

肖彦山 著

森林法的产生与发展

SENLINFA DE CHANSHENG YU FAZHAN

——以制度完善为中心考察



中国政法大学出版社

肖彦山 著

森林法的产生与发展

SENLINFA DE CHANSHENG YU FAZHAN

——以制度完善为中心考察



中国政法大学出版社

2015 · 北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

森林法的产生与发展/肖彦山著. —北京:中国政法大学出版社, 2015.10
ISBN 978-7-5620-6371-1

I. ①森… II. ①肖… III. ①森林法—研究—中国 IV. ①D922.634

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 238887 号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话	010-58908586 (编辑部) 58908334 (邮购部)
编辑邮箱	zhengfadch@126.com
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	880mm × 1230mm 1/32
印 张	10.125
字 数	245 千字
版 次	2015 年 10 月第 1 版
印 次	2015 年 10 月第 1 次印刷
定 价	36.00 元



我国现行《森林法》从制度建设和实际功能来看主要是一部林业法。为了适应“以木材生产为主向以生态建设为主的转变”，应当把《森林法》转变为以生态保护为主的森林法。生态文明这一新的文明形态需要构建新的法学理论和法律制度，应当使《森林法》成为建设生态文明的重要阵地。美国森林法经历了一个产业法到环境法即林业法到森林法的发展过程，中国《森林法》正处于从林业法到森林法的发展过程之中，国际森林法规范也经历了这样一个发展过程，把我国《森林法》的制度完善放到这种特定的历史环境中去做具体的分析，从森林法产生、发展的历史来科学、客观地考察《森林法》的制度完善，找到的一个“历史的概括”就是：森林法的制度完善的实质与核心就是从林业法到森林法。

进行《森林法》的制度完善必须进行的具体的理论准备是解决《森林法》的基本概念和理论基础问题。科学地确定《森林法》的基本概念以及理顺其与相关概念的关系在一定程度上影响《森林法》制度完善和制度建设的质量。修改《森林法》时，应当确定基本概念，理顺基本概念和其他相关概念的关系。



《森林法》的基本概念应当是“森林”。“森林资源”是我国《森林法》的一个专业术语，但不应成为基本概念。“森林”概念具有静态意义上和动态意义上的功能以及微观意义上和宏观意义上的功能。

森林法的义务本位理论从法律关系理论角度构建了森林法的理论基础，认为创设森林法只能以义务为起点、为核心来设计法律制度、法律原则。本书提出森林法的结构功能理论假说，该理论假说不是要替代义务本位理论，而是与义务本位理论相竞争。森林法的结构功能理论侧重于保护森林整体功能的制度设计，任何制度设计或制度完善都要以保护森林的整体功能为出发点和落脚点。森林法的结构功能理论是以秩序思维为基础的的制度理论，是形式理性与实质理性的平衡，所以，森林法的规范模式应当采取两种形式：一种是“规则+例外”的模式，另一个应当是不确定的法律概念和概括条款的使用。

为了完善我国森林法制度，除了探讨理论基础之外，对中国森林法和美国森林法的历史发展进行比较研究是必要的。美国森林法的发展变化经历了三个阶段：第一阶段开始于1897年的《组织管理法》，这是一部木材管理法和森林保护法，是林业法的开端，也是森林法的开端；第二阶段开始的标志是1960年的《多用途利用——可持续生产法》，是资源管理法，是美国森林法的发展；第三阶段开始的标志是1976年的《国有森林管理法》，是生态系统保护法的开始，是美国森林法的继续发展。森林法的发展变化是从林业法到森林法的过程，是从木材管理到资源管理再到生态系统管理的过程。从《组织管理法》到《多用途利用——可持续生产法》是从木材生产到资源管理的发展过程，是森林法的发展。从《多用途利用——可持续生产法》到《国有森林管理法》是从资源管理到生态系统保护的过程，

是森林法的继续发展,是从行政法到环境法的发展。我国森林法的发展也可以分为三个阶段:木材管理、资源管理和生态保护阶段。1963年《森林保护条例》标志着中国林业法和森林法的产生,是森林法的木材管理阶段的开始。1979年《森林法》和1984年《森林法》是中国森林法的发展阶段:资源管理阶段。从1979年《森林法》到1984年《森林法》是资源管理法的发展过程。1998年《森林法》是中国森林法的继续发展阶段:生态保护阶段。1998年《森林法》通过新增森林生态补偿制度和森林植被恢复费、修改森林采伐制度等做法,加强了生态保护。从1984年《森林法》到1998年《森林法》,是一个从资源管理到生态保护的发展过程。中国《森林法》和美国森林法在历史发展规律上基本相同。国际森林法规范也是这样一个发展过程。我国《森林法》的制度完善应当体现这个规律。

我国现行《森林法》的不足之处主要是立法目标和制度建设没有反映生态文明的要求,生态保护制度不足。《森林法》虽然具有一定的环境法属性,但主要还是一部林业法。完善森林法制度是我国林业历史性转变的要求、是与国际公约和决议接轨的要求。“生态文明”的价值理念正在为全社会所接受,森林法反映了市场机制、确立了政府干预机制的主导地位、以保护公共利益为宗旨,是制度完善的有利条件,使制度完善具有可行性。

森林法制度包括基础制度、基本制度和其他制度。基础制度包括森林分类制度、森林资源国家所有权制度和科学技术制度。森林分类制度根据森林功能的不同划分公益林和商品林,是制度收益大于成本的要求,为森林法的制度完善提供了制度基础。森林法的科学技术制度对于基本制度、其他制度的完善及运作具有基础性甚至决定性的意义。科学技术制度包括科学



研究制度和科技创新制度，是生态系统管理法律制度设计的基础和前提。国家所有权制度是森林法义务性规范的基石，科学的国家所有权制度是科学设计义务性规范的基础和前提。《森林法》中的国家所有权应当区分为民法上的所有权和行政法上的所有权。商品林的国家所有权是民法上的所有权，公益林的国家所有权是行政法上的所有权。森林资源的国家所有权应当是政府所有权，是政府分级所有权。应当把公益林的集体所有权改造为行政法上的所有权，把商品林的集体所有权改造为民法上的所有权。与国家所有权一样，改造后的所有权也是政府分级所有。

森林法的基本制度应当有三个：森林规划制度、森林生态补偿制度和森林采伐制度。这三个基本制度对森林法的制度创新具有决定性的意义。《森林法》除了直接的命令+控制机制外，还应当完善规划机制和经济激励机制。命令+控制机制、规划机制和激励机制是森林法的三大机制，森林法的基本制度就表现为这三大机制。森林规划是森林法上一种独立的活动方式，是一种法律形式，是森林法上典型的法律行为。作为指令性规划，森林规划是规章，也可以是其他类型的抽象行政行为。规章是法律规范，具有法律约束力。如果森林法明确规定森林规划的法律效力，森林规划作为“准法律”才具有真正的“法律约束力”。规划一经批准，规划制定机关与该规划涉及的利害关系人之间的公法法律关系依据该规划内容确定，森林规划是行为自治的法律依据。森林生态补偿制度的内容除了补偿主体、补偿对象与补偿标准，补偿的实施机制是一个重大问题，事关补偿主体、补偿对象与补偿标准的科学确定。目前我国的森林生态补偿是通过行政合同进行的，生态补偿合同是一种命令控制+诱导的复合型机制。生态补偿运行的另一个机制是《京都

议定书》规定的联合执行机制和清洁发展机制，这主要是市场机制。行政合同机制和市场机制都是激励机制，生态补偿制度的目的是向森林生态系统保护者提供适当的激励，引导他们去保护自然生态系统。我国《森林法》形成了“以采伐限额管理为核心，年度木材生产计划、采伐许可和伐后更新制度等内容为具体内容”的森林采伐全过程全方位的管理制度体系。制度完善的主要内容包括：提高森林经营方案制度的法律地位、引入总量控制制度，这是资源管理的需要；使生态补偿应当成为森林采伐制度的一部分，应当把环境影响评价引入森林采伐制度当中，这是生态保护的需要。

美国森林法是从林业法到森林法的发展过程，是从木材管理法到森林资源管理法再到生态保护法的过程，中国《森林法》和美国森林法的历史发展规律基本相同。森林法的结构功能理论要求以生态系统保护为制度建设的出发点，进行森林资源管理，这是森林法历史发展规律的要求。中国《森林法》的制度完善应当体现森林法的历史发展规律和结构功能理论，其实质或方向就是从林业法到森林法。

■ 目录 CONTENTS ■

摘 要...001

导 论...001

第一章 森林的价值...030

第一节 森林的价值形态...030

第二节 森林问题...036

第三节 森林法价值目标的发展变化...040

第二章 森林法理论问题界定...045

第一节 中国《森林法》基本概念的确立...045

第二节 森林法的理论基础...062

第三章 中国和美国森林法的产生与发展...084

第一节 美国森林法的产生和发展...084

第二节 中国森林法律制度的产生与发展...102

第三节 中国《森林法》修改的方案选择——对美国森林法的
借鉴...128



第四章 国际环境法视野下的森林法律制度...137

第一节 国际环境法视野下的森林法规范...138

第二节 国际森林法规范确立的国际法机制...145

第五章 中国森林法律制度的成功与不足...151

第一节 中国《森林法》的指导思想...151

第二节 中国《森林法》的成功...154

第三节 中国《森林法》的不足...159

第六章 中国《森林法》制度完善的必要性与可行性...167

第一节 中国《森林法》制度完善的必要性...167

第二节 中国《森林法》制度完善的可行性...173

第三节 《森林法》制度完善的路径...186

第四节 《森林法》制度完善的标准...190

第七章 中国《森林法》的制度完善...201

第一节 中国森林法的基本原则...202

第二节 中国《森林法》的基础制度...209

第三节 中国《森林法》的基本制度...259

参考文献...301

导 论



一、选题背景及研究意义

时代进步和社会发展对保护森林、改善生态状况的要求越来越迫切，生态需求已成为社会对林业的第一需求。早在 2002 年国家林业局就明确提出，中国林业历史性变革的核心是林业建设由以木材生产为主向以生态建设为主转变，这是新时期中国林业定位和性质的根本性转变。我国现行《森林法》是 1998 年《森林法》，与 1984 年《森林法》相比，生态保护制度的内容有所增加，生态保护功能有所加强。但 1998 年《森林法》主要还是一部林业法，因为直到 2015 年 4 月 1 日，东北、内蒙古国有林区才全面停止天然林的商业性采伐，而且年底才能禁止全国所有的国有林区天然林的商业性采伐，说明《森林法》中的森林保护制度主要是为森林采伐即林业生产服务的。2000 年《森林法实施条例》对 1998 年《森林法》的生态保护内容进行了具体化、修正和补充，在生态保护制度上是对《森林法》的发展，体现了森林法生态化的国际潮流。然而，由于 1998 年《森林法》主要是一部林业法，根据《森林法》制定的《条例》不可能以生态保护为主，它是一部以林业建设为主的行政法规。



《森林法》及其《实施条例》不适应新时期中国林业的根本性转变。中国《森林法》落后于社会发展和时代要求。社会的发展和时代的进步要求《森林法》应当是以保护森林即保护环境或保护生态为主的法律。

我国在 21 世纪初期先后出台的四个重要的政策性文件对森林法的制度完善即《森林法》的修改提出了迫切的要求。这四个文件分别是 2003 年出台的《中共中央、国务院关于加强林业发展的决定》（以下简称《林业发展决定》）、2008 年出台的《中共中央、国务院关于全面推进集体林权制度改革的意见》（以下简称《林权改革意见》）、2010 年发布的《全国林地保护利用规划纲要（2010~2020 年）》（以下简称《林地规划纲要》）和 2015 年 5 月 5 日中共中央、国务院发布的《关于加快推进生态文明建设的意见》。在立法目标和制度完善方面这些文件为《森林法》修改提供了重要的政策依据。1992 年联合国环境与发展大会通过的《关于所有类型森林的经营、养护和永续开发的无法律约束力的全球协商一致意见的权威性原则声明》（以下简称《关于森林问题的原则声明》）和《21 世纪议程》等国际法文件，强调了森林在人类发展中的关键作用以及森林管理、保存和可持续发展的原则和措施，反映了国际社会的共识。这些共识在我国《森林法》中没有得到全面体现。国内政策性文件和国际法规范要求我国《森林法》促进森林管理、保护和可持续开发，使森林具有多样、协调的功能以满足人的生态需求和其他需要。

以木材生产为主向以生态建设为主转变的目的就是建设生态文明、维护生态安全。我们需要从建设生态文明、维护生态安全的高度进行森林保护和加快林业发展。“社会的需要和社会的意见常常是或多或少走在‘法律’的前面的。我们可能非常接近地达到它们之间缺口的接合处，但永远存在的趋向是要把

这缺口重新打开来。因为法律是稳定的；而我们所谈到的社会是进步的，人民幸福的或大或小，完全决定于缺口缩小的快慢程度。”^{〔1〕}我们需要从建设生态文明、维护生态安全的背景和高度，实现从林业法到森林法的转变。在这个转变过程中，制度完善是主要任务，是森林法学研究的重要课题。

修订《森林法》，实现从林业法到森林法的转变，是以木材生产为主向以生态建设为主转变的需要，是维护生态安全、建设生态文明的需要，对于增加森林资源总量，提高森林质量，恢复森林资源生态功能，实现森林资源的生态价值具有重要的现实意义。生态文明这一新的文明形态需要构建新的法学理论和法律制度，我们要从建设生态文明的高度来认识森林法的制度完善，使《森林法》成为建设生态文明的重要阵地。这就是本研究的理论意义和现实意义。

目前，虽然我国森林资源稳步增长，森林质量不断提高，森林生态功能进一步增强，但生态状况局部改善、整体恶化的趋势尚未根本扭转。从整体上讲，我国森林资源仍很缺乏，总量严重不足，森林生态系统的整体功能还非常脆弱，与社会需求之间的矛盾依然突出。这些问题使从林业法到森林法的制度完善更有必要、更加紧迫。

二、研究的问题和研究目标

我国《森林法》目前主要是一部林业法，为了适应“以木材生产为主向以生态建设为主的转变”，应当把《森林法》转变为以生态保护为主的《森林法》。这种“从林业法到森林法”的转变过程需要我们考察森林法的起源和发展变化过程，总结

〔1〕〔英〕梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆1959年版，第15页。



一般性规律和制度变迁的基本脉络，为《森林法》的制度完善提供指导思想和依据，总结成一句话就是：森林法的制度完善的实质与核心就是从林业法到森林法。这既是本书要解决的核心问题^{〔1〕}，也是本书的核心观点。为完成这一核心任务，需要解决下列问题：（1）森林法的理论基础。森林法的理论基础是什么，学者们已经进行了一些探索，但对《森林法》的制度完善主要具有一般指导意义，没有具体指导意义，森林法的理论基础这个问题仍需深入研究。（2）总结美国森林法发展变化的历史规律。选择美国森林法发展变化的历史规律和制度变迁作为参考，是因为与其他森林法律制度比较发达的国家相比；美国的法律制度呈现出明显的历史发展的阶段性，大体上或者说总体上代表了森林法的发展方向。通过这样的比较研究得出的结论对我国森林法的制度完善更有意义。（3）梳理、总结我国森林法发展变化的历史规律和制度完善的轨迹。对我国森林法发展变化的历史规律和制度完善的研究，我国学者已经做了一些工作，但需要科学、全面的总结。（4）中国《森林法》的制度完善。我国森林法需要完善的制度很多，也可以说所有的制度都需要完善，但本书是从林业法到《森林法》这个基本脉络

〔1〕 周生贤先生对林业实践进行了总结，认为新时期的林业发展必须实现由以木材生产为主向以生态建设为主的历史性转变，这是我国林业发展进程中的一项带有根本性的重大转变。中国林业历史性变革的核心，就是林业建设由以木材生产为主向以生态建设为主转变。这是林业处在这个重要发展阶段的最基本、最核心的特征，是新时期中国林业定位和性质的根本性转变。当前林业的主要矛盾，是社会对林业日益增长的生态需求与林业生产力落后的矛盾，生态需求是社会对林业的主导需求。我们必须紧紧抓住这个主要矛盾，把解决生态保护和生态建设问题作为林业的首要任务。周生贤：《中国林业的历史性转变》，中国林业出版社2002年版，第190页。这个主要矛盾的解决就是实现林业建设由以木材生产为主向以生态建设为主转变，是森林法制度完善需要解决的根本、核心问题。本书试图把这个实践问题上升为理论问题。

出发来完善我国森林法的制度，需要完善的制度主要包括森林分类制度、国家所有权制度、科学技术制度、森林规划制度、森林生态补偿制度和森林采伐制度等内容。这些制度的完善体现了或者说承载了本书总结出来的历史规律和森林法理论。

从林业法到森林法，是森林法发展变化过程中的主要矛盾的集中体现，生态保护制度建设是这个主要矛盾的主要方面。这个主要矛盾及其主要方面是本书要解决的核心问题。从林业法到森林法的制度完善，是解决这个主要矛盾及其主要方面的根本办法，这个办法的根本是保护为主、生态优先。为了解决这个核心问题所做的森林法的理论基础、中国和美国森林法的历史发展规律和制度完善的轨迹以及我国森林法的制度完善等研究就是主要矛盾及其主要方面的展开。可以说，制度完善的根据就在这里。解决了这个核心问题，从林业法到森林法的制度完善需要应对的其他问题就容易解决了。

本书的总目标是总结从林业法向森林法的变化过程中的一般规律，为制度完善提供理论基础。为达到这个由本文需要解决的“核心问题”决定的总目标，可以把总目标分解为四个具体目标（这些具体目标由上述四个具体问题决定）：（1）对森林法的“义务本位说”进行反思，创立另一个假说，为森林法及其制度完善提供科学的理论基础。（2）梳理、总结美国森林法发展变化的历史规律和制度完善的轨迹，为我国《森林法》的修改提供借鉴。（3）总结中国森林法发展变化的历史规律，并对美国森林法发展变化的历史规律和中国森林法发展变化的历史规律进行比较，总结出共同的历史规律，为我国《森林法》的修改提供总体思路和制度完善的方向。（4）从林业法到森林法的历史规律和理论应当体现在制度完善上。这些问题学者们已经进行了研究，本书不是开拓一个新的研究领域，只能在前



人取得的成果上进行再探索,试图获得一些新知识即有些知识增量,这种“知识的进步主要在于对先前知识的修改”。^[1]

为了实现总目标和具体目标,需要建立三组概念框架。第一组概念框架是区分林业法和森林法。中国的“森林法”就叫作《森林法》,从来没有用过“林业法”这个名称。这里的“林业法”是指我国目前的《森林法》的功能主要还是以保障林业生产为主,以及美国森林法的“林业法”阶段。“森林法”是指我国的《森林法》应当向以生态保护为主进行转变即森林法应当主要是生态保护法,以及美国《森林法》的生态保护法阶段。这组概念框架是总结美国和中国森林法的历史发展规律的前提条件。第二组概念框架是把《森林法》的规范划分为概念规范、原则规范和制度规范,制度规范划分为基础制度、基本制度和其他制度(也可以称为从属制度)。^[2]概念规范是制度完善的理论基础,原则规范和制度规范是制度完善的主要内容。第三组概念框架是区分权利规范和义务规范。《森林法》在

[1] [英] 卡尔·波普尔:《猜想与反驳——科学知识的增长》,傅季重等译,上海译文出版社1986年版,第40页。

[2] 凯尔森先生认为基本规范就是基础规范,而本书区分基本规范和基础规范。[美] 理查德·A. 波斯纳:《法律、实用主义与民主》,凌斌、李国庆译,中国政法大学出版社2005年版,第300页。因为森林资源所有权制度是森林规划制度的基础,而森林规划制度又在很大程度上决定了植树造林制度,所以在森林法领域,应当区分基本规范和基础规范。肖国兴、肖乾刚先生把能源法制度分为基本制度和其他制度,基本制度决定其他制度,其他制度从属于基本制度。肖乾刚、肖国兴:《能源法》,法律出版社1996年版,第77~79页。汪劲先生把环境法制度分为基本制度和特别制度。汪劲:《环境法学》,北京大学出版社2006年版,第198页。按照笔者的理解,汪先生的观点不能说明基本制度和特别制度之间的关系,肖国兴、肖乾刚先生的规定指出了基本制度和其他制度之间的关系。本书采纳肖乾刚、肖国兴先生的观点。边沁先生把法律规范分为基本规范和从属规范,从属规范支持基本规范。[美] 罗伯特·S. 萨默斯:《美国实用工具主义法学》,柯华庆译,中国法制出版社2010年版,第202、205、207页。肖国兴、肖乾刚先生的观点和边沁先生的观点是一致的。

完善生态保护、资源管理等义务规范的同时,也需要健全所有权规范,应当科学处理二者之间的关系。这三组概念框架是构筑本书要研究的问题和本书的研究目标的不可缺少的组成部分,其成功建立有助于对研究的问题和研究目标的理解和阐述。如果不构筑科学的概念框架,就不会有对问题的充分理解和清晰阐述。〔1〕

三、研究方法

研究方法本身不能创新制度和理论,但却是制度创新和理论创新的必要条件。根据本书的核心观点“森林法的制度完善的实质与核心就是从林业法到森林法”,本书以历史分析方法为主要研究方法之一〔2〕,历史分析方法即以历史分期为视角,梳理美国和中国森林法各个时期的制度,总结各个时期法律制度的特点,归纳、概括出发展变化的内在规律,为我国《森林法》的制度完善指明方向。在此基础上,本书采用比较分析法,以美国的森林法律制度为比较对象,对美国森林法的制度及其功能、森林法产生与发展的各种社会因素进行分析研究,为中国《森林法》的制度完善提供借鉴。比较分析法为历史研究方法提

〔1〕 参见〔美〕唐·埃思里奇:《应用经济学研究方法论》,朱钢译,赵京兴校,经济科学出版社1998年版,第144页。

〔2〕 法国哲学家与社会学家爱弥尔·涂尔干先生认为:“任何从历史角度认识到的真理都具有相对属性。”〔法〕爱弥尔·涂尔干:《实用主义与社会学》,渠东译,上海人民出版社2000年版,第166页。本书要对森林法的不同历史发展阶段的本质和规律进行总结,采用的这个一般研究方法是从一个相对真理走向另一个相对真理的研究方法,有助于我们认识到森林法每个发展阶段的本质特征都是相对真理。既然是相对真理,就应当继续向前发展,探求相对真理的继续发展是历史研究方法的本质。从这个意义上说,本书的题目——森林法的产生与发展——正是为了探求不同发展阶段的森林法制度及理论的相对真理及其发展,非常适合采用历史研究方法。这种研究方法没有结束真理,而是使真理继续向前。本书的目的之一是总结、发现森林法的历史发展规律,需要的信息类型主要是中国和美国森林法的各个发展阶段的法律法规和立法背景等资料,这决定了本书的研究方法主要是历史分析方法。