



林权的法律结构

——以《森林法》的修改为中心

裴丽萍 张启彬

摘要: 2016年9月底公开征求意见的《森林法》修改意见稿明确了林权权利类型及内容,并进一步放松了林权流转的限制,成为修法亮点。然而,修改意见稿回避林权与森林资源公有产权的关系,导致林权性质和内容均存制度扞格:如森林财产权体系“一物二权”、林权束结构叠床架屋,此无助于达致“山定权、树定根、人定心”的林改初衷。事实上,森林资源公有产权所有权——使用权的“两权分离”是林权产生的制度逻辑;作为“森林资源所有权”拆分的碎片,林权系以森林和林地为载体,包含森林使用权、林地使用权和林地承包权、经营权的用益物权权利束。

关键词: 自然资源所有权;自然资源使用权制度;林权;林权束;《森林法》修改

中图分类号: DF463 **文献标识码:** A **文章编号:** 1672-7320(2017)06-0096-13

一、问题的提出

“《中华人民共和国森林法》(2016年修改征求意见稿)”(以下称“征求意见稿”)首次明确“林权”内容及其流转机制。其中,“林权条款”包含了林权内容“界定条款”以及林权“流转条款”。根据“征求意见稿”第17条(即“界定条款”)规定^①,林权表现为由多个民事权利构成的权利束:不仅包括现行《森林法》规定的森林、林木、林地的所有权和使用权^②;还纳入了集体林权制度改革的确权成果——林地承包经营权^③,并反映了集体林地“三权分置”^④的“集体林权完善”^⑤政策指向,从中分离出林地承包权及林地经营权;此外,林权束具开放性——包括法律法规规定的其他权利,此为有机生态农业、特色经济林、林下经济、森林旅游等新兴营林业态所涉法益纳入林权束提供可能。“征求意见稿”第20条第1款(即“流转条款”)对林权流转态度更为开放^⑥;在保留现行《森林法》第15条规定的流转方式外,将林权“抵押”从政策导向上升为法律规定,还新增了林权“转包”与“出租”流转形式;同时解除了防护林、特用林的流转禁令,仅要求林权流转不改变林地用途和林种性质。

“征求意见稿”中的林权束,主要是总结了“林权登记”记载、由《森林法》列举的“诸项

①“征求意见稿”第17条规定:“林权包括森林、林木、林地的所有权和使用权,林地承包权、经营权以及法律法规规定的权利等。”

②参见《森林法》第3条第3款。

③参见《关于全面推进集体林权制度改革的意见》(以下称“中发[2008]10号文件”)第(八)项前半段;以及《物权法》第125条。

④参见《关于全面深化改革加快推进农业现代化的若干意见》第17条;又见《关于加大改革创新力度加快农业现代化建设的若干意见》第28条;又见《关于完善农村土地所有权承包权经营权分置办法的意见》(以下称“三权分置意见”)第三条:“逐步形成‘三权分置’格局”。

⑤参见《国务院办公厅关于完善集体林权制度的意见》(以下称“国办发[2016]83号文件”)第5条。

⑥“征求意见稿”第20条第1款规定:“林权可以依法采取转包、出租、互换、转让、入股、作价出资或者合作等方式流转,也可以依法抵押,但不得改变林地用途和防护林、特种用途林的性质。”

权利”^①；以及集体林权的主要法权形式——家庭承包方式取得的“林地承包经营权”。但这种立法尝试忽视了不同历史阶段林权语境差异，堆砌不同时期林权制度建设成果，反而使林权法律结构欠缺条理：

一是权利建构思路不同。若界定为森林、林木、林地等森林资源重要“生态因子”^②上设立的所有权和使用权(周训芳等,2004:39)；林权是包含多重客体、多种权利性质(自物权和他物权)的公有(如林地和森林国家所有权)和私人财产权组合。若界定为土地承包经营权于林地承包方面的表现,是土地承包经营权的一种类型(崔建远,2012:42)；林权则是农户或其他林地承包经营权人享有的私人财产权,以林地为对象的用益物权。二是权利束体系混乱。“征求意见稿”尚未贯彻“森林资源公有”^③背景下“所有权、使用权”分离的产权结构,林权定性不清。导致林权束既包含自物权内容,又包含林地承包经营权、林地使用权和森林(林木)使用权等他物权,与基本物权法理冲突(崔建远,2012:43)。此外,林权束回避森林或林木集体所有权,承认农户享有“承包到户”的森林(林木)所有权,引致森林(林木)同时为集体和私人所有的“一物二主”现象。三是林权束内权利相角。“征求意见稿”未意识到两种视角下林权内容互有重叠,简单罗列必将模糊权利束各项权利的边界。如林地使用权与林地承包经营权的关系存在争议:有学者认为两者除在取得方式上存在细微差别外,几乎完全一样,而另有观点认为后者仅是前者的典型形式之一;有人支持以林地使用权替代承包经营权,也有两者区别对待的声音^④。

本文不揣拙陋,以“征求意见稿”的“林权条款”为切入点,结合现行法律和农地改革、林权完善的政策动态,因循明确设置目的、界定法律性质、明晰权利内容的思路建构应然林权,期为《森林法》修法、林权制度完善提供立法建议。

二、林权的功能定位

(一) 林权设置的初衷

宪法所有权条款对国家的法律和经济秩序有着“直接的形成意义”(eine schlechthin konstituierende Bedeutung)(Ipsen,2008:178)。森林在内的重要自然资源国家和集体所有(国家所有为原则)的《宪法》规定,系对基本经济制度——社会主义全民所有制的确认^⑤:为防止阶级社会剥削,国家代表全体劳动人民垄断生产资料和基本生存条件。另外,宪法自然资源所有权条款作为确认性条款中的“制度性保障规范”,“以最高法的形式保障特定普通法律所确立制度”(周叶中,2016:114):即《宪法》规定是具体自然资源物权体系“法律制度形成”的立法前提。《物权法》中重要自然资源的所有权采“国家所有为原则、集体所有例外”的立法模式^⑥,即是《宪法》确立之公有制(全民所有制、集体所有制)的民事法律表现(国家所有权、集体所有权)。故森林资源所有权(公有产权)亦是公有制的法权表现。

然而,森林资源公有产权与社会主义市场经济实践不协调,暴露出“高度集中、主体单一、边界不明、组织不定、横向凝固”(王国平,1994:103)的弊端:

其一,国家所有为原则,使森林资源大量向国家集中;所有权主体单一,排除了平等主体之间的交换和竞争,导致森林资源横向流动凝固。单一公有产权模式意味着行政指令而非价格传导机制主导资源配置,而市场经济则要求“个人供应者保留了从与任何一个购买者建立的交换关系当中退出的权利,而

①原有“林权证”登记内容包括:1)林地所有权,2)林地使用权,3)森林或林木所有权,4)森林或林木使用权。参见《国家林业局关于实行全国统一林权证式样的通知》之“附件一”。另外,2015年3月1日起启用的统一“不动产登记簿”中,林权登记信息包括:1)林地权利(林地使用权和林地承包经营权);2)森林或林木所有权,3)森林或林木使用权。参见《国土资源部关于启用不动产登记簿证样式(试行)的通知》(国土资发[2015]25号文件)之“附件一”。

②森林资源是以乔木为主体,并与周围环境形成的综合体,具有一定的生物结构和地段类型并形成特有的生态环境。环境中对生物生长、发育、生殖、行为和分布有直接或间接影响的环境要素被称为“生态因子”(ecological factors)。其中森林和林木构成其中重要的生物因子,林地是土壤因子、地形因子构成的重要载体。参见李俊清(2006). 森林生态学. 北京:高等教育出版社:21.

③“征求意见稿”重申了森林资源国家和集体所有的规定。参见“征求意见稿”第3条第1款及《森林法》第3条第1款。

④如周伯煌、张冬梅认为林地承包经营权是林地使用权的形式,林地承包经营权可被林地使用权吸收;胡玉浪认为两者指代范围不同,应各自存在、区分使用。参见周伯煌(2010). 物权法视野下的林权法律制度. 北京:中国人民大学出版社:80;又见张冬梅(2012). 物权体系中的林权制度研究. 北京:法律出版社:76;又见胡玉浪(2012). 集体林权法律制度研究. 北京:法律出版社:40-41.

⑤参见《宪法》第6条第1款及第9条第1款。

⑥参见《物权法》第48条。

任何其他个人则保留了进入与提供生产性服务的个人所建立的交换关系的权利”(布坎南,2002:31)。即两者在资源配置手段上旨趣相异。正因如此,在上世纪八九十年代体制转轨中,国际原木交易价格开始对国内价格产生“封顶作用”,集体林业入市抢占市场份额,导致依赖政府指令决定林木价格和产量的国有森工单位盈利空间备受挤压。为强制维护其“垄断地位”,国有营林单位通过压低或拖欠职工工资,挤占积累或提高原木产量以扩大收益;造成林区职工陷入贫困、基层企业亏损,限制了林区扩大再生产的能力(温铁军等,2010:23)。终致国有林区陷入“可采资源危机、企业经济危困、职工生活危难”的“三危”困境。

其二,森林资源国家集体所有权边界不清、主体不实。一方面,森林资源公有制产权的客体不明、边界不清,如“森林资源”的法定概念宽泛,不仅包括林木、森林和林地,还包括栖息其中的野生动植物及微生物^①。另一方面,森林资源所有权主体不实,经多层委托代理行使所有权,导致权利主体组织不定:脱离具体成员“份额”、抽象的“成员集体”,及无涉具体行政主体、“唯一统一”的“国家”,均无法有效行使所有权;而须经法律指定具体的“特别法人”^②——“集体经济组织”、“村民委员会法人”^③,或指定国务院^④、并行政授权至各级行政机关具体行使森林资源所有权。这种未清楚界定和有效执行的财产权,不仅增加资源遭暴力攫取的风险,也抑制权利人投资资源开发、维护的积极性。建国以来集体林地产权变化频仍、权利内容不清晰、屡受不公平征调而缺乏保障,刺激林农破坏性地、短视地开发森林资源:“林业三定改革”中,“分山到户”的林农获得林权后旋即伐光了山林,对林业生产和森林生境都造成负面影响。

(二) 路径选择

单一公有制配置森林资源的负面影响,实由非所有权主体承受:如森工单位、林企职工承担国有林区的“三危”困境;由有享受森林环境需求的公民(包括依林而居的林农)承受集体森林资源短视开发带来的生态破坏影响。生产者或消费者的活动对其他消费者和生产者的超越活动主体范围的利害影响,被称为“外部性”;按照受影响的活动主体实际获益或者亏损,分为正外部性和负外部性。单一公有制配置森林资源,显然带来的是负外部性。而消除财产权的外部性——将外部性效应“内部化”,“常常要发生产权的变迁,从而使得这些效应(在更大程度上)对所有的相互作用的人产生影响。产权的一个主要功能是引导人们实现将外部性较大地内在化的激励”(登姆塞茨,1994:97-98)。而“外部性内部化的条件包括:(1)产权界定的足够清晰,以及(2)交易自由。”(弗鲁博顿、芮切特,2006:120)故应为受森林资源公有制影响的主体设定排他、可流转的私人财产权,以内部化其遭受的负外部性。

政策明确自然资源国家和集体所有权通过所有权与使用权的分离,于公有资源上设置私人财产权,以内部化单一公有制配置自然资源的弊端。具体要求“推动所有权与使用权相分离,明确占有、使用、收益、处分等相关权利归属关系和权责,适度扩大使用权的出让、转让、出租、抵押、担保、入股等权能。”^⑤“两权分离”强调市场在自然资源配置中的决定性作用:通过在保留国家对公有财产的所有权基础上,把相应的其他权利进行合理分解并推向市场,通过其他权利的市场化实现经济参与人的激励兼容,盘活公有财产,达到保值增值的目标。“两权分离”是解决资源利用公地悲剧惯常使用的、“财产权、行政管制混合模式”政策工具之子类——“部分私有化”的表现形式:政府将公共所有资源的管理和使用权利授予资源使用者,授予私人使用者对资源部分控制力的同时,使用者的资源控制能仍受制于政府保留的公共权力(科尔,2009:48)。域外森林法中的“社区林业”(亦称“分权”)(community forestry, devolution),即是“国有资源私人使用”于森林资源的应用:将国有森林权利义务落实至地方利益共同体——如社区、以社区为基础的团体、管理委员会或者使用人团体等;使森林管理和决策更贴近森林自身特性,更贴近依存于森林或与森林交往的人们;这种以社区为基础的森林管理模式强化了非政府、私人参与者

① 参见《森林法实施条例》第2条第1款。

② 参见《物权法》第60条。

③ 参见《民法总则》第99条及第101条。

④ 参见《物权法》第45条第2款。

⑤ 参见中共中央国务院印发《生态文明体制改革总体方案》,第二条第六项。

的财产权利(Christy et al., 2007:83)。

历次林权改革,均在不改变森林资源公有的前提下,力求构建排他、可流转的私人财产权,以充分发挥市场的资源配置作用。如《关于加快林业发展的决定》(中发[2003]9号文件)第13条即阐明通过确权颁证、稳定自留山和承包山明晰林权,调动社会力量造林、促进林业发展。又如“中发[2008]10号文件”明确集体林权改革通过“明晰产权”、“勘界发证”、“放活经营权”、“保障收益权”以及“落实处置权”,解放和发展农村生产力。再如“国办发[2016]83号文件”重申“集体林权制度完善”需要“进一步明晰产权”、“稳定承包权”,并重点创新构建林权流转机制,“引导集体林适度规模经营”。总结改革经验,林权构建的逻辑起点——“林权的应然功能”可概括为:实现公有森林资源的“非所有利用”,确认并保护单位或个人等非公主体的森林开发利用财产权益。

三、林权的法律表达

(一) 林权的法律实现

1. 财产权的可分性

“两权分离”涉及财产权的“可分性”(divisibility)。资产的所有权与各种用途上的权能分离(如湖泊所有权与在湖中钓鱼、游泳的权能拆分),使拥有不同知识和需求的人能将资产投入到最有价值的用途中去,以物尽其用(柯武刚、史漫飞,2000:229-230)。

英美财产权可分性是可转让性(transferability)的基础——权利人分割财产权利束(bundle of rights)并让渡部分权利(能)(incidents):1)水平分割(horizontal divisibility),包括权利人将土地再细分成更小的地块,及不限嗣继承地产权(相当于土地所有权)人将其土地(simple land)设为共有或总有。2)垂直分割(vertical divisibility),系指不动产财产权(ownership)于特定时间维度的拆分,如将土地财产权拆分成多个期限前后相继的地产权(estate)。3)多用分割(multiple-use divisibility),按土地特定使用方式拆分出相应的财产权,如早期财产法允许权利人设立自主持有地产权(freehold)、租赁地产权(leasehold)或依合同(contracts)让渡土地中某类资源的管理、处分和收益权能,供他人自己在自己土地上伐木、采矿、捕捞和狩猎(Scott, 2008:10-11)。

大陆法系主要表现为所有权分割。如德国法的“限定物权”(beschränkt dingliche Rechte)不像所有权那样对物具有全面的用益、变价权能;而是所有权人拆分(ab/spalten)所有权权能、通过创设限定物权,在“物”上设定的负担;故作为“所有权碎片”(Eigentumssplitter)的限定物权规定了权利人对物享有的特定权能,是所有权作为“完全物权”(Vollrecht)之部分内容(Teilinhalte)的体现;设立限定物权限制了完全物权权能,一旦限定物权消灭,所有权权能方得恢复(zu/wachsen)(Vieweg & Werner, 2007:583)。法国法也存在“被肢解的所有权”,使所有权人的各项特权在不同人之间分配:如设置用益权后受限的所有权——“虚有权”,与用益权在不同主体间独立存在(泰雷、森勒尔,2008:916,928)。

2. 林权析出的法律逻辑

我国《物权法》的所有权分割^①,通过所有人新设限定物权,从自物权“母体”中派生用益物权、担保物权等他(限定)物权;故有学者形象地称所有权与限定(他)物权为“母权”、“子权”关系(崔建远,2012:98)。《矿产资源法》、《水法》等单行法确认的探矿权、采矿权、取水权等构成的“自然资源使用权”^②体系,即是依大陆法系所有权拆分逻辑,拆分自然资源国家和集体所有权,形成由非所有权主体(单位或个人)取得、以开发利用公有自然资源为内容的用益物权。

应注意法系间财产权拆分逻辑的差异:大陆法系所有权可视为写有“所有权”名称的盒子,包含占有使用、收取孳息、转让等权利(能),所有者可把盒子中的权利(能)授予他人;只要他还占有这只盒子(即

^①参见《物权法》第40条。

^②参见《物权法》第118条;还有学者称之为“准物权”“准用益物权”“特许物权”等,不一而足。

所有权未发生权利变动),即使其中权利(能)几乎全部授予他人而空空如也,仍然是法律上的所有权人(“裸体所有权”、“虚有权”)。英美法则没有“所有权盒子”的概念装置,只要权利人拥有“不限嗣继承地产权”就拥有尽可能广泛的权利束;一旦束中某组权利转让给他人,出让人就丧失这部分权益(弗鲁博顿、芮切特,2006:105-106)。易言之,大陆法系所有权多具“整体性”(或称“浑一性”);所有人设定多项限定物权、使几乎全部权能均为他人享有,即使处于“虚名”地位、也不丧失所有权;大陆法系所有权分割并非如英美法系那样——以支分转让权能的方式、在内容或时间上出让部分所有权,而是将部分内容具化后新设独立的担保物权或用益物权。

故应遵循《物权法》肯认的自然资源公有产权拆分法理,构建两相独立的森林资源所有权和林权制度:一方面构建具排他性、流转性的林权制度,填补现行立法公有森林资源用益物权体系的空白,激活公有森林资源的经济效益;另一方面坚持森林资源国家和集体所有的经济制度,维护国家和集体所有人地位,确保国家资源合理利用和保护义务、集体经济组织农村公共行政服务职能的有效行使。

依现行法律政策或立法实践,“森林资源所有权”与“林权”已然是各自独立的权利。从权利主体来看,前者只能是国家和成员集体;后者则为单位或个人:“林地承包经营权”的主体主要是农户家庭、四荒承包单位及个人,“权利束”权利主体主要是开发森林资源、享有森林产品所有权的单位或个人。从内容来看,前者强调由劳动群众共同占有“具长远和整体利益、战略意义的生产资料”,以避免生产资料私人占有形成剥削,故禁止森林资源所有权转让至私人之手^①;而后者除包含占有、使用、收益权能外,法律还规定部分处分权能,使林权具可流转性^②。因流转发生权利变动影响第三人权益,依物权公示原则,法律规定林权实行物权登记^③;而森林资源国家所有权不可流通,故豁免登记^④。

(二) 林权的结构重置

然而,“征求意见稿”中林权与森林资源所有权的分别建构,未贯彻《物权法》确定的“两权分离”逻辑,导致林权束结构混乱。需依我国财产权权能分离理论,调整优化现有林权束的法律结构。

1. 剔除现有林权束中自物权内容

“征求意见稿”林权界定条款未明确林权用益物权性质,导致林权束内含自物权,忽视森林资源国家和集体所有权的整体性,引致适法困难:

林地所有权。“征求意见稿”界定条款构造的林权束包含林地所有权,但流转条款又肯认了林权的流转性;法律规则措辞中有“林权束中的林地所有权亦可转让、抵押”的文意。其弊端在于:此与土地所有权禁止转让的法律规定^⑤冲突,触及了土地公有制底线。林木(森林)所有权。《森林法》和集体林权制度改革实践均承认特定情形下单位或个人享有林木所有权;当复数林木达到特定技术标准构成“森林”时,单位或个人享有森林的所有权。“征求意见稿”继承了该立法经验。如《森林法》确定营造林木“谁造谁有”原则,承认私人在承包集体林地和宜林荒地上营造林木的所有权^⑥;“中发[2008]10号文件”第8条除确认了林地承包经营权,还承认农户享有承包地上林木(森林)的所有权——即林木(森林)所有权由集体转移至农户。尽管学者强调赋予单位或个人(林农)完整权能所有权,对调动私人造林积极性、提高森林覆盖率的制度创新价值(李廷荣,2009:52-53);但此财产权拆分逻辑违背大陆法系所有权整体性要求,令国家或集体永久丧失特定公有森林或林木的所有权。察觉此权利构造存在国有森林资源资产流失的潜在风险,《森林法》早已规定:国有企事业营造林木(森林),单位仅享有经营管理、支配林木收益的林木(森林)使用权;林木(森林)仍为国家所有^⑦。总之,林权束包含林木所有权的构造不仅造成林

① 参见《物权法》第41条。

② 参见《农村土地承包法》第32条;《森林法》第15条。

③ 参见《森林法》第3条第2款;《不动产登记暂行条例》第5条第(2)及(4)项。

④ 参见《物权法》第9条第2款。

⑤ 参见《物权法》第184条第1项。

⑥ 参见《森林法》第27条第4款;“征求意见稿”第19条第4款。

⑦ 参见《森林法》第27条第1款;“征求意见稿”第19条第1款。

木(森林)归属繁复;更放任了集体资产流失,弱化了农村集体经济组织履职能力。

故林权的应然结构应坚持所有权整体性特征,剔除林权束中林木(森林)、林地所有权的内容,还原林权“公有私用”的用益物权本质。扭转森林资源公有背景下,林权人仍享有森林(林木)、林地的所有权,林木(森林)“一物二主”、法律规则冲突的现状。

2. 林权客体的特定化

物权绝对属性及权利变动清晰性决定物权须具特定性(Vieweg & Werner, 2007: 5)。森林资源所有权不发生物权变动、其消极权能影响范围确定,并有主权宣示的意涵(王利明, 2016: 495),故不确定、范围广的“国土内全部森林资源”能被容纳为所有权客体。而林权的流转性要求客体须严守物权特定性原则;只有具备了可辨明的财产外观边界——“物理排他性”(physical excludability),方能排除其他人从资源中获利;当他人不能分享产权所界定的效益和成本时,这些效益和成本才能对财产所有者的预期和决策产生完全的、直接的影响,实现外部性“内部化”(柯武刚、史漫飞, 2000: 215)。故自森林资源所有权分离林权,伴随着公有森林资源资产的“切割”、“特定化”。

森林资源所有权客体——“切割对象”尚存争议:有观点认为系广义“森林”——即“森林资源”:除包括森林、林木、林地外,还囊括栖息其中的野生动植物和微生物;还有观点认为系狭义“森林”,即达到一定盖度、郁闭度及直径等技术指标要求的复数林木(乔木和竹木)^①。鉴于我国森林资源所有权系社会主义公有制的法权形式,应容认公有财产的广泛性;不宜适用“物权特定原则”而简单地认为狭义“森林”更合理。此外,广义“森林”观亦需修正。立法仅规定“珍贵、濒危”及“有重要生态、科学、社会价值”^②的野生动物资源国家所有^③;其他野生状态动物、野生植物甚至微生物并未规定国家或集体所有,森林资源所有权客体包括“林下野生动植物、微生物”将不当地扩张公有财产的范围,应以排除。

林权形成意味着公有森林、林木和林地的特定化切分。林权客体应包括特定地段、区域的林地:林地是森林培育、养护和林产品生产不可或缺的工作空间;在退耕还林、承包宜林荒地、迹地更新等不存在森林植被的场合,林地是林权人主要的开发利用对象;此外林权人支配的森林,亦需借助林地的四至、地点和方位特定化(裴丽萍、张启彬, 2015: 108)。林权客体还包括特定的森林:实践中,作为营林基本单位的“小班”^④以管片范围内的“林分”^⑤为经营管理对象,森林生产力以“森林蓄积量”(Forest Stock Volume),而非单纯以林木株数为测算单位,故森林较林木更具开发的规模效应;此外森林具备生态环境整体性要求,构成了森林生境、森林景观、森林碳汇的核心载体(裴丽萍、张启彬, 2015: 108)。尽管森林系复数林木构成的集合物,但可借由登记、资源调查等技术手段于法律上“一体化”,特定化为适格的物权客体(常鹏翱, 2008: 61-62)。故林权的应然客体当为特定化的林地及附着其上森林。

(三) 林权的应然表述

综上,林权系“森林资源所有权”拆分形成的自然资源使用权;林权人借此享有占有、使用、收益和流转处分国家和集体所有森林资源的权利。易言之,林权是对具“生产资料”意义——攸关劳动群众整体利益、国家战略长远利益的公有“森林资源”实行非所有人市场化利用的媒介。遵循大陆法系所有权“浑一性”,“林权”作为用益物权,不包含所有权内容;权利边界清晰、可交易的功能定位,亦要求林权以特定化的森林和林地为载体。“生活资料”意义上的林木或树木集合,作为劳动者私人财产受法律保护,是社会主义法制的应有之义:如苏联《森林立法纲要》第5条将农用地上的树木、树丛及其他乔灌木植被;铁路、公路沿线和运河两岸地带的防护林;城市和居民点内未被城市林覆盖土地上生长的树木与树丛、以

①森林由乔木、直径2cm以上的竹子组成且郁闭度0.2以上,以及符合森林经营目的的灌木组成覆盖度30%以上的植物群落。包括郁闭度0.2以上的乔木林、竹林和红树林,国家特别规定的灌木林、农田林网以及村旁、路旁、水旁、宅旁林木等。参见GB/T 26423-2010:《森林资源术语》,7.5。

②参见《野生动物保护法》第2条第1款。

③参见《野生动物保护法》第3条第1款。

④“小班”是内部特征基本一致,与相邻地段有明显区别,而需要采取相同经营措施的森林地块或小区;林分是划分小班的基本参照标准。参见GB/T 26423-2010:《森林资源术语》,5.7;又见方怀龙(2016). 林业基础知识精选. 北京:中国林业出版社:6。

⑤“林分”指内部林学特征相同且与四周相邻部分有显著区别的森林地段。参见GB/T 26423-2010:《森林资源术语》,2.4。

及绿化林;宅旁园地、别墅和花园范围内的林木和树丛,作为私人财产排除于国家专有森林的范畴之外(叶罗费耶夫等,1987:326)。而现行《森林法》未明确公有森林资源的范围。建议“征求意见稿”自反面确定不属于国家和集体所有的树木(集合)类型;为单位或个人的树木所有权开辟制度形成空间。

四、林权的内容安排

作为以森林和林地为客户的用益物权,林权内容应包含森林及林地的利用关系。“征求意见稿”林权束包含以森林利用为内容的“森林使用权”,以及“林地使用权”和“林地承包经营权”等林地利用权利。然而“森林使用权”内容规定阙如,“林地使用权”、“林地承包经营权”关系纠缠,“林地承包权”、“经营权”定性存疑,使林权内容亟须梳理和制度形成。

(一) 森林使用权

森林使用权形成于森林资源所有权的拆分,并产生直接管领特定地段森林的法律效果,与物权旨趣并不冲突;此外,还采取不动产登记的方法公示。故《森林法》已实现森林使用权的物权类型法定。“征求意见稿”应进一步实现内容法定。具体而言,森林使用权应容纳对已郁闭成林的公有“森林”(即构成现存有体物),实施“森林抚育”和“森林收获”^①营林措施所涉的财产权益。

1. 内容的法律形成

林木采伐的“森林收获”利用导致森林本体灭失,同时权利人取得木材产品的所有权;属于“对物采掘类”资源使用模式。即以林木采伐为内容的“对物采掘类”森林使用权具有“非经消耗不能使用”的特点,其内容构建可借鉴大陆法系于“可消耗物”上设立的准用益权制度。具体而言,一方面依域外准用益权立法经验,《森林法》修改当明确“对物采掘类”森林使用权系相关林产品所有权的“法定取得”方式;并且使用人须负担消耗物价值的赔偿(Vieweg & Werner,2007:610),为森林“使用权有偿取得”、“更新造林义务”等规定^②增添私法意涵^③。另一方面,林木采伐存在破坏森林生境、掠夺性开发的风险,从而产生“生态负外部性”,矫正产权失灵的公法管制手段不可或缺。故采伐(限额)许可^④应作为“对物采掘类”森林使用权合法原始取得的前提。

林木采伐外的“森林收获”及“森林抚育”措施均未损耗森林本体,属符合传统大陆法系用益权属性的“非对物采掘类”森林使用权。具体而言,权利人一方面享有占有设定负担之物、并收取物之孳息的权能(Vieweg & Werner,2007:610):前者如支配特定公益林从事景观开发。后者如采集经济林出产的次等林产材料(如树脂液、林果、药用植物、根株树皮等);又如核证碳减排量^⑤、确定林业碳汇财产权^⑥。另一方面,权利人负担“以善良家父态度”使用标的物的义务:如不得损坏物之本体、不得更改物的用途、及时向虚有权人披露第三人侵扰等(泰雷·森勒尔,2008:966-967);故“非对物采掘类”森林使用权人负有《森林法》已规定的不得改变森林分类^⑦、禁止利用中的毁林行为^⑧、及时控制森林虫害等义务^⑨。

①“森林抚育”指从幼龄林郁闭成林到林分成熟前的抚育采伐、补植、修枝、浇水、施肥、人工促进天然更新等培育措施,及割灌、割藤、除草等辅助作业;“森林收获”指开发成、过熟林获取林产品(采伐木材、林产材料、林果等)的相关技术措施,主要指林木采伐作业。参见方怀龙(2016). 林业基础知识精选. 北京:中国林业出版社:85.

②参见《物权法》第119条;《森林法》第35条。

③“德国民法典”第1067条第1款规定:“消费(耗)物为用益物权客体的,用益物权人成为物的所有权人;用益权终止后,用益权人必须向设定人赔偿在用益权设定时所具有的价值;设定人和用益权人都可以以其费用,让专家确定物的价值。”参见陈卫佐译注(2006). 德国民法典. 北京:法律出版社:369.

④参见《森林法》第32条;“征求意见稿”第57条。

⑤一般认为,碳减排量则视为生态公益林的孳息(a civil or natural fruit). See D. Takacs(2009). *Forest Carbon: Law and Property Rights*. Arlington: Conservation International:13.

⑥“征求意见稿”第49条肯认设置可交易的林业碳汇财产权;学者一般认为,以森林为主要载体获取的碳减排量为林业碳汇财产权客体。参见林旭霞(2013). 林业碳汇权利客体研究. 中国法学,2:80.

⑦参见《森林法》第4条;“征求意见稿”第4条。

⑧参见《森林法》第23条以及《森林法实施条例》第21条。

⑨参见《森林法实施条例》第19条第4款。

2. 流转的规则设计

《森林法》仅规定林权束中森林(林木)所有权、林地使用权可流转,对森林使用权流转不置可否;“征求意见稿”笼统地确认林权束可流转,似乎暗示束中森林使用权可流转。然而,森林使用权流转已有现实需求,亟须立法肯认:一是用材林活立木转让。一种是经营者将近熟林或中幼林转让给他人经营培育并有权采伐森林,期限常为一个轮伐期;另一种是将已获许可并计划即将采伐的森林有偿转让给购买者,买受方获取木材收益但须自行承担采伐、运输和销售的成本。二是经济林(果园)收成转让(亦称“标花”、“标果”)。经营者让与水果商尚处开花期或采摘期果园的预期收成,受让水果商参与果园后期管理、有权采摘和销售果实,采摘后须将果园交还经营者(邬福肇、曹康泰,1998:40-41)。

大陆法系用益权的流转规则可资借鉴。其一是物权性流转,对此立法态度略有不同:德国的用益权“极具人格性”(höchstpersönliche Natur)原则上不可转让^①(Vieweg & Werner,2007:609);而法国法认为用益权虽不得死因转让,但可于生前转让及设定抵押^②(泰雷、森勒尔,2008:961-962)。我国用益物权制度更多地扮演公共资源市场配置的私人产权工具的角色,均不同程度承认其物权流转性^③;故森林使用权采法国立法模式——可依法转让、抵押,更符合我国实践。其二是债权性流转。法国法和德国法均肯认以租赁等债权形式授权他人行使用益权(Vieweg & Werner,2007:609;泰雷、森勒尔,2008:961);并有观点认为授权他人行使用益权之债权可成为质押对象(Vieweg & Werner,2007:610)。故森林使用权亦可出租授权他人使用,并且第三人有权质押。以此设计的森林使用权流转规制完全满足需求:以物权性流转实现第一种活立木流转;以债权性流转因应第二种活立木流转及“标花”、“标果”。

此外,森林使用权流转受以下强制性规定约束:其一,流转森林使用权不得改变森林已有用途分类。即破除现有禁令^④,将特用林、防护林等公益林纳入流转渠道;同时继受人承受林种分类对森林用途的限制。一方面,继受取得用益权的权利人或行使用益权之债权人不得改变财产用途,系“以善良家父态度”使用财产的应有之义。另一方面,林种负担的特定公法义务仍对继受人产生约束力的同时,公益林权人可通过流转“非采掘型”森林使用权获益。以应对现行规则造成公益林权人缺乏经济激励,不惜违法流转、毁林弃林的困境(巩固,2011:53)。其二,森林使用权流转受让人当然取得直接占有林地的民事权利。定着物与土地“一并处分”(即同时物权变动,如建设用地使用权与建筑物所有权一并转让、互换、出资、赠与等^⑤)意在规避分别物权变动而妨碍定着物的支配与使用,维护交易安全(王利明,2016:916-917)。森林抚育和收获的经营措施,均以森林使用权人占有、使用林地为前提;有学者建议“林地与森林等定着物的分开流转”(巩固,2011:57-58),势必引致“林、地各归其主”、利用不便的交易风险。宜借鉴日本立法经验,对于占有支配他人土地上竹木或工作物的权利人,法律推定其取得该宗土地的地上权或租赁权(我妻荣,2008:359-360;361-362)。

(二) 林地使用权

森林更新、苗木培育等林业活动,及利用林地从事农业活动(如于公益林开展的林下种养业),其主要经营对象为林地(土地);尽管处于次要地位,林地亦构成森林抚育、收获营林活动的操作空间(叶罗费耶夫等,1987:353)。故林权束还应包括林地用益物权群。

1. 林地承包经营权与林地使用权

《森林法》规定的林地使用权属《土地管理法》规定之“土地使用权”于农地——林地上的表现;但未明晰权利性质。而在制度转轨中,“土地使用权”内涵是变化的:计划经济体制下,国家划拨的“土地使用

①“德国民法典”第1059条:“用益权是不可转让的。可以将用益物权的行使托付给他人。”参见陈卫佐注译(2006). 德国民法典. 北京:法律出版社:366.

②“法国民法典”第595条第1款:“用益权人得自己享用(使用其权利并获得收益)其权利,或者将其租赁给他人,甚至出卖或无偿让与其权利。”参见罗结珍译(2005). 法国民法典. 北京:法律出版社:488-489.

③《物权法》第128条及《农村土地承包法》第38条承认土地承包经营权的转让及互换;《物权法》第143条承认建设用地使用权可以转让、互换、出资、赠与和抵押。

④参见《森林法》第15条。

⑤参见《物权法》第146条。

权”仅作为界分土地利用边界的工具,并未视为物权;市场经济条件下,土地不仅需要分散到各类民事主体,还要赋予流转处分权能,亟需建立以“土地使用权”为核心的物权体系(高富平,2016:99)。以“维护社会主义市场经济秩序”为立法目的的《物权法》,已将适用农地的使用权——“土地承包经营权”物权化。故从林地子类角度观察:“林地承包经营权”是“林地使用权”物权化的主要法权形式。

林地承包经营权能够涵盖林地大部分(包括全部集体所有林地)非所有人使用形式。其一,实行联产承包制,通过“分山到户”,集体经济组织的农户依“家庭承包方式”取得集体所有责任山林地使用权^①。其二,不限于集体成员的主体经竞争缔约,取得农村宜林荒地等林地使用权。其三,自留山使用权是林地承包经营权的表现形式。自留山使用权形成思路与“分山到户”林地承包理念类似,系集体经济时代为解决农民生活问题,将宜林荒地或疏林地划由农户长期经营的林地利用形式;鉴于凸显的保障功能,法律禁止自留山使用权抵押^②。虽然自留山使用权无期限限制,与林地承包经营权有期限的权利结构相异;但“稳定承包关系长久不变”^③的农地改革方向,将消弭两者的细微区别。

此外,现行法律还存在尚未物权化的国有林地使用权。国有林地使用权包括两种:其一是国有营林单位(国有林场)林地使用权。国有林场等依行政途径划拨或法律授权方式,无偿取得无固定期限的国有“林地使用权”^④,以实现“法定经营”。其二是集体经济组织的国有林地使用权。实践中对面积不大、零星分散不便设立专门的林业企事业单位经营管理的国有林地,确定由当地集体经济组织经营管理;如靠近村屯附近的小片国有林地及附着的国有林,可依法确定给村屯管理使用(侯宁,2011:82-83)。国有林地使用权均通过行政划拨方式原始取得,与林地承包经营权由集体经济组织发包取得的旨趣相差甚远;故无法为物权化的林地承包经营权涵盖。

2. 国有林地使用权的物权结构

公有森林资源的市场化配置,需要国有林地使用权的物权化;事实上,国有林地使用权具备用益物权属性。一方面,符合物权基本属性。作为划分土地利用边界工具,国有林地使用权对象必然是特定的;权利主体仅限集体经济组织法人或者国有营林单位,均为特定的民事法律主体。即符合物权特定性要求。另外,物权须具支配和排他法律效果。支配性要求权利人可按照自己意思占有、使用、收益或处分该物,实现权利人的管领和控制(王利明,2016:11)。如集体经济组织可以自己经营、出租划拨的国有林地;国有林场亦可依法开发利用经营范围内的各种资源^⑤。排他性要求同一物上不得存在内容冲突的多个物权,有权排除他人干涉(王利明,2016:15)。如法律保护国有林场林地使用权权属明确、稳定,禁止遭侵占、归并和破坏^⑥。另一方面,符合用益物权的形成路径。前文已述,林权束中国有林地使用权系以《物权法》第118条为依据,经“所有权、使用权分离”——拆分森林资源所有权部分权能、特定化森林资源所有权客体中的国有林地,形成的用益物权。

国有农地使用权是国有农地财产权体系中承上启下的核心权利:既是国家所有权“公有私用”的实现方式,又是派生国有农用地承包经营权的基础(高海,2015:72)。如国有营林单位依自己意愿可将“农林交错、相对分散、易于经营”的国有商品林地承包给林场职工经营^⑦,职工承包权内容参照适用林地承包经营权的规定^⑧;集体经济组织可依自己意愿将划归其使用的国有林地发包给林地承包方,承包方依法享有林地承包经营权^⑨。上述国有农地承包经营制度与集体土地承包经营权稍有区别:前者直接从所

① 参见《农村土地承包法》第3条第2款。

② 参见《物权法》第184条第2项;又见全国人大常委会法制工作委员会民法室(2007).《中华人民共和国物权法:条文说明、立法理由及相关规定》.北京:北京大学出版社:334.

③ 参见“三权分置意见”第三节第(二)项。

④ 参见国家林业局《关于加强国有林场森林资源管理保障国有林场改革顺利进行的意见》(以下称“林场发[2012]264号文件”)第五条:“…国有林场,应尽快依法向省级林业主管部门申请国有林地使用权登记”。

⑤ 参见《国有林场管理办法》第30条第(三)项。

⑥ 参见《国有林场管理办法》第6条。

⑦ 参见《黑龙江省伊春林权制度改革试点实施方案》第2条第1款。

⑧ 参见《物权法》第134条;又见《土地管理法》第15条第1款。

⑨ 参见《物权法》第124条第2款。

有人处原始取得用益物权；后者系从他物权人处流转继受取得。另外，自集体组织享有的国有林地使用权流转派生的林地承包经营权已被立法物权化；而国有林场林地承包流转制度并不明确^①。

3. 国有林场林地使用权流转路径探索

“生态文明体制改革”要求“明确…国有林场…所有者与使用者权能”；“探索通过土地承包经营、出租等方式，健全国有农地有偿使用制度”^②。故理顺国有林场林地利用关系已势在必行。事实上，国有林场林地使用权作为森林资源资产，用于对外作价入股、合资合作、抵押、租赁、转让严格受限^③。成因须从权利内容设置和主体行为能力两方面考察：其一，国有林场享有的林地使用权是否包含为物权处分的权能。《森林法》肯认林地使用权不仅可出租，甚至可转让或入股公司，“征求意见稿”更明确林地使用权可设定抵押。均印证了林地使用权的权利设置中包含物权流转的处分权能。其二，国有林场是否具备物权处分国有林地使用权的能力。国有林场是国家出资设立，负载维护国家生态和木材安全、推广先进技术、保护林业生态文化资源等公共利益，专门从事植树造林、森林培育、保护和利用的事业单位法人^④。林地使用权作为国家出资，国有林场对此负有保值增值的法定义务，其转让投资、出租（借）及担保行为能力受到严格限制：事业单位须先进行可行性论证，再依申请经主管部门审核同意，报同级财政部门审批^⑤。故国有林场林地使用权流转阻滞源于权利主体特殊的行为能力设定。

国有林场新近改革动向是：“生态公益型”林场继续保持事业单位法人定位，而“商品经营型”和“混合经营型”林场改制为企业法人^⑥。受此影响，林地使用权流转可能的路径是：事业单位性质的林场应按照事业单位改革的路径，细分为不可市场化的“公益二类”及可市场化的“公益一类”^⑦；前者严格禁止林地使用权流转，后者经审批可以进入市场流转。改制为企业法人的林场，由履行出资人职责的行政机关依据林场提供申请和调研材料，决定是否批准国有林地使用权流转^⑧。林地使用权为划拨取得的，流转时须补缴土地出让金。

（三）林地承包权、经营权

1. 承包权与经营权分置的初衷

“家庭承包”方式取得的林地承包经营权达成了明晰产权的集体林权改革目标，但受权利社会保障功能牵制使物权性流转受限。首先是流转原则上的障碍。法律明确要求林地承包权流转的受让方须有林业经营能力^⑨，然而“营林能力”缺乏客观判断标准，易成为干部插手林地承包经营权平等分配、自愿流转的借口（巩固，2011：53）。其次是林地承包权转让限制。林地承包权转让需经过发包方的同意，否则转让合同无效^⑩。此与土地承包经营权之物权支配性与绝对性相悖。再次是林地承包经营权抵押合法性存疑。有规定明确禁止集体林地使用权（林地承包经营权）抵押^⑪；而“中发[2008]10号文件”似乎承认了家庭承包形式取得的林地承包经营权可以抵押。最后是林地承包经营权不得入股公司。林地承包经营权“入股”^⑫对象仅指合作或者合伙组织，而排除入股公司，防止破产清偿致农民失地。故增加承包

①伊春国有林区借鉴集体林权改革经验，将国有林场管理的部分林地承包给职工经营。当职工依承包合同申请林权登记时遭到拒绝。改革者认为，国有林地承包经营不涉及林地使用权的物权变动，林地使用权仍为林业局（林场、森工企业）享有，林场职工不能取得物权性质的林地使用权，故不宜采取林权登记确权。参见雷加富（2008）. 关于对伊春林权制度改革试点的调查报告. 伊春国有林权制度改革试点指导协调小组. 国有林区林权制度改革实践与探索——伊春国有林权制度改革试点纪实. 北京：中国林业出版社：71.

②参见《生态文明体制改革总体方案》第二章第（六）节；第六章第（二十八）节。

③参见“林场发[2012]264号文件”第四条。

④参见《国有林场管理办法》第2条第2款；第5条。

⑤参见《事业单位国有资产管理暂行办法》第21条第1款。

⑥参见《国有林场改革方案》第二章第（一）节。

⑦参见《中共中央国务院关于分类推进事业单位改革的指导意见》第三章第9条。

⑧参见《企业国有资产法》第53条。

⑨参见《农村土地承包法》第32条第4项。

⑩参见最高人民法院《关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》第13条。

⑪参见《森林资源资产抵押登记办法（试行）》第9条第6项

⑫参见《农村土地承包法》第42条；又见《农村土地承包经营权流转管理办法》第35条第3款。

经营权抵押、担保和入股能成为新农地改革的目标^①。

政策设计者构想分离承包权与经营权实现农户取得新增权能^②：有学者认为，承包权是集体成员权的体现，是不能被其他主体取代的；农户可将经营权抵押、担保或入股，即使经营失利，农户也不会失去土地的承包权。另有学者则认为，承包农户对承包权享有占有、使用、收益和流转权，经营农户对所流入土地的经营权拥有抵押权和担保权。总之，承包权与经营权分离的初衷是确定的，“一是稳定土地承包经营权，使土地承包关系保持稳定并长久不变；二是使实际经营土地的权利在与抽象的土地承包经营权分离方面具有更加多样的权利形态，并能发挥更大作用”（朱广新，2015：91）。

2. 承包权与经营权定位的争议

承包权与经营权的分离逻辑直接关系到土地承包经营权的物权流转模式。然而学者对承包权与经营权的定位存在争议：

一派观点认为，分置后的经营权是派生于土地承包经营权的用益物权，而承包权系指经拆分后的、现行法上所称的土地承包经营权（李国强，2015：184，186）。然而分置的经营权性质学者定性不一：（1）债权性质的“经营权”。土地承包经营权的物权性流转导致权利整体转让，无法分置承包权和经营权；实践中，只有债权性流转承包经营户和经营户方能并存，故经营权性质当属债权（高海，2016：137）。（2）形式多样的“经营权”。转让方式流转原承包关系已终止、产生新的承包关系，故不发生承包权与经营权分离；转包和出租虽为债权，但具“买卖不破租赁”、“优先购买权”的对抗效力，形成了独立的“经营权”；抵押等担保则以新设的经营权为对象，流转新设权利的交换价值；入股则指债权性地投资农业专业合作社，此时合作社享有经营权、农户享有分离了经营权的承包权（李国强，2015：187）。（3）用益物权性质的“经营权”。即认为经营权是以土地承包经营权为客体设立的他物权（蔡立东、姜楠，2015：39）。并认为在用益物权上复设用益物权存在立法先例，如德国法上的“次级（下级）地上权”就是建立在地上权之上的用益物权（孙宪忠，2016：161）。经营权作为不负载社会保障功能的次级土地承包经营权，完全能被《物权法》第125条极具包容性的土地承包经营权定义所涵盖，而无需在制度上新设或修改（朱广新，2015：98-99）。

另一派观点聚焦于分置的“承包权”。认为承包权体现为现行法律中的土地承包经营权被转让、抵押后，农户以集体成员身份于下一轮承包期主张重新分配集体农地的成员权^③（陈小君，2014：12）。故持此观点的学者实将政策中的承包权与经营权分置，解释为成员权与土地承包经营权分置。然而就分离出的成员权来源，学者存在两种不同意见：1）来源与现行土地承包经营权。现有理论将作为成员权的承包权视作土地承包经营权的固有内容，使后者附加了与经济属性矛盾的保障功能，导致成员权的专属性与财产权的流转性互相抵牾（丁文，2015：168-173）。故将成员权性质的承包权从土地承包经营权中分离，通过切断其身份性内容，去除土地承包权流转的限制。2）来源于集体土地所有权。认为作为成员权的承包权系集体土地所有权的主体制度内容，而非来源于土地承包经营权（高飞，2016：10）。流转的经营权实为土地承包经营权本身，即未发生土地承包经营权的拆分。

3. 承包权与经营权的应然逻辑

本文认为经营权系基于物权流转（如设定抵押、入股公司、参加林地信托）而分离于“分林到户”林地承包经营权的用益物权；而分离后剩余权能的林地承包经营权，系分置的“承包权”。原因在于：

其一，将视角聚于“承包权”的分离观不具可行性。将承包权界定为成员权意味着失去土地的农民需要等待下一轮的土地重新分配和调整。林地承包经营权期限更长、林权流转费估值偏低，无法满足林

①参见《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》第六章第20项。

②自2014年中央一号文件第一次提出“三权分置”概念，至2016年10月底出台“三权分置意见”厘清了三权关系；此期间政策设计者就“承包权与经营权关系”看法不一。本文引述了争论初期学者的分歧。参见陈锡文（2014），关于解决“三农”问题的几点考虑——学习《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》，中共党史研究，1：12；又见刘守英（2014），中共十八届三中全会后的土地制度改革及其实施，法商研究，2：7。

③参见《农村土地承包法》第5条第1款。

农失地期间的社保需求。另外,法律严格限制集体预留机动地^①,失地农户主张成员权要么无地可分;要么待退出、调整时取得承包经营权,反而扰乱现有承包关系。该说混淆了“成员权”与“承包关系”：“成员权”系指农户参与承包地分配方案等自益事务的决定权、管理权和监督权;“承包关系”虽以成员权为前提,但以土地承包经营权为表现形式——表现为对特定承包地的实际管领,一旦成立即独立于成员权(高海,2016:138)。农户主要通过行使占有、使用、收益承包地的权能,取得生活生产的基本资料,借以实现农地保障作用;故承包权必须是实在的财产权。“三权分置意见”确认了成员权系“坚持集体所有权”的固有内容;而承包权系含占有、使用、收益和流转土地权能的财产权^②。其二,“经营权”视角自土地承包经营权中分离经营权的思路已获“三权分置意见”肯认^③。经营权物权观——即在用益物权上复设用益物权的做法并非空穴来风;如德国法上有以地上权为本权为基础再次设立次级地上权(Untererbaurecht),其支配范围仅限于指定土地的地表或上下空间,为土地的多层利用提供了法律手段(孙宪忠,2016:161)。而“经营权”为债权的分离论,与赋权承包经营户更多处分权能的改革思路不符:债权性质的经营权无法因应设置抵押、入股公司等物权流转需求。形式多样的“经营权”拒绝承认转让中出现承包权、经营权分置,却对出现同样法律后果的抵押则肯认分置,存在矛盾;此外,该说将“入股”限缩为投资农业专业合作社的债权性流转,仍未打破现有物权流转壁垒的束缚。故相较下,物权说更具说服力。

五、结 论

宪法制度保障下的森林资源国家和集体所有权存在结构缺陷。林权系因循“两权分离”经验,自森林资源所有权析分的用益物权。通过设置权利内容明晰、可交易的私人产权,为公有森林资源投入市场交易提供制度工具。林权以特定公有林地及森林为客体,林权束包括森林用益物权及林地用益物权群。森林使用权是比照用益权,在森林上设置的他物权;按利用方式分为“对物采掘型”及“非对物采掘型”森林使用权。林地用益物权群包括林地使用权和林地承包经营权。林地承包经营权属于林地使用权物权化形式;尚未物权化的林地使用权主要系指国有林地使用权,其具备用益物权法律特性;国有林地承包经营体系是“国有林地使用权”流转的形式。“分林到户”的林地承包经营权物权性流转存在障碍,需通过“承包权、经营权分离”予以克服;林地承包经营权中拆分出可流转的、用益物权性质的“经营权”可以突破现有陈规;而剩余权能的林地承包经营权即“林地承包权”。

参考文献:

- [1] [美]詹姆斯·布坎南(2002). 财产与自由. 韩旭译. 北京:中国社会科学出版社.
- [2] 蔡立东、姜楠(2015). 承包权与经营权分置的法构造. 法学研究, 3.
- [3] 常鹏翱(2008). 论林业物权客体的确定——中国法律经验的总结与评析. 政法论丛, 1.
- [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, 4.
- [5] 崔建远(2012). 准物权研究. 北京:法律出版社.
- [6] [美]登姆塞茨(1994). 关于产权的理论. [美]科斯等. 财产权利与制度变迁. 上海:三联书店上海分店、上海人民出版社.
- [7] 丁文(2015). 论土地承包权与土地承包经营权的分离. 中国法学, 3.
- [8] [美]弗鲁博顿、[德]芮切特(2006). 新制度经济学:一个交易费用分析范式. 姜建强、罗长远译. 上海:格致出版社、上海人民出版社、上海三联书店.
- [9] 高飞(2016). 农村土地“三权分置”的法理阐释与制度意涵. 法学研究, 3.
- [10] 高富平(2016). 土地法学. 北京:高等教育出版社.
- [11] 高海(2015). 农场国有农用地使用权的权利属性与物权构造. 法商研究, 2.
- [12] 高海(2016). 土地承包经营权“两权分离”的论争与立法回应. 武汉大学学报(哲学社会科学版), 6.

① 参见《农村土地承包法》第63条。

② 参见“三权分置意见”第三条第(一)项及第(二)项。

③ 参见“三权分置意见”第三条第(四)项。

- [13] 巩 固(2011). 林改背景下林权流转的法律障碍及其拆除. 华东政法大学学报, 5.
- [14] 侯 宁(2011). 集体林改视角下的森林资源物权制度构建. 北京: 中国林业出版社.
- [15] [美]丹尼尔·H. 科尔(2009). 污染与财产权: 环境保护的所有权制度比较研究. 严厚福、王社坤译. 北京: 北京大学出版社.
- [16] [德]柯武刚、史漫飞(2000). 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.
- [17] 李国强(2015). 论农地流转中“三权分置”的法律关系. 法律科学, 6.
- [18] 李延荣(2009). 浅谈林权制度改革中的“林权”. 法学杂志, 1.
- [19] 裴丽萍、张启彬(2015). 林权重塑中客体的确定. 武汉大学学报(哲学社会科学版), 4.
- [20] 孙宪忠(2016). 推进农地三权分置经营模式的立法研究. 中国社会科学, 7.
- [21] [法]弗朗索瓦·泰雷、菲利普·森勒尔(2008). 法国财产法. 罗结珍译. 北京: 中国法制出版社.
- [22] 王国平(1994). 公有产权论. 上海: 立信会计出版社.
- [23] 王利明(2016). 物权法研究. 北京: 中国人民大学出版社.
- [24] 温铁军等(2010). 中国林权制度改革: 困境与出路. 武汉: 华中科技大学出版社.
- [25] [日]我妻荣(2008). 新订物权法. [日]有泉亨补订、罗丽译. 北京: 中国法制出版社.
- [26] 邬福肇、曹康泰(1998). 中华人民共和国森林法释义. 北京: 法律出版社.
- [27] [苏]叶罗费耶夫、克拉斯诺夫、瑟罗多耶夫(1987). 苏联土地法. 梁启明译. 北京: 中国人民大学出版社.
- [28] 周叶中(2016). 宪法. 北京: 高等教育出版社.
- [29] 周训芳、谢国保、范志超(2004). 林业法学. 北京: 中国林业出版社.
- [30] 朱广新(2015). 土地承包权与经营权分离的政策意蕴与法制完善. 法学, 11.
- [31] L. C. Christy et al. (2007). *Forest Law and Sustainable Development*. Washington D. C. : World Bank Publications.
- [32] J. Ipsen(2008). *Staatsrecht II: Grundrechte*. Köln: Carl Heymanns Verlag.
- [33] A. Scott(2008). *The Evolution of Resource Property Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- [34] K. Vieweg & A. Werner(2007). *Sachenrecht*. Köln: Carl Heymanns Verlag.

Constructing Forest Tenure :

Examinations Enlightened by the Latest Publicized Revision Draft of Forestry Code

Pei Liping & Zhang Qibin (Huazhong University of Science & Technology)

Abstract: The Revising Draft of Forestry Code, released for publicity and enquiry in late september 2016, has unprecedentedly underscored the legislative attempt to typify, codified and liquidated *forest tenure*, which should be exultantly applauded by forestry and legal practitioners alike. However, the evasive gesture expressed in this revision towards the liaison between forest tenure and forest public ownership, has complicated the conceptualization and clarification of forestry property scheme, such as dual ownership, overlapping incidents etc. , and frustrated the original intention of forest tenure reform: assuring land and tree tenure, and pacifying the owner's inquietude of unjust takings by state. Based on the theoretical model of *separating the usufruct from fee simple*, forest tenure, as debris incidents bundle of forest simple, should be comprised of usufructs on forest and forestry land.

Key words: ownership of natural resources; usufruct institution of natural resources; forestry code; forest tenure; the incidents bundle of forest tenure; the amendment of forestry code

■ 收稿日期: 2017-03-11

■ 作者地址: 裴丽萍, 华中科技大学法学院; 湖北 武汉 430074。

张启彬, 华中科技大学法学院; 湖北 武汉 430074。

■ 基金项目: 华中科技大学自主创新基金(2014AA015)

■ 责任编辑: 李 媛