有效监管、对土地进行严格管制和科学规划,即使开发“乡产权房”能获得丰厚利润,集体经济组织也鲜有机会“铤而走险”,反能促使其盘活存量建设用地,优化建设用地的结构,成为其增加财产性收益、分享城市化发展成果的有效途径。至于税后获得的开发收入,可实行“收支两条线”管理,专款专项用于集体公益性事业,以遏制腐败。

此路径亦增加了“乡产权房”的供给,市场供求关系的恰当平衡会令“乡产权房”的价格趋于稳定、合理。如此一来,既降低了投机投资者的收入预期,又满足了中低收入群体的安居需求,解决农村土地资源所有与需求间的矛盾,有利于构建合理的土地供应结构。并且,“乡产权房”可吸引城镇居民前往农村居住,有利于强化城市经济的辐射、带动作用,促进城乡文化的相互交流与融合,实现城乡统筹发展。

(二) 建立独立“乡产权房”市场的构想

将存量“小产权房”纳入独立的“乡产权房”市场不仅契合现行法律意旨,而且能有效解决“小产权房”问题。构建“乡产权房”市场是系统工程,需结合实践设计具体的市场规则,故就“乡产权房”市场运作的具体操作方案和配套制度将结合各地实际另行撰文探讨。下文主要在现行法律框架下,探讨“乡产权房”市场的交易客体,以兼顾法律的权威性和有效性;并结合市场发展规律预测“乡产权房”市场的发展方向 and 可能产生的积极效应,为具体拟定“乡产权房”市场规则,保持法律的稳定性和开放性提供参考。

1. 依法明晰“乡产权房”市场的交易客体

“世不患无法,而患无必行之法。”规制“乡产权房”应尊重现行法律规定,对业已违反法律、行政法规强制性规定的“小产权房”应严格按照法定条件和法定程序予以处理。建议在建立“乡产权房”市场时,着重从以下三个维度界定其交易客体。

一是保护耕地。任何未经审批占用农用地建设的行为都是违法的,对在农用地上建造的“小产权房”应依《土地管理法》的规定予以整顿。对待建、正建的“小产权房”,原则上应依法强制拆除,责令建设单位及相关责任人履行复垦义务,恢复为农用地;对存量“小产权房”,其所占用的农用地大多难以复垦,或复垦后难以恢复原状,不适宜拆除,可另行指定与“小产权房”所占土地面积相当的待垦土地,责令建设单位及相关责任人履行复垦义务。对拒绝履行复垦义务或履行不当的,责令其缴纳相应的土地复垦费,专项用于土地复垦。

二是合乎规划。《城乡规划法》已对违反规划的行为及其处罚作出了明确规定,对严重违反规划的“小产权房”应依法处理,以实现土地的合理布局 and 节约集约利用。建议责令相关部门进行规划审查,对符合规划的出具规划审查意见,补办相应的规划手续。对不符合规划的,能够调整的提出调整意见,限期改正后补办手续。对不合规划且调整成本过高、维持现状不会对公共利益造成重大损害的,可通过调整修建性规划解决的,可予以保留;但保留会对公共利益造成重大损害的,应予以拆除并对购房者予以适当补偿。

三是保证质量。房屋安全攸关生命安全,建议比照城市商品房的质量要求,由相关部门对房屋质量、消防安全、地质状况等安全隐患进行查验。对符合质量检测标准的,完成相应的质检手续;对具有严重质量隐患、安全隐患的,予以拆除,并对购房者予以适当补偿。

各地可基于授权依法对“乡产权房”市场的交易客体制定具体细则,但所有行政机关及其工作人员的行政行为均应受到监督和制约,严格按照法定的条件和程序进行。有利害关系的行政相对人认为行政机关及其工作人员的行政行为侵犯其合法权益的,有权向行政机关提出行政复议申请或向有管辖权的人民法院提起诉讼,以监督行政机关及其工作人员依法行使行政职权,确保公民的合法权益能及时地、公平地获得救济,保障“乡产权房”的规范交易和有序运转。

2. 发展城乡统一的建设用地市场

受制于城乡二元的土地制度和城乡二元的经济、社会格局,“小产权房”所占集体土地不宜直接进入城市建设用地供应市场,建立独立的“乡产权房”市场是基于“同地不同权”“同地不同价”之现实的最优路径。但是,构建独立的“乡产权房”市场并不与建设城乡统一的建设用地市场相冲突,反而能促进该目标的实现。

其一,随着“乡产权房”的开发,城乡居民获得

的集体土地使用权也是有偿的、有期限的,与国有建设用地使用权的用途、功能、权能逐渐趋同,二者在地权初始分配上的差异将仅限于土地所有权人以及区位上的不同。

其二,随着“乡产权房”市场的发展,城乡间的经济差距将逐步缩小。这不仅将是城市郊区的农村因开发“小产权房”盘活了集体建设用地,增加了财产性收益的结果;还可能是地方政府调控“乡产权房”的交易和管理所产生的积极效应,即政府将所征税费专项优先用于所辖区域中较为偏远和落后农村的基础设施建设,弥合集体间因区位优势等造成的发展机会的差距,逐渐推进乡村间、城乡间基本公共服务的均等化,城乡建设用地市场环境间的差距将逐渐消弭。

其三,城市商品房和“乡产权房”能够优势互补。二十余年城市商品房市场的发展可为“乡产权房”市场的建立、健全提供丰富的经验,而“乡产权房”市场的构建又打破了现行商品房市场完全在城市运行的局面,对形成开放、公平、自由的竞争机制以实现资源的优化配置,推动房产、地产市场的健康发展具有积极意义。届时,“乡产权房”的质量以及配套设施将逐步得以完善。并且,随着城乡差距、地域差异的逐步缩小,“乡产权房”曾具有的价格优势亦不再明显。“乡产权房”与城市商品房将仅有所占建设用地权属的不同,而无优劣之别。

不难预测,“乡产权房”市场的逐步发展将推进城乡商品房市场、地产市场的良性运作,逐渐消弭城乡建设用地的差异,进而逐步改变城乡二元的经济、社会格局,最终消除“同地不同权”的桎梏。届时,集体土地进入城市建设用地市场的条件成熟,“乡产权房”转化为城市商品房的障碍亦将不复存在,“乡产权房”所有权人得依其意愿将房屋所占的集体土地使用权投入到城市建设用地市场,在结清市场差价和相应税费后,将“乡产权房”转为城市“商品房”。随着进入城市建设用地市场的集体土地的增多,城乡统一的建设用地市场规模也将日益扩大,共同支撑起城乡经济、社会的统筹发展。

注释:

- ① 本文所称“小产权房”,系指在集体土地上建设,向集体经济组织以外的成员销售的商品性住宅。
- ② 即主张将集体建设用地纳入城市商品房建设用地供给市场,以解决“小产权房”的“违法性”,认为只要推进集体经营性建设用地使用权平等入市改革,“小产权房”问题便可迎刃而解。
- ③ 例如,2010年责令停建停售,拆除未售和2008年以来新建、续建的房屋;2012年选择部分城市开展“小产权房”试点清理工作。
- ④ 法律上所谓的“产权”一般持“所有权”说,指“存在于任何客体之中或之上的完全的权利,包括占有权、使用权、出借权、转让权、用尽权、消费权和其他与财产相关的权利。”参见沃克·牛津法律大辞典。北京:法律出版社,2003:913。
- ⑤ 据统计,深圳市共有户籍原村民35.8万人,占全市常住人口的4.3%,却拥有“城中村”农民房或其他私人自建房超过35万栋,总建筑面积占全市住房建筑总面积的49%。
- ⑥ 例如,2008年深圳市就曾尝试租赁与购买等多种方式,但因“价格没有谈妥”未顺利实施;过低的价格得不到集体经济组织、购房者等利益主体的配合;一旦提高租金或者收购价,又会被认为变相鼓励“小产权房”的发展。
- ⑦ 制宪时欲将土地全部收归国有,但为了农村稳定和农民利益,最后折衷规定城市土地国有化,并明确国家对集体土地的征收权。参见蔡定剑·中国宪法精释。北京:法律出版社,2006:195-196。
- ⑧ 具体表现为对“公共利益”的极度泛化,将集体土地转为国有土地用于商品房的开发建设以及征收补偿不到位。
- ⑨ 据估算,只有占总量5%的农村集体所有土地在未来20-30年的城市发展中有可能会转化为城市建设用地。

参考文献:

- [1] 任志强.我国“小产权房”问题研究:现状与出路[EB/OL].
http://www.chinavalue.net/Finance/Article/2012-03-30/199011_3.html.2012-03-30/2015-12-10.
- [2] 郗建荣.小产权房专项清理整治稳步推进[N].法制日报,2015-02-13,(006).
- [3] 吴建华.小产权房“拆难”[N].华夏时报,2014-02-17,(006).
- [4] 周昊.深圳再拆小产权房 违法建筑面临“拆时代”?[N].中国经营报,2016-09-05,(B11).
- [5] 考特.法和经济学(第五版)[M].上海:上海人民出版社,2010:84-85.
- [6] 戴孟勇.城镇居民购买农村房屋纠纷的司法规制[J].清华法学,2009(5):53-74.
- [7] 刘晓霞.“小产权房”面临的法律难题及其破解[J].法学杂志,2012(5):61-65.
- [8] 陈耀东,吴彬.“小产权”房及其买卖的法律困境与解决[J].法学论坛,2010(1):49-55.
- [9] 欧国良,谭术魁.土地流转政策下“小产权房”的购买决策影响分析[J].广东社会科学,2013(6):36-42.
- [10] 李忠夏.农村土地流转的合宪性分析[J].中国法学,2015(4):123-141.
- [11] 邢发齐.“小产权”房法律分析[J].河北法学,2008(8):117-120.
- [12] 马俊驹,王彦.解决小产权房问题的理论突破和法律路径——结合集体经营性建设用地平等入市进行研究[J].法学评论,2014(2):82-89.
- [13] 曾倩文.南京“小产权房转正”被指“偷换概念”[N].中国房地产报,2013-10-28,(A01).
- [14] 汪晓霞,陈炳山.小产权房,亟待走出屡禁难绝怪圈[N].新华日报,2014-01-12,(A02).
- [15] 陈孟.北京“零容忍”小产权房重拳出击从没收村公章开始

- [N]. 中国经济导报, 2014-02-18, (B06).
- [16] 冯果, 陈国进. 小产权房的法律问题分析及出路研究[J]. 求索, 2014(5): 106-111.
- [17] 李祎恒. 论小产权房征收之衡平补偿[J]. 政治与法律, 2014(5): 116-127.
- [18] 张睿. 82 宪法中土地所有权条款的正当性基础——基于社会正义与市场经济理论的分析[J]. 法制与社会发展, 2013(2): 90-100.
- [19] 桂华. 城乡建设用地二元制度合法性辨析——兼论我国土地宪法秩序[J]. 法学评论, 2016(1): 31-41.
- [20] 李开国. 论我国城市建设用地的先征后用原则——以公平和效益为视角[J]. 现代法学, 2007(4): 37-43.
- [21] 王洪亮. 小产权房与集体土地利益归属论[J]. 清华法学, 2009(5): 31-42.
- [22] 黄忠. 城市化与“入城”集体土地的归属[J]. 法学研究, 2014(4): 47-62.
- [23] 陈斌开, 林毅夫. 发展战略、城市化与中国城乡收入差距[J]. 中国社会科学, 2013(4): 81-102.
- [24] 桂华, 贺雪峰. 宅基地管理与物权法的适用限度[J]. 法学研究, 2014(4): 26-46.
- [25] 温世扬. 集体经营性建设用地“同等入市”的法制革新[J]. 中国法学, 2015(4): 66-83.
- [26] 刘晓霞. “小产权房”面临的法律难题及其破解[J]. 法学杂志, 2012(5): 61-65.
- [27] 张千帆. 城市化不需要征地——清除城乡土地二元结构的宪法误区[J]. 法学, 2012(6): 19-24.
- [28] 鲁晓明. 论小产权房流转——原罪的形成与应然法的选择[J]. 法学杂志, 2010(5): 5-8.

Exploration of new approaches to regulate “houses with limited property rights”: With regulating the stock as the sticking point

ZHANG Suhua, ZHANG Xin

(School of Law, Wuhan University, Wuhan 430072, China)

Abstract: “Houses with limited property rights” are repeatedly prohibited but still widely exist, which is difficult to be effectively regulated by national policy alone. The problem has long troubled governments at all levels. In fact, being “fully commercialized” may have a devastating impact on commercial housing market, while completely compulsory dismantlement is unrealistic, and making up the assignment fees of the use right of land or turning it into the indemnificatory housing is even more difficult to carry out. These solutions are all based on “each ownership with equal rights”, but practice has proved that they cannot solve the problem reasonably and effectively. And regulating the stock of “houses with limited property rights” should be based on the social reality and current law that “the same ownership of the land does not mean equal rights”. Maybe the optimal and best strategy to lead “houses with limited property rights” out of the dilemma is to conditionally regulate “houses with limited property rights” without violating the connotative meaning of current constitution and applicable law and to construct the independent market of “rural commercial residential housing.” This, rather than being in conflict with the goal of “establishing a unified urban-rural construction land market,” rather contributes to realizing the goal and effecting balanced urban and rural development.

Key Words: “houses with limited property rights”; the right to use collectively-owned construction land; proportionality principle; usufruct rights

[编辑: 苏慧]