

乡村振兴背景下宅基地“三权分置”审视

——以用益物权处分权能的赋予为中心

陈吉栋 李康佳*

内容摘要：宅基地“三权分置”在强调价值选择的同时，也应注重宅基地上权利群的逻辑结构。“三权”之中，资格权仅是宅基地使用权身份属性的重复表述，并非独立权利；而新的使用权为宅基地使用权下之次级用益物权。三权分置功能实现的核心为赋予宅基地使用权人处分使用权的权利，即赋予宅基地使用权处分权能。处分仅指对于使用权这一权利的处分。如此，即可破解现行法“房地一体”原则下，宅基地流转“新人旧地”的困境，实现宅基地的财产功能，为乡村振兴战略的顺利实现提供制度供给。

关键字：宅基地三权分置 资格权 使用权 用益物权 处分权能

2018年中央一号文件提出，探索宅基地所有权、资格权、使用权“三权分置”，即落实宅基地集体所有权，保障宅基地农户资格权和农民房屋财产权，适度放活宅基地和农民房屋使用权。这个政策的价值选择即要完善农民闲置宅基地和闲置农房政策，有效利用农村闲置建设用地。但在强调价值选择的同时，¹此项政策要落实为法律制度还应遵从制度逻辑。那么，在流转视角下，宅基地三权分置的制度逻辑是什么？将现行法上“宅基地使用权”分置为“资格权”和“使用权”的理路如何？其制度逻辑能否支持价值选择的实现？下文围绕这一问题进行论述。

一、宅基地上的权利群与三权分置的制度逻辑

土地制度（含宅基地）是我国基本政治经济制度的组成部分，在根本法上由宪法规定，在下位法上由《物权法》和《土地管理法》规定。

（一）宅基地上的权利群

1. 农户在集体土地所有权上取得宅基地使用权

宅基地制度的功能是保障农村村民基本的住房和生活条件，本质上具有社会福利的性质。《土地管理法》第8条第二款规定，宅基地属于农民集体所有。宅基地使用权规定在《物权法》第三编用益物权部分，内容为：“宅基地使用权人依法对集体所有的土地享有占有和使用的权利，有权依法利用该土地建造住宅及其附属设施”（《物权法》第152条）。可知，宅基地使用权是指权利人为建造住宅以及相关附属设施对集体土地所享有的占有、使用的权利。²宅基地使用权性质为用益物权，是其“母权”集体土地所有权的“子权”。

《土地管理法》第62条第一款规定，“农村村民一户只能拥有一处宅基地”。根据《土地管理法》第62条第三款，“农村村民住宅用地，经乡（镇）人民政府审核，由县级人民政府批准；其中，涉及占用农用地的，依照本法第四十四条的规定办理审批手续。”农村村民若想在规划区域内取得宅基地使用权，需先向村集体经济组织或村民委员会提出申请，申请人必须是该农村集体经济组织成员，而且要存在合理的住宅需求³，同时《土地管理法》第62条第四款还规定了出卖、出租宅基地后不得再申请。由这些规定可见，宅基地的申请主体是农村集体经济组织成员，宅基地使用权以农户农村集体成员的成员权为前提，具有极强

* 陈吉栋，上海大学法学院讲师；李康佳，上海大学法学院硕士研究生。

本文系2018年度上海市哲学社会科学规划课题“上海实施乡村振兴战略与农村宅基地三权分置法律制度研究”（项目编号：2018BFX003）的阶段性研究成果。

¹ 宋志红先生认为，盘活闲置农房和宅基地是当前宅基地制度改革的重要任务，也是宅基地“三权分置”政策意欲实现的价值目标之一。参见宋志红：《宅基地“三权分置”的法律内涵和制度设计》，《法学评论》2018年第4期，第142-153页。

² 王利明：《物权法》，中国人民大学出版社2015年版，第284页。

³ 崔建远：《物权法》，中国人民大学出版社2017年版，第324页。

的身份性。¹

2. 农民在宅基地上建造房屋取得房屋所有权

农户基于成员权取得宅基地占有、使用与收益的权利，有权利用其建造住宅及附属设施，满足自身日常生活的需要（《物权法》第152条）。根据《物权法》第30条的规定“因合法建造、拆除房屋等事实行为设立或者消灭物权的，自事实行为成就时发生效力”。故，宅基地使用权人可基于建造行为取得在宅基地上建造的房屋的所有权，且此类所有权的取得不以登记为生效要件。此时，房屋占用宅基地的权利基础为宅基地使用权。²

农民拥有对农房的所有权，可以任意处分房屋。但由于宅基地不可自由处分，此时即需要协调地上房屋与其所占土地的关系，在制度上有“房地一体”和“房地分离”两种路径可供选择。“房地一体”原则，是指当建设用地使用权和房屋所有权中的一个发生移转，另外一个亦须随之移转，从而最终使得建设用地使用权人和房屋所有权人为同一人。“房地一体”原则将房屋作为土地的重要成分。“房地分离”原则系指房地各为独立的权利客体，可以分别进行处分，在此处是指当房屋所有权发生移转归新的所有权人时，宅基地使用权仍保留在作为集体成员的农户手中。“房地一体”原则将房屋作为土地上的定着物，而非重要成分。³

《物权法》接受了“房地分别主义”，但有规定了地随房走、房随地走的处理原则（《物权法》第146条、147条）。在这一原则下，虽法律并未禁止该房屋的出租、抵押与转让，但却为转让设定了转让人与受让人必须为同一集体经济组织内部成员的限制，⁴而且根据《担保法》第37条的规定，宅基地不能进行抵押，且由于宅基地使用权具有明显的身份性质，若一旦出现抵押权实现的情况，就会产生房屋所有权与宅基地使用权分离的情况，这种情况我们会在后文中进行分析。

（二）宅基地三权分置内涵辨析

宅基地三权分置即是在“宅基地所有权——宅基地使用权”这权利层次的基础上，再次分置权利，将“宅基地使用权”分置为资格权和使用权。我们可以用两张图来表示“三权分置”前后的宅基地上权利群的变化。

¹ 宅基地使用权是农村村民以“户”为单位享有的权利，并非农民个人的权利。这一制度强调一户农村村民与一处宅基地相对应，以确认农村村民都能享有基本的生活条件，体现了公平原则，也有利于农村地区的稳定。参见王利明：《物权法》，中国人民大学出版社2015年版，第288页。但另一方面，此处的“一户只能拥有一处宅基地”只是对农村村民申请宅基地时的限制，而由于继承关系的存在，在实际情况中很容易出现一户拥有多处宅基地的情况。参见高圣平：《宅基地使用权初始取得制度研究》，《中国土地科学》2007年第4期，第31-37页。虽然宅基地使用权不能继承，但宅基地上所建造的房屋确实可以继承的，由于法律并未禁止这种情况的出现，故也应当受法律保护，但法律也对其进行了限制，如以户为单位申请的宅基地使用权不能作为家庭成员个人财产进行继承，对于不符合宅基地申请条件的继承人，若宅基地上不存在房屋，或房屋已经失去居住价值，则应当禁止继承，且对与非本集体组织成员不能继承本集体组织成员的宅基地使用权。虽然宅基地使用权为财产性权利，但由于其特殊性，其中包含的人身属性应远远大于其财产属性，若允许集体外部成员获取本集体宅基地，或出现一户多宅的情况，则势必会影响到本集体内部成员的用地需求，故应予禁止。但若因此而产生宅基地长期闲置的情况，集体有权重新规划调整，需收回宅基地的，应当给予恰当的补偿。

² 但根据《国土资源部关于进一步加快宅基地和集体建设用地确权登记发证有关问题的通知》，国家开始对宅基地使用权以及其上所建造的房屋按照《不动产登记暂行条例》和不动产登记暂行条例实施细则》等法规规定进行统一登记，以进一步规范农村宅基地使用情况。

³ 参见彭诚信、陈吉栋：《农村房屋抵押权实现的法律障碍之克服——“房地一致”原则地排除适用》，《吉林大学社会科学学报》2014年第4期。

⁴ 参见黄松有主编：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，法律出版社2007年版，第463页。



图1 “三权分置”前

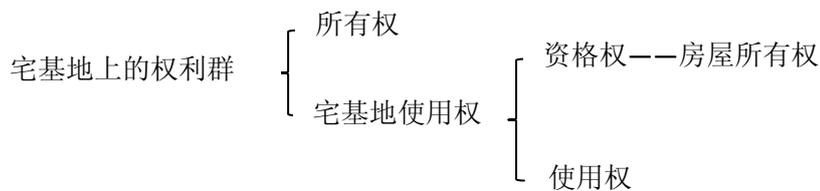


图2 “三权分置”后

1. 宅基地所有权——落实宅基地集体所有权

土地所有权的归属涉及多方面因素，不仅受到经济条件的制约，更要受到政治制度的影响。根据《宪法》第10条前两款的规定“城市的土地属于国家所有。农村和城市郊区的土地，除由法律规定属于国家所有的以外，属于集体所有；宅基地和自留地、自留山，也属于集体所有。”由此我国形成了土地国家所有和集体所有的城乡二元所有制结构。《宪法》第10条的规定在《物权法》中得到了落实，《物权法》第59条第一款也规定了“农村集体所有的不动产和动产，属于本集体成员集体所有”，第60条更是进一步规定了“集体所有的土地”“由村集体经济组织或者村民委员会代表集体行使所有权”。

“集体所有”是类似于“总有”的新型所有权，是在我国土地不可能属于个人所有的前提下，创设的让个人享有益物权的权利安排。¹在这一观点下集体应当视为本集体成员的集合，所有为多数人所有，且有不特定性，根据集体资格的得丧而取得或丧失，通过集体经济组织对宅基地进行统一的规划管理，由集体成员共同管理，集体所有权的行使必须反应集体成员的意志，充分发扬民主，²且集体成员共同享有收益权能，个人的收益权不能脱离集体而存在，使农民能够最大化的利用宅基地，享有这一权利所带来的便利。但由于在“总有”概念中，集体内部可对所有权进行划分，各项权能可分别由不同的主体享有，而此处的“集体所有”则明显不能，因此“集体所有”只能说是类似于“总有”。³但这种“集体所有”一方面强调了集体成员对集体财产所享有的共同的支配权、管理权与收益权，另一方面也防止了个人滥用权利损害集体利益的情况发生，对于我国现有国情来说是一种妥适的制度安排。

2. 资格权——保障宅基地农户资格权和农民房屋财产权

宅基地资格权是宅基地三权分置的核心创设，这个概念最早出现于浙江省义乌市2015年4月的《关于推进农村宅基地制度改革试点工作的若干意见》一文中，⁴2018年中央文件中正式提出“完善农民闲置宅基地和闲置农房政策，探索宅基地所有权、资格权、使用权‘三权分置’。”自此，宅基地资格权开始正式出现在人们的视线中。

农村村民向本集体经济组织进行申请，再由集体将宅基地分配集体成员，在集体所有权

¹ 参见温世扬、吴昊：《集体土地“三权分置”的法律意蕴与制度供给》，《华东政法大学学报》2017年第3期。

² 参见崔建远：《物权法》，中国人民大学出版社2017年版，第183页。

³ 参见彭诚信、单平基：《水资源国家所有权理论之证成》，《清华法学》2010年第6期。

⁴ 2015年4月，浙江省义乌市在《关于推进农村宅基地制度改革试点工作的若干意见》中提出，“明确在落实宅基地所有权和保障集体经济组织成员资格权的前提下，允许宅基地使用权通过合法方式有条件转让。”

的基础上为集体成员设定宅基地使用权,这种宅基地的分配本质上即是集体为其成员在集体土地的基础上创设的一种财产权,成员权为此种创设的起点。¹因此宅基地使用权通常是与农村集体经济组织成员的成员权联系在一起。可以说宅基地资格权是农村集体经济组织成员依法享有的从集体经济组织那里申请宅基地的权利。²在此意义上,宅基地资格权即是成员权成分在宅基地使用权中的遗留。

3. 使用权——适度放活宅基地和农民房屋使用权

宅基地三权分置旨在促进宅基地使用权的“流转”,增强土地活力。放活宅基地使用权不仅是创设宅基地资格权的目的所在,更是“三权分置”的目的所在。由于宅基地的所有权归集体所有,宅基地使用权仅为用益物权,用益物权在德国法上并不具有处分权能。³只有有限的处分权能,不得单独转让、抵押、出租,更不能变相买卖。⁴分离了具有身份性质的资格权,留下了单纯的使用权。这样在一定程度上解决了“宅基地使用权”因不能处分而导致的流转障碍。为了实现这一目的,被分置的“使用权”性质应是宅基地使用权人在取得宅基地使用权后设定的用益物权能。有学者认为,权利在本质上是法律保障主体能够依法实现利益的意志自由,权能则是权利本质的外化形式,⁵之所以此处将“使用权”定义为一种权能,是因为与权利不同,这里的“使用权”更偏向于强调使用权人得以在法律所允许的范围,依自己的意志,通过各种方式,最大化的实现“使用”这一目的。如此,赋予集体成员以外的主体以宅基地上的物权,使其可以基于使用权占用、使用甚至处分宅基地并取得相应之受益,这样就解决了原宅基地使用权处分其房屋多导致的房地权利不一致的情况,有助于宅基地经济价值发现。

二、宅基地使用权的处分权能

宅基地“三权分置”本质上涉及我们如何正确理解财产和财产权,更为具体的说,是如何理解用益物权的处分权能。

(一) 立法根据及其沿革的再考证

我国坚持的国家所有与集体所有的二元制土地产权模式。“八二宪法”即规定,“任何组织或者个人不得侵占、买卖、出租或者以其他形式非法转让土地”。为了实行土地有偿使用制度,1988年宪法修正时删掉该条中的“出租”,从而为土地使用制度改革提供了有力的法律支持。将土地使用权和所有权分离以实现土地的商品属性,有利于土地资源的优化配置,有利于探索土地公有制的有效实现形式,有利于公有土地资产的保值和增值,也有利于促进对外开放、引进资金。经过多年的实践,我国土地使用制度改革,特别是国有土地使用制度改革已经取得了巨大成功。⁶

观察《宪法》修正案第10条⁷的文义,第四款允许有偿使用的所谓“土地”并未区分国有土地和集体土地,按体系解释应解释为有偿使用包括了农村集体土地。宪法的这一规定精神可以在《土地管理法》第2条第4款、第5款得到了落实:“国有土地和集体所有的土地的使用权可以依法转让。土地使用权转让的具体办法,由国务院另行规定。”“国家依法实行国有土地有偿使用制度。国有土地有偿使用的具体办法,由国务院另行规定。”但到了1990

¹ 参见李凤章、李卓丽:《宅基地使用权身份化困境之破解——以物权与成员权的分离为视角》,《法学杂志》2018年第3期。

² 参见李凤章、赵杰:《农户宅基地资格权的规范分析》,《行政管理改革》2018年第4期。

³ [德]沃尔夫:《物权法》,吴越、李大雪译,法律出版社2002年版,第6页。

⁴ 参见梁慧星、陈华彬:《物权法》,法律出版社2016年版,第250-251页。

⁵ 参见韩松:《论农民集体土地所有权的集体成员受益权能》,《当代法学》2014年第1期。

⁶ 卞耀武、李元主编:《中华人民共和国土地管理法释义》,法律出版社1998年版,第38页。

⁷ 《宪法》第10条规定:“城市的土地属于国家所有。农村和城市郊区的土地,除由法律规定属于国家所有的以外,属于集体所有;宅基地和自留地、自留山,也属于集体所有。国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对土地实行征收或者征用并给予补偿。任何组织或者个人不得侵占、买卖或者以其他形式非法转让土地。土地的使用权可以依照法律的规定转让。一切使用土地的组织和个人必须合理地利用土地。”

年国务院颁布《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》(第2条)却仅仅规定:国家按照所有权与使用权分离的原则,实行城镇国有土地使用权出让、转让制度,但地下资源、埋藏物和市政公用设施除外。前款所称城镇国有土地是指市、县城、建制镇、工矿区范围内属于全民所有的土地(以下简称土地)。加上《土地管理法》所形成的“土地一级市场的国家垄断”,我国现行法形成了承包地和宅基地限制、不能流转的法律体制。

正是这一政策导致了农村土地资源的僵化,在一定程度上影响了其财产价值的发挥。中共十八届三中全会的决定指出,赋予农民对承包地占有、使用、收益、流转及承包经营权抵押、担保权能,允许农民以承包经营权入股发展农业产业化经营;要赋予农民更多的财产权利。赋予农民对集体资产股份占有、收益、有偿退出及抵押、担保、继承权。保障农户宅基地用益物权,改革完善农村宅基地制度,选择若干试点,慎重稳妥推进农民住房财产权抵押、担保、转让,探索农民增加财产性收入渠道。《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》(国发〔2015〕45号)、《农村承包土地的经营权抵押贷款试点暂行办法》(2016年3月15日)与《农民住房财产权抵押贷款试点暂行办法》(2016年3月15日)均进行改革试点。2016年10月30日中办、国办印发并实施的《关于完善农村土地所有权承包权经营权分置办法的意见》,农村土地实行“三权分置”改革,即坚持集体所有,保护农民的承包权,加快经营权的流转。

由上述立法沿革可见,宅基地使用权在内的用益物权在我国不能进行市场交易的根源为我国的城乡二元的土地基本制度决定。

(二) 宅基地使用权的历史定位: 超级用益物权

在前述立法沿革背景下理解宅基地三权分置,其逻辑即是在维系城乡二元土地所有制基础上,细化宅基地上权利的体系,促进权利财产价值的现实。但由于宅基地使用权只能被本集体经济组织成员享有,即便改革也不宜允许农户直接向社会主体转让宅基地使用权。因此有学者认为,转让方式在盘活闲置宅基地上的作用很有限。¹这就需要我们在理论重新梳理用益物权本来的处分权能,为三权分置的制度设计提供理论路径。

1. 宅基地使用权具有超级用益物权的地位

孙宪忠先生在研究土地承包经营权和土地所有权的关系时也指出,“农民享有土地承包经营权,恰恰就是依据自己在集体中作为所有权人一份子享有的地权”,“农民的土地承包经营权,正是他们作为土地所有权人的一部分所享有的一项‘自物权’”。²有学者认为,这一论述不仅适用于土地承包经营权,对于无偿分配而且无期限限制的宅基地使用权更是适用。³农户取得的宅基地使用权是一种不仅无偿而且无期限限制的权利,是一种可以永续使用的特殊用益物权。加上直到现在集体所有权主体虚位一直是我国集体土地所有权制度的一个重大缺陷,⁴所以实际上宅基地使用权效力上十分接近于所有权,所以有学者称之为“准所有权”。⁵

2. 资格权并非独立权利, 使用权为次级用益物权

前文分析认为,“资格权”具有身份权的性质。有观点认为,三权分置后的资格权是一种身份权,是宅基地三权分置的桥梁。按此理解三权分置的结构为:所有权——资格权(身份权)——使用权(新型用益物权)。另一种观点认为,宅基地资格权应该是在禁止宅基地使用权自由流转的前提下,允许宅基地使用权人在其权利基础上为第三人再次创设新的用益

¹ 宋志红:《宅基地“三权分置”的法律内涵和制度设计》,《法学评论》2018年第4期。

² 孙宪忠:《推进农村土地“三权分置”需要解决的法律认识问题》,《行政管理改革》2016年第2期。

³ 宋志红:《宅基地“三权分置”的法律内涵和制度设计》,《法学评论》2018年第4期。

⁴ 孙宪忠先生认为,我国集体所有权产权主体尚不明晰,集体组织和集体组织成员之间关系也仍不清楚,正是集体所有权制度设计的问题,导致了集体所有权的主体虚位一直是我国集体土地所有权制度的一个重大缺陷。参见孙宪忠:《物权法的实施第一卷:物权确定》,社会科学文献出版社2013年版,第324页。

⁵ 宋志红:《宅基地“三权分置”的法律内涵和制度设计》,《法学评论》2018年第4期。

物权——使用权——之后的“剩余权”，剩余权这一概念是英美法系的表达习惯，指的是如果权利人为第三人设立了次级使用权，第三人作为具体的占有人享有保有所有权，此时原权利人的保有所有权就称为剩余权。¹在这种观点下，资格权便是在使用权被分离出去后，原权利人手中剩下的保有所有权，也即是剩余权。这一用益物权消灭后，宅基地之使用即恢复为宅基地使用权人。²按后一种理解，三权分置的结构为：所有权——资格权（用益物权）——使用权（新型用益物权）。本文赞成后一种观点，不过资格权并非独立的权利，原因如下：

第一，在宅基地使用权上分置两种新型的用益物权，本身也符合宅基地作为（超级）用益物权具有处分性的特点。宅基地使用权作为用益物权仅具有特定的处分权能，此点为学界通说，前文已经论述。但在何种意义上理解此处的处分？需要指出的是，“这种处分权并不是对用益物权客体的处分权，而仅是权利处分权。”³在物权法制定过程中，德国民法学家沃尔夫教授即在“《中华人民共和国物权法》（三审稿）说明及评论”一文中，曾一针见血地指出：“应当澄清本法意义上的不动产是什么……按说是土地，不过，土地属于国家和集体所有，所以不太可能是指土地。或许是指对于土地的权利，也包括根据此类权利建造的房屋和其他建筑物”。⁴就我国土地而言，作为私人物权客体的只能是土地上的权利。有意思的是，我国目前的教科书里面，几无例外地把土地列为物权的最重要的客体。但是，这种客体只是对国家和集体有意义，对于私人来讲，有意义的恰恰是土地上的权利，而不是土地所有权本身。⁵

因此，宅基地使用权人可以处分宅基地之使用权，设定新的次级用益物权。原因是，所有权人或其他物权人可以自由行使其权利。诚如房绍坤先生所言，所有权人就自己所有的不动产为他人设定用益物权，这是所有权行使的一种方式，只是用益物权设定后，其所有权会受到一定的限制。同样的，用益物权人也可以就自己享有用益物权的不动产为他人再设定用益物权，这也是用益物权的行使方式，且该用益物权设定后，其原用益物权也会受到一定的限制。就土地承包经营权而言，权利人完全有权就自己承包的土地为他人设定土地经营权，法律所要做的就是承认这种权利为用益物权。⁶房先生所言权利的行使方式，就是用益物权的处分权能。即用益物权人在其权限范围内处分其权利，即可被认为是合法有效的。

这一理解可以得到比较法上的印证。在德国物权法上，土地所有权人可以创设地上权，地上权人还可以设立次级地上权（Untererbbaurecht）。即地上权人与第三人约定在自己所支配的不动产上设立次地上权，次地上权由上级地上权派生而来。地上权人可以买卖地上权，可以在地上权上设置负担，前提是不超出其权利范围。⁷具体来说，“地上权可依民法典第 873 条（民法典第 313 条——《土地登记条例》第 20 条）予以转让。依据《土地权条例》第 5 条第 1 款，可将地上权让与需得到土地所有权人之同意，约定为地上之内容”。⁸“地上权如同土地，可得设定负担。该负担主要为不动产担保物权负担，其他负担之设定，亦为可能，但不得越出地上权人之权限范围”。因此，农户以权利分离方式流转宅基地并不存在法理上的障碍。虽然现行法未予规定，但可在未来修法时借鉴德国次地上权制度确立此种流转方式。⁹

¹ 参见李凤章、赵杰：《农户宅基地资格权的规范分析》，《行政管理改革》2018 年第 4 期。

² 宋志红：《宅基地“三权分置”的法律内涵和制度设计》，《法学评论》2018 年第 4 期。

³ 房绍坤：《民法典物权编用益物权的立法建议》，《清华法学》2018 年第 2 期。

⁴ 参见高志新编：《中华人民共和国物权法——立法进程资料汇编》，中国政法大学出版社 2010 年版，第 232 页。

⁵ 张谷：《民法典“物权编”能否“浴火重生”》，载 <https://mp.weixin.qq.com/s/6H3DtQ7sb7yDAEvSbb6Pww>，2018 年 7 月 30 日。

⁶ 房绍坤：《民法典物权编用益物权的立法建议》，《清华法学》2018 年第 2 期。

⁷ [德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法（上）》，张双根译，法律出版社 2004 年版，第 653 页。

⁸ [德]鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法（上）》，张双根译，法律出版社 2004 年版，第 652-653 页。

⁹ 宋志红：《宅基地“三权分置”的法律内涵和制度设计》，《法学评论》2018 年第 4 期。

事实上,拓展用益物权内容体现了用益物权的发展趋势。在我国台湾地区“民法物权编”修订时,王泽鉴先生即指出,第一,容许当事人关于用益物权的内容有广泛自由形成的空间;第二,肯定用益物权的处分性,得为让与或设定抵押权,原则上不受到任何限制;第三,明定同一标的上多种用益物权的并存性,以期能物尽其用,如在同一土地上得设定多数地上权,土地所有人设定地上权或以用益为目的之物权后,经该物权人的同意,于同一土地上得设定一个或多数其内容不冲突的地役权。¹

第二,在超级用益物权或者准所有权的定位下将宅基地三权分置的结构理解为:所有权——资格权(用益物权)——使用权(新型用益物权)较为符合制度逻辑。而且,从制度来源与逻辑结构来看,宅基地的“三权分置”与承包地的“三权分置”类似,农村土地承包经营权被分置为承包权和经营权。承包权是指承包土地的资格,也即土地承包经营权中的资格权。《农村土地承包法》中也申明家庭承包的承包方是本集体经济组织的农户,且承包方“依法享有承包地使用、收益的权利,有权自主组织生产经营和处置产品”,此即表示承包权的内容包括了处置权、收益权等权能,而一般认为的成员权仅是取得承包地的资格,而承包权则具有财产属性,就这一点来看二者已有所不同。且成员权并非集体成员取得承包权的充分条件,因为取得承包权以农户为单位,但在“增人不增地,减人不减地”²的原则下,新增人口即使为同一集体成员,也并不一定能取得承包权,反之,若农户中有成员丧失集体成员资格,该农户原有的承包权也并不因此而改变,故承包权在性质上应属于用益物权,而非一般的成员权。³而对于经营权的权利性质,目前学界尚有争议,主要有三种观点,一是“总括权利说”,即将经营权看作是包括土地承包经营权在内的各种农地使用权权利总称,⁴二是“两权说”,根据流转形式的不同,转让、互换产生承包权利让渡认定为具有物权性质,而转包、出租不产生承包权利让渡,因此可认为具有债权性质。⁵三是“债权说”,即认为经营权的本权为债权,经营权人与承包权人是一种债权法律关系。⁶但就这三种学说来看,首先土地使用权并不是一项具体的财产性权利,在我国现行法律中也并没有针对这一权利的具体内容界定,将土地经营权认定为土地使用权反而不利于法律关系的进一步明确,其次“两权说”单以流转方式的不同将土地经营权这一独立的权利划分为两种权利类型,不利于对经营权法律性质的解释,最后若依“债权说”将经营权认定为债权,则其无对抗第三人的效力,增加了经营权人的风险,也不利于经营权的再次流转,无法达到放活经营权的目的是。⁷根据《农村土地承包法》第37条:“土地经营权人有权在合同约定的期限内占有农村土地,自主开展农业生产经营并取得收益”,由此可见,经营权包括了占有、收益的权利,因此经营权也具有财产权利属性,而且将土地经营权与土地承包经营权分置,赋予其物权性质,也有利于稳定经营权人与农户之间的土地利用关系,⁸故将土地经营权界定为在土地承包经营权基础上派生出的一项与土地承包权并立的用益物权更为合适。⁹

这里需要考虑的是,宅基地资格权是否为一项新的权利。首先,一项新的权利需要具有

¹ 王泽鉴:《物权法上的自由与限制》,蔡耀忠主编:《中国房地产法研究(第1卷)》,法律出版社2002年版,第38-39页。

² 崔建远:《物权法》中国人民大学出版社2017年版,第273页。

³ 参见蔡立东、姜楠:《农地三权分置的法实现》,《中国社会科学》2017年第5期。

⁴ 高飞:《农村土地“三权分置”的法理阐释与制度意蕴》,《法学研究》2016年第3期页。

⁵ 孙中华:《关于农村土地“三权分置”有关政策法律性问题的思考》,《农业部管理干部学院学报》2015年第3期。

⁶ 吴兴国:《承包权与经营权分离框架下债权性流转经营权人权益保护研究》,《江淮论坛》2014年第5期。

⁷ 参见蔡立东、姜楠:《农地三权分置的法实现》,《中国社会科学》2017年第5期。

⁸ 高圣平:《承包土地的经营权抵押规则之构建——兼评重庆城乡统筹综合配套改革试点模式》,《法商研究》2016年第1期。

⁹ 2016年印发的《关于完善农村土地所有权承包权经营权分置办法的意见》明确提出,这种新建立的经营权应满足可转让、可抵押的要求。而要达到这一要求,就必须将这一权利物权化。孙宪忠、张静:《推进农地三权分置的核心是经营权物权化》,《光明日报》2017年02月14日,第11版。

自身特定的权利内容。而宅基地资格权，即通常认为的农村集体经济组织成员依法享有的从集体经济组织那里申请使用宅基地权利，¹这种权利在表述上即以“资格”为名，对于这样一种“资格”是否可以成为一种新的权利，有观点认为，权利本身可以说就是一种资格，就是支配社会资源和请求义务对象为一定行为的资格。按这一学说，这里宅基地三权分置中的资格权，就是享有某某资格的资格。这一解释显然不符合中文表达习惯。可供选择的一种解释是，所谓享有某种资格，可供参考的一种解释是，资格权就是享有宅基地使用权这种权利的资格。按此解释，享有（宅基地使用权）权利的资格，不能再作为宅基地使用权的权利内容，而是权利获得的条件。还有一种观点是，权利是经过合法性评价利益。按此观点，人的利益，需要经过一个“筛选”的程序，去掉不正当的利益，留下那些正当的利益。这个“筛选程序”，被称为正当性评价程序。通过正当性评价的利益，才能成为民法上的利益，成为民事权利。民事权利是民事主体所享特定利益的法定化，我国所说的民事权利即为被类型化了的利益。²依此解释，资格权本身所包含之利益，其实已经为成员权所覆盖，因此并不具有独立的利益形态。

总之，“三权分置”是在保持土地所有权不变的情况下不断地将其上的权利细化，分离出新的物权，并进一步实现其自由流转。资格权本质上是宅基地使用权身份属性的重复表达，仅是获得宅基地使用权的条件，并非一项独立的权利。使用权仅是宅基地使用权人对于使用权能的处分，处分的结果是使用权成为次级用益物权。经过此种分置之后，宅基地使用权恢复其原本应具有处分权能，宅基地使用权人即可自由处分自身权利，体现了对宅基地使用权人意志自由的尊重。在此意义上，宅基地三权分置仅是允许宅基地使用权人将使用权处分的制度设计，宅基地使用权人在处分使用权后，仍保留其他权能。

三、宅基地使用权具体实现

在认定了资格权并非独立权利，而使用权仅是宅基地用益物权次级权利之后，我们可以设想如下案例，甲是某村农民，拥有宅基地一块，甲可以如何支配其宅基地使用权，以实现其宅基地财产利益呢？

（一）现行法下宅基地流转的“新人旧地”困境

1. 出租。根据《土地管理法》第63条、《担保法》第37条第二项，宅基地使用权不能单独转让、抵押、继承或出租，但法律并未禁止宅基地上所建房屋的出租。因此甲可以通过在所建房屋上设立一个租赁合同，通过出租房屋的方式，按照房地一体——“地随房走”的原则，³同时“处分”即租赁宅基地，承租人可在一定期限内取得宅基地上房屋的使用权，当租赁合同届满，即可将房屋与宅基地一同收回。此时可以理解为，农户将其宅基地使用权中的一年内的占有、使用等权能让渡给承租人，并因此获取租金。由此可见，在农户出租宅基地的情形下，宅基地的权利事实上由农民集体、农户、社会主体三者共享，社会主体获得的是作为宅基地债权性利用权的宅基地租赁权。⁴需要指出的是，“流转”并非法律用语，此处的出租虽为流转但并非“处分”，处分即为权利的让、权利的消灭，在权利上设定负担或变更权利的内容。⁵宅基地租赁合同并非处分行为（*Verfügungen*），仅是一种债法行为（*Verpflichtungsgeschäfte*），受《合同法》中租赁合同规则的调整。

2. 抵押或买卖等处分这时可以分两种情况进行讨论。一种是在集体成员内部，为保护本集体经济组织对宅集体的所有权，故现行法仅允许了在集体内部的转让⁶，且在司法实践中

¹ 张恒：《不一样的一号文件：乡村振兴战略、县级政府扩权》，《经济观察报》2018年2月10日。

² 参见王利明主编：《民法学》，复旦大学出版社2015年版，第27页。

³ 《物权法》第148条规定：“建筑物、构筑物及其附属设施转让、互换、出资或者赠与的，该建筑物、构筑物及其附属设施占用范围内的建设用地使用权一并处分。”可简称为“地随房走”原则。

⁴ 宋志红：《宅基地“三权分置”的法律内涵和制度设计》，《法学评论》2018年第4期。

⁵ [德]迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2000年版，第653页。

⁶ 参见黄松有主编：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，法律出版社2007年版，第463页。

也贯彻了这一观点¹。另外一种就是在本集体成员与外部人员之间发生抵押或者买卖。当房屋被抵押时,按照“房地一体”原则,宅基地使用权本应当一起被抵押,但依照《担保法》第37条及《物权法》第184条的规定,我国目前禁止宅基地抵押,²此时就会产生“房地分离”的情况。当房屋抵押权实现时,宅基地上建造的房屋发生所有权移转,而宅基地使用权却仍旧保留在原宅基地使用权人手中,从而出现房屋所有权与宅基地使用权相分离的情况。这种现象可概括为“新人旧地”的法律关系。目前学界有三种解决思路,其一是设定法定地役权制度,但地役权中强调的是供役地与需役地这一对法律关系,而对于房屋所有权人来说,其已拥有房屋的所有权,占据了土地完全的用益可能性,原有的宅基地使用人已无继续使用宅基地的可能,故无法设定地役权。其二是设定法定地上权,但若我国法律规定此时可设立地上权,则等于变形承认房屋所有人拥有宅基地使用权,显然与现行立法相冲突,故无法通过此方法解决。其三是推定租赁合同制度,借助宅基地使用权的收益权能,依据长期租赁合同的物权化趋势,设立租赁合同,由当事人自主确立合同内容,使房屋所有权人借此将房屋占有土地正当化。³但这种路径大大影响到该房屋在进行抵押时的正常估值,使得原本便缺乏资金的农民陷入更加不利的境地。

(二) 宅基地三权分置下处分的具体实现

1. 试点经验

鉴于以上情况,我国目前在一些地区进行试点,《全国人民代表大会常务委员会关于授权国务院在北京市大兴区等232个试点县(市、区)、天津市蓟县等59个试点县(市、区)行政区域分别暂时调整实施有关法律规定的决定》规定:在天津市蓟县等59个试点县(市、区)行政区域暂时调整实施《中华人民共和国物权法》、《中华人民共和国担保法》关于集体所有的宅基地使用权不得抵押的规定。⁴如在宁波市江北区推出以宅基地作为抵押物进行融资的金融服务,按照“地随房走”的原则,经所在地的村委会同意后,将用于抵押贷款的宅基地使用权和房屋所有权在同村范围内流转变现。⁵这种方法很好地解决了房屋所有权与宅基地使用权相分离的问题,缓解了农民贷款难的问题,使农民可以获得更加充分的资金来源,这也是“三权分置”要实现的目标之一。

2. 宅基地流转中三权分置的具体展开

在上述试点的基础上,宅基地“三权分置”被正式提出,三权分置能否解决“新人旧地”的困境,促进宅基地上权利处分的实现,分析如下:

首先,宅基地使用权人拥有了对使用权的处分权,即可在在抵押或买卖房屋时,根据房

¹ 类似案例可参见“杨立志农村宅基地房屋产权归属纠纷上诉案”(〔2009〕通中民一终字第0087号)、“邹克友与张守忠合同纠纷案”(〔2015〕岚民一初字第169号)。

² 根据司法实践来看,宅基地使用权不得转让给非本集体经济组织成员,如在“吴桂连、杨尚霖与谢运珍、吴国铭、吴国宁宅基地使用权一案”中,法院就判处农村集体组织成员违反规定将宅基地转让给城镇户口人员的行为无效。而且在《国务院关于深化改革严格土地管理的决定》(国发〔2004〕28号)第10条指出:“加强农村宅基地管理,禁止城镇居民在农村购买宅基地。”国土资源部《关于加强农村宅基地管理的意见》(国土资发〔2004〕234号)第13条规定:“严禁城镇居民在农村购置宅基地,严禁为城镇居民在农村购买和违法建造的住宅发放土地使用证。”《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)第2条规定:“农民的住宅不得向城市居民出售,也不得批准城市居民占用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使用证和房产证。”这一系列中央文件都禁止了城镇人员购买农村住宅。

³ 参见彭诚信、陈吉栋:《农村房屋抵押权实现的法律障碍之克服——“房地一致”原则地排除适用》,《吉林大学社会科学学报》2014年第4期。

⁴ 《全国人民代表大会常务委员会关于延长授权国务院在北京市大兴区等三十三个试点县(市、区)行政区域暂时调整实施有关法律规定的期限的决定》将此试点延长至2018年12月31日。

⁵ 陈红霞、赵振宇、李俊乐:《农村宅基地使用权流转实践与探索——基于宁波市的分析》,《农业现代化研究》2016年第1期页。在此次宅基地制度改革试点中,部分试点地方扩展了宅基地使用权转让的范围,例如大理市将宅基地使用权转让的范围扩展至同一乡(镇)、办事处辖区内符合宅基地申请资格条件的农村村民,浏阳、溧源、伊宁等试点地方则将宅基地使用权转让的范围扩展至县(市)域范围内的村集体经济组织成员。宋志红:《宅基地“三权分置”的法律内涵和制度设计》,《法学评论》2018年第4期。

地一体的原则，相应处分一定时期的宅基地使用权，从而避免上述“新人旧地”的困境。早在承包地三权分置时，孙宪忠先生即曾指出，要明确新的使用权人在取得使用权后的权利内容，如是否可再次转让、抵押等，是否可将该权利入股、合伙等。¹在承包地三权分置的过程中，有学者认为“土地经营权虽然系在土地承包经营权上设定，但在性质上仍然属于农业经营主体就他人土地从事农业生产的物权”，《农村土地承包法》第46条也表明了“经承包方书面同意，并向本集体经济组织备案，受让方可以再流转土地经营权”。故应属于《物权法》第180条第一款第七项所规定的“（法律）行政法规未禁止抵押的其他财产”，²可见，在满足一定条件的情况下，经营权是可以处分的。我们认为，宅基地三权分置并不同于承包地的三权分置，但仍应赋予使用权人对使用权的处分，不然并不能真正实现三权分置的目的，而且宅基地三权分置仍然逃不出张谷先生对于承包地三权分置的评价：三权分置的意见也好，抵押贷款的试点暂行办法也罢，在处置这些流转的或抵押的农村集体土地上的权利时，“接盘手”都只止于有限范围内的特定的主体，因而农民对农村集体土地上的权利，仍然没有具备充分的可转让性，不成其为真正的“责任法意义上的财产”。“……在这个意义上，我认为目前的这些改革举措不能说没有意义，……还很不到位。”³

其次，为宅基地设立有期限的使用权。我们目前宅基地使用权因其的社会福利性质，具有长期性的特征，但若将使用权看作是无期限，则等于承认了使用权之获得者取得了无期限使用宅基地的权利，在事实上等于处分了宅基地本身，而非使用权，这明显与我国现行法律相悖和宅基地三权分置的精神相悖。因为《中共中央、国务院关于实施乡村振兴战略的意见》强调：“适度放活宅基地和农民房屋使用权，不得违规违法买卖宅基地，严格实行土地用途管制，严格禁止下乡利用农村宅基地建设别墅大院和私人会馆。”因此，可以为宅基地使用权设立一个期限，在这一期限内，使用权人自由处分该使用权，当期限届满，宅基地使用权便回归原宅基地使用权人手中。这正是耿卓先生所说的，在宅基地使用权进行流转时，还要为其确定一定期限，超期无效。

第三，应明确权利变动方式。物权变动，应将转让后产生的新的使用权看作为物权，及时进行登记，赋予其对世性，保障其物权效力。⁴

结语

习近平指出，实施乡村振兴战略，是党的十九大作出的重大决策部署，是决胜全面建成小康社会、全面建设社会主义现代化国家的重大历史任务，是新时代做好“三农”工作的总抓手。宅基地三权分置即是强化乡村振兴制度性供给。但也需要强调城镇居民购买宅基地的口子不能开，不能突破按规划严格实行土地用途管制的原则，严禁利用农村宅基地建设别墅大院和私人会所。⁵在强调价值选择的同时，也应遵守制度逻辑。即，理顺宅基地三权分置的逻辑结构，否定资格权的权利属性，承认使用权为次级用益物权，重新赋予宅基地使用权处分权能，充分发挥其物权的财产功能。如此，宅基地三权分置始可实现适度放活宅基地和农民房屋使用权的制度目的。

¹ 参见孙宪忠：《推进农地三权分置经营模式的立法研究》，《中国社会科学》2016年第7期。

² 参见高圣平：《承包土地的经营权抵押规则之构建——兼评重庆城乡统筹综合配套改革试点模式》，《法商研究》2016年第1期。

³ 张谷：《民法典“物权编”能否“浴火重生”》，载 <https://mp.weixin.qq.com/s/6H3DtQ7sb7yDAEvSbb6Pww>，2018年7月30日。

⁴ 耿卓：《农地三权分置改革中土地经营权的法理反思与制度回应》，《法学家》2017年第5期。

⁵ 姜大明在2018年1月15日召开的全国国土资源工作会议上提出：“要深入推进农村土地制度改革，严守改革底线，鼓励大胆探索。”同时还强调：“城里人到农村买宅基地的口子不能开，严格禁止下乡人员利用农村宅基地建设别墅大院和私人会馆等。”载 [http://www.ml.gov.cn/xwdt/\[J\]rxw/201801/t20180116_1736994.htm](http://www.ml.gov.cn/xwdt/[J]rxw/201801/t20180116_1736994.htm)，2018年8月7日。