

宅基地建房限制流转的法经济学分析

张 卿

提要: 物权法立法过程中对农村宅基地上的房屋能否自由转让的问题存在重大争议。物权法最终并未对该问题做出直接规定,而现行最新规定仍然不允许自由转让。本文首先总结了我国学者对该问题的不同观点和理由;由于认为这些观点和理由缺乏系统性和较强的说服力,本文试用法律经济学分析政府监管制度的理论框架,从克服市场失灵问题、实现分配目标、出于父母式关爱主义和服务于利益集团私利四个方面的可能理由来系统地分析和解释我国现有的农村宅基地建房的限制流转制度。本文认为,现阶段的宅基地建房限制流转制度不利于保护公共利益,也不利于实现政府分配目标——保护农民利益,而放开该限制则将有利于农民利益和农村经济发展。

关键词: 宅基地建房 限制转让 农民利益 农村经济 法律经济学

作者张卿,男,中国政法大学法和经济学研究中心副教授。(北京 100088)

在《中华人民共和国物权法》的立法过程中,对农村宅基地上的房屋能否自由转让的问题存在重大争议。由于立法者认为“从全国范围看,现在放开土地承包经营权、宅基地使用权的转让和抵押的条件尚不成熟。为了维护现行法律和现阶段国家有关农村土地政策,并为今后修改有关法律或者调整有关政策留有余地”,^①新物权法最终没有对该争议问题做出直接规定。新物权法对该争议问题的搁置并不意味着理论界和实务界可以因此忽视该问题。相反,这可能恰恰说明在该立法过程中任一方观点和理由都缺乏足够的说

服力,有待于进一步研究。

尽管一些地方政府部门曾经有过放开转让限制的设想,^②但国务院办公厅在2007年12月30日发文再次要求“农村宅基地只能分配给本村村民,城镇居民不得到农村购买宅基地、农民住宅或‘小产权房’”。^③在实践中,农民将其宅基地建房转让给城市居民的情形屡禁不止,^④小产权房的买卖问题仍然严重。^⑤由于社会各界对是否放开上述宅基地建房的自由转让仍然存在较大争议,而该问题又直接关系到农民的切身利

① 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室一处处长杜涛做客人民网强国论坛时答网友的提问,网址为:<http://www.people.com.cn/GB/32306/54155/57487/5586795.html>,2007年8月8日访问。

② 如广东省国土资源厅厅长林浩坤曾透露,有关部门已草拟的通知中明确了农民合法的宅基地可上市流转;参见伊歌:《宅基地可入市是将选择权交给农民》,《羊城晚报》2007年2月5日。

③ “小产权房”并不是一个法律上的概念,它只是人们在社会实践中形成的一种约定俗成的称谓。一般而言,“小产权房”是一些村集体组织、开发商或农民自行组织在农村集体土地上建造的用于向社会公开出售的房屋。

④ 沐兰琼:《农村宅基地使用权之法律研究》,《广西政法管理干部学院学报》2006年第1期。

⑤ 《国土资源报》评论员:“小产权房问题不能小觑”,网址为:http://www.ml.gov.cn/xwdt/jrxw/200804/t20080416_101161.htm,2008年4月20日访问。

益。这就迫切要求我们对该问题进行及时和深入地研究。

一、制度演变和法学界的主要争议

自1949年以来,我国农村宅基地建房经历了从自由转让到限制转让的阶段。^①1950年的《土地改革法》明确规定,农民从土地改革分得的宅基地由政府发给土地所有证,承认农民自由经营、买卖及出租其宅基地和地上房屋的权利。但从1959年至今,宅基地属于农村集体经济组织所有,不允许宅基地转让。^②1962年的《农村人民公社工作条例修正草案》规定,宅基地“归生产队所有”,一律不准“出租和买卖”;但同时规定,宅基地上的房屋归农民私有,可以自由买卖和出租。1963年《中共中央关于各地对社员宅基地问题作一些补充规定的通知》中规定,社员房屋归社员所有;社员宅基地,包括有建筑物和没有建筑物的,归集体所有,一律不准买卖和出租。1982年《中华人民共和国宪法》明确规定:“农村宅基地属于农村集体所有。”为了进一步加强土地管理,1993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》规定:“农民的住宅不得向城市居民出售,也不得批准城市居民占有农民集体土地建住宅,有关部门不得为违法建造和购买的住宅发放土地证和房产证。”2004年10月《国务院关于深化改革严格土地规定的规定》再次规定:“禁止城镇居民在农村购买宅基地。”2004年11月国土资源部《关于加强农村宅基地管理的意见》规定:“严禁城镇居民在农村购买宅基地,严禁为城镇居民在农村购买和非法建造的住宅发放土地使用证。”2007年12月30日,国务院办公厅发布《关于严格执行有关农村集体建设用地法律和政策的通知》再次重申“农村住宅用地只能分配给本村村民,城镇居民不得到农村购买宅基地、农民住宅或‘小产权房’”。

尽管已有上述规定,我国学者目前对农村宅基地上建造的房屋能否自由转让的问题仍存在重大争议。认为应当不允许宅基地和宅基地建房自由转让的学者主要有以下理由:(1)农村宅基地是生存必需品,是农民生活的一项基本保障,农村宅基地使用权和宅基地

建房的所有权属于生存权范畴,是基本人权之一。因人权高于财产权,现代社会不能允许一部分人用金钱交换另一部分人的基本人权,且目前农村尚未建立社会保障体制,^③故而禁止宅基地和宅基地建房的完全自由流通。^④(2)农民的宅基地使用权是一种社会福利或社会保障,是农民因其集体经济组织身份通过分配无偿取得的,其身份性的特征导致其不应随便转让。^⑤(3)如允许宅基地和宅基地建房自由转让给非集体经济组织的成员,农民将是交易中的弱势群体,要受到交易对方的盘剥而无法从交易中得到好处。^⑥相对的,一些作为(潜在)受让方的利益集团,包括开发商、有能力在农村盖房的城市居民将从中得到好处。(4)如允许宅基地和宅基地建房自由转让,失去宅基地的农民可能成为无家可归的游民,他们只好找集体经济组织和政府要求解决问题进而影响社会稳定。同时,这些失去宅基地的农民也只能再挤占农地以重新取得宅基地。^⑦(5)如允许宅基地和宅基地建房自由转让,将违反《中华人民共和国土地管理法》和相关法律法规和政策的规定,不符合现行的农村集体经济组织的管理体制。^⑧(6)宅基地不能流通并不消灭其固有的价值和使用价值。^⑨

认为应当允许宅基地和宅基地建房自由转让的学者主要有以下理由:(1)农村宅基地和宅基地建房不总是生存必需品和生活基本保障,农民可能有不只一处宅基地和宅基地建房。^⑩生存条件中第一位的不是有住房,如果一个人到了只有处置住房才能生存下去的地步而又不许可其处置,这恐怕是最不重视生存权。财产权也是基本人权,财产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是个伪命题。^⑪如按照宅基地建房是农民的唯一生活保障就应限制其转让的逻辑推理,那现在的法律不仅要限制宅基地建房转让给非农村集体经济组织成员,也要禁止转让给本集体经济组织的成员。同理,城镇居民也有生存权问题,也会发生因处置其住房而无房的情形,难道我们能在物权法中规定城镇居民的住房不可用于抵押或转让吗?^⑫(2)虽然宅基地使用权具有一定的身份性,但这种身份性是相对于权利的取得而言的。农户无偿取得宅基地使用权后,其对宅基地的控制力和支配程度

①② 中国土地勘测规划院地政研究中心:《我国城市郊区宅基地问题研究》,《中国土地》2007年第1期。

③ 乔仕彤、张一驰:《试论农村宅基地使用权的流转》,《科学决策》2005年第11期。

④ 代表观点见孟勤国:《物权法开禁农村宅基地交易之辩》,《法学评论》2005年第4期。

⑤⑥⑦⑨ 孟勤国:《物权法开禁农村宅基地交易之辩》,《法学评论》2005年第4期。

⑧ 黄松有主编:《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》,北京:人民法院出版社,2007年,第460-461页。

⑩ 韩世远:《宅基地的立法问题——兼析物权法草案第十三章“宅基地使用权”》,《政治和法律》2005年第5期。

⑪⑫ 郭明瑞:《关于宅基地使用权的立法建议》,《法学论坛》2007年第1期。

便不再受身份性的影响,因此,宅基地使用权原则上可以向任何人转让。^① (3) 自由转让对农民有实际好处。农民只有在他认为必要时才做出转让行为,转让可以实现财产的最优使用。禁止转让将使宅基地建房变成死产,不利于保值增值,严重损害农民利益。^② 有学者认为:以农民为“弱者”,而由立法者充当其“监护人”,未必真正维护了其利益,“弱者”并非“弱智”,农民自有农民的智慧,立法者不必杞人忧天。^③ (4) 宅基地和宅基地建房自由转让是农村城镇化的客观需要,为农民进城创造了自由条件。同时,自由转让更能盘活宅基地的存量,节约耕地资源和缓解当前城市建设用地紧张。^④ (5) 城市居民购买农村土地已非个别,简单禁止无济于事,黑市交易时常发生,应重新考量现有法律和政策规定。^⑤ (6) 物权中的转让权不应加以随便限制。^⑥ (7) 限制转让往往意味着给与当地政府征地垄断权。集体土地使用权包括宅基地使用权不能流转,农民集体所有的土地只有被征为国有后才能进入市场,其收益只能由当地政府得到。实质上仍摆脱不了当地政府利用管理者职权与民争利的计划经济时代色彩。^⑦

二、传统法学分析的不足和 法经济学分析的优势

从上述学者的争议观点和理由来看,它们有以下不足之处:第一、它们的争议理由太零散,通常是只考虑问题的一个方面,缺乏一个系统的理论框架来全面解释和分析农村宅基地建房限制转让的规定。第二、它们的争议焦点主要集中在如何通过保护基本人权和进行社会保障来真正保护农民利益,但却缺乏有效的可衡量标准来评价“什么才是真正符合农民的最佳利益”,从而缺乏说服力。换言之,上述的争议观点大多从传统的法学分析角度出发,以抽象的“公平”和“正义”标准,采用追求法律体系内部协调一致性的注释法学方法来解释如何真正保护农民的基本人权和根本利

益。但使用上述抽象标准和注释法学的方法来解释和论证何种制度设计真正“保障农民的最佳利益”经常有困难,因而缺乏说服力。

相比较而言,法律经济学在分析物的自由流通和相关的政府(监管)限制流通制度方面已建立起较为完善的理论框架。运用该理论框架可以较为全面和系统地分析政府限制某一特定物自由流通的制度。^⑧ 总的来说,法律经济学理论认为:^⑨ 在一般情况下,自由交换能将物从低价值的使用移往高价值的使用。自由交换能为交易双方带来好处。如果该交换被限制,潜在的购买者将不得不分担物的所有权人因此受到的损失。^⑩ 为了保证资源的最优配置乃至全社会的福利最大化,决策者必须保证自由交换能得以顺利实现。但是,^⑪ 法律经济学理论也认为物的自由转让不应该是绝对的,一些物的转让应该收到限制。比如,个人不应出售其血液、肾脏或其它人体器官;商家不应卖酒给未成年人。法律经济学的理论框架主要包括以下四个方面来解释和分析物的限制自由转让制度:一是限制自由流通以克服市场失灵问题进而提高效率;二是限制自由流通以实现分配目标;三是政府出于父母式关爱主义而限制转让;四是利益集团的私利而限制物的流通。在上述理论框架中,法律经济学学者主要使用“效率”(特别是“资源配置效率”,即资源达到最优配置)作为评价标准。这可以较为有说服力地解释和分析何种制度设计更能使资源最优配置,从而真正“保障农民的最佳利益”和更好地促进农村的经济发展。以下本文将使用上述理论框架来分析和解释我国的宅基地建房限制流转制度。

三、基于法经济学的分析

(一) 限制宅基地建房流转与“克服市场失灵从而提高效率”

① 韩鹏:《宅基地使用权转让的法律路径——兼评物权法草案第162条》,《广东商学院学报》2006年第3期。

② 孙碧艳、曾喜春:《农村宅基地使用权流传的法律探析》,《法制与社会》2006年第1期。

③⑥ 韩世远:《宅基地的立法问题——兼析物权法草案第十三章“宅基地使用权”》,《政治和法律》2005年第5期。

④⑤ 沐兰琼:《农村宅基地使用权之法律研究》,《广西政法管理干部学院学报》2006年第1期。

⑦ 李满枝:《物权法下宅基地使用权的转让》,《广西政法干部学院学报》2006年第1期。

⑧ 详见张卿:《论行政法对物自由流通的限制——从法律经济学视角分析原因》,《行政法学研究》2007年第4期。

⑨ Richard Epstein, Why Restrain Alienation? *Columbia Law Review*, Vol. 85, 1985, p. 972. Ronald Coase, The Problem of Social Cost, *Journal of Law and Economics*, Vol. 3, 1960, pp. 1-44. Harold Demsetz, The Exchange and Enforcement of Property Rights, *Journal of Law and Economics*, Vol. 7, 1964, pp. 11-26. Harold Demsetz, Some Aspects of Property Rights, *Journal of Law and Economics*, Vol. 9, 1966, pp. 61-70.

⑩ Clifford Holderness, A Legal Foundation for Exchange, *Journal of Legal Studies*, Vol. 14, 1985, pp. 321-322.

⑪ Robert Cooter & Tomas Ulen, *Law and Economics*, 4th ed., Boston: Pearson Education, 2003, pp. 161-162; 李燕:《人体与民法上的物》, www.sdlawyer.org.cn, 2007年8月1日访问。

如前所述,通过自由交换能实现资源的最优配置乃至全社会的福利最大化。但是,这有一个前提假设,即自由交换发生在一个有效的市场条件下。只有在交易各方是理性的且有充分信息、交易活动没有外部性、市场上存在有效竞争四个条件都满足的情况下,才能形成有效的市场。^①如出现任何上述四个条件之一无法满足的情况,就可能构成市场失灵。而通过国家公权力的干预和监管手段,可以在一定程度上解决市场失灵问题。具体的说,对物自由流通的限制作为一种国家干预和监管手段,可以比个人谈判和司法救济更为有效地解决以下两种形式的市场失灵问题——外部性和公共资源过度开采问题,^②从而实现资源的更优配置和达到效率目标。我们进一步考虑限制宅基地建房流通制度是否也是为了解决这两个市场失灵问题。

1. 外部性问题

外部性包括正的外部性和负的外部性。这里的外部性主要是指负的外部性。如果没有法律或其它外部机制干预使该外部成本内部化,这种外部成本将不会反映在该物的交易价格中,或者说该物的交易价格没有体现真正的社会成本。这将使社会对该物的需求超过社会最优水平的需求量,^③此时,市场本身将无法合理配置资源。

让我们考虑宅基地建房转让可能带来的外部成本。因为农村宅基地及宅基地上建房转让后仍然只能作为居住用房而非工业厂房使用,一般情况下并不会因转让而产生严重污染等外部性问题。退一步而言,即使可能有污染的风险,我国的《城乡规划法》、^④农村特有的乡规民约和环境行政法规往往能相对有效地预防和制止受让人施加污染;^⑤同时由于农村宅基地建房的邻居人数相对不多,这也意味着房屋受让人和邻居们的交易成本较低,便于谈判成功或通过私法救济的手段来内部化该交易产生的外部污染等问题。因此用限制宅基地建房转让来解决污染的外部成本问题理由不足。

针对我国一些学者提出“农村宅基地建房的所有权属于人权范畴故而不能转让”的观点,能否认为农村宅基地建房的自由转让会使社会上持主流道德标准的人们为此事感到难过和难以接受从而对他们施加精神(或道德)上的成本?笔者认为该转让并不会违反社会

主流道德;最多我们只是担心农民在转让房屋后可能流离失所的悲惨境地无法被社会主流道德所接受。比如,在补偿和安置农民的情况下,我国法律允许政府征用农民宅基地并出让给开发商。进一步的分析是,在实际中,农民自主决定的转让通常不会导致他们处于流离失所的悲惨境地。在绝大多数情况下,能将其宅基地建房进行转让的农民会有其它的住处。如果一些特别困难的农民将其宅基地建房转让后必然流离失所时却仍然转让,这通常表明如不转让会比流离失所带来的痛苦更高。比如他们也许急需医疗费治病救人;在此情况下,政府和那些持主流道德观点的人应该对这些农民进行救济。如果政府因财力问题无法给农民提供医疗保障,那么至少不应限制转让来影响农民的自力救济能力。因为在此情况,作为出让方的农民往往会不顾法律的规定而进行转让;而目前限制宅基地建房的受让人为本集体经济组织的成员的做法实际上人为限制了市场需求,这会大大降低该宅基地建房的转让价格从而减少农民因转让得到的收入。

2. 公共资源过度开采问题

公共资源过度开采问题实际上也可归类为解决外部性问题。因为其独特性,即其施加外部成本的方式通常是没有直接侵害他人利益也不构成侵权,故单独列为一类。具体来说,对于一些在特定集体中的公共资源,集体中的每一个人都有权开采该公共资源,如对该资源的开采没有施加任何如合理份额等方面的限制,开采人就可以得到该开采的全部好处,但却不需承担由其开采所发生的全部社会成本。实际上,该开采人对公共品的开采施加了外部成本给该集体中的其他人。相应的,该集体中的每个人都有强烈动机去开采该公共资源,从而会导致该资源的过度开采和浪费。针对这个问题,有学者可能担心一些农民将其自身的宅基地建房转让后再次申请重新取得宅基地,从而导致滥用宅基地、公共资源过度开采的问题。但从现行的法律规定看,严格执行《中华人民共和国土地管理法》的规定已能有效解决该问题。具体而言,《中华人民共和国土地管理法》第62条已规定:“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……农村村民出卖、出租住房后,再申请宅基地的,不予批准。”因此也没有必要用限

① Anthony Ogus, *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, Oxford: Hart Publishing, 2004, pp. 23- 25.

② Susan Rose- Ackerman, *Inalienability and the Theory of Property Rights*, *Columbia Law Review*, Vol. 85, 1985, p. 938.

③ 社会最优水平的需求量即交易价格体现全部社会成本时的需求量。

④ 《中华人民共和国城乡规划法》将于2008年1月1日正式施行。该法正式将乡规划和村庄规划纳入城乡规划体系。

⑤ 关于乡规民约的具体分析,参见张静:《乡规民约体现的村庄治权》,《北大法律评论》第二卷第一辑,1999年。

制宅基地建房流通的方法来解决该问题。

(二) 限制宅基地建房流转与“实现分配目标”

一些对物的自由转让进行限制的制度被认为是为了实现分配目标,即将这些物或其相关的利益分配给社会上的一个特定集团(大多情况下是弱势群体或穷人)。^①为了使这些物或其相关的利益能被该特定的集团使用或利用,故要求取得人在取得这些物后不得随意转让。在一定程度上,农村宅基地建房的限制转让制度可能是为了实现“分配目标”,即希望将宅基地建房所有权这种社会福利专属于处于相对弱势地位和相对贫困的农民,而不被较为富裕的城市居民或其它集团所使用。

但是,同所得税收制度及配套的福利分配制度相比较,通过限制转让来实现分配目标的方法有下列不足之处:首先,所得税收制度及配套的福利分配制度能较精确地针对收入不平等而将财富从富人转移给穷人,但通过限制转让而从中受益的特定集团很可能是一个粗略估计的“穷人”,不必然都是最穷的人。^②在农村宅基地的分配中,农民取得宅基地是因为其在农村集体经济组织的身份。在我国东南部沿海地区的农村,也有一部分农民已经较为富裕而不应属于“实现分配目标”的对象。其次,通过限制转让制度可能造成市场扭曲进而导致新的社会福利损失,但所得税收制度及配套的福利分配制度则无此问题。限制农村宅基地建房转让现已导致宅基地闲置;该限制转让制度不利于盘活宅基地的存量、节约土地资源和缓解当前城市建设用地紧张的情况。再次,限制转让制度可能无法实现那些预期受益集团的最优利益。如前所述,限制宅基地建房转让将会大大降低该宅基地建房的转让价格从而降低农民转让的收入。最后,限制转让制度通常要求比所得税收制度及配套的福利分配制度有更高的交易成本,特别是社会管理成本。^③目前,违反宅基地限制转让制度的黑市交易大量存在。据蔡继明教授所在的清华大学土地流转制度研究课题组的数据,^④北京估计有20%的人买了在售在建的小产权房,面积在1000万平方米;西安购买小产权房的人占到了25-30%;深圳比例更高,达到了40-50%。预防和查处这

类黑市交易的发生往往需要付出高额行政管理成本。拆除这些的小产权房不仅需要大量的成本,而且将造成大量的社会资源浪费。此外,这类黑市交易还可能进一步产生纠纷,导致高额的纠纷解决成本。如在广受社会关注的北京宋庄“小产权房”案中,案件当事人和法院的法官都付出大量的时间和精力。^⑤

退一步说,即使我国目前农村的社会保障体制尚未建立,限制宅基地转让制度仍然不是实现分配目标的一个好方式。因为实现分配目标通常意味着给社会的一个特定集团真正的好处,维护他们的最大利益。当农民因其集体经济组织身份而取得无偿的宅基地使用权时,政府的分配目标已实现。但进一步的限制却影响了农民利益的最大化。如前所述,限制宅基地建房流转大大降低了宅基地建房的转让价格,减少了农民就此的可得收入或拥有财产的价值。其次,这样的限制不利资源的优化配置,不利于实现农民财产的最优使用。一些农村村民因迁到城市生活或另有住处,其农村宅基地建房已被空置,而该村民所在的集体经济组织的其他成员又因各有住房而不愿购买该宅基地建房。在此情况下,该宅基地建房将变成死产,不利于维护农民的利益。因此,我们不应以“实现分配目标”为由来限制宅基地建房流转。

(三) 限制宅基地建房流转与父母式关爱主义的实现

父母式关爱主义通常是指国家出于为某些人的真正福利、幸福、快乐、需要或利益考虑而干预这些人的行动自由的指导方针。^⑥之所以要干预这些人的行动自由,是因为政府担心他们可能对已有的信息进行不当理解和处理,并做出对他们自身不利的决定;^⑦政府部门可能认为:其有义务提高社会总福利,也有专门的技术人员支持,能为上述那些人做出比他们自己决定更优的决定。政府在许多情况下,从实现分配目标出发,会向社会上的某个集团(通常是穷人)提供政府补贴的食品、教育和日常护理等福利。进一步地,从父母式关爱主义的角度出发,政府通常会要求这些受益人不得转让其福利。因为政府可能认为保有这些福利是

① Susan Rose-Ackerman, Inalienability and the Theory of Property Rights, *Columbia Law Review*, Vol. 85, 1985, pp. 940, 945-949, 957-963, 966-967.

②③ Robert Cooter & Thomas Ulen, *Law and Economics*, 4th ed., Boston: Pearson Education, 2003, pp. 9, 9.

④ 贾海峰:《清华教授提案:区分对待“小产权房”》,《21世纪经济报道》2008年3月8日。

⑤ 勾新雨:《宋庄的和解之途》,载于《经济观察报》2008年4月20日。

⑥ Gerald Dworkin, Paternalism, in Richard Wasserstrom (ed.), *Morality and Law*, Belmont, CA: Wadsworth, 1971, p. 108.

⑦ John Kleinig, *Paternalism*, Totowa, NJ: Rowman and Allanheld, 1983, p. 182.

符合这些受益人的最佳利益。^①但实际上,政府的决定并不能总是符合这些受益人的最佳利益,一个正常人最能知道什么安排才符合其最佳利益。只有在某些特定情况下,那些受益人可能因为年纪太小、太老和残疾而无法为自己做出最优决定,政府同时又担心其监护人不能充分代表他们的最优利益,^②此时的限制转让规定才可能是合理的。

对于是否应保有宅基地建房而不转让的问题,农民作为整体不存在“由于年纪太小、太老或智力残疾等原因”无法为其做出最优决定的情况,他们一般都会根据自身情况理性地权衡转让其宅基地的成本和收益,故应由农民自行对此做出决定,政府出于“父母式关爱主义”而限制转让的理由不能成立。诚如有学者所言,由立法者充当农民的“监护人”,未必真正维护了农民的利益;农民自有农民的智慧,立法者不必杞人忧天。^③如果政府确实担心农民可能在交易中由于信息不足而受到对方的盘剥,那么政府就应该建立宅基地建房的交易市场,更多地向农民提供相关的交易价格等信息,降低农民的交易成本,保证农民的交易安全。简单地限制宅基地建房流通无法避免“小产权房”等类型的黑市交易的发生。农民在黑市交易中反而更容易受到交易对方的盘剥。

(四) 限制宅基地建房流转与利益集团的私利

西方法律经济学的研究表明,政府控制市场的行为常常被用来服务于某些特定集团的利益。^④干预市场的政府监管制度往往被认为是政治家(立法者)为了谋求政治利益(如争取选票等)而应一些利益集团的私利诉求而制定的。这些利益集团能从那些政府监管制度中获得好处,同时该集团又由于内部成员利益相对一致和组织协调成本低而比其它社会集团更能对政治家施加影响力。^⑤比如,供应商集团由于比分散的消费者集团有更低的信息取得、传播成本和组织协调成本而更能影响政治家,因此就可以通过使政府采用行政许可等手段来限制竞争从而进一步提高他们的商业

利润。^⑥而官僚集团可以通过上述监管制度的制定和实施来获得更多权力、经费和声望,甚至获得受贿的机会。^⑦

进一步的问题是,限制宅基地建房转让是否也能给我国的某些利益集团带来好处呢?根据盛洪教授的观点,^⑧目前情况下,我国地方政府可以低价征得农村集体土地再出让给开发商,并由开发商面对房地产的最终产品市场;无论是协议出让还是招拍挂,都使土地征售差价巨大,差价部分由政府获得大部分(在招拍挂的情况下),或者由开发商获得大部分(在协议出让的情况下)。土地低价征用和市价出售成为地方政府财政的重要来源,进一步强化了地方政府向农村集体征用土地的动机。进一步的分析是,农村宅基地建房限制流转制度意味着授予地方政府及其指定的国有公司对农村集体宅基地的征用及转让的垄断经营权,排除了农民自行将其宅基地使用权转让给集体外成员而获取收益的权利。当宅基地使用权只能被地方政府征为国有后才能真正进入市场时,地方政府和这些国有公司就可以享有垄断经营权带来的巨额商业利润。而享有征用权的当地政府官员也可能因行使该拆迁权和授予指定经营权而获得更多的编制、预算乃至受贿的机会。理论上,由于农民人数众多且分散在全国各地,信息取得、传播成本和组织协调成本往往较高,很难形成较为一致的声音来影响立法者或其他决策者。只要上述的国有公司和政府官员较农民更能影响立法者或其他决策者,农村宅基地建房限制流转制度就可能存在。

(五) 放开限制能真正保护农民利益并促进农村经济发展

首先,放开宅基地流转限制将给农民带来更多成本较低的融资机会,从而有利于发展农村经济。目前我国农村经济发展急需大量资金,但农民往往面临着融资方面的困难。重庆市政协陈万志委员曾详细算了

① Susan Rose-Ackerman, Inalienability and The Theory of Property Rights, *Columbia Law Review*, Vol. 85, (1985), p. 759.

② Susan Rose-Ackerman, Social Services and the Market, *Columbia Law Review*, Vol. 83, 1983, p. 1411.

③ 韩世远:《宅基地的立法问题——兼析物权法草案第十三章“宅基地使用权”》,《政治和法律》2005年第5期。

④ George Stigler, The Theory of Economic Regulation, *Bell Journal of Economics*, Vol. 2, 1971, p. 3; Richard Posner, Theories of Economic Regulation, *Bell Journal of Economics*, Vol. 5, 1974, p. 335; Sam Peltzman, Towards a More General Theory of Regulation, *Journal of Law and Economics*, Vol. 19, 1976, p. 211.

⑤ Anthony Ogus, *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, Oxford: Hart Publishing, 2004, p. 71.

⑥ Qing Zhang and Anthony Ogus, Licensing Procedures in Developing Countries: Should They Be Part of Set-Up Process? *International Journal of Public Administration*, Vol. 29, 2006, p. 1102.

⑦ Anthony Ogus and Qing Zhang, Licensing Regimes East and West, *International Review of Law and Economics*, Vol. 25, 2005, pp. 140-141.

⑧ 盛洪:“土地产权自由交易是节约土地的有效制度”,《中评网》,http://www.china-review.com/economicweekly.asp?id=4532, 2008年4月22日访问。

一笔账。^①他以全国两亿农户、户均100平方米估算,200亿平方米的房产,按每平方米300元计算,农村房地产市场将有60000亿元的市场潜力。如果仅仅按10%的抵押贷款比重,就会吸引6000亿元的贷款进入农村,为农民所用,这对农村生产和消费市场的启动将会发挥巨大作用。

其次,我们还可以通过制度创新来保障农民转让宅基地建房后仍有舒适的住处,并进一步优化资源配置。比如,农村目前多是低层平房,如果我们可以从农民处购得部分宅基地建高楼,有效地利用土地资源和规模经济的优势可能会使农民既住上高质量的高层公寓还有部分剩余资金(转让宅基地或宅基地建房的收入扣除购买高层公寓的支出所得的余款)。当然如果有些农民仍然喜欢他们的老平房,我们并不妨害其不出让宅基地建房的权利,只是放开了宅基地建房的流转限制而已。

再次,放开宅基地建房流转将给政府创造更多的财政收入(如流转税和所得税的增加)。政府可以用这些增加的财政收入来为那些最贫穷的农民建立起社会保障,使他们将无需为了筹集医疗费而出卖自己的房屋。政府还可以用这些财政收入来进行农村公共设施建设和兴办村集体企业等,促进农村经济发展。

最后,特别值得注意的是,我国法学界一般只考虑到农村宅基地建房自由转让的负外部性问题,没有考虑该资源转让可能存在巨大的正外部性。这可类比于引进外资给不发达国家带来的正的外部性,如资金、技术和先进的管理理念和经验。^②不难理解,如果允许农村宅基地建房自由转让,城市居民将到农村居住,相对富裕和有较高受教育水平的城市居民将给农村带来更多的资金和先进的理念。这同时意味着农村公用设施等社会环境的优化和创造更多的农村就业机会。当城市居民到农村居住,他们必然关心并甚至愿意花钱提高农村的社会环境质量,而这就会为当地农民创造工作机会。另一方面,当农村村民希望更多的城市居民来购买他们的宅基地建房并有更好的收益时,他们也会有更多的动力去提高农村社会环境质量,这当然也会为农民创造了工作机会。进一步而言,当更多城市居民到农村购房居住时,我们就能在一定程度上

缓解城市房价过高和“农民工”进城带来的一系列社会问题。

四、结论

本文以上的分析表明,我国法学界已有的对宅基地限制流转制度的正反两方面的理由基本都能在法律经济学分析物的限制流通的理论框架中得到明确的体现、解释和分析。相比于传统的法学观点和理论,在法律经济学的理论框架下得到的观点和分析能较为系统和更具有说服力。

我们从上述的法律经济学分析可以得出:(1)从有效地解决负外部性问题和避免公共资源过度开采问题的角度,现有的其它法律、法规和市场机制已能有效解决该问题,我们没有足够的理由来坚持我国目前使用的农村宅基地建房限制流转制度。(2)以实现政府分配目标为由来限制农村宅基地建房的自由流转也不具有说明力。政府的分配目标本应是更好地保护农民的整体利益,而限制宅基地建房的流转制度却较自由流转制度更不利于农民利益的最大化。(3)我们也不应“出于父母式关爱主义”而限制宅基地建房自由流转,因为农民整体上不存在“由于年纪太小、太老或智力残疾等原因”无法为其做出最优决定的情况。政府应该相信农民的自主决定并在尽量为他们提供交易信息和完善交易市场而达到降低交易成本的目的。(4)宅基地建房限制流转制度在一定程度上有力保证了享有征地权的地方政府及其官员和相应享有垄断经营权的国有公司的利益。这可能可以从一个方面来解释为何宅基地建房限制流转制度在我国目前还仍然存在的原因。

最后,笔者认为:放开宅基地流转限制将给农民带来诸多好处,特别是那些在促进农村经济发展、完善社会保障、改善环境、提高农村就业甚至于降低城市房价等尚未被法学界广泛注意的好处。

责任编辑:王莉

^① 李佳桐、勾晓峰:“专家呼吁中国应尽快制定农村宅基地流转放开政策”,《中国新闻网》<http://www.chinanews.com.cn/estate/ghsj/news/2007/03-05/883764.shtml>,2008年4月22日访问。

^② Shady Kholdy, Causality between Foreign Investment and Spillover Efficiency. *Applied Economics*, Vol. 27, 1995, pp. 745-749.