

## 乡村振兴背景下的 宅基地权利制度重构

宋志红\*

---

**内容提要：**现行法下的宅基地权利制度运行失灵，实践中于宅基地继承、内部转让、跨村配置、移民安置、市场化利用、经营性使用等情形，存在大量“法外”运行的宅基地利用样态。这些利用样态在主体、功能、用途上呈现出分化。宅基地法定租赁权的设想无法涵盖实践中丰富的宅基地利用需求，以体系化思维融合多种举措分类重构宅基地权利制度成为必要。以“三条底线”和“体系化分类设计”为指导思想，在总结各地实践探索经验和多方理论研究成果的基础上，以“扩权+转权+分权”为核心内容的宅基地权利制度重构方案，可以为实施乡村振兴战略背景下的深化改革和完善立法提供借鉴。

**关键词：**宅基地 宅基地使用权 三权分置 农村土地

---

宅基地制度是乡村振兴制度供给的重要一环。我国现行有效的法律和国家政策所确立的宅基地制度，以“一户一宅、福利分配、面积法定、成员专享、长期使用”为基本特征，<sup>〔1〕</sup>在功能上以承载农民的居住保障为主，宅基地资源配置呈现出高度的身份性和福利性。在以农业生产为主的乡土社会时代，此种宅基地制度与传统村庄生活的封闭性相适应。但是，随着城乡人口流动的加速和村庄封闭性被逐渐打破，以及农民对宅基地发挥财产性功能之需求的增长，该制度在回应实践需求上逐渐“捉襟见肘”，实践中出现了大量“法外”利用宅基地的样态，在现行宅基地权利体系下找不到对应。基于各种原因，这些“法外”利用样态无法或者也不应被禁止，基于乡村振兴的考量甚至应予以适当鼓励。近年来宅基地制度改革试点地方针对部分“法外”利用采取的有偿使用举措，一方面认可了这些利用样态

---

\* 中共中央党校（国家行政学院）政法部教授。

〔1〕 宋志红：《中国农村土地制度改革研究——思路、难点与制度建设》，中国人民大学出版社2017年版，第272页以下。

的存续,另一方面又在不动产登记和权利效力上采取含混态度,使得这些利用样态在法律上继续处于“灰色”地带。宅基地制度作为高度中国特色的制度安排,其改革必须植根实践,坚持问题导向。以现行法下的宅基地权利制度为基准,对实践中丰富多样的宅基地“法外”利用样态进行梳理和分析,并通过制度创新为合理的“法外”利用提供法律规制和保障,才能使宅基地制度供给积极回应实践的需求。

## 一、现行宅基地权利制度及其面临的挑战

### (一) 现行法下的宅基地权利制度

依据现行土地管理法、物权法和国家有关宅基地的政策,我国宅基地上的权利体系以“宅基地所有权——宅基地使用权”为基本形态,以宅基地租赁权为流转环节的补充。其中,宅基地使用权是核心。

#### 1. 宅基地所有权

宅基地所有权由农民集体专享,依据具体情形可分别对应于乡镇、村、生产队三级农民集体。宅基地所有权的行使主要体现为“分配权”,而且这种“分配权”与其说是权利,毋宁说是对本集体成员承担的义务。考虑到宅基地分配还需经过相应级别地方政府的审批,土地所有者同意并提出分配方案只是农户取得宅基地使用权的一个环节。除此之外,法律对宅基地所有权的行使并无其他具体规定。由于宅基地基本上是无偿分配或者仅收取象征性费用,而且一经分配便由农户长期使用,因此在宅基地利用法律关系中,宅基地所有权的体现极其微弱。

#### 2. 宅基地使用权

现行法律和政策框架下的“宅基地使用权”,仅指集体经济组织成员针对符合法定面积标准部分的宅基地享有的占有和使用的权利。宅基地使用权虽被物权法确立为一种用益物权,但与国有建设用地使用权等一般意义上的用益物权相比,有其特殊之处:

一是权利主体的身份性和封闭性。宅基地使用权的初始取得主体限于本集体经济组织的农户;宅基地使用权虽然可以转让,但受让主体也仅局限于本集体经济组织内符合宅基地申请条件的农户。虽然现行土地管理法和物权法并未明确禁止宅基地使用权转让,也未对受让主体身份作出限制,但自1999年以来,以国务院办公厅《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)为代表的一系列国家政策规定禁止城镇居民受让农民住房和宅基地,人民法院的判决和会议纪要、地方性规定等进一步将宅基地使用权的受让主体限制为本集体经济组织内部符合宅基地申请条件的农户。<sup>〔2〕</sup>这些规定使得宅基地使用权的主体具有高度的封闭性,无论是基于申请分配的初始取得还是基于转让的继受取得,具有本集体经济组织成员身份是其权利合法性的基础。

二是初始取得的无偿性或福利性。成员申请取得符合法定面积标准的宅基地时通常不需要支付土地对价,体现出极强的福利性。虽然从1988年开始山东德州等地曾开展宅基地

〔2〕 详细论述参见前引〔1〕,宋志红书,第274页以下。

有偿使用试点,<sup>[3]</sup>但1993年中央随即取消了收费。<sup>[4]</sup>宅基地使用权初始取得的福利性是基于此种权利承载的保障功能。居住权是公民基本人权的重要组成部分,国家通过无偿分配宅基地的制度为农户提供基本的居住保障,只不过保障义务的具体承担者不是国家而是土地所有者。宅基地使用权的福利保障属性,是其面积限制和流转限制的重要基础。

三是宅基地数量和面积的限定性。法律对农户可得拥有的宅基地数量有明确的限定。土地管理法第62条规定,“农村村民一户只能拥有一处宅基地,其宅基地的面积标准不得超过省、自治区、直辖市规定的标准。”不仅初始分配环节如此,即便通过转让取得,由于有关政策将宅基地使用权受让主体局限于本集体经济组织内部符合宅基地申请条件的农户,理论上讲也维持了上述“一处”和“不超过法定面积标准”的状态。对宅基地的面积标准作出限制,一是由于土地资源的稀缺性,二是出于宅基地使用权的福利保障属性。

四是用途的限定性。物权法第152条将宅基地的用途明示为“建造住宅及其附属设施”。

五是无期限性。与一般用益物权不同,宅基地使用权在设立时并不限定期限,其权利主体可以永续使用,因此宅基地使用权是一种无期限限制的权利。由于宅基地使用权的主体是“农户”,只要该户内尚有生存的成员,宅基地使用权的主体便存在,宅基地使用权的享有不会因户内个别成员的变动而受影响。在该户内成员全部死亡的情形,如果没有继承人,宅基地使用权因为主体消灭而消灭,宅基地使用权依据弹性规则回复至土地所有权。

宅基地使用权作为一种无偿、无期限限制的特殊用益物权,极大地弱化了农民集体的宅基地所有权,但集体所有制下农民属于集体经济组织成员的特殊身份为此种特殊用益物权的设立和存续提供了正当性前提和法理基础,这对正确认识宅基地使用权的身份属性至关重要。

### 3. 宅基地租赁权

在现行法律和政策框架下,宅基地使用权可以出租,对承租人身份并无特别限制。值得一提的是,实践中存在一种比较普遍的误解,认为农户出租农房和宅基地没有法律依据,因此是不合法的。笔者通过法律和政策检索发现,在现行有效的法律法规和政策文件中,找不到任何禁止宅基地出租的规定。<sup>[5]</sup>依据民事权利领域“法无禁止则允许”的基本规则,农户出租其合法取得的宅基地应属合法。笔者从中国裁判文书网检索的农房和宅基地租赁案例也表明,法院也并不会仅仅因为租赁物是农房或者宅基地就认定合同无效。因此,农户出租宅基地在法律上并无障碍。也正因如此,出租成为现行法框架下外部主体利用宅基地的唯一合法途径。

[3] 1990年1月3日《国务院批转国家土地管理局关于加强农村宅基地管理工作请示的通知》(国发〔1990〕4号)记载:“1988年以来,山东省德州地区和全国二百多个县的部分乡、村试行了宅基地有偿使用,取得了明显效果。”并规定:“对现有住宅有出租、出卖或改为经营场所的,除不再批准新的宅基地外,还应按其实际占用土地面积,从经营之日起,核收土地使用费。”

[4] 1993年7月22日中共中央办公厅、国务院办公厅《关于涉及农民负担项目审核处理意见的通知》(中办发〔1993〕10号)规定:“取消农村宅基地有偿使用收费、农村宅基地超占费。”

[5] 1982年的《村镇建房用地管理条例》第4条第2款曾规定“严禁买卖、出租和违法转让建房用地”。但该条例已随着1986年土地管理法的通过而被废止。在此之后,国家层面的法律、法规和政策中没有明确禁止宅基地或农房出租的规定。

## （二）现行宅基地权利制度面临的挑战

在自给自足的农业社会，上述宅基地权利制度有利于保障农户的基本居住需求并维持农村社会稳定。但随着城镇化的发展和乡村封闭性的打破，实践中出现了大量的“法外”占有和使用宅基地的样态，对现行宅基地权利制度提出了挑战。

### 1. 对“一户一宅”“面积法定”的挑战

由于现行法对宅基地只规定了分配取得机制，并未规定退出机制，再加上宅基地制度在长期执行中政策变化或执行偏差的存在，实践中不同程度地出现了以“一户多宅”“面积超标”为表现形式的“超额”占有使用宅基地的情形。第三次全国农业普查结果显示，2016年末拥有1处住房的农户占比为87.0%，拥有2处和3处住房的农户所占比例分别为11.6%和0.9%。<sup>〔6〕</sup>部分地区“一户多宅”现象十分普遍。例如，江西余江县在此次农村土地制度改革前的摸底调查显示，全县7.3万农户中，一户多宅2.9万户，<sup>〔7〕</sup>一户多宅比例约达40%。再如，有课题组调查显示，福建晋江市T镇W村户均宅基地2.91块，有两块及两块以上宅基地的农户占全部农户的95%以上。<sup>〔8〕</sup>

成员“超额”占有使用宅基地状况的形成主要有三方面原因：一是因继承而形成。例如儿女成家分户后新申请了宅基地，父母双亡后又继承了父母的房屋。在某些地方，以继承方式取得宅基地的比例甚至高达71.11%。<sup>〔9〕</sup>二是因集体成员内部的农房和宅基地使用权转让而形成，包括因农房抵押情形下的宅基地处置而形成。三是因其他历史原因而形成。例如，一些是在1982年《村镇建房用地管理条例》实施前即已占有使用，一些是在1987年土地管理法实施之前即已形成的超面积建房，还有一些是因为历史上的管理混乱（例如统计测量上的错误、少批多占、未批先占等）而形成但已建房使用多年而难以纠正。

在本集体经济组织成员“超额”占有使用宅基地的情形，无论超额原因为何，“超额”部分的存在状态均超越了法定意义上宅基地使用权的范畴，在承载功能上也超越了基本居住保障的限度。但很显然，除了极少数严重违法占地情形外，如果对这些“超额”占有使用状态一律采取“勒令退还”的举措，将既不得民心事实上也无法执行。首先，于农房继承和转让的情形，涉及到农房所有权和宅基地使用权之间的权利冲突，即便抛开宅基地使用权能否继承和转让问题不谈，源于对房屋所有权的保护，也应为农房继承人和受让人占有使用宅基地开辟通道，而非一并禁止房屋所有权的继承和转让。其次，近年来中央对宅基地制度改革的政策取向是向农民让利，赋予农民更多的宅基地用益物权权能，这意味着宅基地财产功能的增强。无论是从向农民让利还是从更好地发挥宅基地财产功能的角度考虑，都应允许继承宅基地权益，也应允许农户在不影响基本居住的前提下流转出其他宅基地权益从而获取财产性收益。再次，在因历史原因形成的“一户多宅”“面积超标”中，很多情形下是因基层政府的管理混乱或者政策不稳定不衔接而导致，农户本身并无大的过错，

〔6〕 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。

〔7〕 张乃贵：《完善“一户一宅”的“余江样板”——江西省余江县宅基地制度改革的启示与建议》，《中国土地》2017年第11期，第46页。

〔8〕 杨璐璐：《农村宅基地“一户多宅”诱因与实态：闽省个案》，《改革》2016年第1期，第97页以下。

〔9〕 参见陈小君等：《农村土地法律制度的现实考察与研究——中国十省调研报告》，法律出版社2010年版，第123页。

而且农户建成房屋后已经持续使用二十多年，有的还发生了主体变更，无论是从维护财产利用秩序稳定还是从维护农村社会稳定角度，都不应也无法采取“拆除退还”的措施。

事实上，从近年来各地宅基地制度改革试点的做法来看，针对成员“超额”占有使用宅基地的情形，也并没有统一采取“强令退出超额部分”的“纠正”举措，而是大多本着“尊重历史”的指导思想将“多宅”或“超面积”部分纳入有偿使用范围。例如，湖南浏阳规定，本村成员因继承、受赠房屋或其他合法方式取得宅基地，与原有宅基地合计面积超过户均标准的，以超过部分的50%作为计费面积，实行有偿使用；<sup>[10]</sup>天津蓟州针对一户多宅和本集体经济组织成员内部流转宅基地形成的面积超标收取有偿使用费，本集体经济组织成员因继承、分家析产等原因形成一户多宅的，对初次取得的宅基地不实行有偿使用，其余宅基地按实际占地面积实行有偿使用。<sup>[11]</sup>在这些做法下，农户对“超额”部分的宅基地权利事实上得到了认可。

但问题是，这些“超额”部分宅基地上的权利性质和效力如何？是否完全等同于法定数量部分对应的宅基地使用权？这正是近几年改革试点地方面临的困惑之一。诸多试点地方在针对成员的“一户多宅”“面积超标”开展有偿使用的同时，并不承认这些“超额”部分获得了与符合法定面积部分同等的法律地位，实践中存在诸多差异性做法。例如，云南大理对成员因继承形成的“一户多宅”免收有偿使用费，予以登记，但在登记时标注“该权利人为本农民集体原成员住宅的合法继承人”；<sup>[12]</sup>湖北宜城虽将本村成员因继承、买卖形成的“一户多宅”均纳入有偿使用范围，但对买受人只调查不发证，对继承人则可确权发证；<sup>[13]</sup>天津蓟州在对“一户多宅”实行有偿使用的同时，也规定“除继承外，对于一户多宅的，只对一处住宅进行确权，其余的住宅只进行调查统计，不予确权登记”。<sup>[14]</sup>可见，试点地方实际上是将这些准许有偿使用的“超额”宅基地权利与农户享有的法定宅基地使用权相区分，但二者究竟应该在哪些方面有所区别，试点地方政府也说不清楚，只是对此类“超额”宅基地权利的性质和效力存有疑虑。

## 2. 对“成员专享”的挑战

### (1) 非本集体经济组织成员通过继承占有使用宅基地

宅基地使用权的成员专属性给宅基地的继承带来了难题。长期以来，宅基地使用权能否继承缺乏法律的明确规定，房屋的可继承性与宅基地使用权能否继承的不明确性产生冲突。宪法和继承法规定，公民的房屋属于可以继承的遗产，从此角度说，农民合法建造的房屋应当可以继承。由于房地事实上的不可分离性，宅基地上房屋的继承必然导致宅基地的占有使用随之转移。但由于国家政策对宅基地使用权取得主体的身份限制，一旦继承人为城镇居民等外部主体，将导致宅基地和其上房屋的继承处于尴尬状态：如果允许继承，

[10] 参见2016年3月浏阳市农村土地制度改革试点工作领导小组办公室发布的《浏阳市农村宅基地有偿使用暂行规定》第二（四）条。

[11] 参见2016年4月3日《蓟县农村宅基地有偿使用办法（试行）》（蓟宅改发〔2016〕8号）第6条。

[12] 参见2016年6月14日大理市委全面深化改革领导小组第六次会议审定的《大理市农村宅基地历史遗留问题处理意见》第三（二）4条。

[13] 参见2016年3月7日宜城市农村宅基地制度改革试点工作领导小组印发实施的《宜城市农村宅基地历史遗留问题处理办法（试行）》（宜宅改发〔2016〕4号）第11条、第12条。

[14] 参见2016年4月3日《蓟县宅基地确权登记发证管理办法（试行）》第7条。

将带来城镇居民等外部主体实际占有使用宅基地的局面；而如果不允许继承，则既是对农民房屋所有权的侵害，又是对农民宅基地使用权财产利益的漠视。从司法实践看，法院的判例呈现出不允许继承、允许在农房存续期限内继承、允许继承等不同的态度。<sup>[15]</sup>

从国家土地行政主管部门制定的土地确权规则看，是允许通过继承房屋方式取得宅基地使用权的。1989年原国家土地管理局《关于确定土地权属问题的若干意见》第34条曾规定：“通过房屋继承取得的宅基地，继承者拥有使用权。若继承者已有宅基地，合计面积超过规定标准的，可以暂时按实际使用面积确定其集体土地建设用地使用权。”1995年原国家土地管理局《确定土地所有权和使用权的若干规定》第49条也规定：“继承房屋取得的宅基地，可确定集体土地建设用地使用权。”2010年原国土资源部、中央农村工作领导小组办公室、财政部、农业部联合发布的《关于农村集体土地确权登记发证的若干意见》则进一步明确规定：“已拥有一处宅基地的本农民集体成员、非本农民集体成员的农村或城镇居民，因继承房屋占用农村宅基地的，可按规定登记发证，在《集体土地使用证》记事栏应注记‘该权利人为本农民集体原成员住宅的合法继承人’。”从以上规定可知，成员或非成员均可以通过继承房屋的方式占有使用宅基地，地方政府对其予以确权。但这些规定却不能解答如下疑问：一是若没有房屋，可否继承宅基地使用权？上述规定中“因继承房屋”的表述，似乎排除了此种可能。在学术界也存在“宅基地必须与房屋一并继承，空闲宅基地不能继承”的主张。<sup>[16]</sup>二是继承时有房屋，后房屋因自然倒塌等原因灭失后可否重建？或者可否改建或拆除后重建？与此相关的还有于政府拆迁场合可否就宅基地权利部分获得补偿？实践中也确实存在认为房屋一经拆除则继承人无权重新建造或在被征收时无权获取补偿款的案例。<sup>[17]</sup>三是“该权利人为本农民集体原成员住宅的合法继承人”的特殊标注对权利的性质和效力有何影响？这一问题与前述两个问题相关联，均指向一个疑问：在非本集体成员通过继承占有使用宅基地的情形，其取得的宅基地权利是否与本集体成员享有的符合现行法律规定的宅基地使用权具有同等效力？

从近年来的宅基地制度改革试点探索看，普遍将因继承形成的非本集体成员占有使用宅基地的情形纳入宅基地有偿使用的范围。例如，大理对于非本集体经济组织成员通过继承取得的宅基地，一次性收取有偿使用费后予以登记，并在登记证书内标注“该权利人为本农民集体原成员住宅的合法继承人”；<sup>[18]</sup>江苏武进、<sup>[19]</sup>江西余江、<sup>[20]</sup>湖北宜城、<sup>[21]</sup>湖

[15] 相关司法案例的分析参见高海：《宅基地使用权继承：案例解析与立法构造》，《东方法学》2018年第5期，第98页以下。

[16] 参见王崇敏、张丽洋：《我国农村宅基地使用权继承制度的构建》，《河南省政法管理干部学院学报》2011年第5-6期，第145页；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230页。

[17] 前引[15]，高海文，第99页。

[18] 参见前引[12]，《大理市农村宅基地历史遗留问题处理意见》第三（三）1条。

[19] 参见2015年12月28日常州市武进区农村宅基地制度改革试点办公室印发的《常州市武进区农村宅基地有偿使用、有偿退出指导意见（试行）》（武宅改办字〔2015〕9号）第一（一）2条。

[20] 参见2015年7月29日余江县农村宅基地制度改革办公室印发的《余江县农村宅基地有偿使用、流转和退出暂行办法》（余宅改办字〔2015〕5号）第一（一）条。

[21] 参见2016年3月7日宜城市农村土地制度改革试点工作领导小组印发的《宜城市农村宅基地有偿使用办法（试行）》（宜宅改发〔2016〕5号）第3条。

南浏阳<sup>[22]</sup>等地也均将非成员通过继承占有使用宅基地纳入有偿使用范围。这些做法使得非本集体经济组织成员通过继承取得的宅基地权利与成员享有的宅基地使用权在权利内容和效力上呈现出差异。

### (2) 成员取得宅基地后丧失成员资格

与非本集体经济组织成员继承占有使用宅基地的情形类似的是，成员取得宅基地后又丧失成员身份，其宅基地权利是否受到影响？上述《关于农村集体土地确权登记发证的若干意见》对此问题同样给出了答复，规定“非农业户口居民（含华侨）原在农村合法取得的宅基地及房屋，房屋产权没有变化的，经该农民集体出具证明并公告无异议的，可依法办理土地登记，在《集体土地使用证》记事栏应注记‘该权利人为非本农民集体成员’”。近些年的中央政策也反复强调“不得以退出宅基地作为农民进城落户的条件”。<sup>[23]</sup>因此，从中央政策精神看，已经取得宅基地使用权的原农村集体经济组织成员后来又丧失成员资格的，应允许其继续占有使用宅基地。但是，其享有的宅基地权利是否等同于本集体经济组织成员享有的宅基地使用权，例如是否有拆除重建的权利，也不无疑问。

### (3) “跨村配置”形成的其他农村集体经济组织成员取得宅基地

乡村振兴不可能村村振兴，乡村产业和人口向中心村镇集聚是必然的发展趋势，例如交通不便的山区农户搬迁到交通便利的中心村生活居住，由此带来了宅基地“跨村配置”的需求。从试点地方的改革探索看，实现宅基地跨村配置主要有三种途径：

第一种途径，是在流转环节通过跨集体经济组织农户之间的自愿转让行为实现。笔者调研发现，诸多试点地方不同程度地扩展了宅基地使用权的转让范围。例如，大理将宅基地使用权的转让范围扩展至同一乡（镇）、办事处辖区内符合宅基地申请资格条件的农村村民；<sup>[24]</sup>四川泸县、<sup>[25]</sup>湖南浏阳、<sup>[26]</sup>青海湟源、<sup>[27]</sup>新疆伊宁<sup>[28]</sup>等地均将宅基地使用权转让范围扩展至试点县（市）域范围内符合宅基地申请条件的农村居民；湖北宜城则规定城市规划区范围内的农村宅基地可在全市农业户口居民范围内转让，城市规划区范围外的农村宅基地可在宅基地所在镇（办、区）农业户口居民范围内转让。<sup>[29]</sup>这些做法均形成了农户在其成员资格所属之外的农村集体经济组织享有宅基地使用权的状态。

第二种途径，是在初始取得环节通过跨集体经济组织的宅基地分配实现，通常伴随着

[22] 参见前引〔10〕，《浏阳市农村宅基地有偿使用暂行规定》第二（三）的规定。

[23] 例如，2019年中央一号文件《中共中央国务院关于坚持农业农村优先发展做好“三农”工作的若干意见》第五（二）条再次强调“坚持保障农民土地权益、不得以退出承包地和宅基地作为农民进城落户条件”。

[24] 参见2016年6月14日大理市委全面深化改革领导小组第六次会议审定的《大理市农村宅基地流转管理办法（试行）》第7条。

[25] 参见2017年11月10日泸县人民政府印发的《泸县农村宅基地使用和管理试行办法》（泸县府发〔2017〕64号）第11条。

[26] 参见2016年3月浏阳市农村土地制度改革试点工作领导小组办公室发布的《浏阳市农村宅基地使用权流转管理办法（试行）》第8条。

[27] 参见2016年3月1日湟源县农村宅基地制度改革试点工作领导小组印发的《湟源县农村宅基地使用权流转管理办法（试行）》第6条。

[28] 参见2016年7月19日伊宁市人民政府办公室印发的《伊宁市农村宅基地使用权流转管理办法（试行）》（伊市政办〔2016〕234号）第7条。

[29] 参见2016年11月8日宜城市农村宅基地制度改革试点工作领导小组印发实施的《宜城市农村宅基地使用权流转管理办法（试行）》（宜宅发改〔2016〕11号）第3条。

对宅基地落地农村集体经济组织的利益补偿。例如,四川泸县允许农户在县域范围内跨区域(可以跨镇、跨村、跨组)申请到中心村建房,但需符合如下条件:农户在原村组无宅基地权益(未享受宅基地权益或者退出宅基地权益);申请宅基地面积符合当地法定标准;获取的新宅基地只能在镇村规划的中心区范围内;被占地单位有节余宅基地指标,并经被占地的村民小组同意、村委会审查和当地政府审批;按当地宅基地的市场价格(目前参照泸县人民政府宅基地退出结余指标的收购价)一次性向宅基地权益落地村交纳有偿使用费;跨区域取得宅基地的农户在新的居住村享受宅基地和住房权益,其成员资格、承包地权益和村集体资产权益仍然在原村。<sup>[30]</sup>浙江义乌也开展了宅基地跨村跨镇街安置,允许已获批宅基地但因本村用地紧张无法落地建新房的农户,通过公开投标形式获取其他村庄宅基地的使用权。<sup>[31]</sup>这些做法是在初始分配环节就打破了农村集体经济组织的界限,使得一个集体经济组织的成员能够通过“付费”方式分配取得另一个集体经济组织的宅基地。

第三种途径,是将一定区域范围内多个村庄的农民集中到在中心村镇建设的农民公寓居住,农民公寓用地性质仍为宅基地,在不动产登记时土地权利种类为宅基地使用权,但其实际享有主体的范围已经超越了土地所属农村集体经济组织的成员范围。笔者实地调研发现,泸县玉蟾街道玉蟾村的山河社区宅改新村建设即采用了此种方式,周边几个山区村庄的村民可以自愿退出原有宅基地并选择到山河社区以建筑成本价购买相应标准的农民公寓房,地方政府为农户颁发的不动产权证记载为房屋所有权和相应分摊面积的宅基地使用权。<sup>[32]</sup>在前些年各地比较多见的“宅基地换房”操作中,也会形成这种农户跨集体经济组织取得宅基地使用权的情况。

从实施乡村振兴战略的角度考虑,宅基地的“跨村配置”具有极强的现实需求,但“跨入者”取得宅基地使用权在现行法下并没有依据,其权利状态也因突破了现行法下宅基地使用权的身份性而面临法律地位的“尴尬”。

#### (4) 移民安置形成的外来农户取得宅基地

无论是生态移民搬迁还是易地扶贫搬迁,由于大多数情形下移入农户居住用地都属于宅基地,也都会形成农民跨村居住和跨集体经济组织取得宅基地的局面。例如,宁夏平罗结合“三权”(土地承包经营权、宅基地使用权和房屋所有权)退出进行插花移民安置,由集体经济组织收储部分村民自愿有偿退出的承包地、宅基地和农房,然后用这些退出的承包地、宅基地和农房插花安置移民。被安置的移民并不取得移入村集体经济组织成员资格,但对分配取得的宅基地享有与本村农户同等的权利,地方政府为其确权发证。<sup>[33]</sup>

用宅基地解决安置移民的居住问题,既具有高度的现实需求,也具有公共利益上的正当性,但同样会形成农民在本集体经济组织之外取得宅基地使用权的情形,突破了宅基地使用权的身份限制。

上述四种情形均突破了现行法律和政策框架下宅基地使用权的身份性,从而形成非本

[30] 参见前引[25],《泸县农村宅基地使用和管理试行办法》第10条。

[31] 《义乌在浙江率先尝试宅基地跨村跨镇街安置》(央广网报道),[http://china.cnr.cn/NewsFeeds/20190107/120190107\\_524473972.shtml](http://china.cnr.cn/NewsFeeds/20190107/120190107_524473972.shtml),2019年1月7日最后访问。

[32] 资料来源于笔者于2016-2018年间两次在泸县开展实地调研时与有关政府部门、村干部、农户的访谈,感谢泸县县委县政府对调研予以的支持和帮助。

[33] 参见宋志红:《农村土地改革调查》,经济科学出版社2016年版,第28页以下。

集体经济组织成员的外部主体事实上享有宅基地使用权的局面，挑战了现行法下宅基地使用权创设的逻辑前提和法理基础。

### 3. 对租赁单一流转方式的挑战

在现行法律和政策框架下，与本集体经济组织成员没有任何关联的社会主体市场化利用宅基地的途径只有租赁这一种方式，但租赁途径无法满足部分市场主体对取得更加稳定而有保障权利的现实需求，从而催生了大量的隐形流转行为，以农房的私下买卖或变相买卖为主要表现形式。这些私下交易行为虽不被现行法律所保护，但长期禁而不止，形成了大量“法外”运行的对于宅基地的事实上的占有使用状态。

#### (1) 社会主体市场化利用宅基地的现实需求

在通过制度变革回应这一挑战之前，首先需要作出一个与改革方向相关的价值判断：是否应该允许社会主体尤其是城镇居民等通过市场交易行为占有使用宅基地。

从国际发展经验看，城镇居民下乡或返乡居住生活，对避免乡村衰败和改善乡村治理具有积极促进作用。“在世界范围内，农村的现代化取决于：第一，城市化能够吸纳消化大部分农民；第二，城市居民倒流到农村，实现城乡之间的双向流动。”“如果光是农村人口的流出，必然会造成农村的‘单向流出性衰败’”；“农民、城市居民都可以拥有农村的土地，至少是宅基地。……这不仅是发展所需，更是农村社会阶层互相制衡所需”。<sup>[34]</sup>

从我国发展的实际需求看，为包括城镇居民在内的社会主体下乡居住提供合法通道，既是实施乡村振兴战略盘活农村闲置宅基地资源的要求，也是满足新时代人民群众新需求之必须。一方面，随着农民进城，农村出现了一定程度的宅基地和农房闲置现象；另一方面，随着城镇居民物质生活水平的提高，一部分城镇居民开始向往农村的清新空气和绿水青山，从而产生了城镇居民下乡居住的现实需求。供给与需求之间对接的桥梁必须打通。不仅如此，无论是基于发展农村金融的农房抵押还是基于为乡村一、二、三产业融合发展提供土地要素的考虑，客观上都要求宅基地资源适度参与市场化配置。

#### (2) 宅基地“三权分置”对物权性流转方式的需求

从中央改革政策看，虽然自1999年以来，国家政策一直明令禁止城镇居民下乡购买农房或宅基地，并且至今尚未解禁，但不能据此把近年来中央的宅基地政策理解为坚守宅基地资源配置的封闭性。事实上，近年来的国家政策并不禁止社会主体参与宅基地盘活利用。例如，2016年出台的《国务院办公厅关于支持返乡下乡人员创新创业，促进农村一二三产业融合发展的意见》（国办发〔2016〕84号）规定，“在符合农村宅基地管理规定和相关规划的前提下，允许返乡下乡人员和当地农民合作改建自住房。”2017年中央一号文件《中共中央、国务院关于深入推进农业供给侧结构性改革加快培育农业农村发展新动能的若干意见》提出“探索农村集体组织以出租、合作等方式盘活利用空闲农房及宅基地，增加农民财产性收入”。这些都体现了适当鼓励外部主体下乡参与宅基地盘活利用的精神。

社会主体既然要参与宅基地的盘活利用，就要对宅基地进行占有使用，进言之就必须对宅基地享有某种权利。因此，宅基地制度改革的关键点不应是“放不放”，而是“如何

[34] 郑永年：《三权分置真的可以赋权农民吗》，载微信公众号“宏观经济智库”，<http://www.yidianzixun.com/article/0IPCoNZj>，2018年2月24日。

放”和“放多大”。

就此，中央部署的宅基地“三权分置”给出了方向。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，“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。”虽然这一文件部署的宅基地“三权分置”政策的含义并不是十分明晰，但有一点是明确的：中央希望适度放活宅基地利用，但放活的途径不是允许具有身份属性的宅基地使用权直接转让，而是希望通过剥离并流转出一个没有身份限制的“第三权”，从而为社会主体市场化参与宅基地利用打开通道。

那么，该“第三权”是何种权利呢？学者们存在不同看法：有认为该“第三权”为租赁权者，<sup>[35]</sup>也有主张应将该“第三权”创设为用益物权者。<sup>[36]</sup>从实践探索看，笔者分析大理、泸县、义乌、德清等地的宅基地“三权分置”政策设计和实践操作发现，尽管各地对宅基地“第三权”的称谓不同，但从其创设的“第三权”的实际权能可以发现，既有将其等同于租赁权者，例如大理，<sup>[37]</sup>也有赋予其再转让、抵押等权能从而将其等同于物权者，例如德清、<sup>[38]</sup>泸县。<sup>[39]</sup>这表明实践中对物债两种性质的“第三权”均有现实需求。作为债权性质的“第三权”，现行制度框架下已存在租赁途径可以实现，并无问题；但作为物权性质的“第三权”，现行制度框架下却并无创设途径和法律依据。宅基地物权性流转方式有着较高的现实需求，但却存在制度供应上的缺失。

#### 4. 对“居住使用”的挑战

对土地权利而言，其被允许的用途是其权利内容的重要组成部分，实则体现了法律所赋予的土地发展权的限度。土地发展权是指改变土地现有用途与利用强度等利用方式的权利，既包括将农用地改为建设用地的情形，也包括改变建设用地的原开发强度的情形。<sup>[40]</sup>法律对土地发展权的分配和控制是国家实施土地用途管制的重要手段。物权法将宅基地使用权的用途限定为“建造住宅及其附属设施”，这一限定体现了国家对宅基地发展权的控制，也与宅基地的居住保障功能相适应。但随着乡村旅游的兴起，实践中部分宅基地扩展至经营性或复合性用途，宅基地被用于餐饮、住宿、电商、养老、文创、手工制作等产业经营的情形大量出现，其中有些情形可能兼容居住和经营功能，在另一些情形下则可能完全用于经营而不再包含居住功能。由此可见，随着乡村振兴背景下宅基地利用向经营性、复合性用途的扩展，宅基地使用权所包含的土地发展权在实践中自发进行了扩张，从而突破了现行法对宅基地用途的限制。

[35] 参见高圣平：《宅基地制度改革政策的演进与走向》，《中国人民大学学报》2019年第1期，第25页。

[36] 参见席志国：《民法典编纂视域中宅基地“三权分置”探究》，《行政管理改革》2018年第4期，第45页。

[37] 参见董祚继：《农村宅基地“三权分置”的大理试验——云南省大理市农村宅基地制度改革试点调研》，载微信公众账号“云南农村土地”2017年7月3日，<https://toutiao.fangdd.com/dali/news/t-33167199.html>；刘圣欢、杨砚池：《农村宅基地“三权分置”的权利结构与实施路径——基于大理市银桥镇农村宅基地制度改革试点》，《华中师范大学学报（人文社会科学版）》2018年第5期，第50页。

[38] 参见2018年6月28日德清县人民政府印发的《德清县农村宅基地管理办法（试行）》（德政发〔2018〕31号）第47条。

[39] 参见2017年11月10日泸县人民政府办公室印发的《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2条、第7条和第13条的规定。

[40] 参见宋志红：《集体建设用地使用权流转法律制度研究》，中国人民大学出版社2009年版，第76页以下。

将宅基地用于包括经营性用途在内的复合用途，既是实践自发产生的客观需求，也是为在农村促进一、二、三产业融合发展提供用地保障的重要途径，这一点也为中央文件所鼓励。例如，2016年中央一号文件《中共中央国务院关于落实发展新理念加快农业现代化，实现全面小康目标的若干意见》提出“支持有条件的地方通过盘活农村闲置房屋、集体建设用地……等资产资源发展休闲农业和乡村旅游”。2017年12月国土资源部、国家发展改革委《关于深入推进农业供给侧结构性改革做好农村产业融合发展用地保障工作的通知》（国土资规〔2017〕12号）也提出“鼓励农业生产和村庄建设等用地复合利用”，“对农村集体建设用地，在促进节约集约用地、保障农民权益的前提下，可以复合民宿民俗、创意休闲等功能”。但宅基地复合利用的法律依据和法律保障问题同样对现行制度提出了挑战。

综上所述，于宅基地继承、内部转让、跨村配置、移民安置、市场化利用、经营性使用等情形所事实上形成的宅基地占有使用，都无法在现行宅基地权利体系下找到对应，其权利性质和效力面临尴尬；但上述情形下的宅基地利用都有其存在的现实需求与促进经济社会发展的正当合理性，对保障农民土地权益、提高宅基地资源配置效率、促进乡村振兴等具有积极意义。通过制度创新和立法变革为这些“法外”的合理利用样态找到出路并一一归于法律规制之下，是改革完善宅基地制度、提升宅基地管理法治化水平的必然要求。

## 二、重构宅基地权利制度的指导思想

### （一）重构的指导思想

#### 1. 坚持“三条底线”

宅基地权利制度重构是宅基地制度改革的重要组成部分，首先必须坚持2014年12月中共中央办公厅、国务院办公厅《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》（中办发〔2014〕71号）部署的“三条底线”，即确保土地公有制不改变、耕地红线不突破、农民利益不受损。这“三条底线”对于宅基地权利制度的重构具有如下指导意义：

首先，土地公有制底线要求宅基地权利制度的重构必须以坚持农民集体土地所有权为前提，土地所有者的权能必须在宅基地权利架构中得以体现，任何“架空”土地所有权的做法都是不符合改革要求的。

其次，耕地红线不突破底线要求在宅基地的取得、使用、退出等各环节，都必须符合规划和用途管制的要求，并以促进宅基地节约、集约利用为导向，这是扩展宅基地权利和放活宅基地使用的前提。

再次，农民利益不受损底线要求改革以农民利益为出发点和落脚点。“赋权让利”是农村土地制度改革的主线，在宅基地权利制度安排上，需要赋予农民更加充分的宅基地权能，让农民在行使宅基地权利时享有更加充分的自由，使其宅基地具有更高的使用价值和交换价值。因此，以农户为中心的扩权，是宅基地权利制度重构的基本方向。结合宅基地权利制度的设计，可细化为如下几方面的要求：（1）切实保障户有所居是前提。宅基地承担了实现农民两大类权益的职能，一是保障农民基本居住权益，二是实现农民的财产权益。保障基本居住权益是宅基地承担的基础性职责，虽然总体而言，随着城镇化过程中农民进城

落户的推进,宅基地的住房保障职责有所弱化,农民对宅基地发挥财产性功能的要求有所增长,但考虑到目前是城镇化过渡阶段,大量农民工尚不能在城镇享有稳定的就业、居住和社会保障,宅基地承担的住房保障功能仍不可替代。因此,不影响农民基本居住权益是赋予农民宅基地处分权能并发挥宅基地财产性功能的前提条件。这意味着,在进行具体制度设计时,无论农户以何种方式流转其宅基地权益,都应该设定“不影响农户基本居住权益”的前提条件,例如“另有其他固定居所”,至于该居所是农房还是城镇商品房则在所不限。(2) 赋予农民实现宅基地财产权益的丰富途径和自主决定权。考虑到全国各地不同群体的农民对宅基地住房保障的依赖程度不同,只要确保不影响农民基本居住权益的实现,应尽可能赋予农户更加充分的宅基地权能,使其有权自主决定是自用还是退出抑或流转,以及以何种方式流转,法律应赋予农户丰富的选择权,以便因地制宜适应不同地区不同群体农户对宅基地发挥财产性功能的不同程度的需求。(3) 适度管制,防范“炒房”“投机”风险。按照中央部署,宅基地的放活使用必须“适度”,其中最主要的考虑,是要“防止把城市炒卖房地产的泡沫蔓延到农村”。<sup>[41]</sup> 在此可以适当加强政府管制,授权地方政府通过制度设计对宅基地投机行为予以规制。例如,考虑到各地土地资源禀赋不同以及土地资源总体性稀缺的状况,既可以从套数或面积上适当作出上限限制,<sup>[42]</sup> 也可以通过房地产税调节。

## 2. 体系化分类设计

宅基地权利制度的重构,必须充分回应宅基地继承、内部转让、跨村配置、移民安置、市场化利用、经营性使用等情形,为实践中合理的宅基地利用行为安排其实现的合理途径,这无论是对于解决宅基地利用的历史遗留问题还是对于疏导“法外”宅基地利用,均具有重要意义。实践中“法外”运行但又具有合理存在价值的对于宅基地的事实上利用,在主体、功能和用途上均出现了分化,从而对分类设计宅基地权利类型提出了要求:

第一,主体是否具有成员身份。当不具有成员身份的外部主体享有宅基地权利时,原则上需要有期限限定并支付对价。

第二,是否承担住房保障功能。如前所述,宅基地承担的住房保障功能是其福利取得的正当性基础,当宅基地利用不再承载住房保障功能时,必然要求替之以支付对价的方式,如此才能促进资源的节约利用和资源分配的公平正义。

第三,是否用于经营性用途。允许宅基地的复合利用既是盘活闲置宅基地提高资源利用效率的需要,也是增加农民财产性收入的重要方式,这需从立法上对宅基地可得利用的用途予以扩展,从而会出现经营性使用的宅基地和非经营性使用的宅基地之分。从权利配置视角观察,宅基地用途的扩展实际上是赋予使用者更多的土地发展权,使用者因而可以获取更高的土地增值收益。因此,当宅基地向经营性用途扩展时,于宅基地使用权人而言,实则享有了超越其住房保障限度的额外权益;于土地所有者而言,由于宅基地用于经

[41] 叶兴庆:《宅基地“三权分置”改革的背景、路径及可能方向》,载搜狐财经网, [http://www.sohu.com/a/285519202\\_120059372](http://www.sohu.com/a/285519202_120059372), 2019年2月5日最后访问。

[42] 例如,2016年9月13日义乌市委办公室印发的《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条规定,受让人在同一行政村内转让取得的宅基地面积不得超过义乌市有关规定中的最高户型面积。

营性用途会加重村庄公共服务（例如道路、停车、排污、垃圾清运、治安维护等）负担，而当前此等负担通常由集体经济组织承担，这意味着土地所有者承担了更多的义务；于其他农户而言，原本并不重要的宅基地区位差异在价值上得到显化，从而拉大了农户宅基地财产利益上的差距。这对宅基地权利制度设计的指导意义在于：当宅基地扩展至经营性用途时，经营性用途的扩展不能无偿获取，土地所有者有对因用途扩展而产生的增值收益予以调节的权利和必要。这既是体现土地所有权的需要，也是合理分摊村庄公共服务成本并调节集体经济组织成员内部公平之必需。

上述主体、功能、用途不同的宅基地权利，在能否自由流转、是否设定期限、是否支付对价上均有所不同，显然无法也不应该被整合到一种类型的宅基地权利中，而有分类设置多种类型宅基地权利的必要。这也决定了在学术界颇为流行的宅基地法定租赁权设想不是解决上述挑战的妥适方案。

## （二）宅基地法定租赁权设想的局限性

考虑到宅基地使用权的不可直接转让性，对于如何解决农房所有权转移情形下的宅基地权利问题，法学界比较流行的观点是宅基地法定租赁权的制度设计。尽管在一些细节方面有所不同，但其主要思路是一致的：当农房所有权因买卖、赠与、继承、遗赠、抵押处置等情形而发生转移时，新的房屋所有权人对相应的宅基地享有法定租赁权，由新的房屋所有权人支付租金，以此克服宅基地使用权无法对外转让的障碍。这种观点以刘凯湘、陈小君、高圣平三位教授为代表。<sup>[43]</sup> 笔者认为，基于“房地分离”的宅基地法定租赁权设想在解决当前宅基地权利制度面临的挑战上存在很大的局限性：

第一，不利于土地资源的高效利用以及对农民土地权益的保护。宅基地法定租赁权的制度设计完全将宅基地置于附属地位，既排斥了没有房的情形下宅基地权利单独流转的可能性，也使得房屋意外或自然灭失情形下宅基地权利的存续成为不可能，在此理论框架下权利人没有重建房屋的权利，只能是自然使用至房屋灭失之时。在很多情形下，宅基地上农房本身破败或者价值不高，受让人或继承人有改良或重建的需求和愿望，只要不违反建设规划，这些做法对土地利用秩序和村庄公共利益并无损害，强行要求其维持建筑现状并不利于对宅基地资源的高效利用。不仅如此，“在继承人出售或抵押继承取得的农村房屋时，无论是基于宅基地法定租金的支付还是基于法定租赁权论中‘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以延长房屋使用期限’的设计，均会压低房屋售价或降低农村住房财产的融资能力与金融机构的放贷意愿”，<sup>[44]</sup> 最终承受不利后果的还是农民。

第二，宅基地法定租赁权制度的执行面临诸多技术难题。首先，租赁期限不确定，完全取决于房屋的寿命。其次，租金支付义务的履行难以到位，逐年支付租金的方式需要出租人每年都收取租金，如果承租人拒绝支付或者延迟支付怎么办？能否收回宅基地？由于承租人已经取得房屋所有权，能否以不履行租金义务为由对抗承租人的房屋所有权？近年来的宅基地制度改革试点地区针对“一户多宅”“面积超标”“非成员取得”等情形收取有偿使用费，即面临这一难题，村集体普遍反映按年收取存在很大困难，比较有效的举措是

[43] 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38页以下；前引〔16〕，陈小君文，第230页；前引〔35〕，高圣平文，第25页。

[44] 前引〔15〕，高海文，第102页。

一次性收取费用后允许取得不动产权证的做法。

第三,宅基地法定租赁权作为债权,权利效力弱、权利期限短,而房屋所有权却是完整的没有期限限制的自物权,一个附有每年支付租金义务的债权性土地租赁权上何以承载一个完整的房屋所有权?权利冲突不可避免。尽管学者主张宅基地法定租赁权的期限可以超过20年,<sup>[45]</sup>但是否不设上限从而意味着只要房屋不倒就可以永久租赁?那这种权利是否还是租赁权?如果维持宅基地法定租赁权的债权本质属性,则必然难以承载保障房屋所有权完整行使的职能;如果强行赋予宅基地法定租赁权以物权的权能,则又会破坏民法上固有的租赁规则,甚至破坏大陆法系财产法物债二分的权利体系,与其如此,还不如索性创设一个物权。

第四,宅基地法定租赁权制度仅能适用于“地随房走”的情形,在跨村配置、移民安置等情形,很多时候宅基地上并不存在房屋,基于“房地分离”的宅基地法定租赁权设想无法解决这些情形下的宅基地权利问题。

因此,宅基地法定租赁权的设想忽视了“宅基地”本身的重要性和独立地位,实质上回避了宅基地权利本身的流转问题,不利于从根本上解决宅基地权利制度存在的缺陷。在房地和地的关系中,房子有自然寿命,地却没有;房子可以重建,地却不可移动、不可再生;地是比房更为重要的财产,本质上应是房附属于地,而非相反。对宅基地权利制度缺陷的解决,需要坚持从宅基地本身入手,而非将之作为房屋的附庸。

### 三、重构宅基地权利制度的具体方案

#### (一) 增设支付对价型宅基地使用权:宅基地使用权的类型扩展

A型宅基地使用权。对应本集体经济组织成员对其符合面积标准的宅基地享有的权利,是最基础的宅基地使用权类型,以此维持现行宅基地初始分配制度的身份限定、面积限定和福利属性,承载宅基地最基本的住房保障职能。对于以浙江义乌为代表的部分试点地方在宅基地初始分配环节实行的宅基地有偿选位(择位竞价)制度,笔者认为,这一做法并没有从本质上改变成员初始取得宅基地的福利性,因为有偿选位只是针对可以产生更高级差地租的优势地段,对于一般性地段仍然是无偿分配,并不需要额外支付“选位费”。其实质是在农民自愿基础上通过宅基地级差地租的再分配实现宅基地初始分配环节从数量公平向价值公平的转变,既不影响宅基地初始取得的福利分配本质,也不影响所取得的宅基地使用权的权利性质。因此,具有分配资格的本集体经济组织成员基于“有偿选位”取得的宅基地使用权,仍然属于此处的A型宅基地使用权。

B型宅基地使用权。对应本集体经济组织成员对“超额”部分宅基地享有的以支付对价为基础的权利,其形成原因包括内部继承、遗赠、赠与、内部转让、历史原因等。因为此部分宅基地不再承载社会保障职能,其取得或占有使用应当支付土地对价。在支付方式上,由农户对“超额”部分一次性向集体经济组织支付土地使用权对价,费用交齐后予以确权发证,并享有与A型宅基地使用权同等权能;未交费的则不予确权发证,在权能上仅

[45] 参见前引[43],刘凯湘文,第39页。

限于自用。在支付标准上,可以借鉴改革试点地方收取有偿使用费的累进制办法,既要体现土地使用权的市场价值,在制度运行初期考虑到实际情况也需要适当让利。当然,其权利人也可以选择自愿退出超额部分并由集体经济组织给予补偿。

C型宅基地使用权。此针对“跨村配置”和“移民安置”使得一个集体经济组织成员在另一个集体经济组织享有宅基地使用权的情形。其取得面积同样受到法定面积标准的限制,但因其主体没有成员身份,因此必须向土地所有者支付土地使用对价。同样,合法取得的C型宅基地使用权在支付对价后应当予以确权发证,享有与A型宅基地使用权同等的权能。

从理论上讲,将B、C尤其是C设计为既支付对价又有期限限制的权利更为协调,而不是上述支付对价但无期限限制的宅基地使用权。本文之所以仍然将其设计为无期限限制的宅基地使用权,主要是出于如下理由:第一,当前成员“超额”占有使用宅基地的情况比较普遍,允许其支付对价后享有完整的宅基地使用权权能,体现了对农民的让利,农民从心理上也更容易接受,而且在一宗宅基地面积超标的情形,将超标部分也定性为宅基地使用权更加便于管理。第二,在“跨村配置”和“移民安置”的情形,部分试点地方<sup>[46]</sup>曾就“是设置为70年的建设用地使用权还是设置为没有期限的宅基地使用权”征求“跨入”和“移入”农户意见,绝大多数农户更青睐不设期限限制的宅基地使用权,因此为“跨村配置”和“移民安置”者设置宅基地使用权更有利于促进这两项工作的开展。第三,在“跨村配置”和“移民安置”的情形,“跨入”和“移入”农户丧失了原宅基地,其新取得的宅基地仍然担负着社会保障功能,这意味着其流转要受到同宅基地使用权一样的限制,而不同于可以市场化流转的集体建设用地使用权,因此,将其土地权利定性为宅基地使用权更有利于保障“跨入”和“移入”农户的居住权利,而且具有后续统一管理上的便利。

A型宅基地使用权是最为标准的宅基地使用权类型,已经为现行法所确立;B型、C型宅基地使用权则属于扩展出来的新类型宅基地权利,为支付对价型宅基地使用权。B型、C型宅基地使用权在一次性支付完毕对价后与A型宅基地使用权具有同等权能;在支付对价之前,其权利在法律上不被确认,不能够进行不动产统一登记,也无法流转,以此形成对支付对价的激励机制。

## (二) 开辟转权入市通道:转换为集体建设用地使用权

宅基地使用权的转权入市,是指通过制度设计将农户享有的无偿无期限限制的宅基地使用权转变为有偿有期限限制的集体建设用地使用权,从而克服其拥有主体的身份限制。在土地用途管理分类上,宅基地被视为建设用地的一种类型;从实践操作看,宅基地向建设用地转变既便利又普遍。考虑到宅基地使用权具有封闭性和保障性,而集体建设用地使用权却具有市场性,尤其是在推行集体经营性建设用地入市改革后,集体建设用地使用权的市场化程度更高。对于不具有保障功能的闲置或富余宅基地,可以通过建立宅基地使用权向建设用地使用权转换的通道来实现其市场配置。

其制度设计的核心要点为:允许农户在不影响其基本居住保障的前提下,对外向不具

[46] 例如,义乌和泸县均就“跨村配置”的土地权利设置开展过摸底调查,笔者到两地实地调研时也曾就此问题征询农民意见,除少部分农民表示“说不好”之外,绝大部分农民均表示不愿意设定期限。

有任何身份限制的社会主体转让宅基地使用权,但转让时必须先行向土地所有者办理集体建设用地出让手续,将其宅基地使用权转换为有一定期限限制(结合城镇国有土地住房情况,建议设为70年)的建设用地使用权,并缴纳土地出让金。<sup>[47]</sup>该交易过程具有三个特点:一是交易的复合性,该交易从表象上体现为农户向社会主体转让宅基地使用权的一个交易行为,实则是由前端的向土地所有者办理集体建设用地出让手续和后端的转让集体建设用地使用权两个行为复合而成,两个行为共同构成了一个完整的交易。当然,实际交易过程中两个行为必然是连为一体的,前一行为是后一行为的基础,而后一行为是前一行为的目的之所在。二是权利的转换性,表面上看交易的标的是宅基地使用权,但实际上受让人取得的权利是有偿有期限的建设用地使用权,而非原宅基地使用权,从土地类型上看原宅基地也转变成了集体建设用地。换言之,该交易过程蕴含着无期限限制的宅基地使用权向有期限限制的建设用地使用权转变的过程,而正是该“转权”过程为该外部交易行为提供了正当性基础。三是主体的三方性。该交易形式上体现为农户和受让人两方主体,实际上还包含了土地所有者作为第三方主体,土地所有者在其中的角色不仅仅是接受办理集体建设用地出让手续并收取土地出让金,实际上还悄悄承接了宅基地使用权向集体建设用地使用权转权过程中“遗留”的剩余权利。这是因为转权入市交易一旦完成,农户就彻底退出了其与土地所有者之间的宅基地利用关系,农户丧失了无期限限制的宅基地使用权,而受让人取得的却是70年的建设用地使用权,在70年期限届满后该土地权利回复至土地所有者而非原农户。可见,在该交易过程中,土地所有者是多重受益的。也正是出于这一点考虑,向农户收取的土地出让金不宜机械参照集体经营性建设用地入市的价格,而应适当体现向农民让利原则,以此促进农户将闲置宅基地转权入市的积极性。转权入市完成后,受让人可以向不动产登记部门申请其建设用地使用权登记。

不难看出,宅基地使用权的转权入市通道与城镇划拨土地上公房入市的通道具有共同的原理,都是通过内含的补办出让手续的方式将福利配置的非市场化土地权利转变为市场化的土地权利,从而实现土地资源的开放利用。在此次改革试点中,部分试点地方已经开展了探索。例如,浙江义乌规定,在已经完成更新改造的村庄,允许农户的宅基地使用权对外转让,但转让后使用最高年限为70年,并要求受让人与村级组织签订宅基地有偿使用合同并一次性缴纳土地所有权收益金。<sup>[48]</sup>虽然其对交易权利主体和名称的表述尚欠成熟,但其蕴含的理念与上述转权入市的制度设计是一致的。

宅基地转权入市通道不仅仅适用于农户彻底退出宅基地的对外转让关系,还应适用于非成员继承和成员取得宅基地后丧失成员资格的情形。在一个农户的户内成员全部死亡、其继承人又不具备本集体经济组织成员资格的情形,应按照转权入市的制度设计,由继承人向土地所有者办理出让手续,将宅基地使用权转变为70年期的建设用地使用权,然后由继承人在继承房屋所有权的同时取得该建设用地使用权。继承人在继承完成后可以申请以房屋所有权和建设用地使用权为内容的不动产统一登记。在已经取得宅基地使用权的成员后来因为某种原因丧失成员资格的情形,也应允许其向土地所有者办理出让手续将宅基地

[47] 参见宋志红:《宅基地使用权流转的困境与出路》,《中国土地科学》2016年第5期,第77页。

[48] 参见前引[42],《义乌市农村宅基地使用权转让细则(试行)》第7条、第11条和第16条。

使用权转变为70年期的建设用地使用权。

### （三）分置流转子权利：宅基地“三权分置”

如前所述，实践中市场主体对于从农户处取得物权性的宅基地利用权利具有较高的现实需求，但由于具有身份限制的宅基地使用权无法直接转让，使得这一需求在现行法律框架下无法满足，而宅基地“三权分置”正是为了弥补这一不足。因此，宅基地“三权分置”中的“第三权”，必须包含一种物权性的宅基地利用权利，以此弥补租赁作为单一流转方式之不足，从而满足部分用地者对取得更长期限、更有保障、更强权利效力（例如再流转、抵押等权能）的宅基地利用权利的需求。结合我国财产法物债二分的基本逻辑，笔者建议将宅基地“三权分置”下的“第三权”构建为“以租赁方式设定的宅基地租赁权”和“以分置方式设定的宅基地经营权”两种类型的权利，前者为基于合同自由但权利效力较弱的灵活债权，后者为基于物权法定但权利效力较强的用益物权，二者相互配合、相互补充，以此满足丰富多彩的实践需求。<sup>[49]</sup>

宅基地“三权分置”使得农户可以在不丧失宅基地的基础上通过让渡子权利的方式获取财产性收益，也可以让社会主体得以通过和农户个体之间的市场交易行为获取宅基地权利。在宅基地使用权人以出租方式让渡宅基地租赁权的法律关系中，双方的权利义务关系依照民法租赁合同规则确定，宅基地租赁权的期限不得超过20年，属于相对权。在宅基地使用权人以权利分离方式让渡“次级宅基地使用权”的法律关系中，双方的权利义务关系参照德国次地上权制度的理论，并可以类比建设用地使用权设定期限。但与建设用地使用权最大的不同在于，建设用地使用权期限届满后相关权能回复至土地所有者，而“次级宅基地使用权”期限届满后相关权能回复至宅基地使用权人。此外，考虑到“次级宅基地使用权”的称谓过分学术，笔者建议以“宅基地经营权”称之。

与宅基地转权入市中农户丧失宅基地使用权不同，在宅基地“三权分置”中，农户不丧失宅基地使用权，出租或权利分离期限届满后权利仍然回复至农户。

### （四）赋予经营性用途：宅基地的用途扩展

为了回应宅基地复合利用的需要，应明确宅基地可以用于经营性用途，但应通过如下制度设计规范并避免利益冲突：

第一，明确农户可以将宅基地用于经营性用途，或者将宅基地流转给社会主体开展经营性活动。这一方面需要从土地立法上扩展宅基地的用途，另一方面也需要消除与企业经营活动有关的配套法律法规和政策中对宅基地用于营业场所的歧视。

第二，对宅基地上经营性活动的适当限制。与将宅基地退出整理后调整为集体经营性建设用地不同，在宅基地上直接开展经营性活动要受到更多的限制：一是基于土地用途和规划（包括村庄规划）的限制；二是基于相邻关系的限制，由于宅基地上的经营性活动开展在原宅基地上，通常位于居住集中区，其经营性活动应以不对周边农户的正常居住生活产生不利影响为前提；三是其上建筑形态需符合基于特定经营种类的生产安全监管的要求，例如排污、消防、卫生等方面的要求。从近些年的试点探索看，以餐饮客栈、咖啡馆、书吧、民俗、手工作坊、农事体验、小商品经营、快递服务、养老居住、互联网办公等业

[49] 详细论述参见宋志红：《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148页。

态较为多见。可以授权地方政府依据上述三条原则结合实际情况细化相关规则。

第三,为了确保规范管理,建议设立宅基地用于经营性用途的审核批准制度,通过设置“村内公示——集体经济组织同意——乡(镇)人民政府审核批准”的审查程序予以控制。

第四,为了实现土地增值收益一定程度的公平共享,土地所有者可以酌情对宅基地用于经营性用途收取土地增值收益调节金。一则是因为宅基地扩展至经营性用途会增加村庄公共服务负担;二则是因为宅基地上开展的经营性活动通常依附于乡村特有的环境资源,这些环境资源容量有限,而且理应由成员共享。收取的具体标准和方式可以授权各地结合实际情况因地制宜安排。<sup>[50]</sup>

### (五) 重构的体系化效应

通过上述“扩权”“转权”“分权”的组合举措,宅基地利用环节的权利类型和权利内容均得以扩展,无论是历史遗留问题的处理还是对客观状态的回应,抑或基于自主意愿的市场配置,均能在这一权利体系中找到归依,从而可以充分满足实践中丰富的宅基地利用样态的需求,实现土地所有者、农民、外部主体三者在宅基地权益上的“多赢”:

#### 1. 农民宅基地权利得以扩展

第一,宅基地使用权类型扩展。符合申请条件的农户依然可以无偿(或基本无偿)获取符合法定标准的宅基地,成员的法定宅基地权益不受影响;农户因继承、内部转让或历史原因等而“超额”占有使用的宅基地,具备了通过支付对价而法定化并享有完整权能的途径;“跨村配置”和“移民安置”情形下的“跨入”和“移入”农户通过支付对价亦能获得完整的宅基地使用权,从而可以鼓励乡村人口的聚集。扩展出的两类支付对价型宅基地使用权在支付对价后享有完整的宅基地使用权权能。

第二,宅基地使用权权能扩展。在保障农户基本居住不受影响的前提下,对于闲置的宅基地使用权,农户有多种实现其财产性收益的途径:在本集体经济组织内部转让宅基地使用权、以转权入市方式对外转让宅基地使用权、以租赁或流转宅基地经营权的方式分置宅基地使用权的子权利。此外,农户还可以选择自愿有偿退还给土地所有者并获取补偿。至于具体选择何种方式,农户有自主决定权。途径的丰富性和市场的广域性有利于农户宅基地价值的充分发挥。

第三,宅基地使用权用途扩展。宅基地可以用于经营性用途,农户从而有了更多的宅基地发展权,可以获得更高的使用价值或交换价值。

#### 2. 外部主体获权途径得以丰富

有宅基地利用需求的外部主体,在选择以何种途径获取合法的宅基地权利上,也存在更丰富的选择途径:通过转权入市方式从农户处获得一定年限的集体建设用地使用权、通过租赁方式从农户处获得宅基地租赁权、通过分置流转方式从农户处获得一定期限的宅基地经营权。

#### 3. 土地所有者权能得以落实

农民集体作为宅基地所有者的职责和权能得到进一步落实:

[50] 参见前引〔49〕,宋志红文,第152页。

第一，行使管理职责，维护利用秩序。农民集体土地所有权的性质决定了管理权能是其必要组成部分。<sup>[51]</sup>农民集体基于其宅基地所有权而行使的宅基地管理权能具体体现为：分配同意权，对成员提出的宅基地申请予以初步审核，符合条件的予以同意，并报相关部门审批；转权入市同意权，对农户提出的宅基地使用权转权入市申请予以审核同意，并办理出让手续；分置放活备案权，当农户以出租或者分离转让方式流转宅基地权利时，需要向土地所有权人备案；宅基地用途扩展的审核同意权。

第二，获取土地收益。具体体现为：于支付对价型宅基地使用权的创设中，获取相应对价；于农户将宅基地使用权转权入市的情形，获取土地出让金；于宅基地扩展至经营性用途的情形，收取相应的增值收益调节金。

第三，行使优先购买权。具体体现为：在农户内部转让宅基地使用权以及宅基地使用权转权入市的情形，为土地所有者设定同等条件下的优先购买权有利于发挥集体经济组织在宅基地统筹利用上的优势。

第四，权利回复的主体。在宅基地使用权的主体消灭（绝户且无继承人）、宅基地转权入市后设定的期限届满、农户自愿有偿退出宅基地使用权的情形下，作为用益物权的宅基地使用权消灭，宅基地所有权回复至圆满状态。

需要指出的是，以个体交易为特征的宅基地使用权转权入市和分置流转子权利途径在发挥市场配置资源的作用方面具有优势，也更加有利于尊重农民个体意愿和保障农民财产权益，但在宅基地的整合利用、发挥规模效应以及优化用地布局方面则面临局限。基于宅基地自愿有偿退出的宅基地整理则可以一定程度上克服这一缺陷，但从改革试点总体情况看，农户自愿有偿退出的积极性并不高，集体经济组织支付退出补偿的能力不足和标准不高是最主要的原因。宅基地使用权转权入市和分置流转通道的开启和畅通，有利于形成宅基地权益的市场价格，从而可以为自愿有偿退出时集体经济组织的补偿标准提供参照。只有集体经济组织支付的补偿标准与宅基地使用权的市场价值相当时，农户退出闲置宅基地的积极性才能被调动起来。

对于土地所有者通过农户自愿有偿退出或者行使优先购买权而回购的宅基地，存在多种再利用方式，例如再分配给符合条件的无宅基地农户、调整为集体建设用地入市、复垦为耕地后转变为新增建设用地指标、直接作为集体资产开展乡村旅游等产业经营等，实践中已经积累了丰富的经验。这些虽不属于宅基地权利制度创新的内容，但亦属宅基地制度改革完善的重要内容，可以对宅基地权利制度的运行起到补充作用。

## 结 语

纵览农业农村改革四十年的历程，有两条经验最为关键，即赋权和市场化。<sup>[52]</sup>我国“农村土地权利也经历了由不确定的合同权利向稳定的物权转化，由流转受到严格限制的权利向逐步市场化流转的权利发展”。<sup>[53]</sup>这一进程在承包地和集体经营性建设用地上体现得

[51] 参见韩松：《论农民集体土地所有权的管理权能》，《中国法学》2016年第2期，第121页。

[52] 参见张云华：《农业农村改革40年主要经验及其对乡村振兴的启示》，《改革》2018年第12期，第14页。

[53] 王利明：《全面深化改革中的民法典编纂》，《中国法学》2015年第4期，第37页。

更为明显，而宅基地的市场化进程却相对滞后。这除了受制于思想认识上不统一之外，其根本的制约因素，在于法定意义上宅基地使用权的无期限性和无偿性，以及作为其逻辑前提的成员专属性和福利保障性，这样一种权利显然无法也不应被直接推向市场。本文提出的以“扩权+转权+分权”为主要内容的宅基地权利制度重构方案，则在为原有的宅基地使用权保留一席之地的前提下，通过权利的“增量”改革为外部主体参与宅基地利用“另辟蹊径”，也为实践中早已存在、且将来仍然会继续出现的合理的“法外”利用样态提供法律规制和保障。上述重构方案会带来宅基地从取得到利用再到退出各环节权利义务关系的调整，需要从立法上予以确立。当前的土地管理法修正草案和民法典物权编草案对宅基地的制度供给均存在明显不足，建议立法更加积极作为，构建一个充分回应新时代新需要的宅基地权利制度。

---

---

**Abstract:** The rights system on the rural house sites under the current law is not working. In practice, there are a large number of “extra-legal” use of the rural house sites in such cases as rural house sites inheritance, internal transfer, cross-village allocation, resettlement, market utilization, and operational use, which diverse in terms of their subject, function, and usage. Since the idea of legal leasehold rights of the rural house sites cannot cover the rich needs in practice, it is necessary to reconstruct the rights system on the rural house sites by systematically integrating multiple measures. Taking the “three bottom lines” and “systematic classification design” as the guiding ideology and basing on the summarization of practical experience and theoretical research results, this paper proposes a reconstruction scheme of rights system on the rural house sites that takes “extending rights + transferring rights + separating rights” as its core content, so as to provide reference for the further reformation and improvement of legislation against the background of implementing the rural revitalization strategy.

**Key Words:** rural house site, right of the use of rural house site, “three rights division”, rural land

---

---