

Reform of Residential Plot Rights and the Current Omission and Future Development of the “Separation of Three Rights” in the Civil Code

Xinhui Dong

Business School, Shaoxing University, China

donkm@qq.com

宅基地“三权分置”改革在《民法典》的留白与展望

董新辉

绍兴文理学院商学院

Abstract

The Civil Code has not yet articulated fully what the “separation of the three property rights” with respect to residential plot rights should mean. This is due to the inadequate development of the theoretical basis of the reform of residential property rights in the Civil Code. Future stipulation on residential plot rights in the Civil Code should aim to define both the eligibility requirements and rights, and the use rights for residential plots. Both of those are derivative of collective ownership rights. For use rights, the new definitions should apply: use rights with respect to residential plots should become transferrable and complete. The new eligibility rights should be clarified as a membership right, a major component of the rights of being a member of the collective. It should include the right of usage and the right to benefits therefrom, while excluding the rights to request distribution of or transfer of the land.

Keywords

residential plot, residential plot eligibility, the separation of three rights

摘要

《民法典》并未体现出宅基地“三权分置”改革的内容，成因在于该改革方案理论基础不足。承包地“三权分置”改革虽在《民法典》中有所体现，但并非完整的法律表达，不能也不应照搬。宅基地“三权分置”改革应将下述基础问题解决并通过《民法典》修法上升为法律规范：在“三权分置”的权利构架中，宅基地资格权与宅基地使用权同为宅基地集体所有权的子权利，是并列关系。原使用权的财产属性内容被新使用权继承，新宅基地使用权成为一个可转让的、完整的用益物权。新分解的资格权的权利属性应界定为成员权，是集体成员权的重要组成部分，以成员权中的自益权内容为主，包括宅基地无偿使用权、收益分配请求权等内容，但不包括宅基地分配请求权，不具有可转让性。

关键词

宅基地、宅基地资格权、三权分置

一、留白：《民法典》出台后宅基地改革仍需解决的问题

2020年5月通过的《民法典》第十三章规定了宅基地使用权的内容，仅四个条文，不足200字，且对宅基地使用权的取得、行使和转让等基础问题延续了2005年的《物权法》所采取的“嫁接”方式，留由《土地管理法》等相关法律、法规来规定。而在2019年才刚刚修订的《土地管理法》亦未对宅基地制度提出全新的改革内容。梳理近年来的中央一号文件，有关于宅基地制度改革的内容中“稳”“慎”二字高频出现，体现了中央对此问题的稳妥与审慎的态度。

与此同时，一个全新的改革方案也在中央的政策层面被提出并引起热烈讨论。2020年2月19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》（以下简称 2020 中央一号文件）提出“以探索宅基地所有权、资格权、使用权‘三权分置’为重点，进一步深化农村宅基地制度改革试点”的要求。这是自 2018 年初中央《关于实施乡村振兴战略的意见》（以下简称 2018 中央一号文件）从国家层面提出宅基地“三权分置”改革以来，这一改革方案再次得到国家的肯定。尽管如此，“三权分置”改革方案在学界却一直不乏质疑的声音。如宅基地资格权权利属性的界定，其与已经被《物权法》明确界定为用益物权的使用权如何在不违反“一物一权”等基础理论的前提下共存。再如宅基地资格权权利内容的界定，如果一项权利本身并无实质权利内容当然也就失去了存在的意义等等。这些基础问题的分歧反映了作为“三权分置”改革的理论基础不足，虽然经过了两年探索，但赶上此轮《民法典》编纂直接入典上升为法律的条件并不成熟。因此，此次《民法典》对宅基地问题依然选择了留白的方式，留待今后解决。

这与共称为“两块地”的另一块地承包地形成鲜明对比。《民法典》在第三分编专设土地承包经营权一节，从第三百三十条到第三百四十三条，不但条文数量多出近两倍，且吸取了《土地承包法》关于“三权分置”改革的内容，使这一改革方案在民事基本法律中得以确立。如第三百三十九条“土地承包经营权人可以自主决定依法采取出租、入股或者其他方式向他人流转土地经营权”，就是在《农村土地承包法》第三十六条^①基础上修改而成，且在《民法典》中出现了“土地经营权”这一全新概念。

但是，如果说此次《民法典》已完成承包地的“三权分置”法律重构却为时尚早。虽然《民法典》继续坚持土地承包经营权的用益物权属性，但对于土地经营权的权利属性却未做明确界定。《民法典》第三百四十二条“通过招标、拍卖、公开协商等方式承包农村土地，经依法登记取得权属证书的，可以依法采取出租、入股、抵押或者其他方式流转土地经营权”是在《物权法》第一百三十三条^②基础上修改而成，将承包经营权的概念替换成了经营权。经营权已经上升为一个法律概念无疑，但承包地采取何种权利构架、经营权权利属性如何界定等问题仍然有较大探讨空间。同时，“三权分置”改革政策文件中所对应的承包权在条文中

^① 《农村土地承包法》第三十六条：“承包方可以自主决定依法采取出租（转包）、入股或者其他方式向他人流转土地经营权，并向发包方备案。”

^② 《物权法》第一百三十三条：“通过招标、拍卖、公开协商等方式承包荒地等农村土地，依照农村土地承包法等法律和国务院的有关规定，其土地承包经营权可以转让、入股、抵押或者以其他方式流转。”

也没有体现。这是对既有改革文件“所有权-承包权-经营权”的修正？还是朝此方向迈进一步但并未走完的阶段性改革？需要再从中央的下一步改革方案中寻求明确答案。因此，这不能说是一次完整的承包地“三权分置”的法律表达。当然，即便承包地“三权分置”已完成法律表达，能否套用到宅基地上也需要论证。

从 2005 年的《物权法》到 2020 年即将颁布的《民法典》，15 年来宅基地制度的改革在法律层面一直未能取得实质性突破，这既彰显了该问题的复杂性，也同时反映了改革的紧迫性。要想将这一政策尽快上升为法律，进行从政策语言到法学语言的转换^①，就必须尽快消除理论上的分歧，妥善处理好中国农地权利制度的独特性与立法规范表达之间的关系^②，厘清宅基地资格权等新权利的结构、属性和内容，使之早日通过《民法典》等法律规范融入我国现行的理论体系与法律框架，这是《民法典》颁布后宅基地改革仍需继续解决的三个重要问题。

二、逻辑：宅基地“三权分置”的权利结构

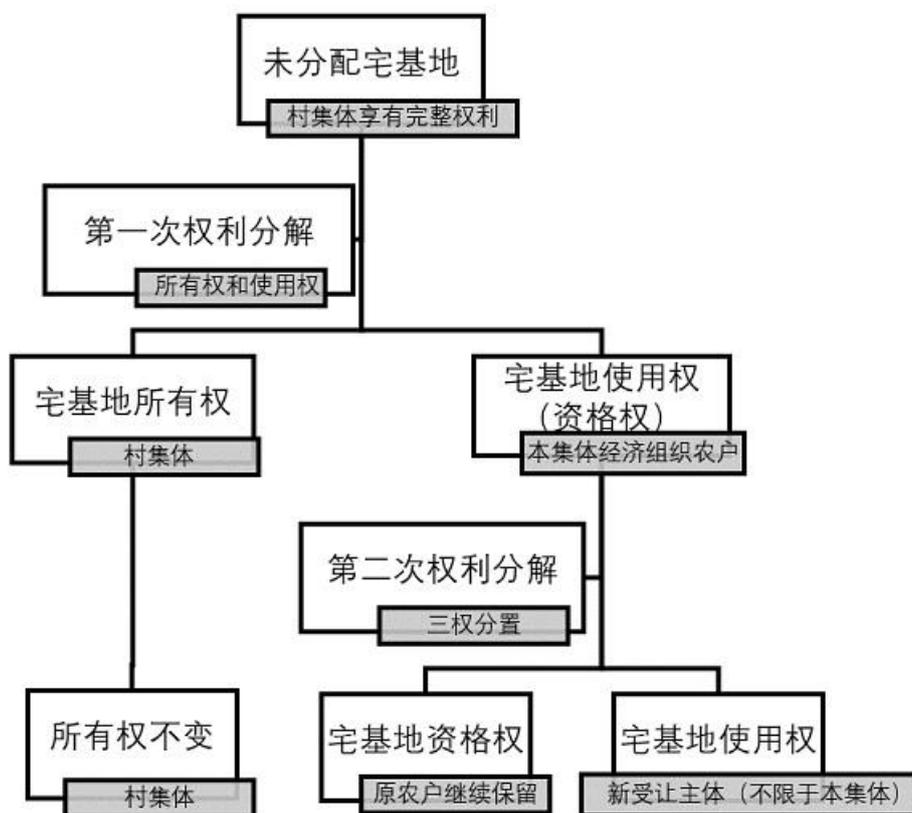
从“三权分置”的权利生成逻辑上分析，可以有两种不同模式的解读：一是一次性地将宅基地权利一分为三实现“三权分置”，二是通过两次“两权分离”，即第一次分离是在初始取得时宅基地所有权与资格权（或使用权）分离，第二次是流转宅基地使用权时又与宅基地资格权分离实现“三权分置”。对这一问题的回答直接决定了这两个概念之间究竟是并列关系还是包含与被包含关系这一基础判断，根本上决定了“三权分置”的权利构架和法律逻辑。如果这个问题不明确，对宅基地资格权亦或使用权权利属性的界定是很难形成共识，甚至是无从谈起的。

新宅基地使用权和宅基地资格权究竟是在何时分离的，一种可能的理解是宅基地资格权在取得时即包含宅基地使用权（亦或宅基地使用权在取得时即包含宅基地资格权），在实现流转时，分解出了新宅基地使用权，保留了宅基地资格权，如下图表 1 所示。宅基地资格权是新宅基地使用权上位权的概念，宅基地农户资

^① 宋志红（2018）：《宅基地“三权分置”的法律内涵和制度设计》，《法学评论》第 3 期，第 142-153 页。

^② 刘恒科（2018）：《农地“三权分置”的理论阐释与法律表达》，《南京农业大学学报(社会科学版)》第 4 期，第 87-97，158-159 页。

格权应包括宅基地分配资格权和宅基地使用权两种权利^①。亦或认为宅基地使用权属于上位概念，只是将其中一定期限内的部分权能让渡出去^②。如果按照这种理解，宅基地在第一次分离时分解成了集体的宅基地所有权和农户的宅基地资格权。在流转时，再次分离出了资格权并由农户保留，而分离出的新使用权转让到集体组织之外。宅基地所有权、资格权与新使用权三者的关系可以表述为：所有权是资格权的母权，资格权是使用权的母权，资格权与使用权同为用益物权。使用权派生于资格权，是资格权人基于处分行为设定的独立用益物权。我们可以称之为“两次分离”权利结构。

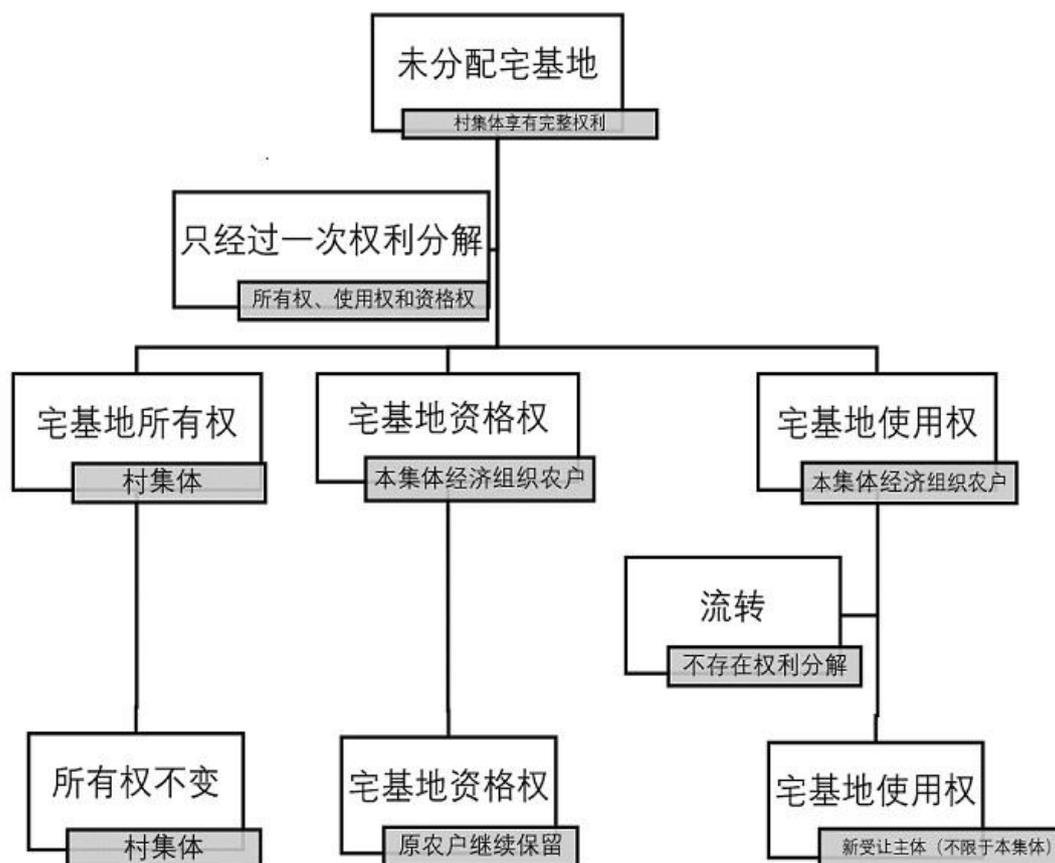


图表 1. “两次分离”权利结构图

^① 陈耀东（2019）：《宅基地“三权分置”的法理解析与立法回应》，《广东社会科学》第 1 期，第 223-230,256 页。

^② 宋志红（2018）：《宅基地“三权分置”的法律内涵和制度设计》，《法学评论》第 3 期，第 142-153 页。

还有一种可能的理解是宅基地使用权与宅基地资格权不存在包含与被包含的关系，而是并列关系。资格权作为成员权的组成部分，本身属于土地所有权行使方式的范畴，并不是宅基地使用权的组成部分^①。权利人在初始取得新宅基地使用权时，即已享有宅基地资格权，宅基地资格权从初始取得新宅基地使用权时即独立地存在并被权利人所享有，在流转时也就不涉及对权利的二次分解问题，如下图表 2 所示。这种观点认为宅基地资格权与使用权应该是在宅基地使用权初始取得时即已分解，在权利结构上认为二者为并列关系，我们可以称之为“一次分离”权利结构似更为妥当。



图表 2. “一次分离”权利结构图

^① 宋志红（2018）：《宅基地“三权分置”的法律内涵和制度设计》，《法学评论》第 3 期，第 142-153 页。

虽然宅基地改革的这一问题从《民法典》的条文内容中没有直接答案，但更早提出的承包地“三权分置”却迈出了实质性的一步。《农村土地承包法（第一次审议稿）》明确在流转后土地承包经营权分解为土地承包权和土地经营权，并将家庭承包所取得的权利直接界定为土地承包权，舍弃了使用多年的土地承包经营权的概念，直接产生“所有权-承包权-经营权”的“三权分置”权利结构。第二审议稿提及“土地承包权”这一概念两次，而第三审议稿则减为一次。2018年12月29日最后审议通过的新《农村土地承包法》仅第九条^①提及一次，并将承包地“三权分置”权利结构界定为所有权分解出土地承包经营权，在流转时土地承包经营权上再分置出土地经营权，形成“土地所有权-土地承包经营权-土地经营权”的权利“两次分离”模式。《民法典》第三百三十九条等条文继承了这一模式，这与之前中央文件中“所有权-承包权-经营权”的界定明显不同。“农户承包权作为母权，由其派生出土地经营权这个子权”^②，即土地经营权是从土地承包经营权中分离出的一种权利，是承包地的第二次分离。这是早期权威解读所认可及“2016年两办意见”首先提到的分置路径，似代表了“官方的主流意见”^③并在《民法典》出台后在立法机关较为官方的解读中得到认可^④。但仍有学者认为应坚持政策文件中的“农地集体所有权、土地承包权、土地经营权”的权利结构^⑤，《民法典》中承包地“三权分置”的表述并不能称之为是一次完整的“三权分置”的法律表达。2020中央一号文件并未提及“土地承包经营权”“土地承包权”的概念，仅提及“土地经营权”一次，在《民法典》几乎定稿的情况下，在政策文件中却没有对此有所体现，至少不能否定在中央有进一步改革的打算，还不能就此认为中央在承包地上选择上述“两次分离”的权利架构。在一些基本问题都尚无定论，也就谈不上承包地“三权分置”改革已经形成了一套可复制可推广的经验，宅基地改革可以直接套用这种二次分离权利结构的可能。

退一步讲，土地承包经营权与宅基地使用权在农民权利体系中的地位也存在明显差异，即便承包地走在前面所取得的经验已足够完善，能否直接适用到宅基

^① 《农村土地承包法》第九条“承包方承包土地后，享有土地承包经营权，可以自己经营，也可以保留土地承包权，流转其承包地的土地经营权，由他人经营。”

^② 崔建远（2017）：《民法分则物权编立法研究》，《中国法学》第2期，第48-66页。

^③ 陈胜祥（2017）：《农地“三权”分置的路径选择》，《中国土地科学》第2期，第22-28、57页。

^④ 黄薇主编（2020）：《中华人民共和国民法典释义（上）》，法律出版社，第665页。

^⑤ 于飞（2020）：《从农村土地承包法到民法典物权编：“三权分置”法律表达的完善》，《法学杂志》第2期，第69-77页。

地上也存在疑问。在计划经济时代的农村土地权利体系中，以土地承包经营权和宅基地使用权为主要内容，分别指向“耕者有其田”和“居者有其屋”。两者都是农民最为主要，也是最为基本的权利，关乎整个农民群体的生存和发展。但随着改革开放后社会经济的发展，农民已不再仅限于一种职业的划分，随着大型农业机械种植的推广和承包地的流转集中，农民对于耕作方式产生的收入的依赖也早已被进城务工等更为多元化的途径所替代。对于承包地的依赖程度在减弱，尤其是承包地的保障色彩已经在很大程度上退化。而宅基地侧重于对农民居住这一基本权利的保障，居住这一目的背后是对几亿农民工“进得去城，又回得去家”这一底线的坚守，是新冠疫情这样大规模社会风险的“蓄水池”，无疑与承包地相比保障属性更强，在农民的保障体系中占有更为根本的支配地位。

因此，土地承包经营权的改革目标相对单一，即通过流转而集中，向大规模机械作业、集成作业发展，而宅基地相比之下则复杂得多。土地承包经营权改革的步子迈得更大，也在一定程度上在《民法典》中得到体现，经验固然值得借鉴参考，但两者的改革模式却不能完全照搬。承包地“三权分置”的思路就是对承包经营权的一分为二，而宅基地“三权分置”却是将宅基地使用权中的身份属性内容剥离并与其他保障性权利内容一起组成一个新的资格权。就像一个公司简单的拆分，一个是公司拆分与其他公司合并重组，显然两者改革的初衷存在着较大差异。在《民法典》几乎定稿的情况下，2020年中央一号文件仍坚持了宅基地“三权分置”的“所有权-资格权-使用权”固有思路，提出“以探索宅基地所有权、资格权、使用权‘三权分置’为重点，进一步深化农村宅基地制度改革试点”，也从侧面反映了两者在权利构架上可能存在的不同。

回到宅基地问题本身，从逻辑上分析二次分离的观点存在的问题首先在于概念的混乱。如果权利经过两次分离，那么第一次分离的宅基地资格权是包含使用权的，而二次分离时又不再包含使用权，用同一个概念而表现两种不同的权利内容，极易造成概念的混乱。而在一次分离的权利结构中，在宅基地“两权分离”结构下，农户在初始取得宅基地使用权后，获得的是一个包括资格权和使用权在内的权利束，而在“三权分置”结构下，农户在初始取得时，应该获得的是两种独立的权利，即宅基地资格权和新宅基地使用权，这样宅基地使用权成为一个完整的用益物权，去除了基于身份属性内容而对自由流转的限制，为农民对于宅基

地上财产权益的实现扫除了障碍。而资格权从宅基地集体所有权直接分解而来，应在集体成员权基础上加以构造，具备法律理论的基础和改革的空间。这也符合促进宅基地流转，保障农民财产权益的改革初衷。

“两次分离”更大的问题在于这种理解有悖于物权法的基本逻辑和“一物一权”的基本原则，难以在法律上得以表达^①。无论是资格权作为母权还是使用权，它们都是一种权利，而非有体物，使用权作为用益物权，而非所有权，怎么能作为派生出用益物权的母权呢？这是其在法学界内部无法达成共识的根本原因。一些学者试图通过“用益物权-次级用益物权”的权利构架对此作出解释或找到一种变通的可能^②，但为一种政策层面的表达而重新塑造法律理论基础，显然难以说服法律界的反对声音，也存在着制度变迁成本过高的隐忧。而这种尚难在法律界形成共识的意见，在与经济学、管理学的学科交融中达成一致也就更无从谈起。

综上，按照上述逻辑宅基地所有权、资格权与新使用权三者的关系可以表述为：宅基地所有权是资格权与使用权的共同母权。资格权与新使用权是并列关系，在申请时由农户一并取得；在流转时，宅基地使用权转让给新的权利主体，宅基地资格权继续由农户保留，“一次分离”权利结构更为妥当。

三、属性：新分置的宅基地资格权如何界定

关于宅基地资格权权利属性问题，《民法典》规定承包地的做法更不可取。在《民法典》出台前，对于土地经营权的性质争议集中于如果承包权与经营权的法构造为“用益物权-次级用益物权”^③，土地经营权是“设立在土地承包经营权之上的新型次级用益物权”^④，那么如何解决与物权法理论上“一物一权”原则的冲突。如前所述，《农村土地承包法》修订的过程中对土地经营权的性质等基础问题存在很大争议，最终通过的方案采取留白的方式，做了较为模糊的处理，只是规定了土地经营权的产生方式和权能，并规定流转期限五年以上的土地经营

^① 李国强（2015）：《论农地流转中“三权分置”的法律关系》，《法律科学（西北政法大学学报）》第6期，第179-188页；王小映（2016）：《“三权分置”产权结构下的土地登记》，《农村经济》第6期，第3-7页。

^② 蔡立东、姜楠（2017）：《农地三权分置的法实现》，《中国社会科学》第5期，第102-122页。

^③ 蔡立东、姜楠（2017）：《农地三权分置的法实现》，《中国社会科学》第5期，第102-122页。

^④ 于飞（2020）：《从农村土地承包法到民法典物权编：“三权分置”法律表达的完善》，《法学杂志》第2期，第69-77页。

权可以登记，有学者肯定此为一种“务实”的做法^①。

《民法典》以民事基本法的形式在此基础上明确了五年以上土地经营权的物权性质，第三百四十一条“流转期限为五年以上的土地经营权，自流转合同生效时设立。当事人可以向登记机构申请土地经营权登记；未经登记，不得对抗善意第三人”是对物权设立、登记和对抗效力的典型表达方式。此处的登记显然不是行政管理意义上的登记，而是具有物权变动和公示效力的不动产登记。相较于《农村土地承包法》第四十一条的规定，《民法典》进一步明确地确认了流转期限五年以上土地经营权的物权属性。同时，《民法典》第三百九十九条特意删除了《物权法》第一百八十四条中耕地的土地使用权不得抵押的规定，表明土地经营权可以抵押，亦进一步印证了流转期限五年以上土地经营权的物权属性^②。但是，此处仅限于为五年以上的土地经营权，五年以下的土地经营权属性如何界定并未明确。而且，从未有一种民事权利是通过时间的长短来区别界定权利属性的。同时，将五年以上的土地经营权界定为物权如何解决其与土地承包权同为用益物权和“一物一权”原则的冲突，仍未解决。因此，土地承包经营权也并没有现成的经验可供宅基地资格权与使用权的属性界定问题来套用。但却应有所借鉴，不论是承包地亦或宅基地，“一物一权”原则都是“三权分置”必须解决的理论障碍。在承包地上，似通过将经营权通过期限的划分来间接承认双重物权的存在，但这种折中的做法只会让本就复杂的农地问题变得更为复杂，并不可取。

如前所述，宅基地的资格权究竟来源于所有权还是使用权本就存在争议。使用权是权利内容的削减形成一个新的使用权，而剥离出的权利内容与新加入的权利内容一起形成一个全新的概念。对于资格权的权利属性的界定，通过讨论形成了下述一些观点。一是成员权说，认为资格权权利属性应当为集体成员权，农户资格权属于集体土地所有权的范畴^③，具有占有、收益和处分等权能^④。在此基础上，对于资格权与成员权又有如下两种不同认识：一种观点认为宅基地资格权是农户享有的取得宅基地使用权的权利，作为成员权的组成部分^⑤。另一种观点认

^① 宋志红（2020）：《民法典对土地承包经营制度的意义》，《经济参考报》8月25日第008版。

^② 宋志红（2020）：《民法典对土地承包经营制度的意义》，《经济参考报》8月25日第008版。

^③ 姜楠（2019）：《宅基地“三权”分置的法构造及其实现路径》，《南京农业大学学报(社会科学版)》第3期，第105-116，159页。

^④ 陈振、罗遥、欧名豪（2018）：《宅基地“三权分置”：基本内涵、功能价值与实现路径》，《农村经济》第11期，第40-46页。

^⑤ 宋志红（2018）：《宅基地“三权分置”的法律内涵和制度设计》，《法学评论》第3期，第142-153页。

为资格权其实就是成员权，这样一种认识在非法学领域学者的研究成果或会议发言中并不鲜见。还有一种观点认为，资格权的范围和内容高于成员权^①，持此观点的学者并不多。二是宅基地使用权说，该观点认为宅基地资格权是指现行法律上的宅基地使用权，在“三权分置”之后其本身并不需要也不应该发生本质上的改变，只有这样才能维持既有的法律制度不变，才会不改变现有宅基地使用权人的权利和利益状况。^②三是剩余权说，该观点认为宅基地资格权是宅基地使用权人在让渡一定年期的使用权之后，对原有宅基地的剩余权。“母权利的权利人已经在事实上取得了对特定土地的支配权。只不过由于其享有的物权，受制于权利的身份性限制，而无法流转。如果将之界定为只是集体成员基于成员身份而取得宅基地使用权的资格，则违反了对特定物的支配这一物权的根本要求，所谓的‘三权分置’也就无从谈起。”^③四是双重属性说，该观点认为，资格权是集体成员宅基地分配中的一种资格，其应该具有相对独立的权利内涵，并具有人身权和财产权双重属性^④，是一种兼具身份权和财产权的复合性权利^⑤。同时也有学者对宅基地资格权是成员权的观点提出质疑，认为将其性质仅仅界定为一种身份权，有失片面。因为农村土地资源配置日益市场化，这种资格权本身就具有很强的资源性和缺失性，其越来越“属于一种社会保障权和发展权”，越来越需要打破土地原有封闭性质并呈现向市场经济开放格局的转化^⑥。

关于宅基地使用权说和双重属性说其实某种程度上是一致的。将宅基地资格权直接等同于原使用权，显然是将宅基地资格权作为新宅基地使用权的上位概念，将宅基地资格权理解成了具有财产属性与身份属性的双重属性的权利。笔者认为，宅基地“三权分置”改革的重要初衷就是分解原宅基地使用权的身份属性和财产属性，将身份属性内容交由资格权实现，将财产属性交由新使用权实现，破除过去宅基地使用权身份属性所造成的流转障碍。而如果将代表身份属性的宅基地资格权再次赋予财产权利的内容，显然有违改革初衷。同时，如果通过宅基

^① 参见孙建伟（2019）：《宅基地“三权分置”中资格权、使用权定性辨析——兼与席志国副教授商榷》，《政治与法律》第1期，第125-139页。

^② 席志国（2018）：《民法典编纂视域中宅基地三权分置探究》，《行政管理改革》第4期，第45-50页。

^③ 李凤章、赵杰（2018）：《农村宅基地资格权的规范分析》，《行政管理改革》第4期，第39-44页。

^④ 孙建伟（2019）：《宅基地“三权分置”中资格权、使用权定性辨析——兼与席志国副教授商榷》，《政治与法律》第1期，第125-139页。

^⑤ 陈耀东（2019）：《宅基地“三权分置”的法理解析与立法回应》，《广东社会科学》第1期，第225-226页。

^⑥ 孙建伟（2019）：《宅基地“三权分置”中资格权、使用权定性辨析——兼与席志国副教授商榷》，《政治与法律》第1期，第125-139页。

地流转时的二次分解来解决上述双重属性的问题，又显然与上文对既有的宅基地“三权分置”权利构架各权利的定位不符。

剩余权说分析了宅基地使用权人将权利让渡后有权主张收回的制度内涵，但该观点对于集体成员为什么能够收回剩余权却显得缺乏系统性的论证，显得过于简单，似应在此基础上对宅基地资格权的权利内容作出更为系统的梳理。同时，剩余权说其实是从权利内容层面所做的分析，本质上仍是二次分离法律构架的基础上得出的观点，即将宅基地使用权作为上位概念，将流转作为一种二次权利分解的方式来理解，显然也与宅基地权利体系中对各权利的定位相悖。

根据民事权利的内容和性质，民事权利包括财产权、人身权等权利^①。成员权在我国民法体系中，是人身权的下位概念^②。笔者认为，宅基地资格权的权利属性应界定为成员权。

首先，宅基地在初始取得时通过申请并分配完毕后，资格权并非不复存在。被视为首个宅基地“三权分置”地方管理办法的浙江省德清县《农村宅基地管理办法（试行）》（德政发〔2018〕31号）将资格权等同于集体成员申请取得宅基地或申请享受其他替代保障待遇的权利，资格权中的宅基地分配请求权是一次性权利，基于此权利取得面积限额内的宅基地使用权后即已用尽。该办法对于已经转让住房财产权的原宅基地使用权人如何通过资格权保护其“户有所居”留下了困惑。^③在宅基地征收补偿等涉及很多具体利益时，宅基地资格权正是获得相关利益的请求权基础，改革成败的关键在于对宅基地资格权的权利内容的明确和丰富。其次，成员权有历史基础和农民内心认同。宅基地制度改革历来都在强调成员权权利属性的内容，如军人、华侨、教师一旦回到村集体，还可以分配宅基地的规定，再如强调只有集体成员才能获得宅基地，且基于这种成员身份取得宅基地是无偿的规定等等。因此，农民心中在对待土地问题上，有根深蒂固的成员权观念，有学者形象地将其类比成老百姓观念中的“份子权”^④。最后，成员权在我国法律体系中有理论基础和条文依据。农民成员权与集体所有权密切相关，《物

^① 王利明（2020）：《民法》，中国人民大学出版社，第107页；梁慧星（2007）：《民法总论》，法律出版社，第71-72页。

^② 童列春（2018）：《论中国农民成员权》，《浙江大学学报（人文社会科学版）》第2期，第1-9页；杨遂全（2005）：《中国之路与中国民法典不能忽视的100个现实问题》，法律出版社，第154-158页。

^③ 高海（2020）：《宅基地“三权分置”的法律表达——以〈德清办法〉为主要分析样本》，《现代法学》第3期，第112-125页。

^④ 刘守英（2014）：《直面中国土地问题》，中国发展出版社，第8页。

权法》第 59 条通过引入“成员权”以期破解长期以来困扰集体所有权的“主体虚化”问题^①，这一做法被《民法典》第 261 条所沿用。强化集体成员和成员集体这两个重要的权利主体的权利，解决上述现实问题，是本轮土地改革的重要目标。

如前文所述，既然将集体土地所有权作为母权，宅基地资格权这个子权自集体土地所有权中直接派生出来，那么其与农村集体成员权的关系就必须作出明确界定。同时，“三权分置”派生的资格权是对集体成员权的落实和丰富，如何厘清集体成员和成员集体之间的关系，也是理解资格权权利属性是否可以界定为成员权的一个重要分析路径。有学者认为，资格权的范围和内容要高于成员权，从资格的认定到享有再到权利的行使，以及对于宅基地权利的剩余权的行使，都是资格权的内容，而成员权仅仅是判定其具有成员资格以后，享有成员资格所获得的集体土地分配权、占有权和收益权等权利^②。也有学者认为，资格权就是集体成员权，两者并无本质区别，甚至就是一种称谓的变化，“换汤不换药”。笔者试再从宅基地资格权的权利生成时间，即宅基地资格权在宅基地权利体系中的定位角度进行分析。

显然，宅基地资格权作为一种资格，与农村集体成员的身份紧密相关，具有很强的身份属性色彩，作为集体成员的身份是在初始取得宅基地使用权之前便已存在的，这些均已成为学界的共识，无需赘述。但是，是否应将宅基地资格权的权利生成时间在农户初始取得宅基地这一时间节点上再向前推移，推定到集体成员身份的取得时，即取得集体成员权时也同时获得了宅基地资格权。显然这是上文所述成员权说中，对资格权范围和内容等于或大于成员权的认识基础。笔者认为，将宅基地资格权进一步向前推移做更大范围的解释无此必要。现实中，农村集体成员虽然具有申请宅基地的资格，但申请需要审批等程序，显然这种成员身份与实际获取宅基地资格权仍然存在差异，两者也就不具有等同的基础。既然两者存在紧密联系又不能等同，那么两者究竟是否可以理解为包含与被包含的关系呢？笔者认为答案是肯定的。申言之，宅基地资格权应该属于集体成员权的一部分。成员权是资格权获得的前提，只有具备集体经济组织成员身份，才有资格申

^① 丁文（2015）：《论土地承包权和土地承包经营权的分离》，《中国法学》第 3 期，第 159-178 页。

^② 孙建伟（2019）：《宅基地“三权分置”中资格权、使用权定性辨析——兼与席志国副教授商榷》，《政治与法律》第 1 期，第 125-139 页。

请宅基地，获得宅基地资格权。因此，成员权是资格权的上位概念，集体成员的身份权其实是获取申请资格的前提，但有申请资格和已经获得宅基地资格权存在本质区别。也正是基于此，宅基地退出可以明确为宅基地资格权的退出，而非成员权的退出——宅基地退出后仍然是农村集体成员，这也为“不以农民放弃村集体成员身份而退出宅基地”提供了法律依据。

在此次《民法典》出台未将成员权纳入到农村集体经济组织规定的情况下，应考虑在今后的修法中将成员权归置于集体所有权相关内容中，并在宅基地部分明确成员权与宅基地资格权的关系以及资格权的权利内容，形成“所有权+资格权（身份权）+使用权（用益物权）”的权利属性界定，以真正落实中央十八届三中全会《关于全面深化改革若干重大问题的决定》提出的“保障农民集体成员权利”的重要改革目标^①。

四、充实：宅基地资格权的权利内容

目前学界对于宅基地资格权设立的必要性有颇多质疑，这除了对宅基地资格权权利定位不清以及权利属性界定不明的原因外，也与宅基地资格权权利内容不够明晰存在很大关系。“三权分置”改革方案如果想获得更多的认同，就必须充实权利内容，增加资格权独立成“权”的必要。

宅基地资格权在权利内容上具有很多集体成员权的权利内容，两者极易混淆。可以说，成员权是我们理解和把握资格权的重要视角和对比标尺。为了加以明确，笔者试从与成员权辨析的角度做出分析。从权利行使所指向的对象看，宅基地资格权的权利行使所指向的对象仅是经申请所获批的某一具体的、特定的宅基地，而成员权的权利行使对象是不特定的或者可以理解为集体所有的全部宅基地。学界普遍认为，成员权的权利内容包括自益权和共益权两部分。在宅基地“两权分离”时代，自益权对应着宅基地集体所有权权利内容的横向分割，具体表现为占有、使用以及收益等权能。与此同时，又体现在宅基地集体所有权权利内容的纵向分割中，指向为对共益权中的管理权与处分权的尊重。

“三权分置”改革对宅基地权利结构的重塑提升了自益权在宅基地权利体系

^① 陈小君（2017）：《我国农民集体成员权的立法抉择》，《清华法学》第2期，第46-55页。

中的地位，其中很多权利内容都可与宅基地资格权相对应，具体表现为：一方面，自益权是集体成员取得宅基地使用权的基础，农户只能在拥有集体成员权的情况下，通过法定或约定的程序获得宅基地使用权和宅基地资格权。资格权是成员权自益权内容通过法定程序的一种实现，而成员权是获得资格权的前提和基础。另一方面，宅基地分配请求权属于集体成员权，不属于宅基地资格权。即资格权不同于也不包括宅基地分配请求权^①。在宅基地的初始取得上，作为集体成员基于身份权而要求集体分配宅基地的请求权。这是集体成员权通过法定或约定的程序获得宅基地资格权以及使用权的表现，但这种申请的权利本身不能属于资格权的权利内容。

宅基地资格权的权利内容应主要包括以下两个方面。第一，宅基地无偿使用权。在宅基地的使用上，农户基于其已经申请取得的宅基地资格权可以无偿使用，这是宅基地资格权的重要内容。但是，超出面积等不符合规定的应收取使用费。第二，宅基地收益的分配请求权。宅基地流转的收益包括本集体中他人所有的宅基地流转的收益以及自有宅基地流转的收益两部分。集体内他人宅基地的流转所带来的收益由集体享有，集体按照规章制度通过一定程序将这部分收益分配给集体其他成员，这是成员权的内容，不属于宅基地资格权的权利内容。宅基地资格权中的收益分配权限于权利人通过申请所获得的供本人使用的特定宅基地的利益分配。这种利益的分配并不仅限于流转出去后的一次性收益，还包括随着宅基地使用权到期再次续期而产生新的收益。

同时值得注意的是，在宅基地使用权流转后，有可能会出现征地的情况，这时候的征地收益应如何分配问题。笔者认为应从基于享有宅基地资格权的农户和新宅基地使用权的权利人即流转受让人两个方面来分析。对于宅基地资格权的权利人——流出宅基地的农户来说，其收益主要应该为该土地的征地补偿费用。而对于新宅基地使用权人，即流转受让人来说，其收益应为地上房屋的补偿费用以及土地升值等所带来的合理补偿。至此，司法实践中当前经常出现的农民与城镇居民签订农房买卖合同，而到拆迁时农民反悔向法院提起诉讼主张农房买卖合同无效，利用现有法律漏洞的毁约行为将得到有效规制，相关案件的审理也在法律修订后有了援引的判案依据。具体而言，法院在过去只能认定农房买卖合同无效，

^① 高海（2020）：《宅基地“三权分置”的法律表达——以〈德清办法〉为主要分析样本》，《现代法学》第3期，第112-125页。

城镇居民购买农房只能获得一定的房屋升值补偿，且认定买卖合同的依据并不统一。“三权分置”上升为法律条文后，无论是作为买入方的新宅基地使用权人还是卖出方的宅基地资格权人（原使用权人）都有了主张相应权利的法律依据，交易安全将得到维护，司法审判依据将得以统一。沿着这一思路，应对征地补偿规定作出更新和进一步细化，以适应改革后大量宅基地“隐形流转”合法化的需要。宅基地资格权中的利益分配权利内容是宅基地“三权分置”改革后对宅基地使用权中保障属性的继承，是农民在将手中宅基地使用权流转出去后生活的重要保障。显然，上述剩余权说仅用“剩余”就将宅基地资格权的内容作出概括不够全面，也难成系统。

集体土地所有权主体的集体成员集合性，决定了集体土地所有权本身内含了集体成员民主决策、民主监督等管理权能，集体土地所有权的行使本身也就是管理权能的行使^①。而成员权中共益权部分的权利内容则主要体现在参与决策、参与管理监督等方面。通过与宅基地资格权的对比，再次明确界定宅基地集体成员权的内容对于成员集体所有权的实现以及宅基地资格权权利内容的界定具有重要意义。首先，参与决策权不属于宅基地资格权的权利内容。参与决策权主要表现为集体组织重大事务决定权，而所谓重大事务即为实质上对集体成员自益权产生重大影响的事务。“三权分置”下，集体土地所有权主要保留最终的处分权，关键是健全集体成员民主议事机制，尤其是在政府主导的宅基地流转中，应保障农民知情、决策和监督的权利。要区分发达农村和一般农村的民主决策形式和组织形式。在发达农村，应当推行集体资产股份化改造，实行集体经济组织集体资产保值增值功能和集体自治组织社会服务职能相分离，集体成员的民主决策通过成员股东大会的组织形式得以实现。在一般农村，集体经营性资产匮乏的大多数集体经济组织，可以采取以户为单位一户一票的决策方式，将村民会议安排在集中回乡时节或者依靠现代化网络会议等形式，解决重大事项和临时事项^②。第二，参与管理监督权不属于宅基地资格权的权利内容。对宅基地的管理和监督的权利主要体现在两个方面，一是对集体所有的他人的使用权的流转的知情权；二是对集体经济组织成员的合法权益受到侵害时，请求司法救济的权利^③。上述权利的

^① 韩松（2014）：《论农民集体土地所有权的集体成员受益权能》，《当代法学》第1期，第50-56页。

^② 韩松（2016）：《论农民集体土地所有权的管理权能》，《中国法学》第2期，第121-141页。

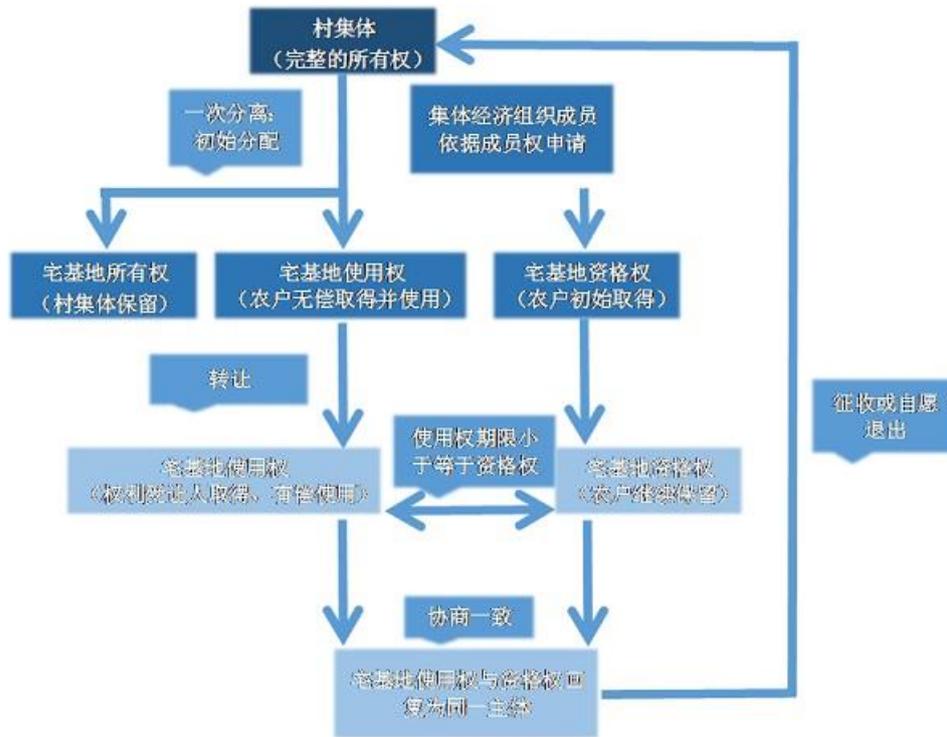
^③ 陈小君（2017）：《我国农民集体成员权的立法抉择》，《清华法学》第2期，第46-55页。

行使所指向的土地都是不特定的或非其本人所享有资格权的土地，是对村集体土地这一整体或者他人享有资格权的土地，因此上述权利不能作为资格权的权利内容。

最后，还应强调的是宅基地资格权不具有可转让性。有学者认为，将宅基地资格权转让给他人进行有偿使用，需要将资格权再一次进行剥离，将其中的身份权进行保留，而将其财产权进行市场化，而这种使用权进一步分离的标志就是，宅基地使用权是有偿的，有期限的和有法律的根据。^①笔者认为此观点值得商榷。首先，关于二次分离还是一次分离上文已详述利弊，再分离一次无此必要，且易造成“三权分置”权利构架的混乱，笔者在此不再赘述。其次，权利分解的目的是为了解决流转的障碍，“三权分置”改革后宅基地使用权已经是一个独立的、完整的用益物权，自然取得了自由转让的权利内容，宅基地流转问题在此已经得到解决。最后，宅基地资格权由于其身份属性所限，自然不能向村集体经济组织之外转让。因此，改革设计应作出宅基地资格权不具有可转让性的选择为宜。

五、展望：《民法典》应确立的新宅基地权利架构

^① 孙建伟（2019）：《宅基地“三权分置”中资格权、使用权定性辨析——兼与席志国副教授商榷》，《政治与法律》第1期，第125-139页。



图表 3.宅基地“三权分置”改革后的制度运行图

如上图 3 所示，农村集体成员基于成员权而获得申请资格，在完成审批程序后同时获得某一块具体宅基地的资格权和使用权，其中宅基地资格权权利属性为成员权，是成员权的下位概念，权利内容主要为对宅基地的无偿使用权和收益分配请求权，这些都是集体成员权的一部分。新的宅基地使用权是一个完整的、独立的用益物权，当然地具有可转让性，可以自由流转。当宅基地使用权转让后，新的使用权权利人获得宅基地使用权，由于转让后的新使用权权利人不具有资格权，流转的效果等同于在时间维度上对宅基地资格权行使进行了分割，即新使用权权利期限受宅基地资格权限制，只能小于或等于宅基地资格权的期限。当宅基地资格权与使用权为同一主体时，宅基地使用权无偿使用，当宅基地使用权与资格权非同一主体时，宅基地使用权权利人应缴纳宅基地使用费，新宅基地使用权人对于宅基地的支配优先于宅基地资格权人。相应地，在使用权与资格权非同一主体期间，资格权人须相应克减自己权利的行使，这是对自己获得转让使用权收益所付出的相应对价。当农民想退出已流转出去的宅基地时，应与宅基地使用权权利人协商一致并回转宅基地使用权。当宅基地使用权回转至资格权人后，两项权利方能同时退出。也就是说，不论宅基地使用权向外转让经过了多少权利主体，

最后村集体收回宅基地使用权时都必须以宅基地资格权人同意为前提，体现了对农民意愿的充分尊重。当遇到征收时，宅基地资格权人和宅基地使用权人分别依据各自权利获得赔偿或补偿。司法实践中在拆迁征收时，农民向法院主张合同无效想借此独占或多占征收赔偿款的情况将被彻底杜绝。下一步，我国《民法典》对宅基地留白内容的填补应着力于将宅基地使用权继续明确为用益物权，宅基地资格权明确为身份权，并同时明确权利内容以及资格权与集体成员权的关系进行明确，实现宅基地“三权分置”权利结构的清晰化，作出宅基地“三权分置”法律表达。

项目来源：2019年浙江省教育厅一般科研项目“乡村振兴背景下宅基地‘三权分置’改革的基本理念”（Y201941048）；2018年国家社科基金一般项目“三权分置下农地经营权入典问题研究”（18BFX155）；教育部人文社会科学研究规划基金项目“宅基地三权分置暨法理阐释及其法律实现”（19YJA820063）。

董新辉：法学博士，绍兴文理学院商学院法律系讲师。研究方向土地法，主要包括宅基地法律制度改革等。近年主要成果包括论文《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》（《中国农村经济》，2019年第1期，第1-26页）以及著作《公司案件审判参考》（人民法院出版社，2018）等。