

【法学研究】

流域生态修复与保护立法：现实困境与对策选择*

李冰强

摘要：流域是以水为核心和纽带形成的自然地理区域，流域生态修复与保护是以水资源保护、水环境治理、水污染防治和水生态修复为主要内容的生态环境保护事务。流域生态修复与保护事务的复杂性决定了其并非单一主体能够完成，而需要包括政府、企业、社会组织和公众在内的多元主体共同努力。流域生态修复与保护法的环境法属性决定了其不应以促进经济发展为目的，而应在尊重生态系统运行规律的基础上，严格政府环保目标责任，强化企业的生态修复与保护责任，激励公众参与生态环境保护，建立多元化的投融资保障制度。

关键词：流域立法；生态修复；生态保护

中图分类号：D922.6

文献标识码：A

文章编号：1003-0751(2020)05-0061-05

党的十八届四中全会提出，要科学立法、民主立法，发挥立法在改革中的引领推动作用。在此背景下，各地纷纷将立法作为推进流域生态修复与保护的主要手段。目前，我国对流域生态修复与保护并没有专门的法律，相关法律主要有《环境保护法》《水污染防治法》《水法》《森林法》《草原法》《野生动物保护法》《矿产资源法》等。另外，国务院针对特定流域的生态保护和污染防治出台了《太湖流域管理条例》《淮河流域水污染防治暂行条例》等行政法规；地方层面的流域生态修复与保护立法较多，如《贵州省赤水河流域保护条例》《山西省汾河流域生态修复与保护条例》《忻州市滹沱河流域生态修复与保护条例》《运城市涑水河流域生态修复与保护条例》《伊犁河流域生态环境保护条例》等地方性法规。上述立法对于推动流域生态修复与保护工作发挥了较大作用，但在立法目的、责任主体、修复手段、保障措施等方面还存在诸多问题，理论界对相关问题还存在诸多争议。因此，阐明流域生态修复与保护的基本内涵，分析各参与主体的权利、义务和责任，对于强化流域生态修复与保护立法的科学性，依

法推进流域生态修复与保护具有重要意义。

一、流域生态修复与保护的界定

1. 流域与行政区域的异同

流域是以分水岭为界限，由分水线包围形成的一个由河流、湖泊、海洋等水系构成的集水区域以及该水系覆盖的陆地区域。流域是一种典型的自然地理区域。以河流流域为例，该流域包括河流干流及其支流汇水面积内的水域和陆域。每个流域都有其特性，在形状、面积、高度、方向、河网密度等方面各不相同。虽然流域和行政区域都是包含一定国土面积的特定区域，但二者在很多方面存在极大差异。流域是以水为核心和纽带形成的自然地理区域，流域内各生态环境要素在水的作用下形成相互联系、相互依存的有机体。流域内林、草等自然资源覆盖率的高低与水资源供给量的增减之间有极大的相关性，流域水资源的丰裕程度也对林、草等自然资源的赋存产生重要影响。流域内水资源、水环境和水生态之间的关系也非常密切：水资源总量增加有利于水环境好转；水环境好转对水生态恢复和水功能发

收稿日期：2020-02-16

*基金项目：山西省回国留学人员科研资助项目“区域环境治理中地方政府合作机制研究”(2016017)。

作者简介：李冰强，男，山西大学法学院教授(太原 030006)。

挥具有促进作用。以流域为基本单元的自然地理区域强调生态环境要素的统一性、整体性,这是流域与基于人为因素形成的行政区域的最大区别。

2. 流域生态修复与保护的基本内容

流域生态修复,是指在遵循自然规律的前提下,利用流域生态系统的自我调节、自我组织和自我恢复能力并辅以物理、化学、生物等方面的技术手段和措施,对遭受破坏的流域生态系统进行修复与重建,恢复其原有的结构和功能。流域生态保护,是指采取各种手段和措施保护流域生态环境,维持流域生态系统的动态平衡,促进流域生态系统功能的发挥。进行流域生态修复与保护立法,必须明确流域生态修复与保护的内容。尽管从概念上讲,流域是一个以水为核心的生态环境单元,从而流域生态修复与保护应当围绕水资源保护、水环境治理和水生态修复展开,但流域生态环境的整体性决定了流域生态环境保护事务的整体性,要求人们重视流域内自然资源和环 境要素之间的有机联系,用系统思维应对流域生态环境问题。因此,流域生态修复与保护应当以水生态修复与保护为核心进行科学规划、统一布局,合理统筹资源利用、环境保护、污染防治、生态修复等事务。

具体而言,流域生态修复与保护涉及上下游、左右岸的不同行政区域,不仅要考虑水资源、水环境和水生态的保护与修复,而且要考虑森林、草原、土壤、动植物等生态环境要素的保护。在水资源保护方面,要严守水资源开发利用控制、用水效率控制、水功能区纳污限制三条红线,在整个流域内合理配置水资源,严格控制用水总量和用水强度,全面提高用水效率,对流域内水源涵养和保护起重要作用的林地和草地实施特别保护。在水环境治理方面,要确定流域内各个水功能区的水质保护目标,加强河湖水环境综合整治,加大黑臭水体治理力度,保障饮用水水源安全。在水污染防治方面,要统筹水上及岸上的污染治理,加强入水排污的管控,治理工矿企业污染、城镇生活污染、农业面源污染、船舶港口污染等涉水污染。在水生态修复方面,要在流域生态修复与保护总体规划的基础上,逐步实施退田还湖还湿、退渔还湖,恢复河湖水系的自然连通,不断改善流域内野生动植物生存环境和栖息繁衍场所,采取有效措施对野生动植物种群及其栖息地进行监测并对种群濒危的野生动植物的栖息环境予以恢复。

二、现行流域生态修复与保护立法存在的问题

1. 立法“碎片化”

受行政区划和管理体制制约,现行流域生态修复与保护立法的“碎片化”问题比较突出。一是现行流域生态修复与保护立法一般属于地方性立法,其效力范围限于与立法主体的层级相对应的行政区域,而流域在边界范围上与该行政区域往往不一致,由此导致原本需要统筹安排的流域生态修复与保护事务被以行政区域为单元人为割裂。二是作为地方性立法的流域生态修复与保护法的文本起草和制度设计在多数情况下是由水利部门牵头的,由此出现该法对流域生态修复与保护事务的安排通常只考虑或者主要考虑涉水事务,对与水生态保护不直接相关或者关系不明显,但从生态系统保护的角度考虑应当予以重视的事务不予关注或者较少考虑。从行政区域和部门视角出发进行流域生态修复与保护立法,是一种区块分割、事务分立、功能分化的“碎片化”立法模式,不可能取得理想的生态环境保护效果。

2. 事务主体及责任设定得不合理

现行流域生态修复与保护立法关于义务主体和责任主体的规定存在诸多缺陷。其一,流域生态修复与保护事务主要由流域内各级水利部门或者水资源管理部门承担,其他相关部门的职责缺失或者弱化。如前所述,流域生态修复与保护事务在范围上涵盖资源利用、生态保护、污染防治等方面,在管理机构上涉及发展和改革、自然资源、住建、水利、林业和草原、农业农村、生态环境等职能部门,绝非水利部门能够做得了、做得好的。其二,对政府的生态环境责任规制刚性不足。一些流域生态修复与保护法虽然将生态修复与保护任务完成情况规定为政府及其主要负责人年度目标责任考核内容,但对未完成目标任务会导致什么样的法律后果缺乏规定,或者所规定的法律责任过于轻微,难以起到应有的警示和约束作用。其三,对企业等社会主体的环境治理责任追究不力。实践中造成环境污染或生态破坏的企业往往是纳税大户,地方政府对这些企业有强烈的财政依赖性,在一定程度上影响地方立法对企业设定生态环境责任的力度。其四,对公民参与生态修复与保护的义务和责任设定有形式化倾向。公民作为个体社会成员,其生产生活对流域生态环境的

影响十分有限、后果比较轻微,同时,由于流域内公民居住的分散性,即使通过立法为其设定生态修复与保护的义务和责任,也需要配以有效的执法监管措施,现行流域生态修复与保护立法在这方面普遍存在不足,使得关于公民参与流域生态修复与保护的规定可能沦为宣示性的呼吁和号召。

3. 修复手段和措施失之偏颇

很多流域生态修复与保护立法都确立了自然修复与人工修复相结合的原则^①,但在修复手段的选择上过多强调人工修复而忽视生态系统的自然修复功能。在人工修复措施的选择上,虽然有些立法要求对河道实施生态化改造,但并未明确何为生态化改造,加上人们一般认为河道之美就是看起来干净整洁,导致一些地方对河流的治理采取用水泥护堤衬底、修建水坝拦水蓄水、对城市河道裁弯取直等措施。这些工程性措施不符合生态美学原理。从生态美学上讲,河流自然蜿蜒曲折才有灵气,才有利于生物多样性保护及防范洪水灾害等水环境问题。用水泥护堤衬底不仅切断河流与两岸及地下水源的互联互通,影响河流的自净能力,而且危害河岸生物和水底生态,破坏水、土、生物之间的物质和能量循环。这样的措施不仅不能实现流域生态修复与保护的目,而且严重损害流域的生态功能。

4. 保障制度缺失

从主体上讲,流域生态修复与保护事务的开展不仅需要政府、企事业单位、社会组织和公众共同努力,而且需要流域内地方政府之间以及同一政府内部有关部门之间相互协作;从内容上讲,流域生态修复与保护涉及资源利用、生态保护、环境治理、污染防治等诸多事务;从时间上讲,流域生态修复与保护是一项长期的系统性工程,对一些生态环境脆弱区进行生态修复的时间可能需要数十年甚至上百年;从投入上讲,流域生态修复与保护实践中普遍存在“污染容易、治理难,破坏容易、修复难”的问题,这种“难”不仅表现为修复技术上的困难,还表现为需要大量的人力、物力和财力投入;从观念上讲,流域内一些地方政府、企业以及不少公民对流域生态环境的价值与功能的认识不足,甚至把流域生态环境保护与区域经济社会发展对立起来;从利益衡量上讲,流域内一些地方政府和企业只关注眼前的、局部的、小群体的利益,而忽视长远的、整体的、全流域的生态环境利益。因此,如果没有强有力的保障制度,

流域生态修复与保护就很难达到预期的效果。

为保障流域生态修复与保护目标的实现,一些流域生态修复与保护法设计了一系列制度措施,如鼓励民间资本参与生态环境保护,严格设定环境污染破坏者的法律责任。这些措施无疑具有积极意义,但很难真正得到实施。其一,相关法律规范之间缺乏衔接,使得民间资本投资流域生态修复与保护可能受阻。现实中不乏这样的案例,有些人承包荒山荒地并投入巨大的人力、物力和财力进行造林绿化,数年后却因砍伐一些林木进行销售而获刑。^②因为根据我国《森林法》的有关规定,砍伐林木必须取得林木采伐许可证(即使该林木属于个人所有),否则达到一定数量时可能构成刑事责任。这类案例凸显法律规范之间不协调对社会资本进入生态环境保护领域的影响。其二,一些流域生态修复与保护立法虽然规定了环境污染破坏者的法律责任,但缺乏责任追究措施,相关规定难以取得成效。

三、完善流域生态修复与保护立法的路径

1. 科学设定立法目的

立法目的是指立法者希望通过立法实现的目标或者得到的结果,反映立法者对一定价值目标的追求。在立法过程中,立法目的的设定极为重要,它不仅体现法的基本价值,支撑法的指导思想和基本原则,而且关涉法律制度的形成及其实施。如何确定环境保护立法的目的,理论界一直存在争议。比如,以环境立法是否以保障人体健康为唯一目的,形成了环境立法目的一元论与二元论。一元论者认为,环境法之所以出现,是因为人类面临严重的环境问题,环境法的主要目的就是应对环境危机、保障人体健康,不能让环境法承担不应有之责——担负经济发展之重任。^③二元论者则认为,环境法不仅应保护环境、维护人体健康,还要为经济发展服务,促进经济发展与环境保护相协调。^④流域生态修复与保护法作为环境保护法的重要组成部分,在立法目的的设定上也面临要不要考虑促进流域内经济社会发展的困境。对此,地方立法机关主要有两种意见。一种意见是,流域生态修复与保护立法应当以促进流域生态修复与保护为主要目的甚至是唯一目的,不宜要求其发挥促进经济社会发展的功能。另一种意见是,流域生态修复与保护事务不能孤立运行,而是与流域内经济社会发展和资源开发利用密切相关,

如果不考虑后者,流域生态修复与保护立法就难以得到实施,不可能达到预期目标。一些地方政府甚至希望通过流域生态修复与保护法的制定和实施,助推流域内居民脱贫致富。究竟如何确定流域生态修复与保护立法的目的,成为一个难题。

笔者认为,设定流域生态修复与保护立法目的的理想方案是:既立足现实,符合流域内经济社会发展水平及生态环境保护需求;又考虑长远,对流域生态修复与保护事务起到应有的引领和推动作用。立足现实,是因为流域生态修复与保护立法受流域内特定社会物质条件的影响和制约。流域生态修复与保护虽然属于环境保护事务,但该项事务的开展不能不考虑流域内人民群众的生产生活状况及各项社会事业发展,不能影响、限制甚至阻碍流域内人民群众生活水平的提高和社会福利的增进。考虑长远,是因为流域生态修复与保护立法毕竟是以“流域生态修复与保护”为主要内容的。如果说法律在经济发展中有重要的促进作用,那这些法律恐怕主要是民商法、经济法,而不是环境保护法。因此,流域生态修复与保护立法应当以促进流域生态修复与保护为核心价值目标,并以此引导具体制度安排与设计。至于促进经济社会发展,那不是流域生态修复与保护立法的直接目的,而是其实现立法目的的过程中自然会发挥的功能。

2. 合理选择事务主体

由于流域生态修复与保护事务具有较强的公共性和公益性,所以对流域内的地方政府而言,无论是基于政府设置的目的,还是根据现行环境保护法律规定,抑或是满足社会公众对政府的期待,其在流域生态修复与保护中都是重要的责任主体。对流域内的企事业单位和社会团体而言,其作为自然资源和生态环境的主要利用者及潜在的污染者、破坏者,依据我国《环境保护法》确立的“谁污染、谁治理,谁破坏、谁修复”的原则,应当是流域生态修复与保护的主要责任主体。对于在流域内生产生活的公民而言,由于流域生态修复与保护事务的开展在结果上具有较强的正外部性,根据受益者付费及生态补偿的一般原理,因流域生态修复与保护活动而获益的公民应当为此类活动付费或者给予相应的补偿。流域内公民在一定程度上也是流域生态环境的污染者和破坏者,将其作为流域生态修复与保护的责任主体符合权责一致的法律原则。

需要注意的是,虽然流域生态修复与保护是流域内所有主体的共同责任,但共同责任并不意味着责任平等、内容相同,而只是在法律上表明流域内的每个主体都应基于自己的角色定位以及对流域生态环境的影响而履行相应的义务、承担相应的责任。如果在流域生态修复与保护问题上泛泛地谈共同责任、人人有责,实际结果可能是法不责众、人人无责。因此,在流域生态修复与保护责任主体的选择上,应当坚持共同但有区别的责任原则,即流域内所有主体都承担责任,同时不同主体承担责任的内容和程度有所区别。具体而言,流域内的地方政府有不可替代的责任,发展和改革、自然资源、住建、水利、林业和草原、农业农村、生态环境、交通运输、公安、文化和旅游、教育等部门之间以及流域内不同行政区域的地方政府之间应当就流域生态修复与保护事务展开合作。流域内的企事业单位尤其是对生态环境造成污染和破坏的企业是流域生态修复与保护的主要责任主体,要通过制度设计将企业生态修复与保护责任落到实处。社会公众在流域生态修复与保护中有积极作用,相关立法要激发社会公众参与流域生态修复与保护的积极性、主动性和创造性。

3. 理性设计事务手段和措施

选择什么样的手段和措施进行流域生态修复与保护,不仅受制于科学技术和经济社会发展水平,还在很大程度上受制于作为修复与保护对象的流域生态系统的特性。流域是一个以水为核心的大生态系统,其中包含水域、森林、草原等生态子系统,它们之间通过物质循环、能量流动和信息传递形成流域生态功能单元。每一个流域生态功能单元都包含诸多生态环境要素和生物种群结构,生物类型越多、数量越大、种群结构越复杂,流域生态系统的稳定性及抵御外界干扰的能力就越强。从生态学上讲,生态系统具有自我调节、自我恢复的能力,外界对生态系统的介入和干扰只要在一定范围内,不超出生态系统自我调节、自我恢复的能力极限——生态阈值,就不会使生态系统失去平衡和稳定。如果外界的介入和干扰超出生态阈值,就会损害生态系统且使其难以自我修复甚至永远恢复不到原来的状态。此时就需要采取人工措施进行生态修复,这种生态修复实际上是生态重建。在流域生态修复与保护中,首先要尊重和发挥生态系统的自我修复功能,在流域生态损害十分严重的情况下再考虑生态重建。

需要注意的是,采取人工措施进行生态修复与对文物古迹的修复不同,后者想方设法恢复文物古迹原有的样态,前者则重视生态系统的功能恢复。对生态系统的人工修复既不是完全复原生态系统被破坏之前的样态,也不是打造一个新的生态系统,而是修复生态系统的结构和功能。以河流生态重建为例,建造河道护坡工程要采用透水性材料,避免河床被渠道化;要保护沿河的濒危、珍稀野生动植物栖息地,防止外来物种入侵。总之,采取措施恢复受污染河流的生态功能,就达到了对河流进行生态重建的目的。20世纪70年代以来,一些发达国家在河流治理和保护方面进行了创造性的尝试。比如,德国和瑞士在全国范围内拆除被混凝土渠道化了的河道,让河流重新自然化。^⑤实践证明,这一治理措施对于河流生态修复与保护具有重要作用。我国流域生态修复与保护立法在修复措施的选择上,要更加尊重流域生态系统运行规律,在充分发挥流域生态系统自我调节、自我恢复能力的基础上,合理安排工程性措施和非工程性措施。

4. 强化保障制度

首先要完善流域内政府的生态修复与保护目标责任制。根据流域生态修复与保护的总体规划,合理确定流域内各地各级政府在流域生态修复与保护中的目标任务;对于未完成目标任务的地方政府及其主要领导人,严格按照我国《环境保护法》关于环境保护目标责任制的规定以及《党政领导干部生态环境损害责任追究办法(试行)》《生态文明建设目标评价考核办法》进行问责,促使地方政府切实为

流域生态修复与保护尽职尽责。其次要建立多元化的生态修复与保护资金筹集制度。注重发挥市场机制的作用,尤其是尊重资本追求利润的天性,通过科学的制度设计,使民间投资有合理的市场回报,引导社会资本进入流域生态修复与保护领域并发挥作用。最后要强化对流域生态环境污染者、破坏者的法律责任追究。在地方性的流域生态修复与保护立法中明确、细化我国《环境保护法》规定的按日连续计罚制度的实施条件,使相关法律规范更具有可操作性,也使流域内的企业等经济主体因违法成本远高于违法所得收益而不敢无视生态环境保护。

注释

- ①如《山西省汾河流域生态修复与保护条例》第16条规定:“县级以上人民政府应当坚持自然修复与人工修复相结合,统筹规划,实行山、水、林、田、湖综合治理,提高汾河流域生态环境承载能力。”《运城市涑水河流域生态修复与保护条例》第11条规定:“涑水河流域生态修复应当坚持自然修复与人工修复相结合,实行山、水、林、田、湖、草综合治理,提高流域生态环境承载能力。”《忻州市滹沱河流域生态修复与保护条例》第15条规定:“流域生态修复应当坚持节水优先、自然修复与人工修复相结合,提高流域生态环境承载能力。”
- ②参见陈立烽、曾昭师:《无证砍伐自家承包林犯法 明知滥伐林木仍收购获刑》,《中国绿色时报》2013年12月23日;唐维:《砍伐自有林木怎么就犯罪了?》,《民主与法制时报》2016年5月12日。
- ③参见张式军:《环境立法目的的批判、解析与重构》,《浙江学刊》2011年第5期。
- ④参见陈文铂:《试论可持续发展理念下的环境法立法目的》,《兰州学刊》2008年第6期;吕凯:《可持续发展的环境法立法目的及其发展》,《天津大学学报(社会科学版)》2013年第1期。
- ⑤参见卫明:《城市水环境建设中若干问题的探讨》,《北京水利》2003年第1期。

责任编辑:邓林

Predicaments and Countermeasures of Legislation on Ecological Restoration and Protection of River Basins

Li Bingqiang

Abstract: River basin is a natural geographical area with water as the core and link. The ecological restoration and protection of river basin is an ecological environment protection affair with water resource protection, water environment treatment, water pollution prevention and water ecological restoration as the main contents. The complexity of watershed ecological restoration and protection determines that it can not be completed by a single subject, but by the joint efforts of multiple subjects including the government, enterprises, social organizations and the public. The environmental law attribute of the river basin ecological restoration and protection law determines that it should not aim at promoting economic development, but on the basis of respecting the operation law of the ecosystem, it should strictly enforce the government's environmental protection responsibility, strengthen the enterprise's ecological restoration and protection responsibility, encourage the public to participate in the ecological environment protection, and establish a diversified investment and financing guarantee system.

Key words: legislation of river basin; ecological restoration; ecological protection