

“三权分置”政策下宅基地流转方式 运行机理的剖析和思考^{*}

丁关良

(浙江大学中国农村发展研究院, 杭州 310058)

摘 要: 中央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”, 深化宅基地制度改革。以中央政策之宅基地“三权分置”内容为背景, 重点剖析“三权分置”政策下宅基地“转让”“互换”“出租”“赠与”“入股”“抵押”等流转方式运行遇到的问题, 对宅基地使用权双重性认知存在的误区, 宅基地使用权无法被分解为宅基地资格权和“宅基地使用权”, 宅基地使用权上设立另一用益物权其理论依据不足或创新法理未成就, “三权分置”格局下宅基地房屋财产权和房屋使用权新两权界定之困惑, 依据法理和良法界定宅基地使用权物权变动, 以及依据债权产生法则为宅基地使用权流转创造条件等宅基地使用权流转的若干理论与现实问题展开分析。期望引起学界多视角和深层次关注, 为未来创建宅基地使用权流转良法制度献计献策。

关键词: 宅基地; “三权分置”; 流转方式; 尴尬与困惑; 深层思考

中图分类号: F321.1 文献标志码: A 文章编号: 1674-9189(2020)04-0065-12

一、引 言

在“两权分离”情形下, 宅基地只存在宅基地所有权(通常归村农民集体)和宅基地使用权(通常归该村农民集体内农户)两种权利。若宅基地上已有房屋, 房屋(农房)所有权的主体应为该农户。目前, 学界普遍认为“两权分离”中的宅基地使用权本身具有身份性和财产性之双重属性。身份性, 表现在该权利拥有者只能是宅基地所有权主体内由本农民集体成员构成的农户, 体现为该权利具有社会保障(福利)功能; 财产性, 表现在该权利属于经济价值的财产权利, 体现为具有经济效用(价值)功能。该宅基地使用权承载的社会保障功能与经济效用功能相互之间存在难以调和的矛盾甚至冲突, 二者很难相互兼容, 导致无法按市场法则实施宅基地使用权有效流转, 势必随着城镇化迅速推进和农民(工)市民化不断真正落地, 出现大量闲置的宅基地和闲置的农房, 造成双重资源极大浪费。因此, 中央于2018年提出“三权分置”^①这一深化农村宅

^{*}项目来源: 国家社会科学基金重大项目(19ZDA088); 教育部人文社会科学重点研究基地重大项目(17JJD790018)。

作者简介: 丁关良, 男, 教授, 研究方向: 农村产权、土地法以及农村法治。

①《中共中央国务院关于实施乡村振兴战略的意见》(中发〔2018〕1号)指出: “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。”

基地改革新举措和新方向。

二、“三权分置”政策中宅基地权利形成的学界主要观点

学界认为在流转中将宅基地使用权(双重属性)分解为宅基地资格权(纯身份性)和“宅基地使用权”(纯财产性)(徐忠国等, 2018), 形成“三权分置”之“三权”格局, 即宅基地所有权、宅基地资格权和“宅基地使用权”。这里宅基地所有权仍归村农民集体所有, 农户流转“宅基地使用权”后只拥有或“保留”宅基地资格权, 而流进方(受让方)取得“宅基地使用权”。上述宅基地使用权(双重属性)的“一权分为两权”的观点, 一方面受西方产权经济学理论影响, 认为产权是一组财产权利或称财产权利束, 即产权是人们对财产所拥有的各种经济权利的总称, 包括财产的所有权、占有权、支配权、使用权、收益权和处置权等。通说认为可分离(割)性是产权的属性之一的观点影响我国学界认知。另一方面受到农村集体承包地产权的所有权、承包权、经营权“三权分置”政策影响和启示^②。

学界除宅基地所有权、宅基地资格权、“宅基地使用权”外, 还存在众多新“三权分置”观点, 主要包括: (1)宅基地所有权、宅基地使用权、次生宅基地使用权; (2)宅基地所有权、宅基地使用权、宅基地经营权; (3)宅基地所有权、宅基地使用权、宅基地租赁权(韩世远, 2005); (4)宅基地所有权、宅基地成员权、宅基地使用权(高飞, 2016); (5)宅基地所有权、宅基地使用权、宅基地利用权; (6)宅基地所有权、占有权、使用权(董祚继, 2016); (7)宅基地所有权、宅基地使用权、宅基地经营权或宅基地租赁权(宋志红, 2018); (8)宅基地所有权、宅基地资格权、宅基地使用权以及宅基地租赁使用权(陈广华, 2019); (9)宅基地所有权、宅基地使用权、宅基地租赁权或利用权(高圣平, 2019)。本文仅探讨上述中央政策提到的“三权分置”。

三、中央宅基地“三权分置”政策其改革的目标一般认知

中央宅基地“三权分置”改革政策, 其主要目标为:

(1)通过落实宅基地集体所有权, 更好发挥农民集体为成员在提供宅基地方面的优势, 为农户实现“户有所居”创造更好条件。同时为完善宅基地集体所有权权能拓展打下坚实基础, 更好发挥分配、调换、退出、收回宅基地和监督监管宅基地使用的功能。

(2)通过保障宅基地农户资格权, 实现该“权利”之纯身份性质, 目标是在流转后农户仍“保留”宅基地资格权并能享有宅基地持续经济利益, 增加农民财产性收入。

(3)通过适度放活“宅基地使用权”, 实现该权利之纯财产性质和更好拓展该权利之权能, 目标是按市场法则公平交易, 达到流转无约束和主体法律地位平等, 能用“宅基地使用权”抵押, 为农户提供更多担保物, 使“宅基地使用权”入股, 为农民专业合作社发展开拓和创造新途径。

(4)通过按市场规则顺畅流转, 实现多形式、多渠道和多模式盘活闲置宅基地和闲置农房, 目标是实现土地资源优化配置和提高双重资源的利用效率, 为激发乡村发展活力、促进乡村振兴提供更有力的土地资源支撑。

^② 2016年10月30日的中共中央办公厅、国务院办公厅《关于完善农村土地所有权承包权经营权分置办法的意见》指出:“现阶段深化农村土地制度改革, 顺应农民保留土地承包权、流转土地经营权的意愿, 将土地承包经营权分为承包权和经营权, 实行所有权、承包权、经营权(以下简称‘三权’)分置并行, 着力推进农业现代化, 是继家庭联产承包责任制后农村改革又一重大制度创新。”

四、“三权分置”政策下宅基地流转方式运行的尴尬

2019年8月29日第三次修正的《土地管理法》第62条第5款规定:“农村村民出卖、出租、赠与住宅后,再申请宅基地的,不予批准。”法律上规定宅基地使用权流转的方式有转让、出租、赠与三种。结合现行政策法规分析可知,“地随房走”的宅基地使用权流转方式,包括出租(租赁)、转让(出卖)、赠与、互换(交换)^③、抵押^④、入股^⑤等。同样,中央政策“三权分置”改革下宅基地使用权流转方式包括:“转让”“互换”“出租”“赠与”“抵押”“入股”^⑥六种主要方式。本文遵循法律逻辑并结合实践操作两方面分别对上述各流转方式深入剖析。

(一)“转让”存在的主要问题

1.“转让”之“权利”转移不符合物权变动现行法则

按物权法理分析,用益物权转让属物权变动形式之一,通常宅基地使用权转让转移的是宅基地使用权,该转让结果:转让方(原农户)丧失宅基地使用权,受让方移转继受取得宅基地使用权。

“三权分置”下宅基地“转让”,其结果:转让方(原农户)“保留”或拥有宅基地资格权;受让方(流进方)取得“宅基地使用权”。这里存在转让方“保留”或拥有宅基地资格权,没有发生完整权利的宅基地使用权转移,而只发生“宅基地使用权”(纯财产性)的转移。可见,“转让”之“权利”(“宅基地使用权”)转移内涵不符合常态。

2.“转让”流转使宅基地占有不符合法律规则

甲农户将A宅基地的使用权转让给本村乙农户,其结果是:甲农户已不占有A宅基地且不享有A宅基地的宅基地使用权;乙农户占有A宅基地和享有A宅基地宅基地使用权。

“三权分置”下宅基地“转让”,只发生“宅基地使用权”转移,甲农户在A宅基地上仍“保留”或拥有宅基地资格权,乙农户在A宅基地上只取得和享有“宅基地使用权”,这种“转让”对A宅基地占有问题上意味着出现如下结果:一方面乙农户(“宅基地使用权”人)享有直接占有权;另一方面甲农户(宅基地资格权人)是否享有间接占有权(按通常分析,宅基地资格权是建立在宅基地上的权利)?可见,“三权分置”政策下“转让”之流转的宅基地占有不符合现行通常法律规则。

③2007年11月28日原国土资源部《土地登记办法》第2条第2款规定:“前款规定的国有土地使用权,包括国有建设用地使用权和国有农用地使用权;集体土地使用权,包括集体建设用地使用权、宅基地使用权和集体农用地使用权(不含土地承包经营权)”,第40条规定:“因依法买卖、交换、赠与地上建筑物、构筑物及其附属设施涉及建设用地使用权转移的,当事人应当持原土地权利证书、变更后的房屋所有权证书及土地使用权发生转移的相关证明材料,申请建设用地使用权变更登记”,该部门规章确立了交换。

④2015年5月10日,《国务院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)指出:“农民住房财产权(含宅基地使用权)抵押贷款的抵押物处置应与商品住房制定差别化规定。探索农民住房财产权抵押担保中宅基地权益的实现方式和途径,保障抵押权人合法权益。对农民住房财产权抵押贷款的抵押物处置,受让人原则上应限制在相关法律法规和国务院规定的范围内。”“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。”“农民住房财产权抵押贷款试点原则上选择国土资源部牵头确定的宅基地制度改革试点地区开展”。

⑤2019年9月30日农业农村部《关于积极稳妥开展农村闲置宅基地和闲置住房盘活利用工作的通知》指出:“在充分保障农民宅基地合法权益的前提下,支持农村集体经济组织及其成员采取自营、出租、入股、合作等多种方式盘活利用农村闲置宅基地和闲置住房”。

⑥这里是指“三权分置”下宅基地流转方式的表示形式,具体为“转让”“互换”“出租”“入股”“抵押”“赠与”。同时,本部分内容中的宅基地使用权表示是“二权分离”情形的权利,而“宅基地使用权”通常是“三权分置”下的第三个权利。

3. “转让”使宅基地法律关系混乱且无序

通常宅基地使用权转让应是宅基地使用权(完整权利)的转移,即原农户(转让方)与本农民集体之间原宅基地使用权关系终止;受让方与本农民集体之间新宅基地使用权关系产生。

“三权分置”下宅基地“转让”是“宅基地使用权”(纯财产性)的转移,这种“转让”使宅基地法律关系错综复杂,表现在:一是导致原宅基地关系是否已经终止不明;二是原农户(转让方)与受让方之间“转让”法律关系在流转期限内仍存在(所谓的今后农户要从受让方中取得“剩余‘转让’收益”);三是导致受让方与本村农民集体之间宅基地法律关系能否产生或能否建立成为质疑。同时,如依据一种权利对应一种法律关系分析,一是宅基地资格权应对应宅基地资格权法律关系,特别是该法律关系的构成主体、内容、客体很难界定和落实;二是“宅基地使用权”应对应“宅基地使用权”法律关系,这两种法律关系是上述三种法律关系无法涵盖的。可见,此情形下“转让”造成宅基地法律关系错综复杂且混乱无序,无法依常态确立。

4. 一次性收取转让收益的“转让”结果势必造成宅基地资格权无实际价值

通常宅基地使用权转让行为完成时,原农户(转让方)应是一次性取得转让收益,今后不存在再取得转让收益(已无剩余转让收益)之情形,这是常态。

“三权分置”下宅基地“转让”,也使原农户(转让方)一次性取得转让收益,使“保留”或拥有宅基地资格权今后取得收益这一价值目标不存在,造成“保留”或拥有的宅基地资格权的收益功能无法体现。

5. 转让方收取转让年收益或分期分批收取转让收益的结果使农户宅基地资格权的收益功能很难或无法保障

如“转让”不属于一次性取得转让收益,要使转让方“保留”或拥有的宅基地资格权有价值,按每年或分期分批收取转让收益,势必产生三个问题:(1)按“三权分置”政策“保留”或拥有的宅基地资格权有价值之目标,受让方(企业法人)破产,转让方(农户)未取得的剩余转让收益无法保障。(2)“宅基地使用权”按市场规则运行,受让方取得“宅基地使用权”后实施“再转让”,会出现农户未取得的剩余转让收益无法收取情况,向第一受让方收取(现第一受让方已无“宅基地使用权”),还是向第二受让方收取(第二受让方已取得“宅基地使用权”)成为问题。(3)第一受让方用“宅基地使用权”(纯财产性)抵押,出现实现抵押权后,第二受让方已取得“宅基地使用权”,而第一受让方已无“宅基地使用权”且无其他财产,转让方未取得的剩余转让收益如何保障也成为问题。可见,“转让”如不属于一次性取得转让收益,势必造成农户权利保障问题凸显。

6. 宅基地资格权在“宅基地使用权”是独立权利情形下更无经济价值

若宅基地使用权(双重性)可被分解为宅基地资格权和“宅基地使用权”,其结果宅基地资格权和“宅基地使用权”应属于两个独立权利,显然,宅基地资格权人虽“保留”或拥有宅基地资格权,但与“宅基地使用权”人(拥有“宅基地使用权”)不存在任何法律关系(包括经济关系),宅基地资格权人权利的经济利益无法保障。

(二) “互换”存在的主要问题

1. “互换”使内涵不符合法理

通常甲农户A宅基地之宅基地使用权与乙农户B宅基地之宅基地使用权实施互换,甲农户享有B宅基地之宅基地使用权,乙农户享有A宅基地之宅基地使用权。这种互换只是两个宅基地使用权发生互移或对换,原宅基地之宅基地使用权不消灭,也不产生新的权利,且互换前后均只存在上

述两个宅基地使用权。

“三权分置”下，甲农户A宅基地之宅基地使用权与乙农户B宅基地之宅基地使用权“互换”，结果：(1)上述两个宅基地使用权消灭；(2)新产生四个权利，即A宅基地之宅基地资格权、A宅基地之“宅基地使用权”、B宅基地之宅基地资格权、B宅基地之“宅基地使用权”；(3)甲农户享有A宅基地之宅基地资格权和B宅基地之“宅基地使用权”，乙农户享有B宅基地之宅基地资格权和A宅基地之“宅基地使用权”。可见，这种“互换”，不是原完整权利发生对换，只发生一方两权中一权(“宅基地使用权”)发生对换，不符合互换之完整权利转移的常态。

2.“互换”使两块宅基地是否对换存在质疑

如甲农户用A地(如承包的耕地)与同村乙农户B地(如承包的耕地)等质等量互换，应是除两个土地承包经营权(用益物权)对换外，同时两块承包地对换，即甲农户占有B地和享有B地土地承包经营权；乙农户占有A地和享有A地土地承包经营权。

“三权分置”下，甲农户用A宅基地与本村乙农户B宅基地“互换”，结果：(1)乙农户直接占有A宅基地并享有A宅基地之“宅基地使用权”，但因甲农户还享有A宅基地之宅基地资格权，是否存在甲农户间接占有A宅基地的情形？(2)甲农户直接占有B宅基地并享有B宅基地之“宅基地使用权”，但因乙农户还享有B宅基地之宅基地资格权，是否同样存在乙农户间接占有A宅基地情形？可见，该“互换”是否发生宅基地对换存在质疑。

3.“互换”使宅基地法律关系增加且复杂化

通常，互换是同一村农民集体内部农户两个宅基地使用权之间的变动，其性质仅表现为“质”上两个宅基地法律关系主体的转变；“量”上并未增加其他新的宅基地法律关系。这种互换前后每块地除宅基地所有权法律关系外只存在另一个宅基地使用权法律关系。

“三权分置”下“互换”，A宅基地和B宅基地均已存在三个权利，即宅基地所有权、宅基地资格权和“宅基地使用权”，两块地除宅基地所有权法律关系外还有至少三种法律关系，如A宅基地上，一是A宅基地上本农民集体与甲农户之间宅基地法律关系或A宅基地上本农民集体与乙农户之间宅基地法律关系(两个宅基地法律关系至少存在一个，如何界定成为理论难题)；二是A宅基地上甲农户享有宅基地资格权，可见甲农户在A宅基地上也存在宅基地资格权法律关系；三是乙农户在A宅基地上享有“宅基地使用权”，当然乙农户在A宅基地上存在“宅基地使用权”法律关系。每块地上增加至少两个宅基地法律关系，即“互换”后增加四个不完全清晰的宅基地法律关系，使宅基地上法律关系混乱且难以明确性质界定。

4.等量的宅基地“互换”后宅基地资格权已无收益功能且无法成为财产权利

通常等质等量的两块宅基地“互换”后，享有宅基地资格权的任何一方已不可能从对方取得任何收益，即甲农户(享有A宅基地之宅基地资格权)不能从乙农户(享有A宅基地之“宅基地使用权”)手中取得收益，同样，乙农户(享有B宅基地之宅基地资格权)也不能从甲农户(享有B宅基地之“宅基地使用权”)手中取得收益。可见，这种等量的宅基地“互换”，任何一方之宅基地资格权，已无收益权能(学界认为宅基地资格权最大价值是收益功能)，不能成为财产权利(民事权利)。

5.不等量的宅基地“互换”后可能双方均无宅基地资格权收益或只存在仅有一方的互换差价收益

不等量的宅基地“互换”时通常一次性(常态)结清互换差价，可见，“互换”完成后享有宅基地资格权的任何一方也已不可能从对方(“宅基地使用权”人)取得任何收益。这种常态下一一次性结清

互换差价,任何一方“保留”宅基地资格权已无任何财产价值。

非常态下如“互换”后仍存在差价(“互换”时不是一次性结清互换差价),“互换”后双方都享有和“保留”宅基地资格权,也仅享有(或“保留”)宅基地资格权的一方(差价的顺差一方)在今后可取得收益,此亦非宅基地资格权的全部收益,应是差价收益;另一方(差价的逆差一方)虽然享有(或“保留”)宅基地资格权,但永远无法取得此宅基地资格权带来的任何收益,只存在支付差价的义务,不能说宅基地资格权存在“收益权能”。

6. “互换”后宅基地被征收的征地款补偿分配冲突凸显

通常,甲农户A宅基地与同村乙农户B宅基地互换后,甲农户在B宅基地上享有宅基地使用权,乙农户在A宅基地上享有宅基地使用权,这时A宅基地被征收其征地款(除归宅基地所有权人以外)由乙农户参与享有,同样,B宅基地被征收其征地款(除归宅基地所有权人以外)由甲农户参与享有^⑦。

上述两宅基地在“三权分置”下“互换”后,若A宅基地被征收,其征地款(除归土地所有权人以外)应由甲农户(享有宅基地资格权)和乙农户(享有“宅基地使用权”)共同参与享有(因任何财产之权利被依法剥夺都应得到合理补偿)。实践中,征地款分配复杂化:一方面先界定宅基地资格权与“宅基地使用权”哪个价值大,再协商决定宅基地资格权与“宅基地使用权”按合理比例补偿的标准;另一方面如已认可上述分析之宅基地资格权无收益价值或只有差价收益,如何补偿分配很难操作,必然会发生利益冲突。

7. “互换”使宅基地资格权成为无经济价值之权利

若“互换”使宅基地资格权与“宅基地使用权”成为两个独立权利,一方面甲农户从乙农户中取得互换差价收益,因为宅基地资格权人与乙农户(取得A宅基地“宅基地使用权”的“宅基地使用权”人)之间不存在任何法律关系,无法从A宅基地“宅基地使用权”的“宅基地使用权”人中取得互换差价收益(不等量宅基地“互换”),甲农户肯定不是以宅基地资格权人名义取得;另一方面带有身份性的宅基地资格权肯定成为无任何经济价值之权利。

(三) “出租”存在的主要问题

1. 出租使承租人取得宅基地租赁权,而不应是“宅基地使用权”

通常宅基地使用权出租,属于出租方在保留物权性质的宅基地使用权前提下,承租方只能创设继受取得债权性质的宅基地租赁权。“三权分置”下“出租”后,承租方取得“宅基地使用权”,该权利名称与租赁关系通常产生规范权利名称(如房屋租赁权、土地租赁权等)不匹配。

2. “出租”使宅基地使用权(双重性)消失,造成村农民集体与农户(出租方)之间宅基地关系维系出现真空

按法理分析,宅基地使用权出租属物权性质的宅基地使用权保留型流转,出租后原农户(出租方)保留物权性质的宅基地使用权,符合“农户与村农民集体之间宅基地关系不变”。在“三权分置”下的宅基地“出租”,使宅基地的原宅基地使用权已被分解为宅基地资格权和“宅基地使用权”,导致“出租”完成后原宅基地使用权消失,使“出租方的农户与村农民集体之间宅基地关系”不复存在。

^⑦《物权法》第121条规定:“因不动产或者动产被征收、征用致使用益物权消灭或者影响用益物权行使的,用益物权人有权依照本法第四十二条、第四十四条的规定获得相应补偿”。

3. 出租关系应属单一债之法律关系, 而“出租”导致两种法律关系之怪象

宅基地使用权的出租行为, 从法律性质上看完全是一种合同关系, 即债的关系。“三权分置”下“出租”出现新两权, 即宅基地资格权和“宅基地使用权”, 按通常法理和立法之规则, 一个权利与一个法律关系相对应, 两个权利必然分别与两个不同法律关系相对应。可见, “出租”出现的新两权, 必然产生相对应两个不同法律关系, 即一个是宅基地资格权法律关系, 另一个是与“宅基地使用权”法律关系。其与出租关系应属单一债之法律关系相悖。

4. “出租”若使农户享有债权性质的宅基地资格权势必引起权利弱化

宅基地资格权是在“出租”实施前提下产生的, 这一出租关系属债之法律关系, 可见, 在债之法律关系中产生的宅基地资格权应是债权, “出租”若使出租方的农户享有债权性质的宅基地资格权, 从该农户享有用益物权性质的宅基地使用权(因物权效力强于债权效力)异化为享有债权性质的宅基地资格权, 势必造成该农户权利弱化。

5. “出租”期限届满后原农户原权利如何恢复和能否再次流转成为问题

“三权分置”下宅基地“出租”后, 导致宅基地使用权消失, “出租”流转到期后, 通常“宅基地使用权”一同消失, 问题是出租方(农户)的原宅基地使用权能否恢复; 如“宅基地使用权”仍存在, 返回给出租方(农户)与宅基地资格权结合恢复宅基地使用权的理论依据何在; 如果“宅基地使用权”不能返回给农户, 该农户(宅基地资格权人)只拥有宅基地资格权, 如何实施第二次、第三次等流转, 有无理论依据。

6. 承租人用取得其债权性质“宅基地使用权”实施抵押于理于法无据

“宅基地使用权”在“出租”实施前提下产生, 这一出租关系属债之法律关系, “出租”使承租方取得的应是债权性质的“宅基地使用权”, 而债权性质“宅基地使用权”抵押于理于法无据。

(四)“赠与”存在的主要问题

1. “赠与”之客体的“宅基地使用权”面临的问题

在赠与合同成立或生效前, 农户“宅基地使用权”面临三个问题: 一是农户“宅基地使用权”生成出现法理无依据问题; 二是农户“宅基地使用权”成为独立财产后拥有两种权利(宅基地资格权和“宅基地使用权”)呈尴尬问题; 三是农户“宅基地使用权”如何成为用益物权也是现实问题。

2. “赠与”之权利转移是否符合常理和法理问题

“三权分置”下的宅基地“赠与”, 赠与人只丧失部分权利, 即只丧失“宅基地使用权”, 而“保留”或拥有宅基地资格权; 而受赠人只取得部分权利的“宅基地使用权”, 该现象不符合常态和现行法理。

3. “赠与”后宅基地资格权成为无经济价值之宅基地权利怪象

实施“赠与”后, 农户虽“保留”或拥有宅基地资格权, 但农户“保留”或拥有的宅基地资格权也必将成为无经济价值的权利。

4. 抚养赠与中“赠与”发生时“赠与人”拥有宅基地资格权出现尴尬

通常在农村普遍存在抚养赠与(抚养赠与协议或抚养赠与合同), 如实现该“赠与”中的“宅基地使用权”时, “赠与人”已不拥有民事权利能力(通常自然人的民事权利能力始于出生, 终于死亡), 其“保留”或拥有宅基地资格权必将成为理论上的无解问题。

5. 抚养赠与中“赠与”因抚养赠与合同被依法解除后权利回归出现难题

该“赠与”因抚养赠与合同被依法解除后, 如何使宅基地资格权和“宅基地使用权”结合回归为

宅基地使用权成为法理上的难题。

(五)“抵押”存在的主要问题

以农户“宅基地使用权”抵押为例分析。

1. 农户“宅基地使用权”生成呈现困境

通常抵押前该农户的“宅基地使用权”应已客观产生，遇到或面临“宅基地使用权”如何产生之现实和理论问题，因为抵押前还未发生宅基地流转这一法律行为(法律事实)，同样，也不存在其他任何法律事实。

2. 农户“宅基地使用权”成为独立财产也出现困惑

抵押前该农户“宅基地使用权”应成为独立权利(独立财产)，否则通常不是独立财产的“宅基地使用权”无法成为抵押权的客体。而农户“宅基地使用权”能成为独立权利应早于抵押合同(该抵押合同只能产生抵押权)签订和成立(至少是生效)。

3. 农户“宅基地使用权”成为用益物权之迷糊

抵押前若存在该独立权利的“宅基地使用权”更应属于用益物权(大陆法系“债权不得单独抵押只能质押”)，否则也不能成为抵押权的客体。而农户“宅基地使用权”成为用益物权不能自圆其说。

4. 抵押期间农户拥有新两权出现无法理遵循问题

设立抵押权后、主合同债务未完全履行前或未通过实现抵押权前(指抵押期间且抵押期间不转移抵押物占有)，造成农户拥有宅基地资格权和“宅基地使用权”，两权不符合法理。

5. 无需实现抵押权时新两权回归为原一权遇到法理尴尬

若出现主合同债务人依法履行债务完成实现了主合同债权，而不需要通过实现抵押权时(不发生该“宅基地使用权”流转或转移给第三人)，该“宅基地使用权”不能与宅基地资格权结合(导致该两权消灭的法理依据何在)恢复宅基地使用权(无现行法理依据，因这方面创新法理仍未出现而无法解决该问题)。

6. 实现抵押权后农户拥有宅基地资格权之权利经济价值怪象

用“宅基地使用权”实现抵押权后，势必造成该“宅基地使用权”除原农户外已被第三人取得并拥有，这时农户“保留”或拥有的“宅基地资格权”也必将成为无经济价值的权利。

(六)“入股”存在的主要问题

本文以农户“宅基地使用权”入股农民专业合作社为例分析(丁关良，2020)。该“入股”存在问题：(1)农户之“宅基地使用权”如何生成势必出现法理无依据问题；(2)农户自“宅基地使用权”成为独立财产后其自身拥有两种权利呈现困惑问题；(3)农户“宅基地使用权”如何成为用益物权也是理论和现实问题；(4)农民专业合作社无法设立时农户拥有上述两种权利造成理论尴尬；(5)宅基地资格权人与农民专业合作社之间“法律关系”呈现空白；(6)“宅基地资格权”依托之“法律关系”构成要素无法厘清；(7)“宅基地资格权”的“权利”继承问题已凸显；(8)“宅基地资格权”沦为无经济价值之权利。

五、宅基地使用权流转的若干理论与现实问题思考

(一) 宅基地使用权双重性认知存在理论误区问题

学界普遍赞同宅基地“两权分离”中的宅基地使用权之双重属性理论认知(高圣平，2019；刘国

栋, 2019; 姜楠, 2019; 宋志红, 2019), 需要深入分析。本文认为, (1) 宅基地取得有身份性并不能证成原始取得的宅基地使用权之权利本身存在身份性。依据《土地管理法》^⑧规定, 应由本村农民集体成员组成的农户依法原始取得宅基地使用权, 充分说明原始取得宅基地使用权的主体有身份性, 但这并不能得出原始取得的宅基地使用权之权利本身存在身份性, 正如依据《继承法》^⑨规定, 法定继承中虽然取得遗产有身份性, 但在继承人依法继承取得遗产后之财产的所有权和用益物权等权利本身不存在任何身份性。(2) 原始创设取得宅基地使用权的农户有“身份性”, 不意味着其他拥有宅基地使用权的主体一定都应有“身份性”和移转继受取得宅基地使用权肯定存在“身份性”。如 1989 年 7 月 5 日《国家土地管理局关于确定土地权属问题的若干意见》规定, 应认定非“身份性”的继承者可依法继承农村房屋, 也可拥有宅基地使用权; 又如《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》(国土资发[2016]191 号) 规定, 应该包括转性成为真正城市之市民的原农户(现在为“非身份性”户)其原合法取得的宅基地使用权应予以确权登记。(3) 若该权利具有双重性(特别含有身份性)这一命题在理论上成立, “法律制度”应设计为, 一方面本村农民集体的成员(个人)均应无任何限制地取得宅基地使用权(该权利主体不是农户, 而是成员个人)且由该成员终身享有, 该成员死亡时本村农民集体才能依理无偿收回宅基地; 另一方面法律须禁止该权利转让、抵押、赠与、继承等物权性流转方式。另外, 法律也应禁止征收或占用宅基地, 且该成员在世时法律还应禁止退回或收回宅基地等。上述这些“法律制度”显然不符合“使市场在资源配置中起决定性作用”这一农村土地制度改革深化改革的未来方向。(4) 若“宅基地使用权本身具有身份性”必然会出现或产生众多难以符合法律逻辑之怪象: 一方面因该权利主体(即指农户)客观消亡时, 该权利双重性是否应同时消灭; 另一方面若原农户消亡而无身份性的该宅基地使用权其性质也必将成为理论和实践之现实如何解释问题。

通过上述分析可知, 若农户原始创设取得的宅基地使用权具有身份性, 理论上无法自圆其说, 实践操作上也符合法律逻辑并呈现弊大于利之客观结果, 闲置的宅基地和农房其两重资源优化配置遇到难题, 更无法形成该权利流转良好法律环境。因此, 应尽快消除理论上对该权利的双重性之不科学、不合理认知, 若人为打上宅基地使用权的“身份性”这一烙印, 必然使简单问题复杂化甚至无解。应客观树立宅基地使用权只具有唯一性的用益物权之法律性质之认知, 恢复宅基地使用权的财产性本来面目, 才能构建好宅基地使用权流转之良法制度。

(二) 宅基地使用权无法被分解为宅基地资格权和“宅基地使用权”

宅基地“使用权分置成资格权和使用权”(徐忠国等, 2018)。而“两权分离”下的宅基地使用权是具体民事权利, 而非权利束; 是唯一性的用益物权之财产性, 而非身份性和财产性并存双重性构成之复合权利; 是由占有、使用、收益和处分权能构成的权利, 而非由保障权能和财产权能构成的权利; 是一项完整性的权利, 而无法分解为资格权和使用权的新两权。

(三) 宅基地使用权上设立另一用益物权其理论依据不足或创新法理未成就

法学界普遍对宅基地“三权分置”解释为从“两权分离”的宅基地使用权中派生(也包括或分置、

^⑧《土地管理法》第 62 条第 1 款规定: “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”。

^⑨《继承法》第二章“法定继承”第 10 条规定: “遗产按照下列顺序继承: 第一顺序: 配偶、子女、父母。第二顺序: 兄弟姐妹、祖父母、外祖父母”。

或设立)出宅基地经营权、或次生宅基地使用权、或宅基地利用权等“宅基地使用权”(纯财产性)而形成新的“三权分置”格局(见前述内容)。但宅基地使用权上设立“宅基地使用权”(见上)的理论观点,明显存在以下问题:(1)该“宅基地使用权”之权利生成其法理依据何在,是否符合法律逻辑?特别是农户的“宅基地使用权”(该权利可用于赠与、入股和抵押)如何形成问题。(2)各种流转方式存在上述分析出现的众多问题和尴尬现象,特别表现在:①不同性质(物权和债权)流转关系使流进方取得同一名称的“宅基地使用权”,该权利具有两种法律性质(物权和债权)是否符合法理;②“宅基地使用权”具有上述两种性质,不仅给流转当事人把握和区分增加人为难度或无法清晰界定,且发生纠纷后也同样造成解决纠纷的仲裁机构和审判机构在界定权利性质上人为增添认定难度、更是耗费时间精力及加大案件处理实际成本。(3)出租(或租赁)这一流转方式,我国不使用目前国际上各国家(包括大陆法系和英美法系的国家)通行取得债权性质“××租赁权”(如土地租赁权、房屋租赁权等)的客观名称,而人为使用其权利法律性质不明、名称容易混淆的“宅基地使用权”,能否实现规范;(4)农户的“宅基地使用权”(用益物权之法律性质)可实施入股和抵押,但客观上会出现以下难以厘清问题:一方面,宅基地上存在上述两个法律性质和功能相同的用益物权(即宅基地使用权、“宅基地使用权”)势必也容易造成该两权利之间发生不可调和之矛盾和冲突;另一方面,会使农户“保留”的宅基地使用权成为扭曲权利之现象(见上述分析),这时流转后的该宅基地使用权还是土地上之财产权利吗?显然,宅基地使用权上设立另一用益物权(“宅基地使用权”)其理论依据不足或创新法理还未成就,造成上述该观点不能自圆其说。

(四)在宅基地“三权分置”格局下房屋财产权和房屋使用权新两权界定之理论困惑

按中央“三权分置”政策,没有出现房屋所有权,而只出现“房屋财产权”和“房屋使用权”这两种新“权利”(过去政策上不存在、现行法律上也不存在),与宅基地本身“三权分置”相类似而是否意味着这里原房屋所有权(一权)已同时出现被分解为“房屋财产权”和“房屋使用权”(两权),其结果是流出方(农户)取得或拥有“房屋财产权”,流进方(“宅基地使用权”人)取得房屋使用权。若上述这一分析思路成立,而该房屋的上述新两权势必导致其权利名称是否规范合理问题、权利性质难以界定问题等,目前理论界只关注宅基地自身之“三权分置”研究。

一方面,农户房屋财产权其内涵无法得到很好解释。物权与债权之二分法则是大陆法系国家财产权(指狭义财产权)的核心内容,显然,财产权通常且应该是物权和债权这两权的上位概念。若在“三权分置”下产生“房屋财产权”,如何与自物权的房屋所有权、债权的房屋租赁权相区分,同时“房屋财产权”是否属于物权和债权两种性质并存之双重权利,若是,则造成“房屋财产权”法律性质无法客观界定。可见,上述情形均与大陆法系物权与债权二分法之规则不吻合,在“三权分置”政策中使用“房屋财产权”内涵无法界定。

另一方面,在入股、抵押、赠与前农户房屋使用权如何形成也无法得到很好解释。在入股、抵押、赠与前客观上还不存在任何法律事实(通常包括事件和行为),若产生“房屋使用权”造成在理论上无法解释和实践中也无法操作。可见,在“三权分置”下,只存在“房屋财产权”和“房屋使用权”新两权(而原房屋所有权消灭),势必发生众多不能自圆其说之法理问题,整个“三权分置”政策法律化将遇到无法符合法律逻辑得到解决这一客观和现实难题。

(五)依据法理和良法界定宅基地使用权物权变动与债权产生法则为宅基地使用权流转创造条件

目前,新《土地管理法》确立了农村集体经营性建设用地入市制度,在二级市场中规定转让、

互换、出资、赠与或者抵押等集体经营性建设用地使用权流转方式,属于物权变动范畴。这些流转方式在集体经营性建设用地上只存在集体土地所有权和集体经营性建设用地使用权这“两权”,不存在“三权分置”情形。

宅基地使用权转让、互换、赠与、入股、抵押等流转方式,应属于物权性流转性质,与集体经营性建设用地使用权上述流转方式应该相类似或相同,也应属于物权变动范畴。这种宅基地使用权物权性流转,原集体土地所有权和宅基地使用权不发生任何性质之变化、且仍然客观存在。同时,也不产生任何性质的新权利,其转让、互换、赠与、入股这四种流转方式必然发生宅基地使用权(完整权利)转移,即农户丧失宅基地使用权,流进方移转继受取得宅基地使用权;抵押这种流转方式,只能在实现抵押权后,农户才丧失宅基地使用权。可见,这种物权性流转不会在宅基地上产生“三权分置”之“三权”。

宅基地使用权租赁客观上属于债权性流转,通常法律规定财产所有权由占有、使用、收益、处分等四大权能构成,应该运用权能分离理论实现债权产生的路径。在该租赁这一债权法律关系中,出租方(农户)仍保留用益物权性质的宅基地使用权(原权利),承租方依法创设继受取得债权性质的宅基地租赁权。同时,宅基地使用权也受到宅基地租赁权法律约束。可见,在宅基地使用权租赁这一流转方式之情形下,在宅基地上客观地形成“三权”的宅基地所有权(自物权)、宅基地使用权(用益物权)和宅基地租赁权(债权)之权利结构,因此,只能在宅基地使用权的债权性流转中形成“所有权、用益物权、债权”的“三权分置”。

六、结语

在2019年《土地管理法》修正中宅基地“三权分置”之中央该政策没有入法,同时2020年5月28日通过的《中华人民共和国民法典》中也没有涉及宅基地“三权分置”之内容,显然,宅基地“三权分置”有许多重要理论与实践问题值得继续深入研究。

参考文献

- [1] 徐忠国,卓跃飞,吴次芳,等.农村宅基地三权分置的经济解释与法理演绎[J].中国土地科学,2018(8): 16-22.
- [2] 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[J].政治与法律,2005(5): 30-35.
- [3] 高飞.农村土地“三权分置”的法理阐释与制度意蕴[J].法学研究,2016(3): 3-19.
- [4] 董祚继.以三权分置为农村宅基地改革突破口[J].国土资源,2016(12): 13-17.
- [5] 宋志红.宅基地“三权分置”的法律内涵和制度设计[J].法学评论,2018(4): 142-153.
- [6] 陈广华,罗亚文.宅基地“三权分置”之法教义学分析——基于试点地区改革模式研究[J].农村经济,2019(2): 23-30.
- [7] 高圣平.宅基地制度改革政策的演进与走向[J].中国人民大学学报,2019(1): 23-33.
- [8] 丁关良.宅基地“三权分置”之权利入股农民合作社的法理障碍和化解对策[J].天津商业大学学报,2020(2): 3-15+73.
- [9] 高圣平.宅基地制度改革与民法典物权编编纂——兼评《民法典物权编(草案二次审议稿)》[J].法学评论,2019(4): 108-117.
- [10] 刘国栋.农村宅基地“三权分置”政策的立法表达——以“民法典物权编”的编纂为中心[J].西南政法大学学报,2019(2): 17-28.
- [11] 姜楠.宅基地“三权”分置的法构造及其实现路径[J].南京农业大学学报(社会科学版),2019(3): 105-116.
- [12] 宋志红.乡村振兴背景下的宅基地权利制度重构[J].法学研究,2019(3): 73-92.
- [13] 徐忠国,卓跃飞,吴次芳,等.农村宅基地三权分置的经济解释与法理演绎[J].中国土地科学,2018(8): 16-22.

Analysis and Thinking on Operation Mechanism of Homestead Circulation Modes Under Policy of "Three Rights Separation" Policy

DING Guanliang

(China Academy for Rural Development, Zhejiang University, Hangzhou 310058, China)

Abstract: In order to deepen the reform of the homestead system, the central government has put forward a policy to improve the policy on idle homestead and unused rural housing for farmers, and explores to improve "separation of three rights" that means the separation of the ownership, qualification and use rights of homestead. This paper was developed against the backdrop of the central policy of the house site "three rights separation", and focused on the analyses of its embarrassing operation problems containing the "transfer", "exchange", "lease", "gift", "share", "mortgage" and some other circulation modes. Finally, theoretical and practical problems on the transfer of homestead use right were put forward, which contained wrong duality cognition of housing land use right and the right to use the homestead could not be broken down into the homestead eligibility right and "the right to use the homestead". There were also some problems needed to be solved, such as setting up another usufructuary right on the right to use house sites without theoretical basis and legal theoretical innovations to believe it. In addition, defining two created rights which contained house property and usufruct of house under the "three rights separation" and delimiting the rule of property changes and creditor's rights to produce on the right to use the homestead to create conditions for the land circulation right to use house sites, jurisprudence and good law were also two problems worthy of thinking. The purpose of the research was to call the academic community to further study the proposition from multiple perspectives, and to offer solutions to the future establishment of the homestead use right transfer system.

Key words: homestead; "separation of three rights"; circulation mode; embarrassment and confusion; deep thinking