**江苏河湖立法难点研究**

**李义松**

**摘要：**人化自然与回归自然是一体双向的互动过程，应当在时间和空间二个维度上寻找平衡态，以促进自然和社会的可持续循环及发展。江苏省及设区市涉水立法面对的问题既有共性又有个性。我国历史形成的横向主体关系、纵向主体关系及其宪法法律规范存在诸多问题，这些问题在江苏河湖立法中有不同方面和程度的体现，同时也凸显了上位法在立法主体、立法需求、立法模式、概念定位及具体内容等方面存在的问题。既要尊重历史现状保持法律的连续稳定和逻辑自洽，又要回应严峻的生态环境形势及其治理需要，同时基于相关主体广泛参与以融合不同主体的不同利益诉求，江苏河湖立法取得的成就和存在的问题具有标本意义。

**关键词：**自然社会属性；主体关系；立法模式；概念定位

**一、题目说明**

**1、“河湖”。**立法-《河道管理条例》的“河道”包括湖泊、人工水道、行洪区、蓄洪区、滞洪区。

文件——“河长制”+“湖长制”。并列使用。

**2、共性与个性。**江苏省及设区市涉水立法面对的问题既有共性又有个性。既要尊重历史现状保持法律的连续稳定和逻辑自洽，又要回应严峻的生态环境形势及其治理需要，同时基于相关主体广泛参与以融合不同主体的不同利益诉求，江苏河湖立法取得的成就和存在的问题具有标本意义。

**二、江苏环境资源立法概况**

**（一）总体概况**

**（二）河海大学课题组承接的课题**

**1、《江苏省河道管理条例（送审稿）》**起草（经费15万，含后评估）——江苏省人大常委会通过。

**2、《盐城市河道管理办法（送审稿）》**起草（经费18万）。

**3、《江苏省太湖水污染防治条例》**后评估及修订立法研究（经费30万）——江苏省人大常委会通过《修改决定》。

**4、《江苏省水污染防治条例》**立法研究（经费30万，在南京大学立项，合作研究）——列入《江苏省人大常委会2018年立法计划》。

**5、《泰州市水环境保护条例（送审稿）》**起草（经费30万）——江苏省人大常委会批准。

**6、《江苏省环境保护条例》**修订立法研究（经费20万）——废止、建议，邢春宁主任表态。

**7、《江苏省生态环境监测条例》**立法研究（经费20万）——列入《江苏省人大常委会2018年立法计划》。

8、其它立法、行政执法、司法及政策法规研究课题：略。

**（三）立法亮点**

**1、高度重视**

**（1）河道管理**

河长制由江苏省无锡市首创。它是在太湖蓝藻爆发后，无锡市委、市政府自加压力的举措，所针对的是无锡市水污染严重、河道长时间没有清淤整治、企业违法排污、农业面源污染严重等现象。2007年8月23日，无锡市委办公室和无锡市人民政府办公室出台《无锡市河（湖、库、荡、氿）断面水质控制目标及考核办法（试行）》，将河流断面水质的检测结果纳入各市（县）、区党政主要负责人政绩考核内容并追究责任。这份文件的出台，被认为是无锡推行河长制的起源。2009年出台《无锡市河道管理条例》。

2008年，江苏省政府决定在太湖流域借鉴和推广无锡首创的河长制。

2017年，“河长制”写入国家《水污染防治法》（1个条文）。同年9月，江苏研究出台《江苏省河道管理条例》，用4个条文细化“河长制”规定。

**（2）水污染防治**

2007年太湖蓝藻事件后，将湖泊污染物特别是氮磷控制提到了重要议程。2007年9月27日江苏省第十届人大常委会第三十二次会议修订1996年6月14日出台的《江苏省太湖水污染防治条例》，制定的控制标准和要求，领先国内其他地区8-10年。

近年来，生态环境保护与经济社会发展的矛盾呈现新的形态，苏南有的城市经济出现负增长，“一刀切”的立法也产生其它一些问题。协调生态环境保护与经济社会发展的呼声日益高涨，回应新的需要，江苏省研究出台了《关于修改〈江苏省太湖水污染防治条例〉的决定》。

除了太湖，江苏有关部门还组织力量对洪泽湖、骆马湖等湖泊进行立法研究。

在特定湖泊专门立法的基础上，江苏省又着手一般层面的水污染防治立法。基于前期研究和工作，《江苏省水污染防治条例》被列入江苏省人大常委会2018年立法计划。

**（3）水环境保护**

2015年，泰州市在获得地方立法权之后选择的第一项立法就是水环境保护立法。2015年委托河海大学课题组进行立法研究，起草《泰州市水环境保护条例（送审稿）》。2016年7月29日，《泰州市水环境保护条例》在江苏省第十二届人大常委会第二十四次会议获得批准。这部立法在立法方式和模式上具有特殊意义——后面详谈。

**2、按水系立法**

江苏省按水系分别对太湖、长江（江苏段）、通榆河等进行水污染防治立法，另外还贯彻落实国务院淮河流域水污染防治暂行条例。地方立法中兼顾了地区发展的不平衡和不同经济发展阶段的污染不同特征。

这是立法时的初衷，而在目前大的环保形势下，差异性在缩小。因此，可能会向统一性发展。

**3、专门为水源地保护立法**

江苏省人大常委会专门出台《关于加强饮用水源地保护的决定》，对水源地按类别制定了详细的管理规定。饮用水水源保护区设置一级保护区、二级保护区和准保护区，同时明确其范围。

随着国家饮用水水源保护区划分技术规范的调整，省人大这一立法有修改的必要。

**4、高校学者与实务部门密切合作**

（1）基于研究会平台和日常的密切关系，全程交换意见（途径）。

（2）分歧及其处理。碰撞，基于碰撞和沟通形成修改稿（泰州举例：省法制办、省人大常委会等，都是省研究会成员，沟通）。

（3）共同进行专题研究。如高校团队与江苏省公安厅、南京中院等合作研究课题。

这种深度合作研究，对于立法研究质量的提高，对于高校学者克服法学研究与社会关切问题呈“两张皮”问题，对于实务部门提高专业素养及法治意识，具有“双向”的功能意义。

汪劲教授在《清华法学》2018.5论文正确地指出“现有环境法学研究不能满足立法和执法实践的需求”，问题的另外一面是：实务部门工作者的理论素养及法治意识也需要与时俱进。此点，后面会详谈。

**5、有关主体广泛参与**

有关主体广泛参与，纵横博弈。（展开）

**6、立法模式：分立立法和综合立法**

分：水资源；水污染防治。（展开）

合：水环境保护。（展开）

**7、立法内容：回应特定时期特定区域的特殊要求**

在不违背上位法的前提下，江苏回应实际情况和需要，注重立法的针对性和可操作性，勇于探索，解决实际问题。

如前面谈的河长制的探索。

再如《关于修改〈江苏省太湖水污染防治条例〉的决定》新增第46条的探索。2007年立法制定最严格环保标准，是解决当时严峻水污染问题的立法探索。面对近年出现的新情况，很多部门、企业及部分人大代表呼吁修改太湖条例，焦点是产业开口子问题。争论非常激烈，以至于许多人担心该条例修改决定能否在人大常委会通过。后来在广泛征求意见的基础上，数易其稿，形成以下条文，最终获得通过。

《关于修改<江苏省太湖水污染防治条例>的决定》十六、增加一条，作为第四十六条：“太湖流域二、三级保护区内，在工业集聚区新建、改建、扩建排放含磷、氮等污染物的战略性新兴产业项目和改建印染项目，以及排放含磷、氮等污染物的现有企业在不增加产能的前提下实施提升环保标准的技术改造项目，应当符合国家产业政策和水环境综合治理要求，在实现国家和省减排目标的基础上，实施区域磷、氮等重点水污染物年排放总量减量替代。其中，战略性新兴产业新建、扩建项目新增的磷、氮等重点水污染物排放总量应当从本区域通过产业置换、淘汰、关闭等方式获得的指标中取得，且按照不低于该项目新增年排放总量的1.1倍实施减量替代；战略性新兴产业改建项目应当实现项目磷、氮等重点水污染物年排放总量减少，印染改建项目应当按照不低于该项目磷、氮等重点水污染物年排放总量指标的二倍实行减量替代；提升环保标准的技术改造项目的磷、氮等重点水污染物年排放总量减少幅度应当不低于该项目原年排放总量的百分之二十。前述减少的磷、氮等重点水污染物年排放总量指标不得用于其他项目。具体减量替代办法由省人民政府根据经济社会发展水平和区域水环境质量改善情况制定。

“前款规定中新建、改建、扩建以及技术改造项目的环境影响报告书，除由国务院环境保护主管部门负责审批的情形外，由省环境保护主管部门审批。其中，新建、扩建项目减量替代具体方案，应当在审批机关审查同意前实施完成，完成情况书面报送审批机关。

“本条所指排放含磷、氮等污染物的战略性新兴产业具体类别，由省发展改革部门会同省经济和信息化、环境保护主管部门拟定并报省人民政府批准后公布。

“太湖流域设区的市减量完成情况应当纳入省人民政府水环境质量考核体系。太湖流域县级以上地方人民政府应当将减量完成情况作为向本级人民代表大会常务委员会报告水污染防治工作的内容。”

《江苏省太湖流域战略性新兴产业类别目录》（江苏省发展改革委、江苏省经济和信息化委、江苏省环保厅）。

**8、重视立法科学性、合理性及合法性**

中央对祁连山保护区立法进行追责，引起江苏立法部门的高度重视。

科学性（展开）。

合理性（展开）。

合法性（展开）。

**三、疑难问题**

**（一）高校学者与实务部门“对接”依然困难**

专家组的稿子——市级领导的反应，拿出他的稿子——通过研究会平台沟通，同时多次通过会议、邮件、纸质稿征求有关部门意见（环保、水利、国土、住建、经信委、交通、农委、海事、城管、规划、文广新、旅游、法制办等），改了十几稿，最后才定稿上人大会。

这既有汪劲教授所说的学者方面的问题（《清华法学》），也有实务部门方面的问题（传统行政管理模式之惯性、转向实质法治之不易）。

**（二）专业间沟通合作障碍重重**

关于环境法学者与传统法学者沟通之困难及成因，吕忠梅教授有精辟分析，她也在致力于环境法学与民法学的对话；其他许多老师也有专门研究。事实上，情况正在发生变化：面对新的生态文明需求和环保法治要求，民法学者也在考虑做大蛋糕并分配蛋糕规则时，考虑蛋糕是如何做出的？代价？是否可持续？等等。刑法学也在转向重视过程性预防和管理的刑法规制。

我这里着重谈谈法学学科与其它相关学科沟通合作的障碍。生态环保涉及许多学科，这些学科应当沟通合作，但实践表明，障碍比较大。其中，最为根本的障碍是学科范式（“问题式”、“总问题”）之不同。举例：

**1、环境法学与环境社会学**

【盐城水污染损害索赔案】盐城市某地；招商引资；化工厂排污——受害的369名当地村民，组织起来打赔偿官司，但市中院一审和省高院二审均认定村民未能完成初步的举证义务，未能举证证明污染损害事实的存在，判决村民们败诉。

沟通尝试：陈阿江团队（“社会事实”）——李义松团队（“法律事实”）。

**2、法学与环境资源等相关学科**

1.6亿天价环境公益诉讼案，“环境事实”能否直接认定为“法律事实”？//生态环境损害赔偿诉讼同样面对事实认定之学科转化难题。如果能，社会学认定的“社会事实”能否直接被认定为“法律事实”？其它自然科学认定的“事实”能否直接被认定为“法律事实”？

**【举例】《水污染防治法》第九十六条第一款** 因水污染受到损害的当事人，有权要求排污方排除危害和赔偿损失。

第九十八条 因水污染引起的损害赔偿诉讼，由排污方就法律规定的免责事由及其行为与损害结果之间不存在因果关系承担举证责任。

**《江苏省太湖水污染防治条例》第六十三条第一款** 违反本条例规定，造成太湖流域水污染危害的，排污方应当及时排除危害，依法赔偿损失。

**（1）监测问题**

监测数据失真等——详见附件。

**（2）鉴定评估结论及其审查问题**

法官（“法律人”）对环境资源鉴定评估人（“环境资源专业人”）鉴定意见、评估报告的审查问题。

**【举例】江苏高院《关于生态环境损害赔偿诉讼案件的审理指南（一）》**

**三十四、**人民法院应当对鉴定意见进行审查，决定是否采信。存在以下情形的，不予采信：

（一）鉴定机构、鉴定人不具备相应的资质或明显不具备相应的鉴定能力的；

（二）鉴定程序不符合法律、法规、国家主管部门颁布的鉴定评估技术规范的；

（三）鉴定方法、鉴定范围、鉴定路线、计算数据、修复方式等明显不合理，缺乏逻辑性，不符合科学常识、日常生活经验法则的；

（四）鉴定结论明显不当的；

（五）经过质证认定不能作为定案依据的其他情形。

**二十二、**原告请求被告承担生态环境损害赔偿责任的，应当提供证明以下事实的证据材料：

（一）被告实施了污染环境、破坏生态的行为；

（二）发生了严重污染环境、破坏生态的损害后果；

（三）被告的行为与损害后果之间具有关联性。

这些，都涉及不同学科基于不同“范式”获得结论如何对话、如何合作问题。进一步的问题是：必须沟通合作的学科通过开放、相互理解和吸收、继而沟通合作如何可能（不同学科的“范式”能否对接，如何对接）？

**对策的初步设想：**

**一是监测、鉴定、评估法治化。**解决数据失真问题。体制改革、机制构建、主体、关系、责任（难题）——以监测立法为例（附件）。

**二是基于现有条件优化处理。**如江苏省高院的努力。

**三是培养复合型人才。**这是指向未来的根本之策。

**（三）核心概念使用的难题**

地方立法遇到的难题。

国家立法遇到的难题。

展开：回到开始，立法例及其说明。

**（四）体制机制问题**

我国历史形成的横向主体关系、纵向主体关系及其宪法法律规范存在诸多问题，这些问题在江苏河湖立法中有不同方面和程度的体现，同时也凸显了上位法在立法主体、立法需求、立法模式、概念定位及具体内容等方面存在的问题。

行政区划属地管理、流域管理、区域管理体制的构建。《水法》确立的是“流域管理”与“区域管理”相结合的体制，但在涉水法律、法规的总则中都会明确“县级以上地方人民政府或者某某主管部门”这一典型的属地管理的表述条款，但在具体的制度设计中，体现更多的是属地管理，对于流域管理、区域管理则是轻描淡写，如对于太湖，中央层面的《太湖流域管理条例》是以流域管理模式进行立法的，恰恰是太湖又具有典型的区域性特征，涉及苏浙沪皖四省，同时还具有明显的属地特征，如江苏出台了《太湖水污染防治条例》，但反观其他三省，对于太湖的保护却没有类似法规出台。江苏省内涉及的五个市也存在类似问题。根源在于管理体制的构建，同一部法规中确立三个管理体制设立的原则，而且相互之间无法形成“自洽”的和谐，必然会影响后续制度设计乃至执行之效果。

河湖立法中水与围水的河道、堤坝是相分离的，关于水的立法只规定水，河湖的堤坝则是单独立法。试问，没有堤坝的维护，水就是四处漫流，立法恐怕就不是去保护河湖中的水了，因此，我们认为河湖立法过程中，应当同步考虑水域河湖堤坝之间的关系，河湖堤坝保护问题，而且应当尽量细化，如江苏省河道管理条例就设计了一些制度去保护水环境、采砂以及河道堤防的保护与管理，在这方便做了一些有益探索。

机制方面的问题也比较突出。比如国家投资环境监测机构与社会投资环境监测机构的关系？虽然我们在《江苏省生态环境监测条例（草案）》初稿中试图引入市场机制，分类进行规范，但在后面的立法程序中其前景如何，不敢乐观——近期本人参加的江苏省人大常委会《江苏省不动产登记条例》立法专家论证会，有同类问题，即不动产登记机构的主体定位？法律责任？

**（五）整体设计的问题**

以污染防治法为例，在整体设计上，江苏立法与国家现行的水污染防治法存在共性的问题，制度设计不完整，管理环节不连贯，以罚，特别是以重罚代替管理的问题，需要认真对待，研究并加以解决。

**（六）河湖立法的哲学基础：自然性与社会性的协调平衡**

**1、环境法的调整对象**

汪劲：环境法所调整的社会关系是围绕人类环境利用行为产生的，我把它们称之为环境利用关系。环境利用关系中存在着自然人为了生存利益而本能利用环境的行为，与其他主体为了经济利益而开发利用环境的行为呈此消彼长的利害关系。

吕忠梅：环境法已经不再仅仅是一种单纯的人际关系或者社会关系的规则，而是一种既包括人与人的关系，又包括人与自然的关系的新规则，我们将其称为“人与自然”的共同体规则。//“自然与社会属性”。

蔡守秋：人与自然的关系、河流生命、河流健康。

黑格尔：断了的手指不能再称之为“手指”（有机体）。

**2、关于“关系”和“属性”的再思考**

深层次看，人与人的关系和人与自然的关系、人及河湖的自然性和社会性，在新的历史条件下有必要重新审视。

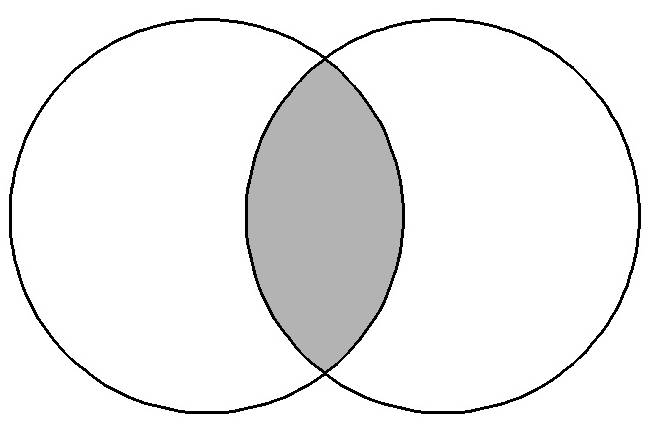
重读马克思**《1844年经济学哲学手稿》**：自然存在物；对象性关系及存在（对象化）；人化自然——取消“主体”？生态中心主义？

“在人类历史中即在人类社会的产生过程中形成的自然界是人的现实的自然界”。

“单向度”，还是双向的相互生成？社会系统之构建、经济社会发展之需要、民生问题之解决……都需要征服和改造自然。问题在于：长期以来，这种征服和改造被错误地理解是“单向度”的。

时至今日，我们需要反思这种征服和改造的“度”、可持续循环及自然-社会系统的互动方式（方向）。

【二个系统关系图】



自然系统

（河湖）

“人化自然”

相互生成

相互作用

相互影响

社会系统

**3、关于环境及河湖立法哲学基础的再思考**

**（1）自然及河湖系统不会因为社会系统的消亡而消亡。**大片《家园》告诉我们：地球适于人类生存，是多种条件聚合的结果。

**（2）“单向度”征服和改造自然之不可行。**

**（3）自然性缺失及其回归。**

**第一，过度“社会化”（自然性缺失）之危害。**河湖与人体的耗损、滞塞及退化——始于远端。充足、通畅、平衡与河湖生态。（举例：水域被占）

**第二，自然性回归及其与社会性之协调平衡。**人化自然与回归自然是一体双向的互动过程，应当在时间和空间二个维度上寻找平衡态，以促进自然和社会的可持续循环及发展。

**（4）基于协调平衡的自然-社会关系要求重构人类社会及其政治经济法律。**河湖-社会关系即是著例。

**（5）关于环境法（学）与传统法（学）的关系。**迄今为止是传统法（学）强力影响环境法（学），但环境法（学）的反作用会逐渐增强并将继续增强……最后达致平衡并融为一体双向，同时随着情况的变化而调整。