

## 林下经营权的法律问题探讨

张志平

(南京森林警察学院, 江苏 南京 210046)

**摘要:** 林下经营是利用森林生态环境发展种植和养殖的一种经济形式, 是林改后林区和林农增收的重要方式。通过林下经营的现状调查, 分析了不当林下经营对林地生态环境带来的影响和破坏, 指出林下经营权是一种受限制的物权, 这种权利不仅涉及权利人的私权, 因为森林、林地的生态保护问题, 林下经营权还必须面对国家的林业管理秩序。因而, 在鼓励和发展林下经营的同时, 也需要对这种经营方式设置一种法律制度, 将林下经营活动纳入林业行政管理范畴。参 7

**关键词:** 森林法; 林权; 森林经营权; 行政权

**中图分类号:** S7-05; D922.63      **文献标志码:** A      **文章编号:** 2095-0756(2012)03-0458-05

## Legal issues of rights to manage the understory land

ZHANG Zhi-ping

(Nanjing Forestry Police College, Nanjing 210046, Jiangsu, China)

**Abstract:** Management of the understory land is an economic form to develop cultivation and breeding in making use of the forest ecological environment. It is also an important means to increase the income of forest farmers in the forestry regions after the reform of forestry real rights. This paper investigated the management status of understory land, and analyzed the impacts and destruction of its improper management upon the forest ecology environment. The management right of the understory land is a restricted right of property, because the management is related to the ecology protection of forest and woodland. In addition to private property rights, it should also comply with the arrangement of national forest management. Therefore, while encouraging and developing the understory land management, it's important to establish a legal system for executing the management rights, and the management of the understory land should be included in the scope of the forestry management. [Ch, 7 ref.]

**Key words:** forest law; forestry real rights; forest management rights; administrative power

随着集体林权制度改革的深化, 广大林农在取得物权意义上的林地使用权和林木所有权之后, 如何落实处置权、扩大收益权便成了很自然的问题。在自家的林地内或者林冠下养鸡、养猪、种植中草药和菌类以增加收益, 是常见方式, 该收益方式不同于传统意义的养殖和栽植, 是经营者利用了林地资源, 借助林地的生态环境, 在林冠下开展林、农、牧等多种项目的复合经营。经济学概念上, 有学者将它称为林下经济。发展林下经济帮助林农脱贫致富是各级政府的一项重要任务, 也是林改的目标和方向, 因而林下经济得到媒体的充分赞誉和肯定。虽然狭义上的林下经营不包括在林地上开采矿产等非林业活动, 但涉及林业管理。从法律视角看, 林业具有保护生态和发展经济的双重属性, 林下经营权涉及公权与私权的平衡, 即在物权方面, 林下经营权是一种用益物权, 林农享有完全的意思自由; 在林业管理权角度, 因林权暗含政府主管部门对生态环境等公益事业的管制, 林农在行使前述民事权利时必然也必须受到一定限制。在中国, 目前还没有直接针对林下经营权的理论探讨, 但是, 学者们对林权的学理研究

收稿日期: 2011-06-27; 修回日期: 2011-12-01

基金项目: 国家林业局资助项目(20100523)

作者简介: 张志平, 教授, 从事环境资源法学研究。E-mail: zhpz@sina.com

成果，能为本文的分析提供理论借鉴。学界对林权的理论研究主要有以下 2 个特点：一是理论研究更多侧重于物权视角。如温世扬<sup>[1]</sup>认为，“林权”属民事权利(物权)范畴，又如林旭霞等<sup>[2]</sup>认为，“森林环境经营权”是林权复合型的权利体系中的一种用益物权，这种观点颇有代表性，有的学者直接对林权冠以“林业物权”进行探讨<sup>[3]</sup>，即便是认为林权为“公权性私权”的学者，最终也建议将林权纳入物权的管理范畴。二是理论研究更多集中在基础研究阶段。如对林权的内涵分析，国家林业局政策法规司陈根长将林权的内涵列为采伐利用权、采果和采脂等林中林下资源的采集利用权、补偿权、流转权、担保抵押权、森林景观的开发利用权、品种权等几个方面<sup>[4]</sup>，这也是中国理论界目前对林权内涵较为权威和专业的概括。目前，理论界对各项林权内涵的具体权利和义务还缺少应有的关注，这也成为理论研究无法有效推动林改有序深化的瓶颈之一。林权是林地上的物权群<sup>[1]</sup>。只有林权内涵中的各项具体权利得以制度化和标准化时，林权制度改革的经济效益和生态保护效益才能取得平衡。

## 1 林下经营的现状与存在问题

集体林权制度改革明晰了产权，农民真正拥有了可以自己支配的生产资料，拥有了一份可以不断增值的家庭财产，不仅仅是农民将林下经营作为一项增收致富的途径，许多地方政府出台政策鼓励林农林下经营致富，这使得当前的林下经营模式已不同于过去简单的林菌、林草等形式，大有发展成为产业规模趋势。事例一：江苏姜堰市沈高镇双星村陈姓村民承包了近 6.0 hm<sup>2</sup> 成片林，搞起了药材和大棚蔬菜栽植。该市 9 000 hm<sup>2</sup> 成片林中，已有 90% 的林地实施复合经营模式。据 2009 年 12 月 18 日《泰州日报》报道：该市除了上述在林下种植蔬菜增加收入外，实践中还有在林下种牧草养殖肉鹅，在林间建成现代化标准养猪场养猪，在林下散养孔雀 *Pavo muticus* 发展旅游，甚至在林间搭棚生产食用菌等。事例二：据 2010 年 12 月 1 日《新农村商报》报道：甘肃省庆阳市镇原县的养鸡户贺先生 2009 年承包了位于庆阳市与平凉市交界的一块 200 hm<sup>2</sup> 的林地用于养鸡，庆阳市政府不仅对他的成功经验进行大力宣传，市委、市政府接着将大力发展林地养殖业，实施养牛、养驴、养羊等扩建工程，作为发展林业的新举措，与此类似的养殖报道还见于河南郑州和浙江丽水等地区。事例三：陕西省宁陕县委、县政府积极引导、扶持广大林农建立核桃 *Juglans regia* 林和板栗 *Castanea mollissima* 林下养菌、林下种药等林业专业合作组织，发展天麻 *Gastrodia elata*，猪苓 *Polyporus umbellatus* 等林下药材和食用菌的种植，2010 年 10 月底，合作社还成功注册了陕南第一家地理性药材商标——“旬宝猪苓”商标<sup>[5]</sup>，该项活动虽然在林业协会组织下，被冠以林业经营多元化发展新模式，但主要是经济活动。此外，林改后林农通过兴办“农家乐”“森林人家”等生态休闲服务业提高林业收入的报道比比皆是。

通过调查发现，上述经营活动已经或者可能给森林资源带来危害。主要有以下几个方面：一是直接对林地的破坏。这种现象主要发生在具有一定坡度且林下植被稀少的林地，家禽养殖密度过大时，饲养的肉鸡将林地地表腐质层刨松，遇大雨经常发生水土流失，从而进一步对森林资源整体产生不良影响。类似现象已经引起相关主管部门的重视。二是变相侵占林地。在林间建成现代化标准养猪场养猪与在林间搭棚生产食用菌等是非法改变林地用途的典型，不仅违反森林法的禁止性规定，对林地造成实际的破坏，而且还混淆和模糊了相关的法律意识，给林地保护执法部门带来困惑和混乱。三是破坏林相的复合层结构。这种现象主要发生在养牛、养驴、养羊等大型林畜的林间饲养中，林畜啃食地表植被和灌木层，对幼林直接毁坏，对成林林相造成破坏，是现行森林法的禁止性规定之一。

林地综合利用和林业复合经营代表了现代林业的发展趋势，在此理念下的林下经营权和林地使用权，成为森林资源保护法律制度的新课题。因此，对林下经营的法律调整迫在当前。

## 2 林下经营管理的现行法律规定与不足

《中华人民共和国森林法》(1998)(以下简称《森林法》)第 3 条指出，森林、林木、林地的所有者和使用者的合法权益,受法律保护,任何单位和个人不得侵犯。何谓森林资源的使用权?林地和林木使用权的内容包含哪些方面?从《中华人民共和国森林法实施条例》(2000)(以下简称《森林法实施条例》)第 2 条列举的林地类型来看,培育和种植乔木、竹子、灌木、种苗的形式都是合法使用林地的行为。该条例第 4 条也提出森林资源使用权的问题,如“使用国家所有的其他森林、林木和林地的单位和个人,应当向县

级以上地方人民政府林业主管部门提出登记申请,由县级以上地方人民政府登记造册,核发证书,确认森林、林木和林地使用权以及由使用者所有的林木所有权。”但此项规定更多地是权利确认条款,并没有明确森林、林木使用权包含的内容。此外,《森林法》《森林法实施条例》《物权法》都未对森林、林木的使用权内容作出规定,根据权利推定和权利限制原则,法律权利应该包括法未禁止的内容。从林业法律法规对林地和林木管理的禁止性规定中,可以将森林、林木、林地的使用权概括为4个方面:一是禁止毁坏和非法采伐林木;二是严格限制将林地转为建设用地和其他农用地;三是严格限制将防护林、特种用途林等公益林林地转为用材林、经济林、能源林等商品林林地;四是禁止毁坏林地。权利人只要未改变林地性质,未破坏林地种植条件,未对森林、林木及其植被造成破坏的使用方式即为合法使用。

根据调研和资料查询结果,目前大多数权利人都注意了林地的性质,有的还特别在承包的荒地上栽植了树木后再进行林下养殖。但是,林下经营是现代林业的发展趋势,是林权的一项重要内容,林权的实现不能仅依靠前述森林法原则性的几项禁止性规定,法律调整也不能完全依赖当事人的经验和感知,需要形成制度。当前,中国林权理论研究的物权性倾向迎合了林改和物权法实施的需要,体现出林权制度改革的价值取向,因此,学者们对林权的基础研究基本忽略了行政管理问题。这种现象不仅不利于生态保护,也导致林业物权的具体内容很难在实践中贯彻和落实。

按照中国目前的部门法划分标准,森林法属于环境资源法范畴。国家对环境资源的管理,理论上称为“公法”,属于行政管理,但是这种行政管理的性质不能完全等同《治安管理处罚法》等纯粹意义的行政法,它兼具确认林权,保护林农物权意义的合法权益,促进林业经济发展等功能,又具有“私法”内容。林下经营权正是具有这种公私合一的权利特点,其中有些问题既是“私”的问题,也是“公”的问题,如果从私权角度认识林权,那么这种私权必须是向公权让渡的一种民事权利。在行政管理权方面,森林法是国家生态利益和社会公共利益的守护者和代言人,需要为林下经营的权利设置一种管制底线,即不得破坏森林、林地等森林资源的生态效益,由于行政法和民法各有调整范围和方法,在森林法设置的管制底线内,即权利人获得行政许可、批准后,林下经营什么、如何经营,属于权利人的意思自由,森林法或者进行一些专业指导。

### 3 林下经营管理法律制度的构建思路

#### 3.1 生态保护优先原则

纵观国外森林资源保护法律制度,虽然不能直接查询获得林下经营的规范内容,但我们可以发现相关表述,如《德国联邦森林法》(1998)第14条规定:各州可以提出限制入林的规定,并把其他的利用森林方式的做法全部或者部分地与进入森林同等对待<sup>[6]</sup>。《德国联邦自然保育法》(2002)要求对林业“进行近自然森林经营”,并从原则上否定森林经营者经营森林时为所欲为<sup>[6]</sup>。《黑森州森林法》对《德国联邦森林法》进行进一步的细化,其中第21条规定:二级利用,如凋落物收集和牲畜放牧,不得对森林可持续经营造成影响<sup>[6]</sup>。《法国森林法》(2006)第1224-4条规定:在私有林中进行放牧、通行和拾取橡栗,只能在负责林业事物的行政机关所宣布的可放牧林区部分进行,并且还要根据森林的状态及承载力决定。森林的状态和承载力由负责林业事务的行政机关认可和决定<sup>[6]</sup>。《俄罗斯联邦林业法典》(2006)第38条“为开展农牧业对森林的利用”中指出:森林可为了开展农牧业(割草、放牧牲畜和北方驯鹿、养蜂、农作物培植及其他农业活动)而被利用;在为开展农牧业提供的林地内允许配置养蜂场和蜂房、建造栅栏、窝棚和其他临时性建筑物;开展农牧业的森林利用规定由被授权的联邦权力执行机关制定<sup>[6]</sup>。

上述西方国家的森林法规定,一是体现了各国森林资源管理中林下经营活动受到法律规范制约,二是体现出森林法的价值取向与中国的森林法律制度极其相似。加强生态保护,维护生态安全,是中国《森林法》的立法目的,即在森林的经济利用功能与对环境特别是对自然环境的持续维护作用方面,价值取向更侧重后者,即国家采取一些强制手段保证森林正常的持续经营。林下经营管理法律制度调整的是林权关系,是森林法律制度的组成部分,中国森林法的性质为生态环境立法,因而林下经营管理法律制度在林业物权与生态环境保护的双重性质中应体现生态保护优先原则。

#### 3.2 分类经营管理原则

中国《森林法》将森林林种分为5类,由于各林种的主导功能不同,理论上将5类林种分为生态公益

林和商品林。《森林法》第 31 条规定了防护林和特种用途林采伐方式的限制性和禁止性，《森林法实施条例》第 46 条规定了未经批准，擅自将防护林和特种用途林改变为其他林种的法律责任。此外，分类经营的理念并未体现在其他条款规定中。生态公益林与商品林的主导功能不同，划分标准不同，管理方式应当有所区别。《中共中央 国务院关于全面推进集体林权制度改革的意见》(2008)指出，实行商品林、公益林分类经营管理。依法把立地条件好、采伐和经营利用不会对生态平衡和生物多样性造成危害区域的森林和林木，划定为商品林；把生态区位重要或生态脆弱区域的森林和林木，划定为公益林。地方性法规如《江苏省生态公益林条例》规定，在生态公益林范围内进行经营活动的，应当体现保护优先原则，不得改变林地用途，不得破坏生态环境。国外森林法如《法国森林法》(2006)分篇章专门规定了(公有林)管理和私有林和林地的管理，第 222-2 条规定了“私有林主须按照经批准的管理文件管理森林”<sup>[6]</sup>。法国森林法强调持续经营也需要促进林业经济的发展，尤其针对私有林。虽然法国私有林的概念与中国的商品林不完全相同，但它提倡的经营方式与中国林改背景下林下经营权或者复合林业发展的趋势相似，即对生态公益林和商品林，法律保护的重点应当有所区别。应当注意的是，《中共中央 国务院关于全面推进集体林权制度改革的意见》规定，对商品林，农民可依法自主决定经营方向和经营模式，生产的木材自主销售。该项规定针对的是林木而非林地，因林下经营管理主要涉及林地管理，因而商品林林地不能完全由权利人自主决定经营方向，应将这种经营活动纳入行政管理中。

### 3.3 以林业技术规范为参照标准原则

林业技术规范(规程)是林业主管部门在林业生产建设中，根据林业行业特点总结的调整某项生产活动的统一标准。林业技术规范(规程)是林业管理规范制定的基础，经过国家权力机关认可，其本身也具有专业领域内的法律效力。林下经营主要解决在什么样的“森林”和“林地”环境可以经营、以什么方式经营的问题，因为涉及的养殖和种植对象与林木和林地之间的利害关系，是一个很微观、很专业的问题，不仅需要考虑森林资源因素中的树种、树龄和土壤坡度的问题，还需要考查养殖、栽植对象的生物和生态特性等，而这些问题，恰恰是林业技术规程调整的范畴。

根据文意解释，林下经营需要森林生态环境背景，需要掌握“林地”和“森林”2 个技术标准。《森林法实施条例》第 2 条的规定：“林地，包括郁闭度 0.2 以上的乔木林地以及竹林地、灌木林地……”，法律只是例举出林地包含的类型，并未界定其内涵。《森林法》和《土地管理法》均规定县级以上人民政府有权确定土地的性质，由此可见，林地的外延是开放的。然而，在“林下经营”框架下讨论林地的范围，应该比林地的法律概念所包含的范围狭窄，如未成林造林地、火烧迹地、宜林地等是林地，但不能属于可以进行林下经营的林地。

笔者认为：林下经营的林地范围，应该是在“有林”的情况下进行，所谓“有林”，依据目的解释是指“森林”。中国对森林的界定是指：达到 667 m<sup>2</sup> 以上连续面积和 0.2 以上郁闭度的乔木林、竹林、红树林和国家特别规定的灌木林<sup>[7]</sup>。因此，森林与林木的区别在于前者是具有一定数量的集合物。实践中，未达到一定数量和面积标准的林地，因为不属于森林，则不存在林下经营问题。

构建林下经营管理制度的技术标准，应该有 2 个原则：一是不能改变森林资源的性质。即乔木林郁闭度必须保持在 0.2 以上，而灌木林地(未统计在森林面积中的灌木林地)，则不能进行任何性质的开垦栽植行为，以维持其生态效益的原始状态，对未培育栽植森林、林木的林地，原则上不能进行“林下经营”项目，以免造成擅自改变林地的用途；二是不能对林地造成毁坏。如前所述，在林间建成现代化标准养猪场养猪、林下栽植蔬菜以及在林间挖鱼塘养鱼等行为，必须有规格和数量上的限制，不能对林地造成毁坏，并且不能改变林地的性质。当然，对有些难以种植培育乔木和灌木的林地，是否允许林地使用权人从事养殖经营项目，则需要根据当地实际综合评价。

### 3.4 中央与地方立法相结合原则

首先，对林权的保护需要地方立法。中国各区域的森林资源构成状况不同，各地区的林改模式也各异，导致林权的具体内涵差别很大。林下经营是林权的内涵之一，将林权流转纳入市场经济的调整范围，让权利主体自觉追求利益最大化，是林改的目的之一。在中央法制统一的原则下，地方自主立法更能保护林改的成果和促进市场经济的发展。其次，地方立法具有客观性和能动性。由于各地区林下经营的种类和内容不同，各种森林类型所发挥的主导功能也不完全相同，尤其林下经营问题涉及许多林业技

术规程,具有专业性和地域性,由地方立法调整林下经营活动,便于结合当地客观实际,避免盲目性,有利于平衡地区生态保护和林业经济发展的关系。再次,分层级的立法篇幅设计,便于中央从宏观层面调控,也有利于调动地方因地制宜地进行管理的积极性。从各国森林保护的立法实践来看,大多采用分层级的立法篇幅设计。

如德国《联邦森林法》是一种整合性法,规定一般性准则和原则,而各州则对此进行细化阐释并具体实施<sup>[6]</sup>,《法国森林法》也包括法典部分和行政法规部分,其法典详尽规定了森林可持续管理原则并规定了定性标准,行政法规部分则具体到营林作业的技术细节和个别处理<sup>[6]</sup>。中国的森林法律制度也由法典、行政法规、地方性法规、部门规章等多个层次的法律制度构成,虽然中国森林法法典层面的一般准则具有鲜明的生态保护的政策导向性,但是其下位法的规定多数操作性不强。因而,林下经营的活动的法律调整更多应该是行政法规与地方性法规的补充性立法。

#### 4 结语

正如学者们所指出,林下经营权是森林、林木所有人和林地使用人的一项用益物权,行政管理部门不能随意干涉和侵犯。现行《森林法》第23条规定:“禁止在幼林地和特种用途林内砍柴、放牧。进入森林和森林边缘地区的人员,不得擅自移动或者损坏为林业服务的标志”。该法律规定是中国《森林法》唯一以明示的方式调整林下经营活动的规范,其立法宗旨就是为了避免养殖动物对林木造成毁坏,法律规定虽然是禁止性的,但是从另一个视角分析,也暗含了对林权的权利人在林间放牧和其他养殖行为的肯定,前提是不能对森林资源造成毁坏。如前事例所述的养殖肉鹅和散养孔雀的行为,鹅粪、鸟粪成为林木最好的肥料,能加快树木生长。但是,也存在有一些大型动物的养殖会对林木造成损坏的可能。

经营管理是林业工作的重心。林下经营权管理只是林业经营管理其中一项工作,但是,正是各项具体的管理工作支撑起森林资源保护的重任,正是各项具体的法律制度构成中国林业管理中环环相扣和谐统一的法律体系。笔者通过调研发现,林农在获得物权意义上的林权后,更多的不是将林木采伐变现钱,而是充分利用森林的生态环境创收增加收入,从法律制度层面对林下经营进行规范管理,不仅是对林业秩序的维护,也是对林农权益的保障。

#### 参考文献:

- [1] 温世扬. “林权”的物权法解读[J]. 江西社会科学, 2008 (4): 171 - 176.  
WEN Shiyang. Analysis of forestry real rights from real rights law [J]. *Jiangxi Soc Sci*, 2008 (4): 171 - 176.
- [2] 林旭霞, 张冬梅. 林权的法律构造[J]. 政法论坛, 2008, 26 (3): 180 - 187.  
LIN Xuxia, ZHANG Dongmei. On law structure of forestry real rights [J]. *Tribute Poli Sci Law*, 2008, 26 (3): 180 - 187.
- [3] 周伯煌. 论中国林业物权制度的完善[J]. 河北法学, 2010, 28 (5): 141 - 147.  
ZHOU Bohuang. On improving the forestry real right system of China [J]. *Hebei Law Sci*, 2010, 28 (5): 141 - 147.
- [4] 陈根长. 中国林业物权制度研究[J]. 林业经济, 2006 (12): 12 - 16.  
CHEN Genchang. Study on forestry real rights system of China [J]. *For Econ*, 2006 (12): 12 - 16.
- [5] 张蕾, 陈玉忠, 齐联, 等. 林下经济是全面深化林改的新活力: 陕西省宁陕、蓝田两县调研报告[J]. 林业经济, 2011 (3): 17 - 20.  
ZHANG Lei, CHEN Yuzhong, QI Lian, et al. Forest understory being a new vitality to deepen economic reform: a research report on Ningshan and Lantian counties [J]. *For Econ*, 2011 (3): 17 - 20.
- [6] 李智勇, 斯特芬·曼, 叶兵. 主要国家《森林法》比较研究[M]. 北京: 中国林业出版社, 2009: 6 - 136.
- [7] 国家质量监督检验检疫总局. GB/T 26424-2010 森林资源规划设计调查技术规程[S]. 北京: 中国标准出版社, 2011.