

# 新中国 70 年宅基地使用权流转： 制度变迁、现实困境、改革方向

董新辉

**摘要：**宅基地使用权流转制度的历史脉络表现为立法思想从公权主导向私权彰显的转变，治理体系从城乡二元向城乡统一的转变以及权利属性从保障属性主导向财产属性凸显的转变三条主线，并形成了所有权与使用权相分离的“两权分离”的现状。无论是政策实践探索中宅基地置换模式、宅基地资本化补偿（地票）的流转模式，还是理论探索中的法定租赁权、地上权的流转路径，实质都是为凸显宅基地资产价值等私益属性，而在赋予宅基地使用权更多权能的思路所作的努力。但是，宅基地使用权公益与私益的双重属性又导致这些在私益权能上的扩张与宅基地自身公益权能无法根本兼顾和融合，这是宅基地制度改革无法取得实质进展的症结所在。“三权分置”对于宅基地使用权流转问题而言，既是宏观思路上的全新路径，也是微观构造上的流转模式。“三权分置”放弃了对宅基地使用权自身权能的扩展，走的是一条在“两权分离”基础上对宅基地使用权作出进一步权利分解的全新路径，通过新分解的宅基地使用权自由流转实现宅基地财产价值，通过新派生的宅基地资格权保留在农户手中继续维护宅基地的保障属性，实现了公益与私益的兼顾，是宅基地使用权流转的应然选择。

**关键词：**宅基地使用权 土地流转 三权分置

**中图分类号：**F320.2 **文献标识码：**A

## 一、制度变迁：宅基地“两权分离”的形成

从 1949 年新中国成立到 2019 年的整整 70 个年头里，中国宅基地制度历经了所有权与使用权的“两权合一”到“两权分离”，再到“三权分置”改革等重大变革，宅基地使用权流转<sup>①</sup>制度也

<sup>①</sup>“流转”最初被运用在经济学领域，意指产权在不同主体之间的移转过程。随着经济现象越来越多地被纳入法学的检视框架，“产权”一词常见于日常的讨论，与之相关的“流转”也被现实地运用于民事立法和司法过程中，从而成为一个被社会各界所熟知的概念。《中华人民共和国农村土地承包法》规定了“土地承包经营权的流转”，将转包、出租、互换、转让等行为统称为流转。但在法律文本层面，并未出现“宅基地使用权流转”的字样，其含义在立法层面并没有明确的规定。本文所称的“宅基地使用权流转”意指宅基地使用权在不同主体之间权利的移转。

经历了允许自由流转到限制流转，再到尝试解禁等重要改革。在这些制度变迁背后，承载着怎样的政策制定考量，蕴含着怎样的历史发展脉络，宅基地使用权流转问题的解决路径又将指向何方。脱离特定的历史背景研究和分析上述问题是无法真正理解问题的本质、掌握发展的规律、得出正确结论的。探寻农村宅基地使用权流转制度未来的改革方向，应从回顾过去开始。

### （一）宅基地使用权流转的制度变迁

新中国成立后的宅基地使用权流转制度的历史沿革大致可以划分为三个阶段，分别为“两权合一”模式下的自由流转阶段、“两权分离”模式下的变相流转阶段和“两权分离”模式下的限制流转阶段。

1. “两权合一”模式下的自由流转阶段（1949~1958年）。新中国成立后，中国实行了大规模的农村土地改革。这一阶段的特点表现为：一是宅基地所有权和使用权均归农民所有，即农民私有<sup>①</sup>。二是在流转上，实行绝对的自由，土地和房屋均可以自由买卖、出租、抵押等<sup>②</sup>。三是出于建设社会主义制度的政治需要，没收大地主的土地分配给失地农民是废除封建土地制度、建设社会主义制度的重要内容，这较为强烈地体现了政治因素在制度变迁中的主导作用。四是保障功能从宅基地制度建立伊始就成为主基调。宅基地的制度设计严格遵循保障农民基本居住权的理念，以平均分配、无偿取得为主要内容，以“居者有其屋”为主要目标。可以把这一时期称为“两权合一”模式下的自由流转阶段，时间大概为1949年至1958年。

2. “两权分离”模式下的变相流转阶段（1958~1978年）。这一阶段的关键词是“社会主义改造”。“社会主义改造”是在全国土地改革基本完成的基础上，国家为实现社会主义做出进一步改革的举措。在宅基地问题上，学界一般认为宅基地的社会主义公有制在1958年的合作化运动的高级社阶段即已开始，表现为将土地等农业生产资料变为集体所有，历史上称之为农业合作化运动。

这一阶段的制度改革除了考虑社会主义改造等政治因素外，也体现出了对经济因素的一定考量。一方面，土地私有制形成了分散落后的小农经济，具有一定的局限性，制度改革对克服这一局限、发展经济有着较强的意愿；另一方面，落后的生产技术以及简陋的生产条件成为农业发展的制约因素，制度改革是排除这一制约因素所作的努力。同时，还体现出较为明显的工业优先发展的政策倾向。《关于对社员宅基地问题作一些补充规定的通知》的出台，标志着宅基地私有制正式退出历史舞台，宅基地“两权分离”时代的框架基本形成，并在1978年的《宪法》中得到认可。

这一阶段的特点表现为：一是确定了宅基地所有权和使用权“两权分离”的权利架构，农村宅基地从农民享有所有权转变为农民享有使用权<sup>③</sup>，这一制度安排在日后的宅基地权利结构改革中不

<sup>①</sup>1950年的《中华人民共和国土地改革法》（以下简称《土地改革法》）和1954年的《中华人民共和国宪法》确立了农地私有。

<sup>②</sup>1950年的《土地改革法》承认一切土地所有者自由经营、买卖及出租其土地的权利。

<sup>③</sup>1962年，中共八届十中全会发布《农村人民公社工作条例修正草案》，规定宅基地归生产队所有，一律不准出租和买卖，但社员有买卖或者租赁房屋的权利。

断得到强化和发展，“宅基地使用权”作为一种独立的权利甚至是概念开始被逐渐重视起来。二是在流转问题上，宅基地单独不准出租和买卖，但允许宅基地使用权随房屋而变相流转<sup>①</sup>，且未限制城镇居民到农村购买社员房屋，形成了宅基地使用权流转制度的雏形<sup>②</sup>，并在日后的历史发展中形成了一个独具中国特色的法学研究课题，即宅基地使用权流转问题。三是宅基地继续体现出较强的居住保障功能，表现为宅基地使用权的无偿取得，有无期限性等。四是国家对宅基地规范管理的具体化、细致化的意愿初显，如在宅基地分配方式上，做出了以农户为单位实行“一户一宅”的规定。但整体上这一阶段的制度设计仍较为笼统，不够详细，如未对每户的宅基地使用面积做出限制等。同时，社员房屋出售后，宅基地的使用权也随之转移给新房主，实际认可了宅基地“地随房走”的流转。由于这一阶段房屋买卖并不多见，并未对当时的城乡二元管理结构造成冲击，因此也未对此做严格限制。

随着 1978 年宪法有关房屋属农民所有，宅基地归集体所有等内容的规定，宅基地“两权分离”权利结构以及规范体系的“四梁八柱”已经搭建，且日后的修补都是在未改变宅基地“两权分离”基本构架的基础上进行的。可以把这一时期称为“两权分离”模式下的变相流转阶段，时间上大概为 1958 年至 1978 年。

3. “两权分离”模式下的限制流转阶段（1978~2000 年）。1978 年，党的十一届三中全会召开，国家确立了改革开放的方针政策。伴随社会经济的高速发展，旧有的宅基地制度不断受到冲击。国家在此期间对宅基地的管理日趋规范、具体<sup>③</sup>，对宅基地使用权流转的限制也不断加码，并一步步形成了现有的限制流转格局。国务院于 1982 年颁布《村镇建房用地管理条例》，一方面对城镇居民取得农村宅基地使用权表示认可<sup>④</sup>，另一方面首次对每户申请宅基地使用权的面积标准做出了规定，

<sup>①</sup>也有学者认为，该阶段农民享有宅基地使用权，但使用权不能流转，只是社员有买卖房屋或者租赁房屋的权利。详见王小莹（2012）。

<sup>②</sup>1963 年 3 月 20 日，《中共中央关于各地对社员宅基地问题作一些补充规定的通知》中提出“宅基地上的……房屋出卖以后，宅基地的使用权即随之转移给新房主，但宅基地的所有权仍归生产队所有”，可以视为是确立了所有权和使用权“两权分离”的基本思路和雏形。

<sup>③</sup>1995 年原国家土地管理局出台了《确定土地所有权和使用权的若干规定》，规定“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”。

<sup>④</sup>1982 年《村镇建房用地管理条例》第十四条规定：“回乡落户的离休、退休、退职职工和军人，回乡定居的华侨，建房需要宅基地的，……由批准机关发给宅基地使用证明”；第十八条规定，“集镇内非农业户建房需要土地的，……参照第十四条的规定办理”。1986 年通过、1988 年修正的《土地管理法》规定：“城镇非农业户口建住宅，需要使用集体土地的，必须经县级人民政府批准，其用地面积不得超过省、自治区、直辖市规定的标准，并参照国家建设征用土地的标准支付补偿费和安置补偿费”，还明确提出“国有土地和集体所有的土地的使用权可以依法转让。土地使用权的转让办法，由国务院另行规定”。上述法律和规章，都允许某些非农业户（城镇居民）以无偿或有偿方式使用

禁止出租、出卖房屋后再申请宅基地的行为。同时，最高人民法院作为国家司法机关也出台司法意见，对《村镇建房用地管理条例》等国家政策做出了积极回应<sup>①</sup>。在此基础上，全国人大于 1986 年制定了《中华人民共和国土地管理法》（以下简称《土地管理法》），对宅基地面积标准，禁止出卖后再申请以及盖房占用耕地报批等做出更为细致、规范层级更高的规定<sup>②</sup>。随着改革开放不断深入，土地价值日益凸显，土地的价格尤其是城市周边的土地价格不断飙升，农村土地的市场化进程飞速推进，炒卖宅基地、侵蚀耕地等社会问题日益严重。为做出应对，国家于 1993 年做出禁止城镇居民购买农房的规定<sup>③</sup>，在 1998 年做出禁止城镇居民取得宅基地的规定<sup>④</sup>，试图通过缩小宅基地原始取得的主体范围这一权利取得的入口来缓解上述问题。这一阶段，农村宅基地制度具有如下特点：一是国家从法律和政策两个层面对宅基地使用权流转进行了限制。二是 20 世纪 90 年代中期以前，基于农房买卖的宅基地使用权附随流转是被许可的，之后则受到了越来越严格的管控直至最终完全被限制（陆剑，2014）。但是，这种限制流转并没有带来国家所期待的结果，农房买卖不减反增。三是随着社会经济不断发展变化，宅基地使用权流转制度的诸多问题日益增多并暴露出来。四是“两权分离”模式下的宅基地使用权规范体系日趋完善和具体，如每户宅基地使用权的面积标准，出卖房屋后不准再申请宅基地等等。可以把这一时期概括称之为宅基地“两权分离”模式下限制流转阶段，时间上大概从 1978 年至 2000 年初。2000 年后，中央和地方政府以及理论界开始对宅基地制度的改革进行大规模的理论 and 实践探索，本文将在后文中进行梳理。

## （二）宅基地使用权流转制度的历史脉络

纵观新中国成立后宅基地制度的发展历程，虽然不同时期的宅基地立法都有着深刻的政治、经济、社会和历史元素错综交织其中（喻文莉，2011），但一条条制度变迁的逻辑主线却清晰地贯穿始末，使得宅基地制度酝酿、形成、成熟和演变的过程有规律可循，有经验可鉴。分析“两权分离”到“三权分置”宅基地使用权流转制度的变迁，首先就需要理出这一条条变迁的主线，并以此为基本线索，总结农村土地特别是宅基地制度演变过程所蕴涵的制度特征、逻辑规律，以期在未来的改革中得到启发和帮助。

1. 立法思想：从公权主导向私权彰显的转变。“在中国这样一个有着千年集权史的国度里，无论是制度的变革还是创新，都无法忽视政府的制度安排意愿，国家设计始终是决定制度变迁轨迹的众多力量中的主要方面（高海燕，2007）。”政治因素、国家行为等公权力在新中国成立后的很长

---

农村集体所有的宅基地来建房。

<sup>①</sup>最高人民法院于 1984 年出台《关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》，强调法院对买卖房屋而移转宅基地使用权发生的纠纷，应根据国务院《村镇建房用地管理条例》中规定的审查、批准手续处理。

<sup>②</sup>1986 年制定的《土地管理法》规定：村民一户只能拥有一处宅基地；申请宅基地要符合条件；面积要有限额；由于买卖房屋而转移宅基地使用权的，应按规定办理申请、审批手续等等。

<sup>③</sup>1993 年，国务院办公厅发布《关于加强土地转让管理严禁炒卖土地的通知》，明令禁止农民的住宅向城市居民出售。

<sup>④</sup>1998 年，全国人大修订《土地管理法》，禁止城镇非农业居民取得宅基地。

一段时间内，都在农村土地制度变迁中起着主导性、根本性、决定性作用。自新中国成立之初到人民公社成立，公权力依靠中国制度集权和高效的优势，以带有强烈国家强制色彩的推行方式实现了政治制度层面的社会主义公有制改造，而推进宅基地所有权从私有到集体所有的转换是其中的重要内容。诚如有学者所言，土改的政治意义远大于经济意义（温铁军，2009），笔者在此无意在话语上将新中国成立初期公有制改革的公与私简单对立，而是意图从源头上探寻此后一系列政策的脉络。虽然在土地改革以及合作化和人民公社时期，作为主要的推动力量公权力不能简单等同于学界现在所探讨的民法意义上的公权，但这却是农民个人所有的“两权合一”到集体所有、农民使用的“两权分离”的直接动因，且这种公权主导的思维在后来的很长一段时间里一直得到了延续，表现为通过限制流转等一系列政策的出台，使得宅基地的保障作用得到有效发挥。由于国家公权力对社会稳定的偏好，赋予土地的政治功能与社会保障功能大大超过了其经济功能，使土地产权制度和农产品流通制度等一系列制度安排都是以社会和政治稳定为主要目的，而不是以经济效率为主要目的（孙涛、黄少安，2009）。这也使得经济因素以及经济理论的适用在农村土地制度的重大变革中几乎没有发挥任何直接作用。正如有的学者所言，中国农村土地制度的形成、发展并最终取得统治地位，是很难用规范的纯经济学的语言和逻辑做出解释的（靳相木，2005）。在改革开放实现从计划经济向市场经济发展的同时，对宅基地的流转限制却出现了“从计划经济体制向更高集权式的倒退”（赵树枫等，2015），这似乎有悖历史逻辑。现行立法限制宅基地使用权流转等非市场化配置的规定，体现了从公法逻辑中的政治因素考量对私法领域中个人私权的限制。正是由于宅基地“两权分离”与限制流转在制度初创时以政治、保障等公法因素为主导，才使得在私法视角上宅基地使用权能受限，并进而引发了农村土地利用上的低效、资源的严重浪费以及秩序上的混乱。在国家实施乡村振兴战略、城乡一体化协同发展的今天，宅基地制度的立法思想仍停留在公法层面的居住权利意义上，显然已经不合时宜。

随着社会经济的发展，宅基地私权权能不断扩充，宅基地的私权属性不断彰显，社会各界对宅基地私权定位呼声越来越高。2007年《中华人民共和国物权法》（以下简称《物权法》）的颁布以及在此之前关于宅基地使用权立法规定的一系列讨论都可以视为宅基地制度发展史上的一件大事。虽然最终出台的《物权法》对宅基地使用权的规定内容较为简单，并且对很多棘手的关键问题采用了引致条款留待后续法律修改解决，但对宅基地使用权是用益物权的界定却具有重大的宣示意义。将这一重要问题规定在一部保护私权的私法之中，更是对宅基地私权属性的一次重要彰显。“宅基地使用权制度不是一项单纯的经济制度，权利的逻辑和权力的逻辑都不可能完全展开。因此，在农户宅基地使用权流转制度的设计方面必须考虑在私法逻辑中嵌入公法逻辑这样一种复合结构，同时注重流转风险的多层次防范措施”（秦小红，2014）。农村宅基地交易不是一个物权法可自作主张的问题，能否交易的决定权在公法领域，公法层面上需要把握的方向是体现国家对私权的适度限制（孟勤国，2005）。由此可见，不论是私法逻辑嵌入公法逻辑，还是公权在私权中的限制，都体现了宅基地使用权流转制度设计上“公”与“私”的深刻交织，流转制度的改革也应体现出私法和公法复合的价值取向。

2.治理体系：从城乡二元向城乡统一的转变。在人民公社的社会主义改造后，国家采取了一种城乡分割的二元社会治理体制。这种二元体制的主要表现在两个方面：一是城镇户口与农村户口的二元户籍制度，二是城镇土地与农村土地的二元土地制度。自 20 世纪 50 年代末，中国进入城乡分割的二元体制时期。从这时起，土地制度的发展改革与户籍制度的变迁演进如影随形，两者无论在制度生成的时间上，还是在制度的功能上都具有内在的关联性（王菊英、王晓明，2008）。与此同时，一方的变革往往会引起另一方的变革，从而表现出动态上的互动性与适应性（汤玉权，2006）。一方面，户籍制度产生了控制人口流动的实际作用。新中国成立之初，户籍制度仅具有身份证明以及人口统计的作用。但是从 20 世纪 50 年代末期开始，户籍制度基于国家在特殊年代优先发展工业的需要，成为了政府控制人口流动的制度工具，并由此固化了这种社会二元治理的格局，逐渐偏离了设计的初衷和预设的轨道。在这种治理格局中，以限制人口流动为目的的户籍管理制度的实质，乃是通过控制有限资源的分配实现对城乡社会流动的控制。另一方面，宅基地制度的设计中，限制宅基地使用权流转等一系列政策的颁布，把农民和土地以及地上的房屋捆绑在了一起，减小了农民向城市迁徙的可能，减轻了政府的管理成本，为优先发展重工业的战略起到了重要的推动作用，并催生了土地的城乡二元结构。限制宅基地使用权流转的政策动因也可以视为是对户籍制度控制人口流动的呼应，本质上就是一种城乡二元结构的思维定势的体现。宅基地使用权流转制度与户籍管理制度在控制人口流动、稳定社会秩序方面的功能可谓异曲同工、殊途同归。严格的户籍制度和宅基地使用权流转制度共同在城乡之间筑起了一堵高墙，阻断了农业人口向非农业领域转移和向城市迁徙的通道。

可以说，从制度基本逻辑和动因上，宅基地使用权流转制度与户籍制度密切关联且高度一致。二元土地制度是二元户籍制度长期稳步运行的基石，二元户籍管理制度又反过来固化了二元土地制度。户籍和土地均以一种稳定的二元制度运行，两者互动频繁、互为基础、交织共生，户籍制度的改革是土地制度变革的基础，其改革的力度深刻影响着土地制度改革的广度。而土地制度的改革又对户籍制度的变革起到了助力推动作用，两者呈现出的互动的状态最终共同成为控制人口流动的主要手段，也成为了城乡不同利益分配格局的最基本依据。

改革开放开启了波澜壮阔的农村经济体制改革序幕，家庭联产承包制的推行和人民公社的解体促成了大量剩余劳动力群体的形成。这些群体在流动中寻求解放和发展，人口流动改变着人口的空间分布，也冲击着传统的城乡二元社会治理体系，关于取消农村劳动力进入城镇限制等一系列政策法规纷纷出台。但与此相比，农村土地制度的改革却仅主要集中在土地承包经营权制度上，宅基地制度改革以土地利用规划等管理层面的内容为主，在权利结构、权利属性以及权利内容等方面的根本性改革鲜有涉及。因为一旦要从根本上予以解决，就会难免触及城乡二元体制的根基，伤筋动骨，这无疑“增加了预期制度安排中的实施成本、摩擦成本乃至政治成本（刘润秋，2012）”。但现实却是随着城乡户籍制度的改革，相关的农村经济社会发展和社会保障体系已得到逐步完善，中国城乡二元结构在根本上已经逐渐发生解体，并具备了重构的可能和需求。特别是 2007 年颁布施行的《中华人民共和国城乡规划法》，象征着制度层面的城乡二元分割局面已然打破，对于城乡一体化体制

机制的构建具有重大的意义。二元的户籍制度改革已取得了实质性进展，但宅基地使用权流转制度仍然固守原有的城乡二元格局，限制流转的安排，其制度流弊日益凸显，改革已迫在眉睫。

3.权利属性：从保障属性主导向财产属性凸显的转变。保障属性一直位居宅基地使用权权利属性的主导地位。如果说土地承包经营权的制度设计目标是保障“耕者有其田”，那么宅基地制度则是保障“居者有其屋”，两者共同构成了农民最基本的生存保障。改革开放前，宅基地使用权流转问题之所以没有成为一个棘手改革难点和社会焦点，根本原因在于宅基地使用权本身的财产属性并不明显，保障属性的主导地位没有受到任何实质性的挑战和质疑。但是，随着近年来城乡二元结构的松动、宅基地资产功能的凸显等现实情况的变化，对宅基地的利用已经超出了保障功能的范围，宅基地保障属性逐步弱化，而财产属性却不断加强，农民流转的意愿和诉求日趋强烈，流转的动因日益加强。一方面，农房转让、宅基地“隐性流转”、被拆迁后基于宅基地征收补偿等等所体现出来的宅基地资产价值，使得宅基地财产属性日益凸显，个别地方甚至出现拆迁后整村农民一夜暴富的现象。近年来一系列改革的着力点也一直集中于对使用权的扩张和强化，这就使得宅基地使用权在事实上被赋予了更多的财产权益。另一方面，农村的医疗、教育及养老等保障制度也已经发生了很大变化，惠及城乡的社会保障体系正在不断完善。尤其是大城市城中村和近郊的农民，很多已有逐步接近或者享受与城镇居民同等待遇的趋势，有的在收入水平和生活水平上甚至已经超过一般城镇居民，从整体上看宅基地原有的基于身份属性所具有的保障功能已经逐渐弱化。财产变革通常与身份变革同行，这两者构成了近代变革的主旋律（郑永流，2004），宅基地使用权权利属性正是在这一变革中逐渐从保障属性主导向财产属性凸显转变。

但需要注意的是，对于大多数偏远地区的农村而言，社会保障体系尚处于初步建设的不完善阶段。在这种情况下，如果允许宅基地使用权自由流转，一旦农民失去房屋无处居住或者进城打工者无法在城市立足，回乡又无安居之所，就容易带来“流民”等社会问题。而如果允许失地农民重新获得申请宅基地的权利，又势必对集体和其他集体经济组织成员的合法权益构成侵害，最终影响农民群体的整体利益和整个农村社会的稳定秩序。所以，宅基地的保障权能虽然弱化，但尚不能被完全忽视。

## 二、现实困境：既有改革路径的局限

### （一）宅基地使用权流转制度改革实践探索(2000~2013年)

从时间的接续上看，“两权分离”模式下对宅基地使用权流转路径的实践探索，大约从 21 世纪初开始，到 2013 年有十多年的时间。21 世纪初，《物权法》的起草工作启动，这在宅基地使用权流转问题的历史上是一件大事。在讨论的过程中，也做出了解除流转限制的努力，可以视为“两权分离”模式下对宅基地使用权流转的初步探索。2013 年，党的十八届三中全会召开，会上明确提出农村宅基地制度以及整个农村土地制度的改革，并开始了国家层面的农地“三权分置”探索，可以视作这一轮探索的结束。在这 10 年里，国家对宅基地使用权进行改革的态度较为明确，但改革的路径还不是非常清晰，处于一种先期探索阶段。

1. 宅基地使用权流转的立法探索。在国家法律层面，未正面回应宅基地使用权流转问题，这在《物权法》的起草过程中体现得较为明显。2002~2006 年，全国人大常委会七次审议《物权法》草案，整个过程集中反映了宅基地使用权流转问题的复杂性和困难程度。在前三次审议稿中对宅基地使用权流转问题曾规定：“本集体以外的人通过转让取得宅基地使用权的，应当交纳宅基地使用费。”其实是做出了允许宅基地使用权自由流转的规定。但是，在第六次审议稿中却限制了宅基地使用权的流转，规定为“宅基地使用权人经本集体同意，可以将合法建造的住房转让给本集体内符合宅基地使用权分配条件的农户；住房转让时，宅基地使用权一并转让。禁止城镇居民在农村购置宅基地”，即地随房走，严禁宅基地单独买卖。对于这项修改，在全国人大常委会内部和社会各界引起了激烈的争论，有的不赞成流转，认为城镇居民会把农民的宅基地买光。有的则赞成流转，认为农房属于私产，应处置自由，同时流转也符合城乡统筹发展和城乡一体化道路的要求<sup>①</sup>。还有的提出较为折中的办法，希望通过严格的限制性规定来保护宅基地相对稳定。最终，2007 年 3 月 16 日第十届全国人大五次会议第七次审议通过的《物权法》选择了搁置宅基地使用权流转的问题，认为放开流转的“条件尚不成熟”，为今后修改“留有余地”<sup>②</sup>。

在《物权法》从起草到颁布的过程中，国家对宅基地使用权流转的态度从一开始的允许流转到试图在法律上明确限制流转，再到改为暂不表态的转变，国家立法态度的反复一方面反映了国家对农民财产权实现的关切，另一方面又表现出国家对宅基地使用权的身份属性、保障属性的重视，体现了对宅基地使用权自由流转所致风险的顾虑和担忧。修改的过程和最终的结果较为客观地反映了此问题的复杂性、重要性和艰巨性，以及国家对该问题的观望意愿。立法者无意在《物权法》中确立宅基地使用权的流转制度，一步到位解决所有问题，而是采取一种引致条款的方式与其他法律衔接，为今后依据社会的发展变化对流转制度做出改革预留了空间。此后近 10 年来，与农村土地承包经营权流转的立法探索相比，宅基地使用权流转的规范体系则一直未有突破性变化。

2. 宅基地使用权流转的政策实践。中央政府除了对宅基地进行严格的流转限制，也意识到了改革的必要性，进行了初步的改革试点尝试，在国家政策层面进行了积极探索<sup>③</sup>。“建设用地增减挂

<sup>①</sup>2006 年 12 月 7 日，在京的农经界专家陆学艺、郭书田、赵树枫等 12 人联名，给第十届全国人大常委会委员长吴邦国写信，信中认为第六次审议稿这样的删改不符合中央统筹城乡经济社会发展和改变二元结构的方针，建议恢复前三次的表述，并从不公正的规定、物权法理上自相矛盾、农村宅基地实际、耕地与流民风险等四个方面进行了分析。详见赵树枫等（2015）。

<sup>②</sup>2007 年 3 月 16 日十届全国人大五次会议通过的《物权法》，将宅基地使用权转让的规定修改为：“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”。时任全国人大常委会副委员长王兆国在“关于《中华人民共和国物权法（草案）》的说明”中指出：《物权法》有关宅基地取得、行使和转让的规定，是基于“从全国范围看，放开宅基地使用权的转让”“条件尚不成熟”，为了维护现行法律和政策，并为今后修改有关法律、调整有关政策“留有余地”做出的。

<sup>③</sup>2004 年国务院《关于深化改革严格土地管理的决定》提出了“农民集体所有建设用地使用权可以依法流转”的探索



钩”是对宅基地使用权流转的改革实践探索，其流程为将拆旧地块和建新地块共同组成“建新拆旧”项目区，通过“建新拆旧”和土地复垦，最终实现项目区内建设用地总量和耕地总量的不变和平衡。

“增减挂钩”虽然至今还在实施，但是该政策更多地立足于对耕地整体数量的保持，着眼于中国庞大人口的饭碗问题，而相较于此，宅基地使用权流转制度的改革则重在解决房地分离问题，意图盘活农民的住房和土地这些“沉睡资产”。因此，“增减挂钩”之于宅基地使用权流转制度改革的效果并不明显。

相比于中央，地方的探索意愿更为强烈，许多地方政府纷纷出台地方规定，进行了流转制度改革的积极尝试和大胆实践。在中国，无论是浙江温州、义乌、宁波以及江苏苏州等东部沿海地区，还是河北、内蒙古、广西、陕西等经济相对落后的中西部省份，都出台了关于宅基地管理的办法或者意见。在这些地方政府的指导性文件中，一般都是结合地区的实际情况制定了一些灵活的规则，探索宅基地使用权流转的可能，内容上更为激进和大胆，形成了一些比较有特色的改革模式，反映了较强的改革欲望与迫切需求。总体看，主要存在以下两种模式。

第一，宅基地置换模式。宅基地置换模式的流转方式较为直接，简单说就是用宅基地和自己的农房换地换房<sup>①</sup>，在流转过程中体现为较强的公权力主导色彩。宅基地置换在各地都有不同的名称，如上海“中心村”模式、浙江“两分两换”模式、天津“宅基地换房”模式等等，但实质上并无不同，都是一种宅基地的置换。宅基地置换具有如下几方面的特点：一是由政府主导，农民的个人意愿在其中难以完全体现，实践中个别地方的做法并未充分尊重农民自由选择的权利，导致农民“被上楼”“被城市化”等问题发生。二是被置换的土地性质如何认定、置换后新建房屋是否具有完整产权等问题尚未明确，亟待统一规范。三是宅基地置换的政策动因是对宅基地使用权流转限制的规避，可以理解为是对宅基地资源的整合，政府的置换动力仍然是基于对被置换宅基地的开发意愿。由于与土地征收程序相比，宅基地置换更为简便易行且自由空间更大，被地方政府所广泛青睐，在浙江德清、义乌等地取得了较为不错的改革效果<sup>②</sup>。

方向，并做出“城镇建设用地增加与农村建设用地减少相挂钩”的要求。2005年11月，为正式启动城乡建设用地增减挂钩工作，国土资源部出台《关于规范城镇建设用地增加与农村建设用地减少相挂钩试点工作的意见》（国土资发〔2005〕207号），国家关于“建设用地增减挂钩”的方法正式提出，并在天津、浙江等省（市）的28个县（市、区）展开试点，为其他改革提供了经验借鉴。

<sup>①</sup>宅基地置换的具体操作流程为，农户自愿与集体经济组织签订置换协议，把宅基地交还给集体经济组织，放弃其享有的宅基地使用权。集体经济组织取得宅基地后，再与政府签订置换协议，由政府对置换出的宅基地统一开发建设。这些宅基地一部分用于为参与置换的农户建设住房，并通过集体经济组织分配给原宅基地使用权人，另一部分宅基地由政府出让以进行开发，弥补城市建设用地的不足。

<sup>②</sup>如浙江德清、义乌通过将闲置宅基地按规划转为集体经营性建设用地进行开发利用，将闲置宅基地和复垦节余的农村建设用地统筹协调，化零为整调整为集体经营性建设用地，与国有土地同权同价、同等入市。象山县探索将集体经营性建设用地以村办企业用地形式供地，参与乡村旅游、文体娱乐、农家乐、民宿等项目，促进了农村产业融合发展，

第二，宅基地资本化补偿模式。这种模式相对置换模式更复杂一些，其实质是将宅基地资本化，最为典型的的就是“地票”制度。2008年，重庆推出“地票”<sup>①</sup>改革，其具体做法是将包括农村宅基地在内的闲置农村集体建设用地复垦验收后，按增加的面积核发“地票”（即城市建设用地挂钩指标凭证），从而通过该指标将农村废弃、闲置的建设用地予以置换，实现土地权证化，解决土地浪费和城市建设用地紧张的矛盾。浙江借鉴重庆的改革经验，将宅基地使用权量化为“宅基地权票”，通过权票交易、流转，实现农民宅基地自由、有偿退出，在不改变宅基地集体所有性质的前提下，积极探索允许符合条件的宅基地及农房突破村级集体组织的边界，在全县农业人口范围内进行置换、转让、继承、入股<sup>②</sup>。除此之外，还有四川“土地银行”模式、江苏“收购储备”模式等等。地票制度使得“土地指标在本省市内高度市场化和抽象化”（孙建伟，2017），具有了财产价值。地票交易的决定权不在每年有多少农民有流转土地的意愿，而在于政府需要多少城镇建设用地指标，其不能属于宅基地使用权自由流转的途径，而仅能理解成是“《土地管理法》规定土地占补平衡的一个衍生物”（贺雪峰，2012），是对国家增减挂钩政策的一种变形，与建立统一的城乡土地交易市场还存在一定的差距（陆剑，2014）。

比较分析国家和地方两个层面的改革实践，地方政府是探索宅基地使用权流转的主要力量，而中央政府的态度则相对保守。虽然地方政府的一些尝试，可能与中央政府相关部门的规定存在“打擦边球”甚至发生冲突的情况，但在中国这样一个大国里，允许地方政府在一定范围内先行先试的做法也是符合国情的。总体上看中央和地方政府在改革的方向上都是一致的，即朝着实现宅基地使用权自由流转的最终目标而努力，各地的探索可以视作对中央政策边界的试探和操作的细化。中央政府在默许各地方改革实践的基础上，希望能够总结和吸纳各地成功做法和经验，形成可推广的模式，待到时机成熟时，再扩大推行至全国范围。同时，对“三权分置”的地方探索也已经在浙江等地展开。

总之，如果说宅基地制度改革方向的明确是一个逐渐清晰的过程，那么2013年之前的流转探索可以视作是为更全面的改革积累了经验，提供了参考。中央的宏观把控和地方的积极实践，为宅基地使用权流转问题解决路径的探索和完善奠定了坚实基础。

## （二）理论分歧：限制流转与自由流转

实践的探索离不开理论的基础和支撑，实践的经验离不开理论的总结和归纳。无论是中央还是地方的既有改革探索和实践方案，都是以宅基地使用权流转理论为基础的。在学界，各方围绕是否

---

助推了乡村振兴。详见宋迎新、钟和曦（2018）。

<sup>①</sup>所谓“地票”，是指将闲置的农村宅基地及其附属设施用地、乡镇企业用地、农村公共设施和农村公益事业用地等农村集体建设用地进行复垦，变成符合栽种农作物要求的耕地，经土地管理部门严格验收后腾出的建设用地指标，由市国土房管部门按该相应指标发给等量面积建设用地指标凭证。这个凭证就被称为“地票”。

<sup>②</sup>王政、梁倩：《多地探索建立宅基地使用权流转制度》，《经济参考报》2014年6月6日，网址 [http://news.xinhuanet.com/house/2014-06/06/c\\_1111008035.html](http://news.xinhuanet.com/house/2014-06/06/c_1111008035.html)。

应支持宅基地使用权向村集体经济组织以外的更大范围流转，形成了两种对立的观点。

在学界，保持将宅基地使用权流转范围限制在本集体经济组织内部的观点主要基于以下五个方面的理由。一是宅基地使用权具有身份属性，是一种成员权，只能在成员集体范围内流转，自由流转不符合其固有属性，禁止有偿出让宅基地使用权是符合国情的，具有重要意义（王利明，2003；任中秀，2012）。二是宅基地使用权具有保障属性，是一种生存权。对中国宅基地现有状况而言，即使土地流转制度得到进一步发展，宅基地仍会作为特殊问题存在（王旭东，2007；窦希铭，2011）。三是从社会风险上分析，对于大多数农民而言，最重要的财产可能就是宅基地及其房屋。如果允许农民自由流转，他们很可能会失去生活的最后保障而变得无依无靠，沦为流离失所、无居无业的“流民”（孟勤国，2005；刘守英，2015）。同时，流转可能还会导致耕地红线虚置，反对农村宅基地使用权流转市场在城乡之间开放主要是为了保护耕地红线（秦小红，2014）。四是出于对农民整体的生存利益和长期经济利益保护的考虑（汪军民，2008）。五是宅基地使用权自由流转的时机尚未成熟，城乡经济并未实现同步发展，一味追求城乡土地权利流转的自由程度或是城乡之间的自由流转不符合现实情况（孟勤国，2005；窦希铭，2011）。保持限制的观点重点在“保持”，可以从两方面做出解读。一方面，客观上，改革伤筋动骨，各种成本是不得不考虑的问题，所以“保持”可以理解成一种对现有政策法规和制度体系的维护，解决现有制度存在问题的办法是选择在不改变大框架前提下，只是做一些小的调整。另一方面，“保持”也可以理解为主观上改革意愿不够强烈，更像是一种维持的心理，体现出较强的路径依赖倾向，政府部门持此观点的大有人在。

支持取消限制、自由流转的观点也主要基于以下五个方面展开。一是宅基地使用权本就是一种私权，是一种特殊的用益物权，现实中的宅基地使用权实际权能已经扩张，宅基地使用权成为一种可独立交易的权利客体，“地票交易”和“宅基地置换”均反映了这种权利的存在（龙开胜，2016）。二是宅基地使用权不具有流转属性是其权能上的缺失，使得权利人难以形成对其财产的有效有益预期，必须丰富宅基地使用权用益物权的权能，通过流转实现资源的优化配置（曹泮天，2012b；龙开胜，2016；刘庆、关欣等，2006）。三是限制流转不利于保障农民的合法权益，使得宅基地沉积为“死资产”，侵害农民对于宅基地的财产权利（韩玉斌，2005；曹泮天，2012b）。四是农民也是一种理性人，能够正确判断流转可能带来的风险，且宅基地的保障功能正在弱化，放开流转不会带来不可控的社会风险（曹泮天，2012b；秦小红，2014）。五是客观上存在农房买卖的旺盛需求和庞大市场，基于“地随房走”原则农房买卖已经导致了大量宅基地使用权“隐形流转”。只有开放流转才是克服宅基地使用权“隐形流转”弊端的必由之路，而由此形成一个统一、公开的市场也才能够客观准确地反映农房本身的价值，维护农民的财产权益（韩世远，2005；朱岩，2006；郭明瑞，2007；龙翼飞、徐霖，2009；陈小君、蒋省三，2010；韩松，2012；曹泮天，2012a）。

### （三）困局根源：公益属性与私益属性难以调和

美国土地经济学家伊利和莫尔豪斯曾共同指出，成功的土地利用是以土地特性的认识为基础的（伊利、莫尔豪斯，1982）。中国学者贺雪峰也提出，对土地制度的客观评判必须建立在对土地属性全面认识的基础上（贺雪峰，2013）。宅基地是自然、经济和社会的综合体，宅基地的属性可以

从自然属性、经济属性、社会属性等多个方面去理解。从宅基地的自然属性看，宅基地具有区位固定性、土地数量整体（全国）有限性与局部（村集体）有限性、长期利用性。从宅基地的经济属性分析，宅基地具有土地供给稀缺性、土地利用多向性与用途转换困难性。从宅基地的社会属性分析，宅基地又具有保障功能性、生态环境性，是人类生存的基本保障和发展的重要基础（喻文莉，2011）。在此基础上，对利用宅基地的权利即宅基地使用权的属性又如何认识呢？综合上述自然、经济、社会视角的分析判断，从法学权利属性与权利内容上分析，宅基地和所有其他类型的土地一样，具有公益和私益双重属性（向勇，2015）。宅基地作为一种物的客观存在，首先应该被理解为一种自然资源，其为农民提供了衣食住行中“住”的来源和依托，是农民生存与发展的重要物质保障和根本基础。而当其一旦被某一个个体所占有，从而成为一种具有社会性和经济性的财产时，其经济和法律层面的意义便从自然资源属性中分离出来，使得宅基地具有了资源和资产的双重内涵和特性功能。资源是公益层面的表达，资产是私益层面的认知。在宅基地确立为“两权分离”的制度框架中，宅基地使用权的权利属性就表现为一种公益属性和私益属性并存的状态，并进而表现为双重的权利定位、权利功能。这两种权利属性的相互冲突，为日后的矛盾冲突埋下了伏笔。

1. 宅基地使用权的公益属性色彩。宅基地是土地的一种，首先作为一种自然资源而存在。说到土地资源，离不开土地与人的关系的分析。脱离了人的活动的土地，只是一种客观物的存在，不具有任何资源属性。正是因为人的繁衍、生存和发展等活动，土地才有了满足人类各项需要的意义，才具有了公益的属性。因此，从人类活动的角度出发来认识宅基地，宅基地的公益属性表现为对整个社会居住需求的满足，这是宅基地最根本的公益属性。具体而言，宅基地的公益属性表现在如下几个方面：

第一，身份属性。1998 年修订后的《土地管理法》对宅基地使用权的主体资格做出明确规定，即宅基地使用权的申请主体只能是农民集体成员。因此，宅基地使用权的权利人必须具有村集体经济组织的成员身份，宅基地具有较强的身份属性。可以说，宅基地使用权的身份性是宅基地权利公权属性的基础。正是由于这种身份性的存在，才使得宅基地具有了社会功用上的保障性和权利内容上的福利性。即便在《物权法》明确将宅基地使用权的权利属性界定为用益物权的情况下，学界也普遍将其认定为一种特殊的用益物权。这种特殊的身份属性，正是其“特殊”的根源。

第二，保障属性。宅基地使用权保障农民居住这一基本生存权利，在制度设计伊始便被赋予了大量的社会功能。农民通过申请无偿取得宅基地使用权，这便是农民享有的最低限度的实物生存保障。只要社会保障体系未在农村全面覆盖，宅基地使用权就仍应具有生存保障功能（刘俊，2006）。宅基地使用权和土地承包经营权都承担了社会保障功能，但社会功能定位的不同，决定了限制程度的差异。相比而言，国家对土地承包经营权的限制程度是较低的，并逐步展现出更为宽松的趋势，这是土地承包经营权保障功能和财产功能博弈的结果。而宅基地使用权很大程度上承担着稳定农村社会的重要作用，甚至对整个国家的稳定也产生着重要影响。所以，在制度的设计之初就体现为一种以公平为主导的价值取向，而其它价值目标的实现几乎是被忽略不计的。宅基地使用权设立的最主要目的就是农民居住权利的保障，其保障属性相对而言更为突出。一方面，在城乡二元社会治理

结构下，农民与城市居民相比，普遍在工作技能、生存能力、经济能力上存在差距，其住房保障依靠集体的免费分配而实现，是对农民在城乡二元结构中较为弱势地位的考虑。另一方面，这种保障属性体现为一种历史的惯性和路径依赖。中国的历史表明，大量失地农民是社会动荡和朝代变更的直接诱因。新中国成立之初的土改过程中所显现的一些问题，也让国家对农地资产价值的凸显导致的土地兼并和社会风险产生了极大的担忧，并导致国家在农地治理问题上改革动力的不足和路径依赖。综上，宅基地的保障属性是社会稳定的重要基础，在宅基地制度构建之初是作为首要的价值来保护和实现的。从这个层面讲，宅基地的保障属性也可以视为是对其流转限制的根源，这本质上是一种在制度设计中针对不同价值进行取舍的结果。

第三，福利属性。在法学界学者眼中，宅基地具有社会福利性质是大家普遍的共识。福利权与生存权、劳动权、受教育权等权利一起，共同被视为基本人权。而全体农民对宅基地使用权的普遍、平等的享有正是这一基本人权的要求和体现。同时，这种福利属性与宅基地的保障属性还具有一定的互相重合关系，但福利属性是从农户角度对宅基地的认识，而保障属性是从国家的角度对宅基地的认识，两者的认识角度存在一定的差异。从权利内容看，宅基地的身份权利是福利权利内容实现的基础，而福利权利的重要权利内容就是获得宅基地使用权资格，福利是身份的体现。除此之外，宅基地的权利内容还应包括两个方面。一是无偿性。根据现有法律，农户作为集体经济组织成员只需要提出申请，经县级人民政府批准，对宅基地的原始取得是无偿的，无需支付任何对价。二是无期限性。如前所述，1963 年《关于各地对社员宅基地问题作一些补充规定的通知》作出了农户对宅基地“长期使用，长期不变”的规定，此后无限期使用的政策一直没有改变，沿用至今。

2. 宅基地使用权的私益属性色彩。从全社会的角度看，宅基地是一种资源，具有较强的公益属性。但当这些土地分配给每个个体加以利用的时候，土地就变成了一种财产。人们在上面盖房、定居满足个人生活居住的需要，对每个人来说宅基地就具有了私益属性。

第一，特殊的用益物权。《物权法》对宅基地使用权的权利属性做出了用益物权的明确界定，为权利人行使权利、保障利益提供了法律依据。但限制流转导致宅基地财产属性无法得到真正体现，其财产价值无法真正实现。因此，即便《物权法》将其定性为用益物权，但宅基地使用权却仍有很多与传统物权理论对用益物权认识不一致的地方，表现为其获得或享有与集体成员权密切联系在一起，并发挥着农村居住保障等社会功能，带有很强的特殊性。因此就有学者认为，农民的私有住宅与集体公有的地基形成了中国特色的农民住宅制度，其中所涉权利相当复杂，不能以“用益物权”对其简单阐释（郑尚元，2014），甚至有的学者进而提出，其应作为独立的物权类型在《物权法》中加以规定（惠建利，2016）。由此可见，在现行的法律制度框架内，宅基地使用权并非完全意义上的私权，对其认识应有别于大陆法系传统意义上的用益物权，其财产属性是有限的、受抑制的，是一种特殊的用益物权。

第二，有限的可转让性。在主流经济学说中，自由转让权与排他的使用权、收益的独享权共同组成了产权最为基本的权利内容。可转让性是私人产权的一种本质属性（柯武刚、史漫飞，2003），是最为重要、最为核心的权利内容之一，具有非常重大的意义。宅基地使用权流转受到严格限制，

不能成为一种自由转让权，也就不足以被认为是一项完整的私人产权。从经济学理论的角度分析，如果法律制度规定，产权持有人对其界定清晰的产权禁止转让或者不承认其转让产权行为的合理性、合法性，那么其开发潜能无法得到充分挖掘，其利用价值无法得到充分发挥，该产权在一定程度上甚至就等同于没有产权。宅基地在法律产权上的缺失，使得现实中权利人难以形成对其财产的有效收益预期。有限转让性导致宅基地的价值无法实现，资产严重减损。“宅基地闲置”“空心村”等现象就是最为生动的例证，而在此基础上造成的整个社会土地资源的低效配置也就不可避免。更值得忧虑和思考的是，当前宅基地使用权实际权能已经突破了不可转让的限制，“隐形流转”现象大量存在。但即便如此，也仍然难以从根本上解决宅基地产权结构冲突带来的矛盾，无法保障农民土地利益。产权视角的启示是，现行宅基地制度的理论基础发生了较大改变，且这种改变的趋势越发显著，制度改革需要丰富使用权的用益物权权能，并推动实际权能的合法化。

3. “两权分离”构架下公益色彩与私益色彩无法调和。对宅基地使用权限制流转与自由流转的两种对立观点正是基于对宅基地双重属性及其背后权利内容、价值追求的不同倾向，并由此形成了两种截然相反的答案——强调宅基地使用权身份属性和权利内容中保障权能的，主张采用限制流转的观点；而强调宅基地财产属性和权利内容中资产权能的，则站在了放开流转的一边。在既有的宅基地权利构架中，正是基于上述对成员权、保障属性、公共利益的维护，而限制甚至剥夺了宅基地使用权可转让性的权利内容，抑制了宅基地财产权、资产属性、农民群体利益，进而影响了农民对于农房的财产权利的实现。而一旦允许宅基地使用权的自由流转，则会极大提高流转到集体组织成员之外的可能，也就突破了宅基地使用权的身份属性。

宅基地的双重属性决定了宅基地法律制度对公法与私法两种立法导向的追求，宅基地的公益属性更倾向于对公平价值的追求，而宅基地的私益属性则更强调对效率价值的实现，两种价值追求并非天然对立，无法统一。但正如前文所言，在宅基地社会主义改造时期，中国实行了一种以政府强制力推动的土地改革，表现为强烈的以政治因素为主导的特征。在改革开放后，宅基地的管理思维也一直贯彻着从严治乱的思想，缺乏私法的关怀。而在既有的宅基地使用权流转问题的解决路径上，要么是对公益属性的强调，要么是对私益属性的主张，难以调和。这样一对无法调和的矛盾似乎形成了一个无法破解的困局，这才是宅基地使用权流转的症结所在。在过去很长一段时间里，公益属性在国家的制度构建中显然更被重视和青睐。所以，在面对近年来解禁宅基地使用权流转限制的呼声时，中央政府才会谨慎回应，小心探索，甚至表现出一定程度的观望态度。现有的改革路径无法解决宅基地公益属性和私益属性这对矛盾的冲突，这是流转问题迟迟无法满足各方需求、达成共识、陷入困局的根本原因。从上文的改革实践梳理中，可以清晰地发现宅基地制度改革的基本主线一直是在所有权和使用权的分离上做文章。在“两权分离”模式下，由于第一层的集体所有权制度触及国家根本政治体制，不具有改革的空间。改革只能在扩大使用权权能，发挥产权激励作用，调动土地使用者积极性，优化土地资源配等第二个层面的权利内容上寻求突破（刘守英，2014）。随着宅基地使用权私益属性权利内容的不断扩张，公益属性与私益属性愈发均衡，对第二层权利即宅基地使用权继续进行分解的“三权分置”改革路径呼之欲出。

### 三、改革方向：“三权分置”是必然选择

#### （一）“三权分置”的继承与发展（2013 年至今）

“三权分置”最早在浙江的地方改革中得到积极实践。2001 年 9 月浙江省出台的《积极有序地推进农村土地经营权流转的通知》（浙委〔2001〕53 号）提出了“稳制活田、三权分离”的土地承包经营权改革方案，随后，2003 年福建，2004 年安徽合肥，2005 年江西抚州，2006 年杭州萧山，2007 年湖北武汉、广西南宁兴宁区、浙江嘉兴以及重庆，2008 年浙江宁波、四川成都金堂县、陕西安康，2009 年河南焦作、洛阳及广东从化、四川等地都陆续出台了地方性的农地“三权分置”意见。

2013 年，党的十八届三中全会提出“改革完善农村宅基地制度”“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”等改革目标。2013 年 12 月 23 日，习近平总书记在中央农村工作会议上首次在国家层面提出农地“三权分置”改革。中国的政策演进几乎都是以国家的重要会议文件为主要标志，以重大会议的召开为时间节点。以 2013 年党的十八届三中全会为坐标，随着新一届国家领导集体施政方针颁布实施，在农地流转问题上的改革思路也逐步明确，国家对宅基地使用权流转的限制出现了很大的松动迹象，如何向宅基地使用权自由流转方向改革的路径逐渐清晰。在这一过程中，国家在宅基地使用权流转问题上的探索基本以每年至少一个大动作的节奏大刀阔斧地展开，如表 1 所示。

表 1 2013 年至今宅基地使用权流转主要政策文件表

时间	发布机关	文件名称（文号）	主要内容
2013 年 11 月 12 日	十八届三中全会	《关于全面深化改革若干重大问题的决定》	赋予农民更多财产权利，保障农户宅基地用益物权，改革完善农村宅基地制度，慎重稳妥推进农民住房财产权抵押、担保、转让。
2014 年 1 月 19 日	中共中央、国务院	《关于全面深化改革加快推进农业现代化的若干意见》（2014 年中央“一号文件”）	“三权分置”作为国家政策正式提出，但仅限于土地承包经营权改革。
2014 年 12 月 2 日	中共中央、国务院	《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》	坚持土地公有制性质不改变、耕地红线不突破、农民利益不受损三条底线，完善宅基地权益保障和取得方式，探索实行有偿使用、自愿有偿退出或转让宅基地。
2015 年 2 月 1 日	中共中央、国务院	《关于加大改革创新力度加快农业现代化建设的若干意见》（2015 年中央“一号文件”）	不得将农民进城落户与退出宅基地使用权相挂钩。依法保障农民宅基地权益，改革农民住宅用地取得方式，探索农民住房保障新机制。分类实施宅基地制度改革试点。
2015 年 2 月 27 日	十二届全国人大常委会第十三次会	《关于授权国务院在北京市大兴区等 33 个试点县（市、区）行政区域暂时调整实施	在全国确定了义乌等 14 个试点，拟在试点期间对宅基地实行自愿有偿的退出、转让机制，但转让仅限于本集体经济组织内部。（2015 年 4 月，义乌在全国率先开

新中国 70 年宅基地使用权流转：制度变迁、现实困境、改革方向

	议	有关法律规定的决定》	展宅基地“三权分置”的制度探索。)
2015年8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)	对农民住房财产权抵押贷款试点提出明确的要求,建立相应的信贷管理制度并制定实施细则,探索建立宅基地使用权有偿转让机制。
2015年11月2日	中共中央、国务院	《深化农村改革综合性实施方案》	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。
2015年12月31日	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》(2016年中央“一号文件”)	加快推进农村宅基地使用权确权登记颁证,完善宅基地权益保障和取得方式,探索农民住房保障新机制。
2016年3月15日	中国人民银行、中国银监会、中国保监会、财政部、国土资源部、住房和城乡建设部	《农民住房财产权抵押贷款试点暂行办法》	第12条规定:“变卖或拍卖抵押的农民住房,受让人范围原则上应限制在相关法律法规和国务院规定的范围内。”
2016年4月26日	义乌市委、市政府	《关于推进农村宅基地制度改革试点工作的若干意见》	明确在落实宅基地所有权和保障集体经济组织成员权的前提下,允许宅基地使用权通过合法方式有条件转让。(在全国率先基本确立了宅基地“三权分置”的制度基础。)
2016年12月31日	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》(2017年中央“一号文件”)	强调落实宅基地集体所有权、维护农户宅基地占用和使用权,增加农民财产性收入。
2018年1月2日	中共中央、国务院	《关于实施乡村振兴战略的意见》(2018年中央“一号文件”)	从国家政策层面正式提出,探索宅基地所有权、资格权、使用权“三权分置”。
2019年2月20日	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》(2019年中央“一号文件”)	力争2020年基本完成宅基地使用权确权登记颁证工作。稳慎推进农村宅基地制度改革,拓展改革试点,丰富试点内容,完善制度设计。抓紧制定管理指导意见,研究起草使用条例。开展闲置宅基地复垦试点。

通过对上述政策文件的梳理,可以清晰地看到几条政策制度的发展脉络。一是对宅基地财产权利的重视。从2013年十八届三中全会《关于全面深化改革若干重大问题的决定》提出“赋予农民更多财产权利”“保障农户宅基地用益物权”起,中央在后续的2014年、2015年、2016年反复强调“完善宅基地权益保障”“保障农民宅基地权益”,体现了国家对农民财产权利的重视和关切,对



宅基地财产价值日益凸显的积极回应。二是对自愿原则的强调。从“宅基地换资金”“宅基地换住房”“宅基地换社保”到对“自愿有偿退出或转让宅基地”的强调，过去的政府主导型退出方式正在逐步改变，农村集体经济组织和农户的退出自主权得到提高（江晓华，2016），截至 2016 年底，14 个试点地区共有 21044 户退出宅基地，退出面积 12874.1 亩（神州土地研究院，2017）。三是对宅基地保障属性的不放松。从 2015 年到 2016 年，国家连续两年在中央文件中提出“探索农民住房保障新机制”，表明中央并未忽视宅基地的保障属性，只是要通过新的机制来实现保障目的。四是有条不紊为进一步改革铺路。“有偿使用”的探索、“完善农村宅基地管理制度”尤其是对宅基地确权登记工作的推动等都可以理解为对开禁宅基地使用权流转的积极准备。

同时，在宅基地制度改革最为核心的如何流转问题上，虽然仍然存在障碍，但国家改革路径的选择逐渐清晰。一是与 2013 年十八届三中全会的主张相比，2014 年中央“一号文件”更为谨慎。相对于其他事项而言，宅基地使用权流转问题的政策与法律之间的冲突最为明显，但 2014 年中央“一号文件”却没有提出修改法律的要求，而是要求审慎稳妥试点，明显表现出政策的渐进主张和改革的观望态度（秦小红，2014）。二是改革仍然存在技术层面的障碍。对于宅基地使用权流转范围的限制，使得即便允许在试点地区暂时调整实施《物权法》和《担保法》中有关宅基地使用权不得抵押的规定，但对于抵押物处置的范围仍未作出任何说明。正因为如此，人民银行等部门才会在半年多以后出台了“变卖或拍卖抵押的农民住房，受让人范围原则上应限制在相关法律法规和国务院规定的范围内”的规定。这也就导致了金融机构对抵押物变现价值的担忧，对参与办理农房抵押业务积极性的降低，并最终使试点的效果大打折扣。可见，在立法缺位的背景下，法律不承认宅基地使用权流转的正当性，改革试点只不过是“一种适应社会发展趋势的有益探索”（杜志勇，2017），从改革试点探索到形成统一的法律规范还有很长的路要走。

上述政策演进反映了国家对宅基地保障属性和财产属性的兼顾态度，即财产属性要实现，但保障属性也不能放松，更不能放弃。有偿使用、加强管理都是对流转制度的完善或基础性工作的布局，核心还是如何流转的问题，其中包含两个既相互关联又有所不同的改革任务，一是宅基地制度改革，二是住房财产权制度改革。由于房地难以分离，完成这两项任务必须以宅基地产权重构为基础（叶兴庆，2016）。通过上述这些努力和探索，改革的方向逐渐清晰，宅基地使用权流转制度改革剑指宅基地“三权分置”的产权重构。2014 年 11 月，中共中央办公厅、国务院办公厅出台《关于引导农村土地经营权流转发展农业适度规模经营的意见》，“坚持农村土地集体所有，实现所有权、承包权、经营权三权分置，引导土地经营权有序流转”的表述是农地“三权分置”改革首次在中央政策文件中被提出。但是，这些改革都限于土地承包经营权领域。2013 年党的十八届三中全会后，中国在农村土地承包经营权改革问题上，坚持土地所有权属于集体所有、土地承包经营权归属农户或集体成员的前提，将承包权和经营权分开，放开土地经营权流转，所得收益归农户或集体成员的“三权分置”思路（孙建伟，2017）。“三权分置”一经提出，就被解读为未来农地产权制度演变的大趋势和历史必然（叶兴庆，2014），这也为中国宅基地制度改革提供了重要的参考和借鉴。经过前期的探索和经验积累，以及不同改革路径的对比选择，最终“三权分置”的改革思路也被运用到了

宅基地制度的改革上。2018 年 1 月 2 日,《实施乡村振兴战略的意见》即 2018 年中央“一号文件”中正式提出要探索宅基地的所有权、资格权、使用权“三权分置”,这标志着宅基地“三权分置”改革路径第一次以国家文件的形式提出。农村宅基地“三权分置”是继承包地“三权分置”之后,中国农村土地产权制度的又一次重大改革。而 2019 年中央“一号文件”关于制定意见、起草条例的表述,都可以看作是宅基地“三权分置”改革已正式进入操作层面。

## (二) “三权分置”的争议及辨析

在理论界,“三权分置”并不是由法学界提出的,经济学界更早提出了“三权分置”的路径。早在 1985 年,就有学者提出土地承包经营权“三权分置”的雏形,认为土地转包导致“所有权、使用权、经营权在不同层次上的分离”(关春根,1985)。从此之后,虽然也有一些成果论及农地“三权分置”,但数量不多。“三权分置”真正成为学术讨论热点,是 2013 年在得到中央层面的认可之后。“三权分置”作为一种政策一经提出,就面临很大争议和挑战。在学界,尤其是在法学界产生了较大质疑。有的质疑其不符合基本法理(申惠文,2015),有的认为“三权分置”是中央文件的政治用语(张庆华,2015),是一种政策设计而非法律用语(陈小君,2014),有的质疑“三权分置”不符合物权法定原则(栗阳,2017)。还有的质疑声音似不在产权分解本身,而在于产权分解后新的权利的定性问题。“三权分置”的理论根据主要是经济学上的现代产权理论,与法学研究领域中的物权理论似有衔接上的困难。如法学中的物权只包含对于财产的占有、支配、使用、收益等权利内容,而经济学中的产权却包含占有、使用、改变、馈赠、转让或阻止他人侵犯其财产等更为丰富的权利内容,其反映的社会经济关系也要相对更为复杂。物权不能涵盖的权利,如农户土地承包权、宅基地资格权等,恰恰是中国农村土地产权范畴中举足轻重的权利。正如有学者所言,要求“三权分置”都要统一到传统的西方物权范畴中解释,未免有削足适履之嫌(董祚继,2018)。

“三权分置”是一种流转路径上的尝试,既然是政策层面的思路,在上升为法律之前就有很大的讨论空间和讨论必要。这就要求学界以对待新鲜事物的态度来分析“三权分置”路径下新分解出的宅基地资格权、新宅基地使用权,做出法学视角的重新解读。可以说,“三权分置”从政策文件中的一种改革路径上升为国家法律,还有很长的路要走,这中间仍有一系列的问题需要研究和回答。首先必须搞清楚的问题是,“三权分置”与以往的改革思路有什么不同,它的解决路径是什么?在宅基地所有权与使用权“两权分离”模式下,宅基地所有权层面的权利内容和结构是锁定的,是作为红线无法触碰的。因此,既有的改革路径均是从宅基地使用权权能的扩大角度切入来寻找自由流转的可能。

第一,与法定租赁权路径的比较。法定租赁权的路径主张,农房的买受人在取得房屋所有权的同时,对于房屋的宅基地并非取得作为物权的村民的“宅基地使用权”,而是取得作为债权的“宅基地租赁权”,基于该债权占有使用宅基地,达到“用益”目的。这一结果并非出于买卖双方的自由意思,而是基于法律规定当然发生的结果,因此称之为“法定租赁权”。租赁的标的物是“宅基地”,而非“宅基地使用权”。原房屋所有人(出卖人)的宅基地使用权继续存在,但不可以用来向房屋买受人主张。在立法政策上,可以让其权利人主张相应的收益,即房屋买受人定期支付的租

金。该租金恰恰可以成为失房农民的基本生存保障（韩世远，2005）。采用设置法定租赁权来解决宅基地使用权流转问题的观点在学界有较多的支持者，被评价为“立足国情”“构思新颖”（申建平，2011），具有重大意义（刘凯湘，2010），还有的学者专门通过宅基地使用权流转制度的现代化构造对相关流转问题做了详细建议（王崇敏，2016）。这种流转路径也受到了一些司法实务部门的赞同，安徽省高级人民法院调研组在《关于审理土地承包经营权和宅基地使用权流转纠纷案件适用法律若干问题的解释（建议稿）》中就提出，应做出“农民房屋转移给非集体成员，而宅基地未同时转让，则依法形成法定租赁关系。买受人是本集体成员的，宅基地可以同房屋一同转让，买受人成为新的宅基地使用权人”的规定（张坚，2017）。

笔者尝试对法定租赁权的法律逻辑做出如下分析：一是法定租赁权不能称之为一种权利分解的解决路径。法定租赁权不是从宅基地使用权中分离出使用的权利内容，也不是对宅基地使用权权利内容中使用权利的让渡，而是对宅基地的租赁，换言之租赁的标的物是“宅基地”（韩世远，2005）。法定租赁权路径在宅基地使用权之外新设了一种权利，而非对固有权利的分解，宅基地使用权本身并未发生任何变化。二是法定租赁权路径对流转受让方的保护存在不足。法定租赁权路径的法理依据是土地及房屋分别为独立的交易标的物，即“房地分离”原则。而无论是中国城镇土地关于“房地一体”原则的立法选择，还是实务界对“房地一体”原则的认可，都与“房地分离”原则相悖。因此，法定租赁权路径以法定的方式允许房屋受让人继续使用土地，但应支付相应代价，通过租赁这一债权方式赋予买房人继续使用土地的权利，实现农房买卖。选择租赁这一流转方式是对“房地一体”原则下无法实现农房买卖的规避。但众所周知，债权性质的租赁权与物权性质的权利在权利保护方面存在着较大的差异。即使这种租赁权是法定的，但其本质上仍是一种债权。建立在债权基础上的对房屋不动产所有权这一物权的保护，仍存在着较大的不足和交易安全隐患。三是法定租赁权路径并没有从根本上解决宅基地使用权的流转问题。法定租赁权的构造是以宅基地使用权不能自由流转为前提的，目的是在宅基地使用权不能自由流转的情况下，解决农房的转让。既然是着眼于农房的转让，那么就难以从根本上解决宅基地使用权的流转问题。本质上，法定租赁权是一种渐进路径，其实质是对宅基地使用权不能自由流转的妥协。从短期看，流转的问题在不改变宅基地使用权公益和私益双重属性的前提下解决了。但从长远看，法定租赁权一旦通过制度构建建立运行起来后，对农村土地建立权属清晰的登记制度是一种极大的挑战，租赁关系在流转公示方面存在的天然不足是难以克服的。同时，宅基地使用权中的福利保障等公益属性本质上没有被分解，对于构建城乡统一、同地同权的土地市场等改革目标的实现仍是一个巨大的阻碍。因此，这种渐进的方式所产生的改革成本是高昂的，所产生的实际效果也具有一定的局限，并未从根本上解决问题。

第二，与地上权路径的比较。首先需要说明的是，地上权路径并不是认为宅基地使用权本身是地上权。在学界，早有学者提出宅基地使用权是地上权的观点（江平，1999），笔者在此不做展开讨论。在这里，地上权是作为一种解决路径而存在的，其与“三权分置”相比不仅成本低，而且可以减少制度跨越的风险（温世扬、韩富营，2019）。地上权解决路径认为，宅基地使用权与地上权有相似之处，二者都对所有权具有限制作用，且同样具有取得地上建筑物所有权的效力。当宅基地

上房屋所有权让与他人时，宅基地使用权本身不随之转让，仅需转移地上权。地上权解决路径将宅基地使用权理解为农民土地所有权的替代物，并以此为基础进一步指出，地上权为设立于宅基地使用权上的限制物权，宅基地使用权人因而有权要求房屋所有权取得人支付地租。地上权期限届满时，宅基地使用权人在补偿地上建筑物价值的条件下收回土地及其地上建筑物（王卫国、朱庆育，2014）。地上权路径的基础是把宅基地使用权理解为一种准所有权，并进而认为地上权为宅基地使用权上的限制物权。但是，由于无法将宅基地使用权视为所有权，因此地上权的解释路径无法应用于实践，也无法与现有法律体系相衔接。地上权的解决路径已经有了权利分解的影子，但还不能视为是一种纯粹的权利分解思路。同时，地上权让渡后，宅基地使用权留下的权利内容是一种怎样的权利，仍是宅基地使用权还是一种新的权利，地上权路径似未能完全解决。

综上，既有解决路径无论是法定租赁权还是地上权路径都存在着一一定的局限性。一方面，两种解决路径面对宅基地使用权转让权能的缺失问题都采取了妥协态度，无论是理解为渐进亦或是过渡的改革方案，均未触及权能缺失这一问题的本质，宅基地使用权仍然不能称之为一个完整的用益物权，未能彻底解决宅基地使用权流转所带来的交易风险等后续问题。另一方面，两种路径都无法兼顾宅基地使用权自身所存在的公益与私益双重属性，未能从宅基地使用权权利构造上作出改变，从根本上调和公益属性与私益属性之间的矛盾，化解限制流转的症结。

### （三）“三权分置”的思路：权利分解

宅基地使用权流转问题并不是一个是与非的问题，而是一个“路径问题”，即在“何种程度上、以何种方式、逐渐开放流转”（于霄，2013），也许换一种解决思路，答案会有很大不同。按照科斯的产权理论，产权的界定将影响资源的配置，并对经济制度运行的效率产生影响。不合适的产权制度设计将直接影响资源配置的效率，影响或阻碍社会总产值的最大化。就经济学的基础理论而言，有效率的产权界定并不是仅指权利的归属，还包括权利束中权利结构的安排等重要内容。对于土地这一带有资源属性的产权而言，其必须不断通过交易来实现资源配置的调整，并达到或无限接近于资源最优配置的要求。但在宅基地使用权的权利结构中却欠缺了转让这一项重要的权利内容，这才是宅基地使用权流转制度的问题所在。“关系产权的身份性突破是农地使用权有序流转的关键”（陆剑，2014），对宅基地权利结构重新做出调整和安排，剥离其身份性权利内容，赋予其流转的权能，才是解决问题的根本途径。

如上文所述，宅基地使用权自由流转的障碍在于其自身存在着两种难以调和的公益和私益属性，那么能否放弃对流转非此即彼的争论？答案是肯定的，解决的路径就是对宅基地的权利内容进行重新分解。宅基地“三权分置”的解决路径是将宅基地的权利结构由“集体享有宅基地所有权—农户享有宅基地使用权”的“两权分离”结构转变为“集体享有宅基地所有权—农户享有宅基地资格权—农户或者流转受让主体享有宅基地使用权”的“三权分置”全新结构。具体而言，可以从以下几个方面对宅基地“三权分置”的权利分解加以认识。

第一，从经济学的角度理解，“三权分置”是产权可分割性的体现。产权的可分割性意味着其能被“拆解”，实现所有权权能与各种具体用途上的权利相分离（柯武刚、史漫飞，2003）。产权

只有在能被分割的情况下，才能实现大规模集中的有效利用。因此，产权如果要实现利用效能的最大化，则产权权利束构成中的各项权利，就必须具备被单独或组合地拆解出去的权能。回归到法学视野分析，一项财产的所有权权利内容由占有、使用、收益及处分四部分组成。如果按照产权可分割性的逻辑，所有权的各项权利内容就应该具备与名义上的所有权主体进行分离的权能，从而最大限度地发挥财产的效用。“三权分置”一改禁止或开放的二元选择，着眼产权再造这一基础性课题，从权利解构的角度对宅基地权利重新进行分解，将双重功能和权利内容通过资格权和使用权实现了剥离和独立，其实质上就是对产权结构的调整。与民法物权理论重在通过在所有权之外建构用益物权和担保物权等他物权以加强财产利用相比，现代产权理论重在通过产权安排，既解决土地资源利用问题，增加农民土地财产性收入，又解决土地利用负外部性问题，确保农地可持续利用和农村社会稳定，无疑更加彻底、更加全面（董祚继，2018）。宅基地“三权分置”的实质就是一种对宅基地地上权利的分割，体现了宅基地制度从“所有主义”到“利用主义”的重要转变，是产权可分割性的充分例证和重要实践。“三权分置”能够兼顾福利保障属性和财产属性、既保留身份属性又实现流转，可能法学色彩不强，但取得了很好的实际效果。“三权分置”既是基于中国农村集体土地制度的特定情况进行的理论创新，更是回应广大农民实践探索的结果，可以借鉴但不能囿于西方物权理论（董祚继，2018）。“三权分置”寻求从宅基地权利内容的分解入手，对宅基地权利构造中公益属性与私益属性这对矛盾分而治之，为问题的解决提供了全新的思路，摆脱了农村宅基地管理的惯性思维和路径依赖，有利于重塑城乡土地权利关系。

第二，从政策生成动因认识，“三权分置”是公平价值与效率价值的有机统一。“三权分置”的权利构造离不开对问题导向和政策话语的准确把握。在宅基地集体所有、农户使用的“两权分离”模式下，宅基地使用权一方面承担着土地保障功能，另一方面又包含着财产属性。两者的内在冲突导致宅基地使用权难以市场化流转，阻碍了资源的合理配置和有效利用。因此，宅基地使用权流转制度在设计上存在一种失衡，表现为宅基地保障功能的延续与财产价值的实现之间某种难以调和的矛盾，本质上是公平价值和效率价值在一定程度上的对立。“三权分置”政策生成的动因正是致力于对公平和效率这对矛盾的调和。一方面，宅基地资格权及其背后的福利性内容受到法律的保护，有利于维护整个农民群体利益和社会公共利益，是对公平价值的追求；另一方面，分解出的新宅基地使用权又有利于提高土地资源的利用效率，实现土地资源的优化配置，最终达到公平与效率的有机统一，这是对党的十八大后国家提出的“加强对农民财产权的保护”这一目标的重要践行（董新辉，2018）。

第三，从土地权利的发展历史分析，权利分解理论也有一定的历史渊源。历史上，英美法系的保有制<sup>①</sup>对认识和理解“三权分置”具有启发意义。如何认识和理解同一土地上不同权益之间的关系，是两大法系都在致力研究的基础性问题。就大陆法系而言，从罗马法时期就采用了权能分析的

<sup>①</sup> 在英国土地法上，保有制是指保有人（tenant）以某种义务为条件代领主（lord）持有土地，保有人占有土地享有收益并向领主提供役务（service）和附属义务（incidents），领主保证保有人人身财产安全的土地制度。

方法，以自物权（所有权）—他物权的关系模式认识和规范同一土地上不同权益之间的关系。但在英美法系则没有这一模式，而是选择将土地上的各种权益一并纳入土地保有制的模式下（咸鸿昌，2009），保有权理论为认识“三权分置”带来很多启发。在英国，土地保有权不仅可以无限制分割，而且分割后产生的土地权益能够并存。不但可以在水平维度上对土地权益做长宽划界的分割，在垂直维度上对地下矿藏、地上空间进行分割，在时间维度上对不同主体设置先后相继的权益，而且可以在权利内容上进行分割，如将土地的收益权从保有权中分离出来等等（咸鸿昌，2009）。中国历史上权利分解也有先例可循。在清代，长三角地区土地所有权逐渐演变成了两层权利，即为满足城市富人投资土地和贫困农民卖出土地的需要而买卖的、受国家法律认可的田底权，以及实际使用土地、不受国家法律认可的田面权。至 20 世纪 40 年代，长三角地区的华阳桥等地的田底权买卖已经非常频繁，形成了一个计划式自由竞争的田底权市场，而田面权则显得相对较为稳定（黄宗智，2014）。虽然可以将田面权与田底权理解为一种社会自发形成的惯例，但权利分解的事实状态却在中国土地制度的历史演变中有了事实上的雏形。

第四，从制度变迁的线索分析，“三权分置”符合新中国成立后宅基地制度的发展脉络。2018 年中央提出宅基地“三权分置”的改革方案，将代表私权属性的资产价值、财产属性分离出来，进一步表现出农村宅基地使用权的定位从公权范畴向公私交织范畴的过渡。鉴于历史上土地制度对中国农村社会方方面面产生的深刻而久远的影响，在经济社会转型，新型城镇化浪潮的时代背景下，宅基地使用权流转制度改革应以维护公益为基点，以保护私益为制度变革完善的驱动力，以公益与私益的平衡作为改革的制度逻辑。中央政府从经济学的视角借鉴权利解构的解决路径，通过宅基地“三权分置”改革来调整和规制制度运行中的现实问题，引领中国土地制度改革，推进乡村振兴战略的实施，符合宅基地制度变迁的历史脉络和发展方向。一方面，从“两权分离”到“三权分置”，宅基地使用权权利内容分解成资格权和新使用权，是对宅基地使用权的一种强化，这种强化一方面体现为对财产属性的凸显，另一方面则表现为对保障属性的坚持，是“1+1>2”的道理。另一方面，“三权分置”改革力图通过在土地政策与法律法规的制定上加入更多的私法元素，实现了宅基地使用权的自由流转，实现市场在社会资源配置中的基础作用，这是对现实中宅基地使用权私权属性乏力的回应，是对宅基地使用权民事权利属性的回归和财产属性的凸显。同时，“三权分置”改革充分尊重农民的意愿，从立法上进一步减小政府行政权力对私人权利的干预，通过赋予农民最大化的选择权，把是否流转以及何时流转的选择权留给农民自己，进一步减小了改革的阻力，降低了改革的成本。

#### 四、结语

宅基地使用权流转制度改革问题是新中国成立 70 年历史上，尤其是改革开放 40 年里“最难啃的硬骨头”之一。宅基地使用权自身所包含的公益与私益的双重属性，使得其流转问题充满了鲜明的对立和尖锐的矛盾。围绕宅基地使用权是否可以自由流转，赞成与否定双方都“坚定地各执一词”，赞成的一方不断强调宅基地的资产价值，否定的一方不断重申宅基地的保障功能，双方都在不断证

明自己，否定对方，难以达成共识。

宅基地使用权流转的问题一直在等<sup>①</sup>，这个等的背后是问题本身的复杂性，也是改革条件的不成熟，甚至有国家的路径依赖所带来的一丝惰性，但说到底，还是没有有一个各方都能接受的改革方案。最好的方案就是对不同利益、不同价值、不同权能、不同理念的兼顾，实现求同存异下的统一。不论是中央地方政府还是学术界，改革的探索一直不曾停步，正是在不断的制度试验和学理争鸣中，“三权分置”的改革路径逐渐清晰起来。宅基地“三权分置”改革方案从经济学产权解构的理论借鉴而来，兼顾了财产属性和保障属性，对“放开”“限制”两方面的需求都有所考虑，既回应了对“风险”的担忧，在保障农村社会稳定的前提下，有条件放活宅基地使用权的入市流转，又关切了对农民财产权益的保护和实现，赋予流转农户具有保障属性的宅基地资格权，似是妥协的方案，实则是充满智慧的制度安排。“一子落而满盘活”。总体上看，“三权分置”的流转路径解开了宅基地“稳”与“活”的死结，打破了当前宅基地制度改革的困局，有利于凝聚农村土地制度改革共识，是在宅基地制度改革关键节点的重大创新。

但正如“罗马城不是一天建成的”，天下也许也没有一劳永逸的规范制度设计或一蹴而就的问题解决方案，所有的制度的完善或问题的解决都是在实践中不断摸索，在理论探讨中逐渐改进，并无限接近于完美的渐进过程。宅基地“三权分置”作为一种改革路径是全新的——新分解的宅基地资格权、发生重大变化的新宅基地使用权，权利的架构，新分解权利的性质、甚至是称谓，都是没有定论的问题，对它的研究充满了大块的空白，很多现实问题还亟待政策实践中去检验，再由理论论证，最后上升为立法。“罗马城”的建设，非一日之功，可以说宅基地使用权流转制度的改革任重而道远。

#### 参考文献

- 1.曹泮天，2012a：《论宅基地使用权流转的理论基础》，《法学杂志》第6期。
- 2.曹泮天，2012b：《宅基地使用权流转法律问题研究》，北京：法律出版社。
- 3.陈小君、蒋省三，2010：《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》第10期。
- 4.陈小君，2014：《我国农村土地法律制度变革的思路与框架——十八届三中全会〈决定〉相关内容解读》，《法学研究》第4期。
- 5.董新辉，2018：《宅基地使用权流转制度的困境、出路与重塑》，《学术交流》第9期。
- 6.董祚继，2018：《“三权分置”——农村宅基地制度的重大创新（下）》，《国土资源》第4期。
- 7.窦希铭，2011：《土地流转法律制度比较研究——以中国、美国和欧盟主要工业国的对比为视角》，中国政法大学博士学位论文。
- 8.杜志勇，2017：《农村土地“三权分置”改革立法困境与出路》，黄建中主编，《农地“三权分置”法律实施机制理论与实践》，北京：中国法制出版社。

<sup>①</sup> 上文所述《物权法》的起草和审议过程就是对“等”字最好的注解。

- 9.高海燕, 2007: 《20 世纪中国土地制度百年变迁的历史考察》, 《浙江大学学报》第 5 期。
- 10.关春根, 1985: 《略论农村土地转包》, 《湖南农学院学报》第 4 期。
- 11.郭明瑞, 2007: 《关于宅基地使用权的立法建议》, 《法学论坛》第 1 期。
- 12.韩世远, 2005: 《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》第 5 期。
- 13.韩松, 2012: 《新农村建设中土地流转的现实问题及其对策》, 《中国法学》第 1 期。
- 14.韩玉斌, 2005: 《农村宅基地使用权立法的价值选择》, 《西南民族大学学报(人文社科版)》第 5 期。
- 15.贺雪峰, 2012: 《地权的逻辑——中国农村土地制度向何处去》, 北京: 中国政法大学出版社。
- 16.贺雪峰, 2013: 《地权的逻辑 II——地权变革的真相与谬误》, 北京: 东方出版社。
- 17.黄宗智, 2014: 《明清以来的乡村社会经济变迁: 历史、理论与现实(卷二: 长江三角洲的小农家庭与乡村发展)》, 北京: 法律出版社。
- 18.惠建利, 2016: 《农村宅基地使用权及流转规范与法律制度创新》, 《湖南农业大学学报(社会科学版)》第 5 期。
- 19.江平, 1999: 《中国土地立法研究》, 北京: 中国政法大学出版社。
- 20.江晓华, 2016: 《宅基地使用权社区合作型退出的法治路径》, 《新疆大学学报(哲学·人文社会科学版)》第 5 期。
- 21.靳相木, 2005: 《中国乡村地权变迁的法经济学研究》, 北京: 中国社会科学出版社。
- 22.栗阳, 2017: 《“三权分置”下农村土地经营权性质认定与制度构建》, 黄建中主编, 《农地“三权分置”法律实施机制理论与实践》, 北京: 中国法制出版社。
- 23.刘俊, 2006: 《中国土地法理论研究》, 北京: 法律出版社。
- 24.刘凯湘, 2010: 《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》第 1 期。
- 25.刘庆、关欣、张凤荣、何长元, 2006: 《关于农村宅基地使用权流转的思考》, 《农村经济》第 1 期。
- 26.刘润秋, 2012: 《中国农村土地流转制度研究——基于利益协调的视角》, 北京: 经济管理出版社。
- 27.刘守英, 2014: 《直面中国土地问题》, 北京: 中国发展出版社。
- 28.刘守英, 2015: 《农村宅基地制度的特殊性与出路》, 《国家行政学院学报》第 3 期。
- 29.龙开胜, 2016: 《宅基地使用权制度改革的现实逻辑与路径选择》, 《社会科学家》第 2 期。
- 30.龙翼飞、徐霖, 2009: 《对我国农村宅基地使用权法律调整的立法建议——兼论“小产权房”问题的解决》, 《法学杂志》第 9 期。
- 31.陆剑, 2014: 《我国农地使用权流转法律制度研究》, 北京: 中国政法大学出版社。
- 32.孟勤国, 2005: 《物权法开禁农村宅基地交易之辩》, 《法学评论》第 4 期。
- 33.秦小红, 2014: 《经济法视域中的若干涉农制度研究——基于对农民理性的分析》, 西南政法大学博士学位论文。
- 34.任中秀, 2012: 《农村宅基地使用权制度研究》, 济南: 山东大学出版社。
- 35.申惠文, 2015: 《农地三权分离改革的法学反思与批判》, 《河北法学》第 4 期。



36. 申建平, 2011: 《宅基地使用权流转模式的选择》, 《政法论丛》第 3 期。
37. 神州土地研究院, 2017: 《2017 中国农村产权流转交易市场发展报告》, 北京: 中国农业大学出版社。
38. 宋迎新、钟和曦, 2018: 《浙江省农村宅基地“三权分置”的实践与思考》, 《浙江国土资源》第 4 期。
39. 孙建伟, 2017: 《城乡统筹视野下的城乡建设用地置换法律问题研究: 以我国宅基地置换中的新型权利为视角》, 北京: 法律出版社。
40. 孙涛、黄少安, 2009: 《制度变迁的路径依赖、状态和结构依存特征研究——以改革开放以来中国农村土地制度变迁为例》, 《广东社会科学》第 2 期。
41. 汤玉权, 2006: 《论户籍制度改革与农村土地制度的变革——对四川省南充市马桥村的调查分析》, 《东南学术》第 1 期。
42. 汪军民, 2008: 《土地权利配置论》, 北京: 中国社会科学出版社。
43. 王崇敏, 2016: 《宅基地使用权制度现代化构建》, 北京: 法律出版社。
44. 王菊英、王晓明, 2008: 《城乡户籍制度改革与农村土地集体所有权变革的思考》, 《吉林省经济管理干部学院学报》第 4 期。
45. 王利明, 2003: 《物权法论》, 北京: 中国政法大学出版社。
46. 王卫国、朱庆育, 2014: 《宅基地如何进入市场——以画家村房屋买卖案为切入点》, 《中国政法大学学报》第 3 期。
47. 王小莹, 2012: 《我国农村土地流转法律制度研究》, 北京: 法律出版社。
48. 王旭东, 2007: 《中国农村宅基地制度研究》, 财政部财政科学研究所博士学位论文。
49. 温世扬、韩富营, 2019: 《从“人役权”到“地上权”——宅基地使用权制度的再塑造》, 《华中师范大学学报(人文社会科学版)》第 2 期。
50. 温铁军, 2009: 《三农问题与制度变迁》, 北京: 中国经济出版社。
51. 咸鸿昌, 2009: 《英国土地法律史——以保有为视角的考察》, 北京: 北京大学出版社。
52. 向勇, 2015: 《中国宅基地立法基本问题研究》, 北京: 中国政法大学出版社。
53. 叶兴庆, 2014: 《从“两权分离”到“三权分离”——我国农地产权制度的过去与未来》, 《法学研究》第 4 期。
54. 叶兴庆, 2016: 《农村集体产权权利分割问题研究》, 北京: 中国金融出版社。
55. 于霄, 2013: 《中英比较视野下的宅基地法律改革》, 上海: 上海人民出版社。
56. 喻文莉, 2011: 《转型期宅基地使用权制度研究》, 北京: 法律出版社。
57. 张坚主编, 2017: 《农村土地承包经营权、宅基地使用权流转的实证分析与法律构造》, 北京: 法律出版社。
58. 张庆华, 2015: 《新型城镇化背景下的农村土地物权流转法律制度研究》, 北京: 法律出版社。
59. 赵树枫、李廷佑、张强、黄序, 2015: 《农村宅基地制度与城乡一体化》, 北京: 中国经济出版社。
60. 郑尚元, 2014: 《宅基地使用权性质及农民居住权利之保障》, 《中国法学》第 2 期。
61. 郑永流, 2004: 《当代中国农村法律发展道路探索》, 北京: 中国政法大学出版社。
62. 朱岩, 2006: 《“宅基地使用权”评释——评〈物权法草案〉第十三章》, 《中外法学》第 1 期。

63.柯武刚、史漫飞，2003：《制度经济学：社会秩序与公共政策》，韩朝华译，北京：商务印书馆。

64.伊利、莫尔豪斯，1982：《土地经济学原理》，滕维藻译，北京：商务印书馆。

（作者单位：绍兴文理学院）

（责任编辑：陈静怡）

## **The Circulation of Housing Land Use Right in the Past 70 Years Since the Founding of New China: Institutional Change, Current Dilemma and Reform Direction**

Dong Xinhui

**Abstract:** The historical context of the transfer system of housing land use right shows three main lines: the transformation of legislative ideas from the dominance of public rights to the prominence of private rights, the transformation of governance system from urban-rural duality to urban-rural unification, and the transformation of rights attributes from the dominance of security attributes to the prominence of property attributes. These have led to the present situation of “separation of ownership and use rights”. Whether it is the mode of replacement of homestead in policy practice, the mode of circulation of capitalization compensation of homestead (land ticket system), or the way of circulation of statutory lease right and land right in theoretical exploration, the essence is to highlight the private interest attributes such as housing land asset value. However, with the dual attributes of public benefit of housing land use right and private benefit of housing land use right, expansion of private benefit power and public benefit power cannot be integrated, which impedes a substantial progress of housing land system reform. For housing land use right circulation, “separation of three rights” is a new way of thinking and an alternative path of land circulation. “Separation of three rights” gives up the expansion of the right to the use of homestead, takes a new way to further decompose the right to the use of homestead on the basis of “separation of powers”, realizes the property value of housing land through the free circulation of the newly decomposed right to the use of homestead, and maintains the guarantee of homestead in the hands of farmers through the newly derived right to the qualification of homestead. This realizes the balance between public and private interests, which is a natural choice for the transfer of the right to use residential land.

**Key Words:** Housing Land Use Right; Land Circulation; Separation of Three Rights