

宅基地使用权的制度困局与 破解之维

陈小君*

内容提要：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，而流转开禁下的制度因应设计亦难点众多。破解之维，一是完善宅基地使用权取得规则，在取得条件上坚守宅基地使用权的身份属性和基本原则，肯认不同情形下的权利分野，丰富宅基地的申请与重新分配制度并完善配套法定程序；二是照应宅基地使用权流转开禁的现实需求并预设规制，其中宅基地使用权转让的边界、宅基地法定租赁权的制度设计、农房买卖和宅基地使用权抵押的实现路径为其重点；三是补全宅基地使用权消灭机制，完善宅基地使用权收回制度和自愿退出机制，积极探索以保障宅基地资格利益为核心的宅基地使用权回复路径。民法典物权编应以“得丧变更”为主线完整展开宅基地使用权制度的构建。

关键词：宅基地 三权分置 宅基地所有权 宅基地成员资格 宅基地使用权

作为一项中国特有的用益物权，宅基地使用权制度在一定历史时期发挥了保障广大农村地区村民居住生存的作用，并为乡村社会的形成及经济社会发展提供了物质基础。时过境迁，以农民集体成员身份为基础的传统宅基地使用权制度已然与农村现阶段经济社会生活的实际相脱节。党和国家深谙其间社会矛盾变化，积极规划部署发展之道，2018年中央一号文件《中共中央国务院关于实施乡村振兴战略的意见》提出探索宅基地之所有权、资格权、使用权“三权分置”的主张。^{〔1〕} 诸项改革举措，直面我国宅基地使用权制度的困局。宅基地使用权制度既形成于我国特殊历史背景，又面临最新经济社会现实的突破需求，重逢土地管理法修订、物权法因民法典编纂而得以重修，破解宅基地使用权制度困局之机遇与挑战并存。本文以现有宅基地使用权制度为基础，探究其中的制度艰困及其根源，进

* 广东外语外贸大学土地法制研究院教授。

本文系国家哲学社会科学基金重大项目“新时代中国特色土地管理法律制度完善研究”（18ZDA151）的阶段性成果。

〔1〕 2018年中央一号文件提出，“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’，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，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。”

而以新时代农地法治思维为指导，谋求宅基地制度困局之破解。

一、宅基地使用权制度的功能反思与重构的体系化考量

宅基地闲置和“一户多宅”，是我国宅基地管理和利用中存在的两大突出问题。近年来的实证研究表明，宅基地闲置问题在全国各地普遍存在。^{〔2〕}而与宅基地“一户一宅”原则相背离的“一户多宅”现象更是长久存在。^{〔3〕}宅基地闲置，某种程度上证明非农收入已成为许多农民的主要收入来源，相当数量的农民的生存主要不再依赖于土地，农村宅基地的财产功能超过其社会保障功能；^{〔4〕}“一户多宅”，一方面反映法律规定和社会现实间的疏离，另一方面也折射出现有宅基地使用权制度在满足社会保障功能基础上对呼之欲出的经济功能的抑制。故而，宅基地使用权制度改革的关键，在于立足于现实基础的对宅基地使用权功能定位的体系化反思和以经济价值利用为目的的制度突围及理性重构。

（一）社会保障功能与经济价值利用之冲突

1. 社会保障功能的弱化和经济价值的凸显是当前的最大实际

一般认为，宅基地使用权是一项具有社会保障功能的用益物权。现行制度围绕社会保障的功能定位对宅基地使用权的得丧变更作了一系列限制，如宅基地使用权取得的集体成员身份、“一户一宅”原则、“面积法定”原则，宅基地流转（农村房屋买卖、抵押）的限制，集体成员资格丧失下的宅基地收回机制等。这些制度设计，在早期对保证农户住房需求、维系农村和谐稳定发挥了重要作用。四十年来，乡村经济结构发生了质变，耕地禀赋劣势下的农民出村、本地工业化、农外就业、工资性收入居于支配地位、农业发展方式转变等，使得农民的居住需求满足对本乡本土的依赖性下降，到城镇购房的农户比例上升。加之农民就业的代际差异拉大，“农二代”离土、出村、不返乡倾向明显，使得他们与农业和土地的粘度降低。^{〔5〕}因此，宅基地作为农民居住基础和生存保障的功能正在逐渐弱化，其可替代性愈来愈高。另一方面，在法律禁止性规定和宅基地经济价值利用需求的矛盾下，宅基地隐形交易市场大量存在。农宅买卖、以租代卖在平原和山区农村已非罕见，有的地方交易量已经达到总农户的5% - 15%之间。农宅买卖引发的纠纷呈上升趋势，特别是所谓

〔2〕 2013年的统计数据显示，我国农村宅基地闲置的比例高达10% - 20%，部分地区闲置率甚至高达30%。参见梁倩等：《多省区正探索宅基地退出模式》，《经济参考报》2014年7月28日第1版。即使按照10%的最低比率计算，全国2亿亩农村宅基地中也有2000万亩处于闲置状态。假如每亩土地年收入1000元，每年全国农村地区也至少有200亿元的收入损失。参见艾希：《农村宅基地闲置原因及对策研究》，《中国人口·资源与环境》2015年第5期，第74页。

〔3〕 早在1998年，在对浙江省松阳县、临安市与海宁市的12个乡镇的调查中就发现，这些地区的农户宅基地平均宗数为1.11宗每户，最高的为1.79宗每户。参见赵哲远等：《农村居民点土地合理利用初步研究——以浙江省部分县市为例》，《中国农村经济》1998年第5期，第70页。而在2011年，我国户均宅基地面积为543.47平方米，出现了“人减地增”的反向演变格局，户均农村宅基地超标现象严重。参见冯应斌、杨庆媛：《农户宅基地演变过程及其调控研究进展》，《资源科学》2015年第3期，第443页。第三次全国农业普查结果显示，2016年末拥有两处住宅和三处住宅的农户比例分别为11.6%和0.9%，拥有商品房的农户比例达到8.7%。参见宁吉喆：《“三农”发展举世瞩目，乡村振兴任重道远——第三次全国农业普查结果显示“三农”发生历史性变革》，《人民日报》2017年12月15日第10版。

〔4〕 参见蒋剑勇、钱文荣：《基于土地功能视角的农村土地所有权问题评论》，《农村经济》2010年第2期，第22页。

〔5〕 参见刘守英、熊雪锋：《经济结构变革、村庄转型与宅基地制度变迁——四川省泸县宅基地制度改革案例研究》，《中国农村经济》2018年第6期，第4页。

的“小产权”房纠纷,时有出现。〔6〕实证数据显示,有42.9%的村庄存在买卖宅基地使用权的情况,城郊农村更是以高达70%的数据,显现出宅基地使用权流转的生命力。〔7〕此外,新型城镇化、城乡融合以及乡村振兴战略的实施,对农村建设用地的需求日益增大,而在节约集约利用、优化土地资源配罝尤其是“占补平衡”为导向的土地资源开发利用政策下,宅基地的经济潜力开发就显得尤为重要。据估计,通过农村土地的市场化,将使近30万亿元人民币的村镇住宅和100万亿元人民币以上的农村建设用地直接进入市场经济体系保值、增值、交易和继承。〔8〕有鉴于此,学者提出应通过赋予农村宅基地使用权抵押权能,使宅基地由原来的保障属性向资源属性和资本属性转化,盘活农村房地上的“沉睡”资产,缓解农村融资压力,并提高农村土地的利用效率。〔9〕

综上,在宅基地功能设定和价值预期序列中,社会保障功能的地位显然不如以往居高至伟,且随着我国城乡经济形势的加速变化而逐步弱化,无论是农民群体还是集体外的社会主体乃至整个城乡建设用地市场,对宅基地经济价值的追求愈发强烈,由此也加剧了现行宅基地法律制度和社会经济现实间的矛盾,彰显了制度变革的客观推力。

2. 以经济利用为核心的改革实践呼唤制度突破与统一

2015年1月,中共中央办公厅和国务院办公厅联合发布《关于农村土地征收、集体经营性建设用地入市、宅基地制度改革试点工作的意见》,提出了多项改革完善农村宅基地制度的具体举措。次月,第十二届全国人大常委会第十三次会议通过《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决定》,以法律授权的形式授权宅基地闲置率大于8%的33个市、县、区,从2015年2月到2017年底(后两次延期至2019年底)进行宅基地改革试点。两个文件是近年来中央和国家关于宅基地制度作出的力度较大、层面较广的重要战略部署,其中多项举措直指宅基地的经济利用。在此之前,全国各地已有相关改革为宅基地的经济利用提供了若干具有借鉴意义的实验路径。例如,广东省在2005年率先开始流转集体建设用地,针对宅基地改革路径率先提出“控制增量,盘活存量”的政策方向,而盘活存量更是为宅基地使用的多样性提供了无限可能。〔10〕重庆市的“地票交易”制度在市场机制的激励下巧妙地回避了非农建设用地的法律约束,寻求到了一种兼具农民和社会效益的宅基地流转模式。〔11〕此种宅基地产权交易政策有利于盘活农村闲置土地资源,实现城乡统一土地市场体系的构建,并且在很大程度上维护了农民的利益。〔12〕天津探索出完善的宅基地换房的宅基地使用权流转样板,不仅有效推动了城镇化进程,而且将零散的宅基地复垦,实现盘

〔6〕 参见刘凯湘:《法定租赁权对农村宅基地制度改革的意义与构想》,《法学论坛》2010年第1期,第37页。

〔7〕 参见王崇敏:《论我国宅基地使用权制度的现代化构造》,《法商研究》2014年第2期,第24页。

〔8〕 参见李凤章:《土地抵押融资法律困境和制度创新》,立信会计出版社2012年版,第76页。

〔9〕 参见胡建:《农村宅基地使用权有限抵押法律制度的构建与配罝》,《农业经济问题》2015年第4期,第38页。

〔10〕 参见萧华:《解冻之路——广东集体建设用地入市变革探寻》,《中国土地》2007年第4期,第6页。

〔11〕 参见周中举:《农村土地使用权实物交易和地票交易制度评析——以农村宅基地使用权为中心》,《经济体制改革》2011年第1期,第83页。

〔12〕 参见尹珂、肖轶:《农村土地“地票”交易制度绩效分析——以重庆城乡统筹试验区为例》,《农村经济》2011年第2期,第34页。

活低效用地的目标,这种模式也被上海、山东、北京等地广泛借鉴。^[13]

2018年中央一号文件在总结先前改革实践的基础上,对我国农村宅基地制度的完善作了全面部署,除了从宅基地权益保障和取得方式的完善层面力图解决“一户多宅”和“宅基地闲置”外,探索宅基地所有权、资格权、使用权“三权分置”的综合性安排,则是在现行法律制度框架下作出的重要突破。其盘活宅基地存量、开发宅基地经济利用潜力、加快构建城乡统一建设用地市场的政策目的显而易见,而其化解宅基地流转的制度困境、构建现代化的宅基地权利体系、强化宅基地使用权中经济利用权能的制度意蕴不言而喻。

问题在于,以土地管理法和物权法为核心、以国务院及其职能部门行政规范性文件为配套的现行宅基地规范体系中,对宅基地使用权取得的严格身份限制、宅基地流转的严令禁止和多样化利用制度保障的缺位,不仅使得已有授权试点之外的实践缺乏契合“物权法定”原则的法律依据,也导致各地关于宅基地经济利用的政策安排缺乏统一性。如在宅基地受让人的身份范围问题上,有的地方实践将其扩展到县(市)域范围内的村集体经济组织成员,如浏阳、溧源、伊宁等地。^[14]有的则拓展到同一乡(镇)、办事处辖区内符合宅基地申请资格条件的农村村民。^[15]而在农民将部分宅基地在一定期限内转让给社会主体后,社会主体宅基地使用权期限届满或权利消灭后,原农民能否回复转让后的宅基地使用权,实践中也不一致。^[16]因此,一方面,在党和国家领导下的宅基地改革对现行宅基地使用权制度已然作了实质性突破后,亟需借助土地管理法修订和民法典编纂中物权法修订的契机,正视并积极回应有关制度需求。另一方面,如何在总结各地实践的基础上,对宅基地使用权制度作出统一性安排,则是制度回应的更进一步的考量。

3. 宅基地使用权完整权能赋予及私权属性回归之制度核心

宅基地经济利用的强烈现实需求及其与宅基地社会保障功能间的矛盾冲突,源自于相关法律制定时宅基地使用权权能设置之极度缺憾。宅基地使用权的设立初衷,是解决我国农村地区农民群体建造并保有住宅及其他农用设施的用地需求。该项需求的满足突出体现了宅基地使用权的使用权能,而作为一项用益物权,私权意义上完整的宅基地使用权的另外一项权能还体现为通过利用宅基地获得经济利益的收益权能。但现行法律明文禁止宅基地对外流转,亦未允许其作为抵押权的标的,使得宅基地使用权的收益权能无法实现。宅基地闲置、“一户多宅”和隐形交易市场的存在,某种意义上生动反映了现有宅基地使用权制度对宅基地使用权收益权能的不当抑制。另一方面,受制于“房地一体”原则,农房和宅基地被捆绑在一起,农房对外买卖和抵押也遭遇制度困境。在此背景下,2015年8月,国务院发布《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,以下简称“两权抵押试点意见”),允许宅基地和农房一并抵押,是对这一困境的有力突破。可以说,近年来中央和地方开展的宅基地使用权制度改革和试点的政策目的,就是通过有计划的探索,实质性赋予和发挥宅基地使用权的收益权能。

[13] 参见杨成林:《天津市“宅基地换房示范小城镇”建设模式的有效性和可行性》,《中国土地科学》2013年第2期,第37页。

[14] 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145页。

[15] 参见云南大理之《大理市农村宅基地流转管理办法(试行)》第7条。

[16] 详见下文。

总体说来,以平衡宅基地使用权社会保障和经济价值利用冲突为现实考量的宅基地使用权的完整权能赋予,即宅基地使用权的私权属性回归,在制度构建的法制机理层面亟待突破:一是坚持和稳定宅基地使用权的社会福利性质及其社会保障功能,但立法理念与制度设计应积极回应宅基地“三权分置”中“保障宅基地农户资格权”的制度需求,以宅基地农户资格利益的落实和保障来实现宅基地的社会保障机能,而非一味着眼于宅基地流转的身份限制和区域限制,从而为宅基地使用权的收益权能谋求更大制度空间。二是以经济利用为核心的收益权能赋予,明确宅基地使用权人多样的经济效益实现途径,突破物权性利用的禁止,充分考虑债权性利用渠道。三是宅基地使用权私权属性的回归。宅基地使用权本属私权,但现行宅基地使用权制度设计中,行政权力对宅基地使用权的干预过多,物权法立法者则囿于此将物权法沦为附属,^[17]直接导致了宅基地使用权的公法化,影响了宅基地使用权作为一种私法上的物权的基本属性。淡化宅基地使用权的行政色彩,还原其作为用益物权的本性,是改革现行宅基地使用权制度的第一步,^[18]也是落实宅基地集体所有权、保障宅基地农户资格权、适度放活宅基地使用权乃至构建城乡统一建设用地市场的关键。

(二) 流转开禁目标下制度设计之难点与应对

1. 宅基地“三权分置”的制度意蕴及其法制实现路径

中共十八届三中全会及2018年中央一号文件在新形势下对宅基地利用作出的新安排,是在坚持农民集体土地公有制基础上为解决城市建设用地供地不足和现有宅基地闲置、“一户多宅”、经济利用不充分问题,回应宅基地经济利用现实需求而进行的战略性布局。其政策形式表达是以“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”为内容,但政策的意图是拟肯认宅基地及其上房屋已然流转的现实,进而从制度上推进宅基地的流转开禁,实现在宅基地经济价值利用基础上构建城乡统一建设用地市场的愿景。故而,新时代政策导向下宅基地“三权分置”的法制实现路径之重点与难点,应为宅基地使用权的制度改革和制度重构。

首先,是完整权能赋予下的宅基地所有权落实。宅基地所有权是农民集体土地所有权的权利形式之一,也是宅基地资格利益和宅基地物权性或债权性利用的权利依托。自物权的权利属性决定了宅基地所有权理应具有宅基地使用权或其他类型权利的全部权能,也是农民集体在宅基地使用权流转中扮演积极角色的正当性所在。和土地承包权、集体建设用地使用权一样,宅基地使用权是在集体土地上设置的他物权,现行宅基地使用权制度使得作为集体土地所有权的主体只承受或容忍了所有权受限制的结果,表层看是宅基地所有权的处分权能受限,但剖析之,以宅基地及其上权利为客体的收益权能阙如,是宅基地所有权权能残缺不全的关键表现。落实宅基地所有权,就是要在赋予更丰富的宅基地所有权之处分权的基础上,增加农民集体的宅基地收益权。丰富扩充农民集体对宅基地的处分权,除了完善宅基地分配和有条件收回、退出制度外,还要充实农民集体在宅基地流转中的角色定位。一般来说,宅基地流转或经济性利用需要向农民集体报备并征得其同意后方可进

[17] 物权法第153条规定:“宅基地使用权的取得、行使和转让,适用土地管理法等法律和国家有关规定。”

[18] 参见高圣平:《宅基地性质再认识》,《中国土地》2010年第1期,第24页。

行, 现有实践也是如此操作。^[19] 考虑到目前宅基地流转仍处于总结试点和推广阶段, 宜坚持宅基地的流转应取得农民集体的同意并作备案登记, 日后再继续完善宅基地流转审批的法定和任意条件、民主程序、复议渠道等。此外, 宅基地流转期限届满或权利消灭后农民集体放弃行使优先回购权, 也是宅基地处分权能的体现。增加农民集体的宅基地收益权, 即农民集体可以选择主动作为宅基地流转的出让人参与宅基地流转并获得经济收益,^[20] 也可以在农民利用和流转宅基地过程中收取宅基地使用费或提取其他收益, 如农民超过法定面积使用宅基地应向农民集体交纳费用、宅基地抵押权实现时农民集体参与利益分配, 以及社会主体参与的宅基地经营性利用过程中农民集体收取土地使用费用^[21] 等。

其次, 是以农民集体成员权整体构造为思路的宅基地农户资格权益保障。宅基地“三权分置”与农地“三权分置”在化解宅基地使用权和土地承包经营权的取得身份资格与流转需求间的矛盾上, 具有相同的政策目的, 且在权利构造上具有形式上的相似性。虽然关于土地承包权和土地经营权的权利属性尚存争议, 但是关于土地承包权内涵之成员权属性应可述明。^[22] 由于宅基地“三权分置”明确使用了“资格权”的表述,^[23] 使得其集体成员权属性更易达成共识。^[24] 无论是从农地制度改革的协同性还是农地权利体系的协调性考虑, 都宜将土地承包权和“宅基地资格权”界定为农民集体成员权。无论是土地承包权还是“宅基地资格权”, 其成员权属性的重要意义不在于其解决了“三权分置”中“一物一权”“房地一体”原则的理论困境, 而是真正成为了承包地和宅基地流转中的“压舱石”, 在坚持承包地和宅基地的社会保障功能的基础上实现了与经济利用功能的兼顾。此外, 不同于现有研究认为“宅基地资格权”是从宅基地使用权中派生出来^[25] 或“资格权”糅合了“宅基地分配资格”和“宅基地使用权”两部分内容^[26] 的观点, 笔者认为, 其派生路径是“农民集体所有权——农民集体成员权——土地承包权/宅基地资格权”, 即“宅基地资格权”是一种纯粹的农民集体成员权。保障“宅基地资格权”, 其根本是尽快实现农民集体成员权立法, 其关键是在宅基地使用权的得丧变更中对宅基地农户资格权的区别对待和

[19] 根据农民集体的组织形态不同, 各地规定的报备对象也不相同。如浙江德清之《德清县农村宅基地管理办法(试行)》(德政发〔2018〕31号)第33条规定, 宅基地抵押、出租、转让需经村股份经济合作社同意; 前引〔15〕, 《大理市农村宅基地流转管理办法(试行)》第3条则规定, 宅基地流转应经集体经济组织(村民小组)同意; 浙江义乌之《义乌市农村宅基地使用权转让细则(试行)》(义委办发〔2016〕103号)第7条则规定需经村民代表会议同意。

[20] 如义乌市允许通过拍卖或转让等方式获得的宅基地有偿使用费, 按《义乌市农村集体经济组织宅基地收益分配管理指导意见》用以村内基础设施、农田水利建设等公益事业。参见《义乌市农村宅基地使用权转让细则(试行)》(前引〔19〕)第16条第2款、《义乌市农村更新改造实施细则(试行)》第25条。

[21] 如前引〔19〕, 《义乌市农村宅基地使用权转让细则(试行)》第16条规定: “跨集体经济组织转让的, 受让人应与村级组织签订宅基地有偿使用合同, 并按不低于农村宅基地基准地价的20%一次性缴纳土地所有权收益。”

[22] 参见陈小君: 《我国农民集体成员权的立法抉择》, 《清华法学》2017年第2期, 第52页以下。

[23] 笔者认为, 有关政策文件中“宅基地资格权”的表述, 应理解为成员资格身份或利益, 其为农民集体成员权的权能体现和权利内容。为行文达意, 本文部分表述采“宅基地成员资格”“宅基地资格权”, 其与宅基地之成员资格身份或利益同义。

[24] 参见程秀建: 《宅基地资格权的权属定位与法律制度供给》, 《政治与法律》2018年第8期, 第29页; 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, 第68页; 前引〔14〕, 宋志红文, 第150页。

[25] 前引〔24〕, 李凤章等文, 第70页。

[26] 前引〔14〕, 宋志红文, 第150页。

实现。对于前者,在我国尚无集体成员权立法而民法总则亦未在农村集体经济组织部分作出相应规定的背景下,最优路径当是将农民集体成员权制度置于农民集体所有权中展开。^[27]这便是政策中论及的土地承包权和“宅基地资格权”具体演绎成法制的基础。对于后者,则主要表现在宅基地分配权、费用豁免权和优先受让权,以及在宅基地流转期限届满后附条件的宅基地使用权回复等方面。

最后,是以宅基地流转开禁为目的的宅基地使用权适度放活。关于宅基地使用权的性质,因其采用了和物权法中作为用益物权的“宅基地使用权”相同的表述,使得学界认为宅基地“三权分置”的表述并不科学,^[28]而对宅基地使用权的性质及其权能也存在争议。^[29]笔者认为,就宅基地“三权分置”而言,在将“宅基地资格权”定性为成员权的基础上,将宅基地使用权定性为用益物权,不仅与现行法律体系中关于宅基地使用权的命名和性质保持一致,还有益于农地权利体系的科学构建,有利于实践中土地经营权融资的可操作性。宅基地使用权的放活,言即适度放开宅基地流转的地域和身份限制,允许农民集体或农民将宅基地使用权面向社会主体流转,社会主体获得的此种权利不同于通过租赁、继承、抵押、地上房屋买卖而获得的权利,乃是现行物权法中所指的用益物权(宅基地使用权)。需要注意的是,针对这部分流转的宅基地,现有改革试验中是直接将其登记为集体建设用地使用权,^[30]但这种登记和物权法中“宅基地使用权”和“建设用地使用权”分离的规定不合,且无法标识因宅基地使用权流转而产生的后续权利,在后续权利灭失或期限届满时可能会对权利归属的判断造成阻碍,更会产生宅基地流失、侵占耕地的风险。笔者认为,在不动产统一登记的背景下,对宅基地适度放活流转后形成的宅基地使用权,仍应将其登记为宅基地使用权,并在不动产权证书“权利其他情况/其他”一栏备注权利的流转情况,从而为宅基地使用权流转后的管理、宅基地使用权成员资格的保障和行使提供公示基础。尤为重要的是,抛开被放活后的宅基地使用权的性质之争,应当意识到,在2018年中央一号文件关于宅基地的政策安排中,宅基地“三权分置”仅是其中一部分,“完善农民闲置宅基地和闲置农房政策”“保障宅基地农户资格权和农民房屋财产权”“不得违规违法买卖宅基地”等也是同等重要的内容,其制度意蕴归根结底还是在稳定宅基地社会保障功能基础上探寻宅基地多样化的经济利用,目的是在宅基地上建立以“所有权+成员资格+用益物权+债权”为主的综合性权利束,从而真正实现对宅基地经济价值的多样利用,这才是对此次宅基地使用权制度“放活”的理性解读。

[27] 陈小君:《我国涉农民事权利民法典物权编之思考》,《广东社会科学》2018年第1期,第221页。

[28] 前引[14],宋志红文,第150页。

[29] 如有学者认为分置后的宅基地使用权是原宅基地使用权下的地上权,参见韩立达等:《农村宅基地“三权分置”:内在要求、权利性质与实现形式》,《农业经济问题》2018年第7期,第41页;徐忠国等:《农村宅基地三权分置的经济解释与法理演绎》,《中国土地科学》2018年第8期,第16页。宋志红认为其应该是宅基地租赁权和宅基地经营权的统称。参见前引[14],宋志红文,第150页。温世扬、梅维佳认为,“三权分置”后的“宅基地使用权”是一个去身份化的权利,是将“农户资格权”剥离之后的财产性权利。参见温世扬、梅维佳:《宅基地“三权分置”的法律意蕴与制度实现》,《法学》2018年第9期,第55页。

[30] 如在四川泸县,根据农民自愿和申请,将宅基地或结余的宅基地按规划调整为集体经营性建设用地,自建、出租、联建、入股或共建共享经营性项目。参见《泸县农村宅基地共建共享暨综合开发的指导意见(试行)》(泸县府办发〔2017〕188号)第8条。

2. “房地一体”原则下的法定租赁权的体系化构建

宅基地“三权分置”虽为宅基地使用权的流转提供了政策空间，但长期困扰我国宅基地经济利用的另一难题并未解决，即宅基地使用权身份属性下“房地一体”原则的实现问题。我国在土地使用权与建筑物所有权的关系上采用了“房地一体”原则。^[31]作为不动产的农房在买卖、抵押时因宅基地使用权取得的身份限制及“一户一宅”“面积法定”原则的制约，权利人对农房的权利无法直接延及农房所在宅基地。当作为土地所有者的农民集体与作为土地使用者的农民个体都存有各自经济利益、双方又均无理由放弃对这种利益的追求时，协调“房地一体”原则在宅基地使用权制度中的适用，宅基地的有偿使用制度应是现有研究的突破点。目前，学界关于宅基地有偿使用制度形成了四种主要观点。一是国有/集体土地使用权说。即受让人或权利人没有宅基地使用权继受资格时，该宅基地使用权转变为国有土地使用权^[32]或集体土地使用权^[33]。二是地上权说。即当抵押住房出卖给他人时，宅基地使用权本身不随之让与，住房所有权人取得法定或约定地上权。^[34]三是地役权说。认为当抵押住房与宅基地使用权的主体发生分离时，受让人就宅基地取得地役权，宅基地为供役不动产，住房为需役不动产。^[35]四是（法定）租赁权说，于现有研究成果中呈多数。^[36]该观点认为可以通过在宅基地上设置租赁权或交纳使用费的方式，解决宅基地的流转或身份问题。

笔者认为，宅基地上权利清晰和谐是宅基地经济利用的前提。在宅基地上既存宅基地所有权（自物权）、宅基地成员资格（成员权）、宅基地使用权（他物权）的基础上，不宜再引入物权性利用的思路构建宅基地的有偿使用制度。物权性利用思路的逻辑困境在于，“一物一权”原则限制下必须为该种物权性利用寻求权利利用形态：一来将所有有偿使用形式均纳入宅基地使用权下，无疑会使得非农人口和其他农民集体的村民侵入，使得本农民集体成员在权利形态上与非本农民集体成员无异，最终会压缩本农民集体及其成员用于实现社会保障功能之宅基地使用权的空间；二来无论是何种宅基地使用权之外的物权形态（如国有/集体土地使用权、集体建设用地使用权、地役权等），均会涉及原有宅基地变性问题，此种变性会带来宅基地面积缩减、侵蚀耕地、集体成员居住权无法保障等风险；再者，破除宅基地“房地一体”原则困境的终极目的仅在于理顺宅基地上房屋及其他建筑物所有

[31] 参见《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第23条、第24条、第28条、第32条；担保法第36条；城市房地产管理法第32条；《城市房地产抵押管理办法》第4条；物权法第146条、第147条等。

[32] 参见赵俊臣：《农民财产权抵押方案如何设计》，《决策》2014年第4期，第38页。

[33] 参见叶兴庆：《准确把握赋予农民更多财产权利的政策含义与实现路径》，《农村经济》2014年第2期，第5页。

[34] 参见王卫国、朱庆育：《宅基地如何进入市场？——以画家村房屋买卖案为切入点》，《政法论坛》2014年第3期，第92页；汤文平：《宅基地上私权处分的路径设计》，《北方法学》2010年第6期，第146页；前引〔9〕，胡建文，第41页。

[35] 参见冯张美：《地役权于农村房屋买卖之可行性研究》，《法治研究》2011年第1期，第58页。

[36] 参见高圣平：《宅基地制度改革试点的法律逻辑》，《烟台大学学报（哲学社会科学版）》2015年第3期，第23页；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”原则的排除适用》，《吉林大学社会科学学报》2014年第4期，第44页；陈小君：《我国农村土地法律制度变革的思路与框架——党的十八届三中全会〈决定〉相关内容解读》，《法学研究》2014年第4期，第13页；前引〔27〕，陈小君文，第230页；前引〔6〕，刘凯湘文，第36页；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”》，《政治与法律》2005年第5期，第34页；房绍坤：《农民住房抵押之制度设计》，《法学家》2015年第6期，第23页。

权人和宅基地所有权人之间的土地利用关系,以顺利实现宅基地使用权人以外的权利主体对宅基地上房屋及其他建筑物的所有权,该种所有权的实现以在他人土地上保有不动产为手段,不需亦不应赋予该种利用以物权的对世性。另一方面,虽然不宜引入新的物权性权利,因“房地一体”原则下的宅基地有偿利用制度随着宅基地上房屋及其他建筑物所有权的转移,在特定条件下自然成就,其权利义务内容及期限并不基于权利双方的意思表示而是基于法律规定,该种利用关系亦非一般的债权性利用即可涵盖。因此,为了充分保障各种权利人在宅基地上权利的实现,具有物权化性质的宅基地法定租赁权是较适宜的权利形态。

所谓宅基地法定租赁权,是指权利主体在特定条件下因继承、抵押权实现、买卖等方式获得宅基地上房屋及建筑物,但其无法获得宅基地使用权时,依照法律规定享有的在一定期限内有偿使用宅基地的权利。宅基地法定租赁权的内核在于“法定”和“租赁”。“法定”即该权利的取得并非依赖其他权利人的意思且权利内容法定、期限法定;“租赁”则反映了该种权利并非物权性而是债权性利用,只是该种债权性利用因“法定”产生了物权化效应。宅基地法定租赁权的设置,一方面可以促进宅基地的有效利用,增加农村住宅闲置成本,促使村民将多占用的宅基地早日交回集体;另一方面也可保障农民集体成员使用宅基地的公平性,在房屋出让人(原宅基地使用权人)、农民集体(宅基地所有权人)之间建立一种利益分配机制;同时还为农村房屋买卖、抵押的实现提供了制度依托,有效保障了农民房屋财产权。

3. 宅基地流转的法制机理与规制路径

在宅基地流转法制机理中融入照应宅基地特殊性而形成的规制规则,构成了宅基地流转的法制机理和规制路径在制度设计上的一致性,主要表现在以下三个方面:

一是对宅基地社会保障功能目的的坚守及宅基地取得的资格身份在流转开禁制度设计中的融入和实现。社会保障功能的坚守,在耕地保护、节约集约用地和“增减挂钩”的农村用地政策背景下,必须强调对宅基地流转过程中的用途管制。这就要求流转需要事先征得农民集体和乡(镇)人民政府的同意,并根据流转用途决定是否批准。同时,在超出法定用途利用宅基地或有其他危及用地安全的情形时,应赋予农民集体收回宅基地的权利。成员权中的取得宅基地的资格,有效解决了宅基地流转过程中农民居住权和基于集体成员身份对宅基地享受的资格与使用权的协调问题,既为宅基地的流转开禁创造了条件,也有效实现了宅基地的社会保障功能,是宅基地社会保障功能和经济利用功能的连接点。由此,宅基地成员资格的有无也决定了宅基地利用之权利形态的不同。如因继承、宅基地上房屋买卖、抵押等方式获得宅基地上房屋所有权时,有无宅基地成员资格决定了其是继承宅基地使用权并无偿使用宅基地还是仅可获得对宅基地的法定租赁权并须支付使用费。同时,宅基地成员资格还是在宅基地流转过程中农民集体成员参与民主管理、利益分配、行使优先购买权的权利基础。因此,在农民集体成员权的务实构建下对宅基地成员资格的具体落实,应是宅基地制度重构的核心内容。

二是以宅基地经济利用为目标的多样化权利构造。多样化的权利形态,是宅基地得以流转的基础和权利保障,也是在稳定宅基地社会保障功能的基础上实现经济价值利用的途径。整体梳理来看,以宅基地上完整权能赋予且照应现实中宅基地多样化利用现实为思路构建的宅基地上权利束,包括宅基地所有权、宅基地成员资格(成员权)、宅基地使用权

(用益物权)、租赁权(债权)、宅基地法定租赁权(物权化债权)等,当然还有抵押权等担保物权。这些权利中,宅基地所有权是基础性权利,由此产生的农民集体对宅基地流转的监管是宅基地所有权的处分权能的体现,同时基于所有权的收益权能,农民集体也理所当然可以作为流转主体参与流转并获得收益。宅基地成员资格和宅基地使用权互相依附并可能在宅基地流转中互相限制,二者关系的协调是制度构建之重点。以租赁为主的宅基地债权性利用,在不影响宅基地的社会保障功能发挥的前提下不应受到过多干预。宅基地法定租赁权则是宅基地上房屋转让流转时“地随房走”中需要创设的节点性权利,对于突破现存所谓宅基地流转困境甚为重要。

三是宅基地流转过程中的交易安全保障。宅基地流转开禁预示着宅基地作为一项财富得以进入产权交易市场,这也是我国构建统一建设用地市场的前提。无论是从农村用地安全和宅基地社会保障功能考虑,还是从公平市场交易的一般需求出发,都应强调与宅基地流转交易安全关联的制度设计。首先应强调宅基地流转的要式性,即采取书面形式流转的基本要求。其次应设定宅基地流转的法定程序,即权利主体申请、农民集体同意、乡(镇)政府审批。最后是完善宅基地流转过程中的统一登记制度。对宅基地使用权、宅基地抵押权采登记生效主义;随房租赁所生宅基地租赁因其是债权性利用,可以不作登记;宅基地法定租赁权的获得虽然是依法律而得,但出于对该项权利的标识以及方便再次交易考虑,宜将其纳入登记范围,并将权利证书作为交易的要件之一。

(三) 依托物权法修订的体系化构建之突破

我国现行宅基地使用权的规范体系,是由物权法和土地管理法规定其主要框架内容,辅以其他法律、行政法规和部门政策性文件补充实施细节的公私属性兼具的规范群。横跨公私法且要点分散的规范体系,使得宅基地使用权难以呈现出一套清晰统一的法逻辑架构,而即便是归集所有分散的规范,也无法覆盖宅基地使用权制度的全部应然内容。适逢土地管理法和物权法同时投入修正或编纂,宅基地使用权制度亦获修缮契机,而具体立法思路及内容安排,仍有辨明之必要。

1. 宅基地使用权的私权属性决定了其物权编归属

完善宅基地使用权制度的现实需求和迫切性已成共识,关键问题之一是如何平衡土地管理法与物权法之间的条款分配。笔者认为,从土地管理法和物权法的立法目的和规制对象来看,土地管理法是着眼于土地管理,对宅基地利用过程中关乎土地性质、公共秩序、耕地保护、土地整治规划等事项予以规制之规范,而物权法则是以宅基地使用权之赋权、行权、济权为思路及目的的规范。这也就可以解释为何物权法“宅基地使用权”一章仅规定了宅基地的权利内容(第152条)、取得行使和转让的引致规定(第153条)、权利消灭(第154条)、公示制度(第155条),而住宅用宅基地的审批、面积法定、出卖出租住房后再申请等事项,则由土地管理法规定。^[37]因而,相较于土地管理法规范的宅基地管理利用关系,因宅基地使用权而产生的一系列私法关系,理应由物权法予以规范。

2007年物权法仅规定了宅基地使用权的主要内容,并通过第153条实现与土地管理法的“共治”。考察立法意图,该条是连接以土地管理法为首的有关公法规范和宅基地使用权

[37] 参见土地管理法第62条。

制度的转致条款，也是平衡公法管制和私法自治的桥梁。该项援引是为应对我国幅员辽阔、各地社会经济发展不均衡且情况不一的现实，试图实现物权法观念与其他相关法律和规定的衔接，逐步构建一个较为完善而又能符合各地实情的宅基地使用权的取得、行使和转让的法律制度体系。^[38]但是，从物权法定原则出发，宅基地使用权的得丧变更事项宜由法律明确规定。从土地管理法的第二次修改情况来看，其对“一户一宅”“面积法定”“审核批准”“有偿退出”等事项作出规定，^[39]但这些内容偏向于对宅基地使用权的限制而非权利设定，无法支撑宅基地使用权得丧变更的丰富内容。若交由更为细化的国务院规范性文件、地方性法规和地方政府规范性文件来规定，一则有违物权法定原则，二则使宅基地使用权制度在统一法域内规范不一，最终构成架空基本法律之危险。鉴于此，宅基地使用权的私权属性决定了民法典物权编之“用益物权”部分是其具体展开的归属所在，而从土地管理法和物权法的制度分工以及“物权法定”原则的规范需求来看，民法典物权编关于宅基地使用权之得丧变更的有关规定应当力求丰满并涵盖该项制度的全部内容。

2. “得丧变更”的制度设计路线是宅基地使用权入物权编的基本遵循

一项民事权利的完整表述应包括得丧变更四项基本内容，相比土地承包经营权、建设用地使用权、地役权三类用益物权，物权法中宅基地使用权的内容堪称孱弱，得丧变更的关键内容更是援引其他规范而无原则地放弃了基本民事法律对宅基地使用权的“主权”。一方面，民法典的编纂者应当意识到，完整的宅基地使用权制度是物权法修订以及民法典编纂的任务，偏离物权法中宅基地使用权制度和土地管理法中宅基地管理制度的定位，将宅基地使用权制度的完善寄希望于土地管理法的制定者，最终会使得我国的宅基地使用权制度踏步不前而与现实需求的差距进一步拉大。另一方面，现行制度中宅基地使用权制度的缺憾成为宅基地管理和利用现实困境的根源，当下的民法典编纂者不应再对强烈的现实需求视而不见。此外，在我国大力推动农村土地制度改革的背景下，尤其是在各项以完善现制为目的的制度创新与实践已显实效的背景下，将相关政策法律化正当其时。

因此，参照民事权利入法的一般规律，结合我国宅基地使用权制度的现实需求及实践基础，民法典物权编应当以宅基地使用权的得丧变更为主线，兼顾宅基地使用权的物权属性和社会保障功能目的，重点应放在宅基地“三权分置”政策背景下宅基地所有权的完整权能赋予和宅基地成员资格保障及宅基地使用权的实现路径上，并通过宅基地法定租赁权制度，解决宅基地使用权转让、抵押、收回和继承等热点和难点问题，在宅基地使用权制度改革进程中顺势而为、乘势而上。

二、宅基地使用权取得规则的明晰

宅基地使用权的取得是整个制度的入口，其设计科学、精确与否，直接影响宅基地使

[38] 参见陈小君、蒋省三：《宅基地使用权制度：规范解析、实践挑战及其立法回应》，《管理世界》2010年第10期，第3页。

[39] 参见2018年5月2日“司法部办公厅关于征求对土地管理法（修正案草案）（第二次征求意见稿）意见的函”之附件2《土地管理法（修正案草案）（第二次征求意见稿）》第62条。

用权制度的实施效果。^[40]考察我国当下实际,目前村民取得宅基地使用权的方式主要是通过分配房屋、继承房屋、购买或赠与房屋以及通过申请、审批而取得,其中继承是主要的取得方式(69.9%),不同地域宅基地使用权的取得方式亦有差别。^[41]在宅基地使用权取得方式多元化尤其是宅基地“三权分置”政策背景下,明确宅基地使用权取得的实体和程序要件,细化保障村民居住权的宅基地申请和重新分配规则,以及照应宅基地流转现实中不同权利之间的转化机制,是宅基地使用权取得规则构建的要点。

(一) 宅基地使用权取得条件之坚守与照应现实需求的权利分野

宅基地所有权的农民集体所有和其社会保障功能,决定了宅基地使用权在取得条件上必须以成员身份作为分配标准并贯彻“一户一宅”“面积法定”“无偿使用”原则,同时承认多样的权利利用形式,照应不符合取得条件者对宅基地的利用需求。

第一,对宅基地使用权取得之身份属性即成员资格的坚守。有学者主张,在解释上法律并未限定宅基地使用权人的身份,宅基地使用权人是否应限定为集体经济组织成员,应由集体经济组织自主决定而不应由法律规定。^[42]笔者认为,其一,鉴于宅基地的农民集体所有,尤其是我国仍处于城市化进程中,宅基地仍是多数农民的安身立命之所和农民集体成员最重要之福利,宅基地使用权的取得与维持时的身份属性不能彻底废除。其二,即便宅基地“三权分置”政策以及改革实践已将宅基地使用权的取得拓展到本集体成员之外,但是这种通过转让获得的宅基地使用权已经脱离了福利色彩与社会保障功能,没有使其权利无期限并无偿之理由,在权能上自然也不同于村民基于宅基地成员资格而获得的宅基地用益物权。其三,宅基地使用权取得的成员身份属性(资格)也是用益物权性质的宅基地使用权构建的前提和基石,亦是理解的坚守宅基地使用权的身份属性之全部内涵。

第二,对“一户一宅”“面积法定”“无偿使用”原则的坚守。农民集体成员基于宅基地成员资格取得的宅基地使用权,本质上是以实现社会保障功能为目的的住宅用地,也是我国宅基地使用权的主要类型,自当延续严格的管制政策。首先,“一户一宅”原则和“面积法定”原则是土地管理法第62条确立的宅基地使用权取得的两大基本原则,其重要制度价值在于实现节约集约用地、保护有限土地资源和粮食生产安全,必须予以坚持并在私法层面体现。其次,坚持农民集体成员宅基地使用权的无偿取得,符合广大农村的实际。宅基地使用权的无偿取得和使用权的永久性,表明宅基地的划拨具有福利性和社会保障功能。在我国目前农村社会保障体系尚未建立、宅基地制度和法律不健全的情况下,宅基地的福利保障功能对农村社会的稳定具有极其重要的作用。^[43]而对于主张宅基地无偿长期使用会导致宅基地闲置的观点,^[44]笔者认为,宅基地闲置的关键成因在于宅基地缺少有效多元的流转途

[40] 参见前引〔38〕,陈小君等文,第10页。

[41] 参见余敬等:《实然与应然之间:我国宅基地使用权制度完善进路——基于12省30个村庄的调研》,《农业经济问题》2018年第1期,第47页。

[42] 参见前引〔18〕,高圣平文,第21页。

[43] 参见李翔、徐茂波:《〈物权法〉不应限制宅基地流转》,《中国土地》2006年第2期,第42页。

[44] 参见侯清香:《城镇化背景下农村宅基地问题之研究》,《山西财经大学学报》2011年第3期,第257页;黄健元、梁皓:《农村宅基地退出制度的源起、现实困境及路径选择》,《青海社会科学》2017年第6期,第132页;李川等:《农村宅基地使用制度改革研究进展及展望》,《中国农业资源与区划》2017年第1期,第74页。

径,一旦宅基地流转开禁后进入市场,宅基地的经济利用自然会形成激励机制,尤其是在我国农民出村、本地工业化、农外就业、工资性收入居于支配地位、农业发展方式转变等因素作用下,宅基地有偿使用的比例会逐渐增多,宅基地的经济效益亦可凸显,其社保功能也不至于弱化。

第三,宅基地取得条件坚守下的权利分野。因宅基地取得的身份属性即福利色彩以及“一户一宅”“面积法定”原则的限制,若权利人无资格获得宅基地使用权,应考虑基于“房地一体”的基础原理,变通转化为其他内容或性质的权利,以保障和实现权利人对宅基地的利用。首先,在宅基地上房屋发生继承时,若继承人不属于农民集体成员或已拥有宅基地或超过法定面积,则其仅可获得宅基地法定租赁权且必须支付宅基地有偿使用费;若继承的房屋及宅基地可划分为多个权利客体,则可分别获得宅基地使用权及宅基地法定租赁权。重庆市大足区进行的实践,便是对通过继承等方式拥有一户多宅或非本农村集体经济组织成员继承房屋而又不愿主动退出宅基地的,按年收取宅基地有偿使用费。^[45]显然,此种有偿利用的权利基础并非宅基地使用权,而是代之以其他类型权利。需要注意的是,虽然早在2008年国土资源部已经允许对以继承方式获得的房屋进行宅基地使用权登记,^[46]但在我国不动产统一登记和宅基地确权登记的背景下,不应当对继承农村房屋但不符合宅基地使用权条件的农村村民一律登记为宅基地使用权,而应区分宅基地使用权和宅基地法定租赁权,严守宅基地使用权的取得条件,以便于日后管理,且有益于对多元方式流转的甄别和保证法权的清晰。其次,在宅基地上房屋买卖、宅基地抵押权实现时,权利人若不符合取得宅基地使用权的条件,同样应参照宅基地继承的做法,进行宅基地法定租赁权登记并支付有偿使用费。最后,秉承鼓励流转、在不损害宅基地所有权并落实宅基地成员资格的前提下,若宅基地使用权或抵押权、房屋所有权等其他物权性权利无法实现时,应保护权利人对宅基地利用的基本状态与合法利益,肯认其对宅基地的债权性利用即租赁权。从我国有关宅基地使用权的改革实践来看,是存在这种制度空间的,^[47]但是如何保持与其他权利平衡协调,保证农民集体和地方政府对宅基地利用的管控,则有待实践中具体完善。

(二) 宅基地的申请与重新分配

从宅基地成员资格的应然权能来看,应当赋予村民申请宅基地的权利,且在特殊条件下,为了落实宅基地成员资格、保障村民居住权,农民集体有义务适时重新分配宅基地。关于宅基地的申请和审批,物权法、土地管理法并未作明确规定,但是在地方有关宅基地的管理办法中,这一内容基本上是必备章节,物权编应吸收其中之优秀实践,并在具体条文表述上采取例示法即“列举+一般”的方式,以照应不同地方的经济社会差异。

宅基地申请制度,包括申请主体、申请条件和申请程序等内容。关于申请主体,现行

[45] 参见《重庆市大足区农村宅基地管理办法(试行)》(大足府发〔2018〕33号)第三章“有偿使用”部分第17条。

[46] 2008年7月《国土资源部关于进一步加快宅基地使用权登记发证工作的通知》(国土资发〔2008〕146号)“三、明确政策,依法登记”部分明确指出:“除继承外,农村村民申请第二宗宅基地使用权登记的,不予受理。”

[47] 已有地方允许宅基地使用权和地上建筑物一同出租。参见前引〔15〕,《大理市农村宅基地流转管理办法(试行)》第8条。

规范并无统一规定，地方施行办法大多数使用“农村村民申请宅基地”等类似表述，^[48]也有部分地方明确规定“户”有权向农民集体申请宅基地。^[49]笔者认为，应当将“户”作为宅基地使用权的申请主体。理由有三：一是基于“一户一宅”原则，宅基地使用权的申请条件是建立在“一户一宅”原则基础上的，无论是宅基地面积无法满足户内成员居住需求，还是分家后成立新户另行申请宅基地，均是以“户”为单位作为宅基地的需求主体。二是在民法总则已肯定完善农村承包经营户制度且地方宅基地管理办法对“户”的界定已经有较为明确且细化可行的规定^[50]的基础上，将“户”作为宅基地使用权主体，并不存在现实障碍。三是将“户”作为宅基地使用权的申请主体，也不排除兼顾保护每个农民集体成员在欲成立“户”的前提下申请宅基地使用权的权利。关于申请条件，应当明确其积极条件和消极条件。积极条件一般包括无住房或符合分户条件需要重新申请宅基地、原有宅基地面积未达到法定标准、因排危避险需要搬迁、参加旧村改造且自愿拆除或者交回现有住宅等，对于其具体细节民法典物权编不宜作过于细化之规定，而宜交由地方结合实际具体化。消极条件是宅基地管理和利用的原则和底线，一般包括宅基地选址不符合土地利用总体规划和城乡规划、出卖出租或者以其他形式转让宅基地上住宅等情形。关于宅基地申请的程序，可以纳入宅基地管理与审批的一般程序，下文将详述。

宅基地的重新分配，是农民集体作为宅基地所有权人主动落实宅基地成员资格利益的义务和途径。物权法第154条规定：“宅基地因自然灾害等原因灭失的，宅基地使用权消灭。对失去宅基地的村民，应当重新分配宅基地。”该条明确了宅基地因自然灾害等原因灭失是重新分配宅基地的法定情形，但并未对除宅基地因自然灾害原因灭失之外的其他合理情形灭失的情况作出明文规定。宅基地被征收、因公益目的被农民集体收回、人才引进、华侨回乡定居等其他情形亦非罕见，农民集体也应就此形成集体意志加以照应，将其列入重新分配的情形中具合理性。^[51]

（三）宅基地使用权取得的法定程序

为贯彻落实宅基地使用权取得的身份（资格）属性和“一户一宅”“面积法定”原则，尤其是在宅基地“三权分置”背景下对宅基地统一管理以及流转规范的需要，必须对宅基地使用权的取得程序进行法定化构造。宅基地使用权取得的法定程序，主要包括申请、审批和登记三个部分，其中审批和登记程序应当结合我国乡村振兴战略实际进行更新重构。

1. 明确农民集体的同意权并对审批权进行下放

现行关于宅基地申请审批的规定见于土地管理法第62条第3款，其将村民住宅用地的审批权分为乡（镇）人民政府审核、县级人民政府批准两个部分，同时涉及占用农用地的，依照土地管理法第44条的规定办理审批手续。这就存在两个问题，一是未照应作为宅基地

[48] 参见安徽休宁之《休宁县农村宅基地管理办法（试行）》第16条、北京顺义之《顺义区农村宅基地管理办法（试行）》（顺政发〔2016〕29号）第7条、云南玉溪之《玉溪市宅基地管理办法（试行）》（玉政发〔2017〕53号）第13条、浙江嵊泗之《嵊泗县农村宅基地审批管理办法（试行）》（嵊政发〔2017〕26号）第7条等。

[49] 参见前引〔45〕，《重庆市大足区农村宅基地管理办法（试行）》第9条。

[50] 参见前引〔45〕，《重庆市大足区农村宅基地管理办法（试行）》第8条第2款；前引〔48〕，《嵊泗县农村宅基地审批管理办法（试行）》第8条、第10条。

[51] 前引〔27〕，陈小君文，第229页。

使用权主体的农民集体在宅基地分配和流转中的相应权利，二是在强调宅基地使用权制度改革尤其是加快流转的背景下，审批层级未适度下放。

对于第一个问题，从法理上讲，所有权人知晓并决定权利客体的处理所应当，且无论是从党的十九大报告还是2018年中央一号文件中，都可以看出党和国家高度重视农民集体在落实乡村振兴战略中的主体作用，而由农民集体对集体事务进行管理时的意思表示形成过程，也是组织实践基层民主的过程，与2018年一号文件关于“深化村民自治实践”的有关内容深度契合。虽然土地管理法及物权法并未明确农民集体在宅基地审批程序中的参与权，但考察近年来各地实践及宅基地立法，均明确村民申请宅基地的，应当首先向村级集体经济组织提出申请，经由村（居）民会议或者村（居）民代表会议审议并将审议结果予以公示后，再行呈交乡（镇）人民政府。^[52]而在提交给乡（镇）人民政府的法定文件中，《村民小组会议关于同意申请用地建房的会议记录》也是要求的内容。^[53]因此，农民集体的同意应当成为依申请获得宅基地使用权的法定条件，而在其他取得途径中如未来依照宅基地“三权分置”政策获得的宅基地使用权，也应强调农民集体的同意权，即便是通过继承获得的宅基地使用权，农民集体对其进行审核并签署相关文件，也应当是该种权利登记或确认的法定程序。

对于第二个问题，现行宅基地审批制度根据宅基地占地的性质分为两套不同的程序。对于占用非农用地建造住宅的，由乡（镇）人民政府审核，由县级人民政府批准。占用农用地的，又分为规划内和规划外两种，规划内的由规划机关和市、县人民政府批准，规划外的则由省、自治区、直辖市人民政府批准。该种安排已然与我国宅基地使用制度的运行现状和改革的实际相脱节。对于占用非农用地的，现有审批层级过高，不符合简政放权、放管结合的行政审批改革精神，且其负面效应凸显：一是在县级以上人民政府统筹审批的背景下，绝大部分地方并未严格执行宅基地计划指标，而是将其用于城镇建设用地和工业用地；二是漫长复杂的审批程序与农民建房随时性和零散性的特征不相适应，也使得边报边建、未批先用、乱占滥用等现象时有发生；三是过于集中的审批权也弱化了基层国土所及村民自治组织在宅基地审批和管理中的作用。^[54]再者，我国幅员辽阔，人口分布不均，县级行政辖区面积差异较大，将宅基地使用权审批权适当下放到乡（镇）人民政府，将极大方便群众办理宅基地审批事宜，也是政府简政放权的有力举措。鉴于此，国家层面的试点工作已经区分使用存量建设用地和新增建设用地的不同情形，分别下放至乡（镇）人民政府和县级人民政府审批。^[55]值得注意的是，在不突破现行规定的基础上，地方实践中有采取县人民政府委托的形式，直接将审批权限下放到乡（镇）人民政府的做法，^[56]殊值借鉴。对于占用农用地的，亦应从简政放权、提高效率的角度出发，根据各地不同情况对

[52] 参见前引〔48〕，《崆崆县农村宅基地审批管理办法（试行）》第13条；前引〔48〕，《玉溪市宅基地管理办法（试行）》第16条；前引〔48〕，《顺义区农村宅基地管理办法（试行）》第9条等。

[53] 参见前引〔45〕，《重庆市大足区农村宅基地管理办法》第13条。

[54] 参见唐健：《“下放部分宅基地审批权”值得期待》，《中国国土资源报》2015年3月17日第3版。

[55] 参见《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》。

[56] 参见前引〔48〕，《崆崆县农村宅基地审批管理办法（试行）》第13条第3款。

相关审批权限予以下放或委托。同时，为贯彻保护耕地、“增减挂钩”的土地利用政策，可以通过加强土地督察的方式进行事后监督。

2. 明确宅基地使用权的登记生效主义

关于宅基地使用权登记的效力问题，现有立法付之阙如。2016年《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》仅是从技术层面强调和安排了宅基地登记的主体、形式、条件和程序，并未涉及宅基地登记的效力问题。全国各地的宅基地管理规范性文件中均有宅基地登记的相关规定，但受限于上位法，这些规范性文件对宅基地登记的效力也避之不谈。因此，作为一项重要的用益物权，宅基地使用权登记的效力问题竟未有法律明文规定，实为一项重要缺憾，未来立法必须作出明确规定。在2007年物权法制定时，有学者主张在以本集体经济组织成员为交易主体的封闭流转市场中，由于交易双方获取对方信息十分容易，信息也相当准确而廉价，因此宅基地采取登记对抗主义足矣。^[57]此去经年，在城乡统一建设用地市场构建以及宅基地“三权分置”的现实导向下，登记对抗主义缺乏说服力，而传统以占有为公示途径的方式更是无法反映宅基地上权利的真实状态。

宅基地使用权采取登记生效主义的必要性和重要性可从多维度阐释。其一，不动产权利的发生、变更与消灭一般均以登记为公示手段，通过公示产生公信力，从而获得有力保护。这同样适用于作为不动产上用益物权的宅基地使用权。其二，在构建城乡统一建设用地市场的背景下以及贯彻城乡融合发展的制度目的下，城市建设用地使用权及其上房屋所有权、农村宅基地使用权及其上房屋所有权不宜再实行两套不同的登记效力规则，理应统一采登记生效主义。其三，宅基地使用权登记是贯彻落实村民宅基地成员资格的基础和起点。农民集体成员权尚无单独的公示手段，但土地承包权证和宅基地使用权证可作为辅助公示途径。宅基地使用权采登记生效主义，通过村集体同意、登记机关确认，可以充明确享有宅基地资格的权利主体，起到保护宅基地成员资格的作用。同时，在宅基地使用权登记时对登记权证上“权利其他情况/其他”一栏进行特殊处理，可以有效区分并标识基于宅基地成员资格获得的宅基地使用权和通过其他路径获得的宅基地使用权。而这种特殊标识，也是在村民宅基地上权利负担消灭后，农民集体对该项宅基地进行后续处理的依据。其四，最为重要的是，对宅基地使用权采登记生效主义，也是应对宅基地流转中复杂权利交易和转化过程的需要。强制性的宅基地使用权登记，可以明确宅基地上物权性权利的数量和真实状态，有效追踪宅基地的流转状态，为统一城乡建设用地市场构建配套的公示渠道，确保宅基地使用权流转有序及其救济有力。

三、宅基地使用权变更的流转开禁及其实现

虽然有关规定限制宅基地流转，但在全国各地实践中对于宅基地能否流转政策不一，^[58]

[57] 参见高圣平、刘守英：《宅基地使用权初始取得制度研究》，《中国土地科学》2007年第2期，第37页。

[58] 现有试点中有认可宅基地使用权可以直接进行流转的，如上海、重庆、成都等地；也有在试点文件中明确禁止宅基地使用权流转的，以烟台、昆明等地为代表。参见黄忠：《城乡统一建设用地市场的构建：现状、规模与问题分析》，《社会科学研究》2018年第2期，第89页。

而支持宅基地流转的力度和范围也大有不同。^[59]笔者认为,在2018年中央一号文件作出宅基地“三权分置”的政策安排并提出“适度放活宅基地和农民房屋使用权”要求的背景下,以充分发挥农房和宅基地使用权经济价值为目的的流转势不可挡。因而,对流转开禁的实现规制也应是流转规则设计时的关键内容。

(一) 严格限制宅基地使用权转让的情形

中央提出要适度放活宅基地使用权,但是如何放活、在制度上如何适度,都是关键所在。从目前已有宅基地使用权放活的形式来看,主要有三种。一是农民之间的宅基地使用权买卖或互换,即同一农民集体经济组织内的农民之间流转宅基地使用权,此在法律规定和实际操作中问题不大,但是否可进一步扩大转让范围则是现实难题。本轮宅基地制度改革试点中,部分试点地方将宅基地使用权转让的范围拓展至同一乡(镇)、办事处辖区内符合宅基地申请资格条件的农村村民。^[60]二是将宅基地使用权转化成集体经营性建设用地使用权来突破受让人的身份限制,受让人在一定年限(如70年)内享有转化后的建设用地使用权,同时一次性缴纳土地所有权收益金。此种做法以浙江义乌、贵州湄潭为代表。^[61]三是以四川泸县为代表的社会主体与农户共享宅基地使用权的形式,^[62]即由农户提供宅基地使用权,社会主体提供资本,二者共建共享居住、商住或经营,建成后的不动产统一颁发宅基地使用权和房屋所有权一体的不动产权利证书。此模式特点鲜明,突出表现为农户并不退出宅基地使用权,而是与社会主体按照协议共同享有房屋所有权、宅基地使用权,待期限届满,由农户重新获得完整的宅基地使用权,其本质上与租赁无异,但在农民集体的参与程度与其获利上是一个突破。

第一种形式对宅基地使用权取得之身份限制在县域范围内有突破,但是限度较小且无法充分吸收社会资本。第二种形式将宅基地使用权变更为集体经营性建设用地使用权,虽然规避了现行法律禁项,但是存在宅基地流失、侵蚀耕地等不确定风险。第三种形式则很好地协调了充分吸收社会资本和宅基地保护的目,同时有利于调动农民集体和农民的积极性。应当指出,在宅基地使用权放活仍处于试点探索阶段,大开大合的宅基地使用权制度在宅基地流失和耕地保护等方面存在政策风险,谨慎放开是理性之道。鉴于此,应当明确宅基地使用权的转让情形和条件,如在同一农民集体内的村民间的转让以及将流转范围扩大到县域或市域之间,但是应明确受让方应是农民集体成员;而农民和社会主体共享的流转中,则应严格把控宅基地利用的目的、对当地环境的影响和与经济发展政策的兼容度,这就需要对关涉三方的转让开发协议作充分的审核和监督,同时兼顾农民集体和农民个体的经济利益之平衡。

[59] 如《关于上海市农村集体土地使用权流转的试点意见》之“二、土地流转的主要方式”仅允许以置换方式进行宅基地流转。《成都市集体建设用地使用权流转管理暂行办法》(成国土资发〔2008〕124号)第32条仅支持“通过房屋联建、出租等方式”流转宅基地。相较而言,《重庆农村土地交易所管理暂行办法的通知》(渝府发〔2008〕127号)第9条“交易方式”则规定“农村宅基地及其附属设施用地使用权交易,可以采取出租、转让、转租、入股、联营等方式”。

[60] 参见前引〔15〕,《大理市农村宅基地使用权流转管理办法(试行)》第7条第5款。

[61] 参见前引〔19〕,《义乌市农村宅基地使用权转让细则(试行)》第16条;《湄潭县综合类集体建设用地分割登记入市工作方案》(湄党办发〔2017〕76号)“三、分割概念”和“八、收益分配”。

[62] 参见前引〔30〕,《泸县农村宅基地共建共享暨综合开发的指导意见(试行)》第2条。

（二）禁止宅基地使用权单独转让、抵押

从宅基地制度的功能目的和权利属性来看，其是为在农民集体所有土地上建造并保有房屋及其附属设施的定限物权，宅基地使用权和其上农房及其附属物具有紧密的制度关联性，二者共同构成对农民集体土地的权利限制，此点是“房地一体”原则的体现。此外，由于我国现行法律明确禁止宅基地使用权对外流转或作为抵押标的，使得宅基地无法单独成为转让或抵押的标的，意即在流转中宅基地使用权对其上农房具有某种程度的“附随性”，此种“附随性”在近年来的流转开禁中有明显表现。例如，2015年《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》在表述上使用“赋予……农民住房财产权（含宅基地使用权）”的说法；同年颁布的“两权抵押试点意见”同样采用“农民住房财产权（含宅基地使用权）”的表述，并更进一步明确“农民住房财产权设立抵押的，需将宅基地使用权与住房所有权一并抵押”。而关于宅基地的其他流转形式，虽未有文件明确要求房地一体转让，但2018年中央一号文件指出，宅基地使用权的登记形式是房地一体的宅基地使用权确权登记颁证，^[63]且从目前地方已有实践来看，同一农民集体内的宅基地上房屋买卖或置换的，宅基地使用权和房屋所有权是绑定转让并且进行统一不动产登记。^[64]

笔者认为，在宅基地使用权流转开禁过程中，应当明确规定禁止宅基地使用权单独转让或抵押。首先，在现行法律明确禁止宅基地使用权的对外流转或作为抵押权标的的前提下，物权法修订不宜突破过大而使先前有效规范和上位法冲突，且禁止单独转让或抵押，既是“房地一体”原则的体现和应然之义，也为宅基地流转的进一步开禁留下了口子。其次，宅基地是农民集体重要的土地资源，如果允许宅基地使用权单独成为市场要素，则违背现行法基于宅基地使用权保障功能限制其流转的立法政策，必将损害农民集体、其他成员（包括未来成员）的利益。^[65]最后，从实际操作来看，在房地一体的宅基地使用权登记制度且宅基地使用权抵押采登记生效主义的前提下，单独对宅基地进行转让或设置抵押权于法律上不具有实现的可能性，物权法应当明确该禁止规则，以减少无效交易中的资源浪费和因此引发社会不安定因素。

（三）宅基地法定租赁权的制度设计

依前述，宅基地使用权在取得与保持中的身份属性、“一户一宅”、“面积法定”、无偿性和“房地一体”原则及法律对宅基地和农房对外流转和抵押的限制，是宅基地流转开禁中需要面临的制度障碍。虽然2018年中央一号文件已提出宅基地“三权分置”，但是宅基地使用权如何在现有宅基地使用权制度基础上与宅基地成员资格分离，无论从分离后的宅

[63] 参见2018年中央一号文件之“九、推进体制机制创新，强化乡村振兴制度性供给（二）深化农村土地制度改革”部分。

[64] 如前引[15]，《大理市农村宅基地流转管理办法（试行）》第8条第2款明确规定：“宅基地使用权不得单独出租，必须有地上建筑物并和地上建筑物一起出租”；湖南浏阳之《浏阳市深化统筹农村土地制度改革三项试点“五大行动”工作方案》（浏政办函〔2018〕18号）之附件5《农房不动产确权登记发证行动实施方案》的“二、基本原则”部分也明确，农房不动产确权登记必须遵循“（二）房地一体。切实遵循‘先地后房’‘房随地走’原则，做到房地权利主体一致。农村宅基地及房屋权利主体不相符的，重新确认权利主体”。

[65] 前引[27]，陈小君文，第230页。

基地使用权属性、实现形式、权利范围还是实际操作中的实体和程序规则制定,短时间内都无法达成统一。而从落实“适度放活宅基地和农民房屋使用权”的要求来看,多样化的权利形态可以快速实现这一目的。其中,宅基地法定租赁权应是重要的权利形式。

应明确可以取得或适用宅基地法定租赁权的条件。根据“房地一体”原则,房屋所有权人本应可以取得房屋所在土地的使用权,但因受制于宅基地使用权的社保功能限制而呈现“房地分离”,因此,在房屋所有权人无法取得宅基地使用权时,可依法设立宅基地租赁权。但此种租赁权的取得条件需要严格法定,主要存在以下几种情形:一是继承人通过继承方式取得农房所有权,但其没有宅基地成员资格或虽有宅基地成员资格但继承农房后宅基地超过法定面积的;二是在农房买卖或赠予中,买受人、受赠人没有宅基地成员资格或获得农房后宅基地超过法定面积的;三是在抵押权实现后取得农房所有权,抵押权人没有宅基地成员资格或取得农房所有权后宅基地超过法定面积的;四是通过其他方式获得农房所有权但无法享有农房所在宅基地全部或部分使用权资格的情形。

关于宅基地法定租赁权的期限规制。合同法规定,租赁合同期限不得超过20年。有学者主张法定租赁期限不受合同法规定的20年最长期限的限制,但是新的房屋所有权人不能通过改建或其他增强房屋质量的方式延长房屋使用期限。^[66]笔者认为,为平衡农民集体、宅基地使用权人和房屋所有权人之间的利益,似可参照城市房屋产权期限的做法,先预设20年的最长期限,进行一段时间的试点实践再行安排。

再者是法定租赁权的效力。法定租赁权的效力主要体现在农民集体、宅基地使用权人、法定租赁权人三者之间:法定租赁权人即农房所有权人有权在农房的通常耐用年限内租赁宅基地并支付租金;此时宅基地使用权属于休眠状态,农民集体和宅基地使用权人不得主张收回宅基地但可分别提取收益金和收取租金;租赁期限届满,视宅基地上权利限制消灭时原宅基地使用权人的权利状态,决定宅基地是回复原宅基地使用权人还是收归农民集体。关于宅基地租赁使用费的缴纳义务主体、缴纳标准等事项,不宜在此次物权法修订中作划一规定,则需根据日后各地不同实践明确要件之细则。

最后需提及的是法定租赁权的消灭。宅基地法定租赁权的消灭主要以宅基地法定租赁权期限届满和宅基地上建筑物使用寿命届至为原因,但如何协调法定租赁权期限和宅基地上建筑物使用寿命的矛盾关系,其中的续期、费用标准和收取、建筑物维修和改造等问题,可授权主管部门根据实践日后完善规则。因不可抗力如地震、泥石流等原因导致宅基地灭失的情形,若法定租赁权人不符重新分配宅基地的条件,一般法定租赁权也随之消灭。此外,农房因坍塌、拆除等毁损后法定租赁权人未在法定期限内及时恢复利用的,农民集体也可收回宅基地而使法定租赁权归于消灭。

(四) 宅基地上房屋买卖的“开禁”及权利实现

受制于“房地一体”原则和宅基地使用权的身份属性限制,农民集体以外尤其是城镇人员购买农房的效力问题,成为近年来社会现实和司法实务面临的困惑。从现行规定来看,物权法、土地管理法并未正面涉及农房能否对外流转的问题,只是从土地管理法第62条第4款“农村村民出卖、出租住房后,再申请宅基地的,不予批准”之规定的反面解释中,

[66] 参见前引[6],刘凯湘文,第39页。

可以得到其并未硬约束之结论。明确禁止农房对外流转的是国务院及其有关部门发布的规范性文件。如原国土资源部2004年发布的《关于加强农村宅基地管理的意见》规定,严禁政府部门为在农村购买和违法建造自有住宅的城镇居民发放土地使用证。国务院办公厅于2007年12月颁布的《关于严格执行有关农村集体建设用地法律和政策的通知》明确,“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’”。原国土资源部于2008年7月发布的《国土资源部关于进一步加快宅基地使用权登记发证工作的通知》明确,要严格执行城镇居民不得在农村购买和违法建造住宅的规定,且不得为其购买和违法建造的住宅办理宅基地使用权登记。2013年原国土资源部、住房城乡建设部在《关于坚决遏制违法建设、销售“小产权房”的紧急通知》中再次强调,“近年来,国务院有关部门多次重申农村集体土地不得用于经营性房地产开发,城镇居民不得到农村购买宅基地、农民住房和‘小产权房’”。可见,禁止城镇居民购买农房的规定仅限于政策层面。但恰恰是这一政策层面,定下了“农房不得对外流转”的基调,也使得现实中的农房买卖困境重重。一方面,农房对外流转有着较大的市场需求。调研显示,在购买农房的主体中,本村村民和非本村村民(包括外村村民、城里人、法人企业)各占48.3%和51.7%,其中城镇居民比例高达43.1%。^[67]另一方面,除了购买的农房无法办理不动产登记外,在司法实务中农房对外买卖合同还存在被判无效的风险。如此,使得在农村内部无法形成消耗农房存量的需求而外部需求又没有制度保障下农房和宅基地闲置现状的加剧,农民财富积累的途径被强行阻断,也为农房买卖中的道德风险提供了合法借口。^[68]

但事实上,农房对外流转并不存在制度障碍。一方面,从农房买卖合同的效力来看,在法律、行政法规并无效力性禁止性规定的情形下,不得以国务院及其部委的政策性文件作为认定买卖合同无效的依据。因此,现行农房对外流转的困境并非合同效力的问题,而是合同履行的问题,即在“房地一体”及不动产统一登记情况下本村村民以外主体可以协议取得房屋所有权却无法办理宅基地使用权登记或房屋所有权登记的困境。另一方面,从宅基地制度改革的政策内容来看,2018年中央一号文件提出要“适度放活宅基地和农民房屋使用权”,并明确“严格禁止下乡利用农村宅基地建设别墅大院和私人会馆”,前者为农房对外流转作出了制度突破,后者为除建设别墅大院和私人会馆以外用途的农房买卖提供了政策空间。综上所述,农房流转开禁并不存在绝对的制度障碍,关键是如何实现本村村民以外主体购买农房后对农房所在宅基地的合法利用。首先,宅基地使用权的分离和放活,使得宅基地使用权可以在一定程度上突破身份限制。农民集体以外的社会主体,若符合当地的开发政策并履行一定程序,可以直接获得宅基地使用权和农房所有权。此点至少在上文所述的四川泸县社会主体与农户共享宅基地使用权的形式中已得到实现。其次,宅基地有偿使用制度即宅基地法定租赁权的建立可以充分解决农房所有权的实现问题。无法取得宅基地使用权的农房购买主体可以依法享有对宅基地的法定租赁权,在房屋使用寿命期限内依法享有对宅基地占有、使用的权利,并向农民集体缴纳租赁使用费。而在办理不动产登记时,由登记机关为其办理房屋所有权和宅基地法定租赁权证,如此便可解决农房买卖

[67] 参见赵俊臣:《试点宅基地流转的四大难题》,《中国社会科学报》2015年5月11日第A07版。

[68] 参见前引[34],王卫国等文,第96页以下。

合同的履行和农房所有权实现的问题。

（五）宅基地使用权抵押权设置与实现的若干要点

宅基地使用权之抵押权困境的实质，是抵押权人在实现抵押权时如何顺利获得农房所有权并实现对宅基地使用权的合法合理利用。在以国务院于2015年颁布的“两权抵押试点意见”为引领的各地的农房抵押试点政策中，对宅基地抵押权人及农房受让人的范围在某种程度上仍趋于保守，其症结在于宅基地有偿使用这一基础性也是农房和宅基地抵押权实现的关键制度尚未建立起来。总的来说，宅基地使用权抵押规则应符合一般抵押规则并根据宅基地的独有属性和政策背景嵌入特殊规则。

宅基地使用权抵押的设立和生效。其一，宅基地使用权不得单独抵押而仅得随其上农房一并抵押。其二，宅基地抵押权的设立，需征求宅基地所有权人即农民集体的同意，^[69]且由于宅基地承载着保障农民居住权的重要功能目的，设置宅基地使用权抵押必须先由村民提供其拥有其他适当居所和稳定生活来源的证明并承诺在设定抵押的房屋依法偿债后不得再次申请宅基地。其三，关于抵押权人的范围，目前试点仅限于金融机构，虽然在试点阶段可以有效降低政策开放带来的负面效应，但是于宅基地使用权尤其是农房流转市场及公平价格的形成不利，下一步应逐步放开抵押权人的范围至自然人及法人且不限于本农民集体之内。其四，宅基地使用权的抵押必须经登记方可生效，此点与不动产统一登记要求下农房抵押权的生效规则同步。

宅基地使用权抵押权的实现路径。以宅基地法定租赁权为核心的宅基地有偿使用制度可以有效突破宅基地使用权及农房的交易流转条件的限制，并为多样化的宅基地使用权抵押权实现路径扫除后顾之忧。因此，宅基地使用权抵押权的实现可采取不动产抵押权实现的通用规则，即折价、变卖、拍卖等，并根据农房所有权的最终获得者是否享有宅基地成员资格，区别获得宅基地使用权或宅基地法定租赁权。

宅基地及农房的受让人范围。现有实践中，关于受让人的范围各地规定不一，有的地方将受让人限于本集体经济组织成员；^[70]有的地方规定应优先在集体经济组织内处置，不能处置的，由政府指定的有关机构收购；^[71]有的地方将受让人扩大到包括一定范围内的农业户籍人员在内；^[72]有的地方已将宅基地使用权变更为集体建设用地使用权，因而受让人的范围没有限制。^[73]有政府官员指出，限定受让人的范围，实际上降低了农民住房财产的实际价值，也使得抵押物的市场化处置存在不确定性。受让人的过度限制，从试点看，

[69] 在此次农房抵押试点中，各地基本上要求事先获得农民集体的书面同意。参见《成都市农村房屋抵押融资管理办法（试行）》第5条第1款第1项、第7条第6项；浙江湖州之《湖州市农村住房抵押借款暂行办法》（湖政办发〔2008〕85号）第9条第6项；安徽铜陵之《铜陵市农村房屋抵押融资管理办法》（铜政办〔2012〕124号）第7条第7项；《温州市瓯海区人民政府办公室关于开展农房抵押贷款试点工作的实施意见》（温瓯政办发〔2014〕84号）等。

[70] 参见前引〔69〕，《湖州市农村住房抵押借款暂行办法》第20条第3款。

[71] 参见《重庆市高级人民法院关于为推进农村金融服务改革创新提供司法保障的意见》第11条。

[72] 参见戴建业：《大胆探索，勇于实践，乐清市率先试行农房产权流转工作》，《浙江国土资源》2014年第3期，第23页；前引〔69〕，《温州市瓯海区人民政府办公室关于开展农房抵押贷款试点工作的实施意见》之“四、工作内容（三）抵押物处置和转让”；浙江文成之《中共文成县委、文成县人民政府关于加快推进城乡统筹综合改革的若干意见》（文委〔2011〕2号）附件2《关于实施农村宅基地置换推进农房改造集聚建设的若干意见（试行）》之“七、置换政策（八）农房产权流通制度”。

[73] 参见前引〔69〕，《成都市农村房屋抵押融资管理办法（试行）》第17条。

必然阻碍房屋和宅基地的流转量。^[74]因此,引入宅基地法定租赁权制度,使得农房流转摆脱身份限制,自然可扩大宅基地及农房的受让人范围,从而建立起更加公平的竞价机制。此外,无论受让人范围如何拓展,应当明确在同等条件下,本集体经济组织及符合购买条件的成员应当享有优先购买权,此点类似于公司股东的股份优先购买权,也是农民集体宅基地所有权和农民集体成员权的权能体现。

四、宅基地使用权消灭之收回机理、退出机制和回复路径

无论是还原得丧变更的完整法权生命周期,还是解决宅基地浪费与闲置并存的不合理利用现状、提高宅基地利用率、加快实现宅基地经济价值,均需规定宅基地使用权消灭制度。从宅基地使用权消灭的原因来看,主要包括收回和自愿退出两种情形,同时在放活宅基地使用权的背景下,当宅基地上权利负担消灭时,理应明确村民基于宅基地成员资格而应有的宅基地使用权回复路径。

(一) 宅基地使用权收回制度的公平机理

宅基地使用权收回是农民集体之宅基地所有权的应然权能,也是进一步整理宅基地、促进宅基地合理利用的制度工具。虽然物权法、土地管理法并未规定宅基地收回制度,但早在1989年国家土地管理局为执行土地管理法发布的《关于确定土地权属问题的若干意见》第18条就明确,空地及房屋坍塌或拆除后两年以上仍未恢复使用的土地,应当由县级以上人民政府收回土地使用权。^[75]地方制定的涉及农村宅基地管理的文件中,宅基地的收回制度更是“标配”。土地管理法修正案第一次征求意见稿(送审稿)第65条第6款曾一度规定宅基地的收回问题,但因学者将之诟病为“重公法轻私法”的行政监管,修正案第二次征求意见稿删去了收回规则,但未提及或留下制度接口。从保护土地资源、贯彻“一户一宅”原则、维护集体经济组织成员间的公平、防止宅基地长期外流尤其是构建完整宅基地使用权制度的角度而言,物权法修订时应应对宅基地使用权的收回作出规定。同时,为充分保障宅基地成员资格和农民房屋财产权,应基于公平机理对宅基地使用权的收回作出适当限制:一是宅基地使用权的收回应采严格法定主义,必须符合法定条件和程序。二是要明确并限定收回的条件。从目前农村实践来看,宅基地使用权的收回以原因为标准可分为公益性收回、惩罚性收回和身份丧失性收回。公益性收回如乡镇、村庄规划需要调整或其他公益事业需要占用宅基地。^[76]惩罚性收回即使用权人闲置达到一定年限或私自改变宅基地用途。身份丧失性收回即使用权人因迁居丧失农民集体成员身份时农民集体可以主动

[74] 林依标:《农民住房财产权抵押、担保、转让的思考》,《中国党政干部论坛》2014年第9期,第22页。该文作者时任福建省国土资源厅党组书记、副厅长。

[75] 《关于确定土地权属问题的若干意见》于1995年被国家土地管理局颁布的《确定土地所有权和使用权的若干规定》取代,后者第52条在承袭前者规定的基础上进一步细化,明确指出收回对象为宅基地且收回主体为农民集体:“空闲或房屋坍塌、拆除两年以上未恢复使用的宅基地,不确定土地使用权。已经确定使用权的,由集体报经县级人民政府批准,注销其土地登记,土地由集体收回。”

[76] 如山东滨州之《滨州市农村宅基地管理暂行办法》(滨政发〔2018〕26号)第17条规定:“下列情形可以收回宅基地:(一)为实施村庄规划进行旧村改造需要调整住宅,新房建成后,逾期无正当理由不拆除旧房、退出原宅基地的;(二)因公共设施和公益事业建设等原因确需占用宅基地的。”

收回,同时农民集体因城镇化发生组织形态改变的,整个农民集体的宅基地也应当由政府收回。〔77〕三是程序限制,〔78〕即宅基地使用权的收回除了需经农民集体的民主程序表决外,还应当经原批准用地的人民政府审核等。四是在公益收回的情形,应当给予原宅基地使用权人合理补偿,同时在各种收回过程中均要切实保护宅基地使用权人的农房所有权并依法补偿。

(二) 回应农地制度改革实践的有偿退出机制

探索宅基地有偿退出机制,除了具有促进土地集约节约利用、保障新型城镇化顺利进行、推进脱贫攻坚和生态移民〔79〕的意义外,其相较于流转、收回制度的实施而言,更具有低实施成本、高潜在收益的制度优势:一方面,宅基地退出并未触及宅基地基本的制度安排,仅仅是针对宅基地使用权权能中处分权能的完善,加之涉及到的权益主体相对较少且遵循自愿原则,形成的矛盾较易处理而农户利益亦可得到充分保障,其制度设计成本和运行成本相对较低。另一方面,退出的有偿性增强了农民的退出意愿并为其提供了进城资本,农民集体也藉由该过程强化了其作为农村集体所有权行使主体的地位,政府更是盘活了农村宅基地资产,解决了城市建设用地紧张的问题,可谓同时实现了农民、农民集体、政府的多方利益诉求。〔80〕通过对相关文献的耙梳可以发现,国家自2000年以来先后出台了多项关于宅基地退出的制度安排,尤其在2012年以后,一些包含宅基地退出的政策性或指导性文件开始密集出台,〔81〕这说明国家已经逐步意识到建立宅基地有偿退出机制的重要性。在此基础上,由于宅基地有偿退出机制并无统一的制度性安排和细化路径,全国各地的有偿退出机制各有不同且特征明显,如上海市的宅基地置换模式、浙江嘉兴的“两分两换”模式、天津市的“宅基地换房”模式和重庆的“地票”模式等。区域土地资源稀缺性、土地流转稳定性、农村社会保障稳定性和非农就业机会大小等多种因素决定了不同退出模式必然存在差异。〔82〕因此,现阶段的宅基地有偿退出制度宜粗不宜细,应在把握原则性共性的基础上,交由地方展开有益探索。

针对宅基地的有偿退出,土地管理法修正案第一次征求意见稿(送审稿)曾增加了宅基地有偿退出制度,第二次征求意见稿第62条第6款删除了该送审稿中“腾退出的宅基地可以由本集体经济组织与宅基地使用权人协商回购,主要用于满足本集体内部的宅基地再分配,或者根据国家有关规定整理利用”的表述,单列“国家鼓励进城居住的农村村民依

〔77〕如《苏州市宅基地管理暂行办法》(苏府〔2003〕66号)第16条就明确,“如两年内该宅基地所属的村民小组建制被撤销的,由政府收回该宅基地的土地使用权”。

〔78〕参见耿卓:《宅基地使用权收回的流程规范》,《交大法学》2018年第4期,第31页以下;耿卓:《宅基地使用权收回事由类型化及立法回应》,《法律科学》2019年第1期,第180页以下。

〔79〕参见胡汉兵:《宅基地退出当有偿自愿》,《中国国土资源报》2014年5月16日第3版。

〔80〕参见前引〔44〕,黄健元等文,第134页以下。

〔81〕如2012年的《国务院办公厅关于积极稳妥推进户籍管理制度改革的通知》(国办发〔2011〕9号)明确,“农民的宅基地使用权和土地承包经营权受法律保护,现阶段农民工落户城镇是否放弃宅基地和承包的农地,必须完全尊重农民本人的意愿,不得强制或变相强制收回”;2015年的《关于农村土地征收、集体经营性建设用地入市、宅基地制度改革试点工作的意见》提出要“探索进城落户农民在本集体经济组织内部自愿退出或转让宅基地”;同年的《深化农村改革综合性实施方案》进一步明确要“在保障农户依法取得的宅基地用益物权基础上,改革完善农村宅基地制度,探索宅基地使用制度和自愿退出机制”。

〔82〕参见上官彩霞等:《交易费用视角下宅基地置换模式的区域差异及其成因》,《中国人口·资源与环境》2014年第4期,第113页。

法自愿有偿退出宅基地”的条款，使得本条避免了拖泥带水而又理不清的所谓集体“回购”问题。从“国家鼓励”这一表达上，可以看出土地管理法规定的宅基地有偿退出是着眼于土地管理而非从农地物权的视角对宅基地使用权制度作出的权利构造，而单纯的“进城居住”显然无法涵盖宅基地退出的所有情形。从宅基地使用权处分的私权属性和土地管理法的法律性质来看，相比仅在土地管理法中作出倡导性规定，在物权法中对宅基地有偿退出作出法权设计，能够衍生出更大的制度空间和多样的权利实现形式。因此，除了对土地管理法中宅基地有偿退出的表述作出修正外，应在物权法修订时规定宅基地的有偿退出，以补全宅基地使用权“得丧变更”的完整制度体系。

就宅基地有偿退出的基本原则，在是否退出的选择上，必须遵循农民自愿原则，禁止强制退出，宅基地退出的补偿等具体事宜也应在自愿协商的基础上确定；对于退出后的宅基地的利用须坚持合理利用原则。应当明确对于回购的宅基地应以复垦为主，确保农村宅基地、农村集体土地和农村人口间的生态平衡，同时因地制宜地兼顾再分配、发展用地和其他产业用地，制定合理的利用规划并做好用地监督。

（三）落实基于宅基地成员资格的使用权回复路径

无论是现行法律规定还是理论研究，对于村民丧失宅基地使用权后在一定条件下的回复路径鲜有关注。但实践中该种回复制度存在现实需求，尤其是在2018年中央一号文件提出稳定宅基地资格权、放活宅基地使用权的政策背景下更有探讨意义：村民让渡宅基地使用权后，基于法定或约定原因，原有宅基地上权利负担消灭，该宗宅基地是一律收归集体所有还是可回归到原宅基地使用权人？更进一步，村民与社会主体关于负担消失后直接由村民收回宅基地使用权的约定遵循何种路径实现？从法理角度分析，若村民享有宅基地成员资格，便存在向农民集体主张分配宅基地的可能，农民集体亦负有分配的义务，而若村民符合分配条件，回复先前的宅基地亦不违反法律规定。从现实需求来看，中央所作的宅基地“三权分置”、放活宅基地使用权的政策安排，稳定和落实宅基地成员资格是必然，只有村民对未来的经济利益和居住保障的期待能够得到满足，他们才有可能积极参与宅基地流转。因此，应承认并探索宅基地使用权的回复路径。

一是村民在宅基地灭失或被征收等情形下的重新分配请求权。此问题已被宅基地的申请与重新分配制度囊括，但在自愿退出宅基地的情形下，村民能否再次申请宅基地也应当在法律中予以明确。

二是在宅基地流转过程中村民转让宅基地使用权后的回复问题。对于此点，现有实践做法不一。如在浙江义乌和贵州湄潭的实践中，宅基地使用权被转化成集体经营性建设用地使用权进行流转，农户彻底退出了所交易部分土地对应的宅基地使用权，即便受让人（社会主体）所享有的土地权利因期限届满而消灭，土地也是回归至土地所有者而与原交易农户无关。而在四川泸县实施的社会主体与农户共享宅基地使用权的模式中，农户并不丧失交易部分土地对应的宅基地使用权，待受让人（社会主体）享有的土地权利因期限届满而消灭后，农户的宅基地使用权回复至圆满状态。^{〔83〕}义乌市和湄潭县的做法与泸县的相异，盖与其对宅基地用地性质予以转化有关，依前文分析，此种转化有减少宅基地用地储

〔83〕 参见前引〔14〕，宋志红文，第147页。

备、危及耕地安全的弊端，宅基地使用权放活应在不改变宅基地用地属性的前提下进行。而泸县的做法既有现实需求又有利于充分保障村民宅基地资格利益、调动其流转宅基地使用权的积极性。综合来看，宅基地使用权转让后原村民待权利限制消除后可否回复宅基地使用权，应以其是否具有农民集体成员资格为基础，并综合考量其他因素：依据法律规定转让宅基地使用权后仍为集体成员的，不得再行申请宅基地，但其宅基地成员资格予以保留；转让宅基地后退出集体经济组织的，其宅基地成员资格消灭，受让人权利消灭后，宅基地收归集体；转让宅基地使用权但仍为集体经济组织成员的，受让人权利消灭后，宅基地成员资格享有者可否回复转让的宅基地，除了考察宅基地使用权转让类型和转让双方的约定外，还应考察其是否符合宅基地分配条件，如有无宅基地、是否超出法定面积等具体情形。

Abstract: The system of the right to the use of house sites is a weak point in China's rural land real right legislation. The institutional dilemma of the right to the use of house sites originates from the increasing conflicts between the social security function and the economic value function of house sites. To solve this dilemma, China should take the following measures: firstly, to improve the rules on the acquisition of the right to the use of house sites by adhering to the identity attribute and fundamental principles of the right to the use of house sites, recognizing the rights division in different situations, enriching the system of application for and reallocation of house sites, and perfecting the supporting legal procedures; secondly, to adopt regulations in light of the actual need of lifting the ban on the transfer of the right to the use of house sites, focusing on the rules on the boundaries of the transfer of the right to the use of house sites, the institutional design of the legal right to lease the house sites, the sale of farm houses and the mortgage of the right to the use of house sites; and thirdly, to establish a mechanism for the elimination of the right to the use of house sites, improve the mechanism for the recovery and voluntary withdraw of the right to the use of house sites, and active explore approaches to the reacquisition of the right to the use of house sites with the protection of the interest of house sites qualification as the core.

Key Words: house sites, "three rights division", ownership of house sites, membership of house sites, right to the use house sites
