

Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2023.06.005

欢迎按以下格式引用:张祖增.整体系统观下黄河流域生态保护的法治进路:梗阻、法理与向度[J].重庆大学学报(社会科学版),2024(4):212-224. Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2023.06.005.



Citation Format: ZHANG Zuzeng. The overall system view of the legal approach of ecological protection in the Yellow River Basin: Obstruction, jurisprudence and dimension [J]. Journal of Chongqing University (Social Science Edition), 2024(4): 212-224. Doi: 10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2023.06.005.

# 整体系统观下黄河流域生态保护的法治进路:梗阻、法理与向度

张祖增

(大连海事大学法学院,辽宁大连 116026)

**摘要:**在习近平法治思想提出加快推进全面依法治国“系统性、整体性、协同性”背景下,黄河流域生态保护和高质量发展这一国家战略目标的实现需要将整体系统观作为一种方式变相嵌入到黄河流域生态环境法治保障命题之中,以塑造整体主义思维范式融贯其中的黄河流域生态法治话语体系与规范秩序。以整体系统观为分析工具,黄河流域生态保护法治进路关涉问题导向、理论追溯与逻辑向度三个核心议题。于前者,黄河流域生态法治面临以“形式理性”为表征的黄河保护法律规范纵向体系化任务尚未完成、以“行政命令—控制”为内在逻辑的权威管制型法律实施机制存在漏洞、以“风险预防”为内核的动态回应性流域司法保障体系付之阙如三重梗阻;于中者,因应现代法治是融合时间、理念与规范而生成的特定统一体,黄河流域生态保护法治构造的基本法理应沿循纵向共时性与历时性的统一、内在专业主义与权力主义的互动、外在公私法的交融而展开;于后者,为达致黄河流域生态保护“良法善治”的目标,宜构建“形神兼备”的黄河流域生态保护法律规范体系,塑造“软硬兼施”的黄河流域生态保护执法体系以及建立“防治结合”的黄河流域生态保护司法体系。

**关键词:**习近平法治思想;黄河流域生态保护;整体系统观;黄河流域生态法治;良法善治

**中图分类号:**D922.68;X321 **文献标志码:**A **文章编号:**1008-5831(2024)04-0212-13

作为孕育灿烂华夏文明的母亲河,黄河流域自然资源禀赋优越,是我国重要的经济走廊。然而,囿于历史、自然及人文等诸多因素影响,加之近年来人们对资源环境进行的不合理开发利用活动,这使原本生态本底较差、经济社会发展相对滞后的黄河流域正面临区域经济结构失衡、生态功能失序的双重风险。在此背景下,黄河流域生态环境治理和经济高质量发展成为新时代推进我国生态文明建设、实施区域发展战略、践行绿色发展理念等构建新发展格局过程中的重大时代议题。

**基金项目:**国家社会科学基金重点项目“陆海统筹生态环境治理法律制度研究”(21AZD062)

**作者简介:**张祖增,大连海事大学法学院博士后,Email:18032687243@163.com。

对此,习近平总书记立基于实现中华民族永续发展的战略高度,对黄河体弱多病的内因与外因进行“循脉问诊”与“把脉开方”。2019年,习近平总书记在郑州主持召开黄河流域生态保护和高质量发展座谈会时强调,“黄河生态系统是一个有机整体,要坚持山水林田湖草综合治理、系统治理、源头治理”<sup>[1]</sup>。以习近平总书记关于黄河流域生态环境治理的重要论述为根本价值遵循,党的二十大报告进一步指出,“把握好世界观和方法论、运用好立场观点及方法是继续在实践中基础上进行理论创新的基本前提”<sup>[2]</sup>。整体系统观作为凝萃于政治、哲学与文化等诸多学科的思维范式,因适配于新时代黄河流域生态环境治理空间的秩序期待,而成为推进黄河流域生态环境治理体系、治理能力现代化的重要切口与科学方法。

相较于其他治理模式,法治以独具的权威性、约束性而成为生态文明建设的根本保障,立法、执法、司法等多元要素的耦合性构成了法治系统现代化的基本表征。黄河流域生态环境治理作为生态文明建设的重要一环,在新时代全面依法治国与美丽中国建设双重宏阔背景的裹挟下,将黄河流域生态环境保护和高质量发展这一重大时代议题全面纳入法治保障轨道,对于实现党的二十大报告提出的“人与自然和谐共生式现代化目标”无疑具有战略性支撑作用。是故,在习近平法治思想提出加快推进全面依法治国“系统性、整体性、协同性”背景下,黄河流域生态保护和高质量发展这一国家战略目标的实现需要将作为现代法治衡量标准的“良法善治”与逻辑方法上的“整体系统观”相结合,即将整体系统观作为一种方式变相嵌入黄河流域生态环境法治保障理论与实践命题之中,以塑造成熟且自洽的黄河流域生态法治话语体系与规范秩序,明确的问题导向、周延的法理凝练以及系统的法治构造集中映射出整体系统观视域下黄河流域生态环境法治进路的多维立体化特征。

## 一、问题导向:整体系统观下黄河流域生态保护法治进路的困境审思

整体系统观作为统摄系统性与整体性两种科学思维范式的方法论纲,为系统揭示黄河流域生态保护法治实践暴露出的现实梗阻提供了基本价值遵循。

### (一) 以“形式理性”为表征的黄河流域生态保护法律规范纵向体系化任务尚未完成

作为法学研究的重要方法之一,体系化方法不仅象征着法学学科所具有的内在理性和逻辑严密性,还发挥着维系法秩序稳定的关键作用。随着全面依法治国战略的系统推进,新时代包括环境法在内的大量立法与修法活动接踵而至,为此亟须将体系化方法作为法律体系科学化建构和立法完善的方法论纲进行运用,这意味着既要制定出内容上具有统摄性的经典性法律文本,还要构建出形式完备的法律框架。映射到黄河流域生态保护领域,体系化方法对于黄河流域生态保护法律体系科学建构的指导意义在于:黄河流域生态保护法律框架无论是从内容还是形式上均需进行一体化建构,以切实将整体系统观这一立法逻辑贯穿于从内容形成至体系完备的每一环节。

当前,从调整内容的完整性程度上讲,我国《黄河保护法》的出台既反映了流域以水为核心要素的自然特征,又突出了流域水问题的整体特性,其以分章的形式将水资源、水环境、水生态、水经济与水文化串联起来,实现了黄河流域生态环境治理客体从单一涉水管理向流域一体化治理的结构转型。整体系统观视角下,客观意义上的黄河保护法律制度及其流域生态保护机制大体是融贯且完整的。然而,从法律体系化的外在表现形式看,以“形式理性”为表征的黄河流域生态保护法律规范纵向体系化任务仍处于未竟之状态。作为一部涵摄整个流域的综合性立法,《黄河保护法》规定的内容显然是较为宏观的,其虽具备法律内容的完整性却无法以一己之力实现黄河保护法律体系

在形式结构上的融贯程度。是故,为保证《黄河保护法》施行过程中呈现出应然的流畅度,对于法律文本中几乎无涉或者规定粗糙的法律制度与考核评价机制,亟须黄河流域九省区以制定更加严格、细致的地方性法规或规章的形式加以跟进。一方面,法律体系应是一个协调统一的整体,纵向法律规范体系的形成本质为国家立法权纵向分配的结果,在此意义上,整体系统观视野下黄河流域生态保护法律体系的建构逻辑理应对中央立法与地方立法的互动互补形成合理性关照;另一方面,黄河流域涉及空间范围广阔,自然地理条件的特殊风貌及不同地方的人文历史情况决定了流域内配套性立法的不可或缺。客观来讲,黄河流域生态保护地方性配套立法的制定与完善在某种程度上决定了黄河治理的现代化水平。然而,较为遗憾的是,在生态环境保护领域,黄河经济协作区各省市人大及其常委会通过的有关生态环境保护领域的立法少之又少,目前仅有《陕西省渭河流域水污染防治条例》《山西省汾河流域水污染防治条例》在法律属性上归属为黄河流经省区制定的关于流域部分河道及支流管理的地方性法规,其他省份在黄河流域生态保护立法问题上大多以决议、通知等不具有国家强制力保证实施的政策性文件的形式予以回应。在此意义上讲,我国黄河流域生态保护纵向法律体系建构仍处在进行中,其所追寻的“法体系逻辑自治”尚且表现为一种未竟之状态。

## (二)以“行政命令—控制”为内在逻辑的权威管制型黄河法律实施机制存在漏洞

为保证黄河流域生态保护法律规范系统的有效运行,有必要建设以严格执法为核心环节的黄河流域生态环境法律实施系统。当前,我国黄河流域生态环境治理施行以流域管理与行政区域管理相结合的“统管+分管”的管理体制,并以此种体制为基础逐渐形成了自上而下的以“行政命令—控制”为内在逻辑的权威管制型黄河法律实施机制。客观意义上讲,因应环境问题“负外部性”本质属性,政府以权威性管制手段为根本依托在应对复杂多变的流域治理情势方面无疑具备一定条件优势。然而,不容忽视的事实是,以“行政命令—控制”为内在运行逻辑的权威管制型黄河法律实施机制因应自身固有的缺陷不可能从根本上解决流域内存在的所有生态环境问题。首先,流域生态环境问题产生于自然资源的开发利用过程之中,是经济社会生活的“副产品”<sup>[3]</sup>,以政府行政权能为主导的单向度权力配置与环境法实施机制无法解决流域范围内发生的资源节约集约、生态环境保护的内生性动力问题。这意味着,行政管理的特殊性决定了政府除循环使用加强命令控制的老办法外,很难以主动、互惠的方式使流域环境问题得到更妥善的解决。其次,以“行政命令—控制”为内在运行逻辑的权威管制型黄河法律实施机制的目标和效果往往受不同利益集团的影响,这些影响来自政治上的压力,也来自污染企业的寻租。在黄河流域生态环境治理实践中,由于一些地方政府和环境行政监管机构与污染企业形成了千丝万缕的利益牵连,在缺少行之有效环境行政管制权外在监督机制的背景下,单纯的政府统管法律实施机制会导致政府被管制企业俘获,不愿执法,甚至产生由环境事务“管理者”转变为环境问题“制造者”的异化风险<sup>[4]</sup>。最后,基于环境行政管制条件的欠缺和资源的短缺,环境行政监管机构及其人员理性的有限性,环境行政管制过程中存在的信息不对称、不确定性等客观因素的存在,以“行政命令—控制”为运行逻辑的权威管制型黄河法律实施机制可能因高昂的行政管制成本而难以对流域生态环境问题形成全方位管制。对此,正如布鲁斯在《重塑环境法》中所指出的那样:当污染源不断扩大时,信息不对称问题以及为搜集信息付出的行政成本给行政部门带来了巨大压力,致使以单向度权力运行为表征和以“标准设定”为中心模式的环境执法机制既无法全面控制污染和环境风险,也无法提供立法者事先承诺的环境利益<sup>[5]</sup>。



### (三) 以“风险预防”为内核的动态回应性黄河流域司法保障体系付之阙如

对于流域生态保护面临的实质不确定风险,新时代流域环境司法审判理念应突破传统意义上“生态环境无损害则无救济”思维范式,将对流域风险的干预行动上升为司法裁判,确保流域司法治理理念实现从末端损害救济到前端风险预防的历史性变革。在我国,风险预防原则在环境司法中的适用进路主要通过带有预防性司法救济性质的环境公益诉讼得以实现。最高人民法院发布的《关于全面加强环境资源审判工作为推进生态文明建设提供有力司法保障的意见》明确要求通过事前预防措施降低环境风险发生的可能性及损害程度;《关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》第2条亦对“事后损害”与“事前预防”作了明确区分,将环境民事公益诉讼案件的启动条件划分为“已经损害社会公共利益的污染环境、破坏生态的行为”和“具有损害社会公共利益重大风险的污染环境、破坏生态的行为”。虽然司法解释为预防原则在环境司法中的适用作了一定的规范性指引,但传统环境司法在风险预防原则的贯彻上仍凸显出不力的局面。目前司法实践中,除“五小叶槭案”与“绿孔雀案”是以高度盖然性为标准提起的生态环境风险预防的公益诉讼案件,真正以风险预防原则作为司法裁判要旨的案件少之又少。这一环境司法现状映射到流域司法层面,客观上讲,面对黄河流域生态环境治理实践中存在的产业结构性风险、跨域格局性风险和系统失衡性风险,黄河流域环境司法理应将风险预防原则融贯到现代司法审判理念之中,以充分发挥环境公益诉讼的全部制度功能。然而,遗憾的是,当前包括黄河在内的大多数流域环境污染案件通常表现为对损害发生后风险扩大的预防,即流域生态环境公益诉讼仍以救济性为主,真正以排除具有生态环境风险行为的黄河流域预防性环境公益诉讼至今未见一起,预防性诉讼条款在黄河流域司法治理中被束之高阁而几乎沦为“冷冻条款”<sup>[6]</sup>。

## 二、价值溯源:整体系统观下黄河流域生态保护法治进路的法理凝练

整体系统观视域下,提炼或凝练法理要把握法理的时间维度、价值维度、规范维度等基本内容。映射到法治领域,纵向的共时性与历时性的统一、内在的专业主义与权力主义的衡平以及外在的公私法的交融互动共同构成了整体系统观视域下黄河流域生态保护法治进路的法理依据。

### (一) 纵向时间:共时性与历时性的有机统一

作为结构主义学派奠基人、著名语言学家费尔狄南·索绪尔在其著作《普通语言学教程》中提出的两个统一性概念——共时性与历时性,分别以纵向与横向、历史与现实、动态与静态的全方位视角为研究对象的客观性与研究结论的普遍性提供了基本的价值遵循<sup>[7]</sup>。法释义学下,共时性思维从结构主义角度揭示出同一历史时期内存在的诸要素间的状态关系,而历时性原理强调的是从历史向度探究时间相连续的事物之间的演进规律。以语言划分的共时性与历时性原则为价值遵循,在推进我国环境法治实践过程中启示我们,一方面应对环境法律体系、框架相对静止的结构特征予以必要性关照;另一方面应注意到环境法规代际演替的必然规律,把历时性维度中的利益平衡机制纳入现代环境法治的宏观结构之中。映射到黄河流域生态保护法治保障命题上,应牢记黄河流域生态保护和高质量发展法治保障系统的建构在时间维度是共时性考察与历时性判断有机统一的科学机理。对此,亟须对黄河生态治理阶段性目标与未来图景予以统筹考量、科学研判,特别是在整体系统观下,要对过去、现在以及未来间存在的前后相继、遥相呼应的因果关系形成理性且周延认知。

一方面,实现黄河流域生态保护和高质量发展目标的法治保障应当具有回顾性。由于黄河流域生态环境问题是由过去长期叠加的“负外部性”后果造成的,是故,黄河流域生态保护和高质量发展目标的实现面临着“历时性问题共时性解决”的严峻挑战。特别是鉴于黄河流域内不同行政区域对造成流域生态问题的“贡献率”存在较大差异,在推进流域环境治理及其法治系统建构时,应考虑到历史累积因素,将对作为技术性和经济性权利的区域发展权、作为社会性与政治性权利的区域治理权、作为自然性与生态性权利的区域环境权等三重权利关系的理性配置奉为圭臬。另一方面,黄河流域法治建设深深地扎根于时代中,其立足现实和着眼未来,与时代同呼吸,与时代共发展,本质是一个历史活动过程。为此,实现黄河流域生态保护和高质量发展目标的法治保障还需具有前瞻性。这既包括黄河流域生态保护法治应着力构建一个跨时代实现环境正义的规范框架,在保证流域内当代人享有正当环境权益的同时也要满足后代人基于其发展能力所享有的环境利益,实现从代内公平向代际关怀的思维拓展;也包括在流域环境风险不确定性背景下,黄河法治应依循风险预防原则,确保实现流域环境风险事后规制与事前预防的有机统合。

### (二) 内在理念:专业主义与权力主义的互动配合

在规制内涵变迁与现代环境法演进过程中,专业主义与权力主义作为贯穿现代环境法治事业始终的两种彼此独立且又相互关联的价值理念,揭示出新时代环境法治的应然走向和实践逻辑。具言之,因应社会结构的优化组合是推动社会变革的决定性因素,在此背景下,现代环境治理作为法律与科学交融互惠的典型场域,其势必需要在专业主义与权力主义双重价值的嵌合驱动之下方能达致环境治理的预期目标。之于前者,权力主义因具有高效率、普适性和强制拘束力等优势,其自不待言地处于现代环境法治价值理念的主导地位;之于后者,环境法治的技术性特征也决定了科技进步、信息系统与知识权威的创建对我国环境法治的转型具有重要支撑作用<sup>[8]</sup>。因此,作为现代环境治理中的一条隐形主线,专业主义理念强调将专业知识、信息技术、科学原理运用于与科技信息紧密关联的环境法之中,旨在用全社会的知识与理性降低或控制环境风险,具有补救权力机关在某些专业领域因知识狭隘而成为“外行”的功能。

黄河流域生态环境治理作为集科学机理与法学原理于一身的论域,在整体系统观视域下,如何“双管齐下”,以使相互交织的两种理念在黄河流域生态法治建构过程中实现衡平,这无疑是新时代生态文明法治建设不容忽视的重要时代议题。《黄河保护法》第14条创设的以智慧赋能黄河流域统筹协调机制科学运作的黄河流域生态保护和高质量发展专家咨询委员会制度,便是证成专业主义与权力主义在黄河流域生态环境治理过程中以融贯互通、交织互动形式存在的典型例证。一方面,黄河流域统筹协调机制作为流域合作协商型事权的协调者以及权威型事权的议题发起者,在流域决策过程中难免存在专业盲区或知识漏洞而需要以环境法或环境科学等领域专家学者为代表的环境权利主体充分利用专业知识、技术与资源,从而为实现流域生态环境的良性有序管理提供科学性知识与方法性支撑;另一方面,专业知识只是扮演着环境治理事实认定环节判断依据的工具性角色,黄河流域统筹协调机制有权对基于专业知识作出的法律结论作出采纳与否的评价。

### (三) 外在规范:公法与私法的融贯互通

自古罗马法学家乌尔比安首次将法律区分为私法与公法概念以来,公私法的属性划分便一直为大陆法国家所承认并坚持<sup>[9]</sup>,现代法治的形式载体为此也游走于公法与私法之间。传统观点认为,公法与私法的二元区隔本质上是西方法律文明发展演变的产物,其源于社会生活的应然需求,

反映法律调整的基本规律,通常呈现一幅保障私权、限制公权的法治图景<sup>[10]</sup>。然而,受到自由放任主义修正、社会矛盾激化、政府权力运用等因素的影响,本为“楚河汉界”相隔的公法与私法之间逐渐破除了横亘在二者中间的墙帏<sup>[11]</sup>,公私法融贯互通的法律现象日渐显现。映射到环境法领域,《民法典》第1234条规定的“生态环境损害代修复制度”本质上是公法机制在私法领域的拓展应用与制度延伸,其创设出“公法义务、私法操作”的新型环境救济思维范式。在《民法典》呈现出“私法公法化”这一法律现象的背后,人们越发注意到单纯靠公法或私法某一种法律机制已经无法对关涉环境公共利益属性的生态环境损害救济制度作出自洽的理解。另外,从比较法审视,各国法秩序也均抛弃了公法与私法彼此分离、相互对立的思维方式,转向寻求公私法融合的路径来解决生态环境问题<sup>[12]</sup>。可见,因应现代环境问题所具有的复杂性、科技性及综合性面向,加之公私互动治理频率显著增强,公法与私法两大机制在生态环境治理过程中交融渗透、彼此借力的情形已为大势所趋。

需要注意的是,作为法学发展的必然走向,公私法间的融合互通并不是全然漠视公私法间的区分,它不等同于凯尔森所论“纯粹”的“法一元说”的极端观点<sup>[13]</sup>,本质逻辑在于:权利与权力的关系从最初的对抗博弈转换为如今的合作共赢。对此,最直观的体现是,由于政府命令控制式管制工具随着治理要求的拓展而日渐乏力,使基于激励的规范(如特许)、透过对市场控制的规范、公共补偿、社会保险等体现公私融合属性的新型环境治理工具逐渐演变为环境法建制的重心所在<sup>[14]</sup>。以公私法在生态环境治理复杂场景中所呈现的彼此交融的逻辑关系为遵循,整体系统观视域下,黄河流域生态保护的法治进路在规范维度毋庸置疑亦以公私法的融汇协作为基本表征,任何单一公法或私法都难以为黄河流域生态保护和高质量发展这一国家战略目标的实现提供牢靠支撑,为此需汇集公私法两大机制之治理合力。以流域内排污权交易机制的建构原理为例,作为实现流域内污染物总量控制目标的制度载体,排污权交易制度既体现了生态环境保护及以排污许可证为形式载体而对企业排污行为进行管控的公法特征,同时也蕴含着基于意思自治原则所催生的排污权有偿使用的私法意涵,在传统“公私法分隔对立”思维范式下,排污权交易机制的法律属性难以找寻到逻辑自洽的解释理路。整体系统观背景下,通过引入以公私法融会互通为核心价值的德国双阶理论对流域排污权交易法律属性进行体系重构,这对厘清排污权本身的内在逻辑、明晰新时代黄河流域排污权交易制度的设计思路以及指导排污权交易的司法实践均具有重要的理论与实践意义。由此观之,在推进黄河流域生态保护和高质量发展这一国家战略过程中,行政法律关系和民事法律关系相互嵌套,环境公益性与私益性交错纵横,这决定了应在公私法融合互动背景下对黄河流域生态环境问题予以统筹考量。

### 三、应然构造:整体系统观下黄河流域生态保护法治进路的逻辑向度

整体系统观视野下,黄河流域生态保护“良法善治”目标的达成亦应建立在由立法、执法、司法等多种要素耦合而成的流域生态法治系统构造基础之上,即通过构建“形神兼备”的黄河流域生态保护法律规范体系,塑造“软硬兼施”的黄河流域生态保护执法体系以及建立“防治结合”的黄河流域生态保护司法体系,统筹推进黄河流域生态环境治理体系与治理能力的现代化。

#### (一) 构建“形神兼备”的黄河流域生态保护法律体系

理想层面的“良善型法律规范体系”应为统合实质理性与形式理性而生成的现代法治产物,即外部结构完整和内在价值统一构成了某一部门法律体系科学建构与否的最终衡量标准。



### 1. “形”:黄河流域生态保护法律体系的建构需遵循“形式理性”

根据法律体系形式理性建构原理<sup>⑩</sup>,黄河流域生态保护法律规范的体系化塑造,需在统一价值理念的指引下,整合好内部规范体系,协调好外部规范体系,以完善黄河流域生态环境保护立法法的整体组成及其结构。

#### (1)整合完善黄河流域生态保护的内部法律规范体系

按照环境法规范制定的立法权限与位阶关系,黄河流域生态保护的内部法律体系通常由统筹流域生态保护与绿色发展为直接立法目的的黄河流域生态环境保护基本法、单行法律、黄河流域生态环境具体领域治理的行政法规与部门规章以及黄河流域生态环境治理的地方性法规与规章等几部分内容统合而成。其中,作为黄河流域生态保护法律体系构建的关键步骤和引领主体,《黄河保护法》的颁布不仅有利于弥补黄河流域生态保护综合性立法缺失的空白,改变黄河流域环境要素间分而治之的局面,而且可以凭借其更权威的立法层级而为黄河流域生态保护规章、条例、规范性文件等提供上位法依托,使《黄河保护法》传递的价值理念成为整个法律体系内部共同的价值遵循,该法在内容设置以及程序审议上无疑处于整体系统观视域下“总则法”的位置。

需要指出的是,《黄河保护法》诚然创造性地将流域资源利用、生态环境修复与经济产业发展间的关系融合到统一的法律规范之中,但囿于流域治理空间的广阔性以及流域治理事项的繁杂性,这意味着仅依靠一部具有总领属性的《黄河保护法》无法涵盖与流域生态治理和经济高质量发展有关的所有内容,即《黄河保护法》的出台并不意味着完备且融贯的黄河流域生态保护法律规范体系已经形成,事实上其只是开启了黄河流域生态保护和高质量发展这一重大国家战略有法可依的新局面。为此,需以立法规范制定的位阶关系与顺次先后为指引,通过整合与完善黄河流域生态保护的内部法律规范体系,以保障黄河流域法律体系在内部结构上形成不同层级法律规范以黄河保护基本法为焦点的众星拱月之势。首先,应对黄河流域生态保护法律规范进行类型化梳理,为内部规范的体系化建设创造有利条件。其次,应当在《黄河保护法》的统领下推动黄河流域内的地方立法进程,通过地方性法规或规章对地区特殊性作出回应,将相关法律制度细化为具体实施规则。需要注意的是,在此过程中必须同时考虑到地方立法的协同问题,避免产生无法衔接甚至相互冲突的法律规范,实现既有差异又能相互协调的区域协同立法。区域协同立法可以为具有区域性的流域生态环境保护提供一致性的制度保障,平衡复杂的利益关系,推进流域整体法治进程<sup>[15]</sup>,在黄河流域展开区域协同立法是健全黄河流域生态保护纵向法律体系的必然选择。最后,以我国《立法法》和立法理论对法律规范的协调性与系统化要求为方法遵循,整体系统观视野下黄河流域生态保护内部法律规范的体系化构建应达致同一位阶的法律规定需保持相互一致,低位阶的立法不能与高位阶的立法相抵触,法律规定之间应当避免重复以及避免出现法律调整的空白<sup>[16]</sup>等目标。对此,要加快推进黄河流域生态保护法律法规的“立改废释”工作,剔除重复和矛盾的条款,更新陈旧的法律规范,升级效力层级较低的法律法规,以保障黄河流域生态保护法律规则实现内容上的全面性、规范上的一致性以及逻辑上的自洽性。具体而言:一方面,对于黄河流域生态保护既有立法与《黄河保护法》的规制内容可能存在的交叉重叠之处,应妥善处理《黄河保护法》与同一层级其他水事调整、资源开发、空间布局等单行法律规范的关系,建议以“特殊法优于一般法”“新法优于旧法”的原则为

<sup>⑩</sup>法律规范体系的形式理性追求的法律规范外在体系由内容完备、结构耦合、逻辑自洽、层次分明的有机整体组成。

方法论纲,对相关法律及时作出合理解释与适用,做好新法旧法的衔接工作;另一方面,对于《黄河保护法》框架构造与制度体系设计可能宽泛、既有法律几乎无涉之处,如运用市场机制解决流域环境污染问题的排污权交易、流域生态补偿、环境污染第三方治理等具体制度,建议通过制定规章、条例、规范性文件的形式对其进行补充,在纵向上形成效力阶层合理的黄河流域生态保护内部法律规范体系。

## (2) 妥善协调黄河流域生态保护的外部法律规范体系

每一部法律规范都不是以孤立、封闭的状态存在,它始终以与其他法律规范紧密关联和相互作用的形式发展与演变,共同存在于国家统一的法律体系之中<sup>[17]</sup>。由此,为达致黄河流域生态保护法律体系建构所追求的形式理性目标,除了整合完善黄河流域生态保护的内部法律规范体系,还需要妥善协调黄河流域生态保护的外部法律规范体系,即做好黄河流域生态保护法律体系与外围法律规范的有机衔接。

具体来说,作为支撑黄河流域生态保护法律体系运行的中心,《黄河保护法》在流域生态环境治理中的有效运作,需要在其他法律规范或制度设计原理下辅助进行。为此,在塑造黄河流域生态保护外部法律规范体系的过程中,既要协调好《黄河保护法》与其他环境单行法规范的衔接与理念拓展工作,同时也要做好《黄河保护法》与传统部门法律之间的协同对接。例如,《黄河保护法》第120条明确规定“违反本法规定,构成犯罪的,依法追究刑事责任”。这一“附属刑法”条款为《黄河保护法》与刑法间存在的衔接关系提供了直接立法依据。一方面,《黄河保护法》的出台是从立法层面贯彻落实习近平生态文明思想之“严密法治观”直观写照,为保护黄河流域生态环境提供了充分的法律依据;另一方面,要实现黄河流域生态环境的“最严”保护,毋庸置疑需要刑法发挥其应有的兜底保障功能。因此,刑法与《黄河保护法》的对接应坚持“最严”生态法治观,并在规制范围上实现对黄河流域生态法益的全方位保护。

## 2. “神”:黄河流域生态保护法律体系的建构需贯彻“实质理性”

仅从单一形式理性出发难以对黄河流域生态保护法律体系的精准定义形成周延的理性认知,其可能陷入“法律迷信”抑或“恶法亦法”的思维桎梏之中。对此,可通过塑造或赋予法律规范内在正当性的实质理性来弥合上述缺陷。根据法律体系的一般原理,法律规范体系的“内在价值体系”强调的是各种规范的价值目标或法律理念需具有内在一致性,具体表现为由法律理念作为基石的法律原则所追求的价值在具体的法律规则和由法律规则所组成的法律制度能够一贯性表达<sup>[18]</sup>。然而,需要指出的是,由于作为价值融贯性所指向的法律的理念,其本身不能从法律体系内部得到证立<sup>[19]</sup>,是故,价值融贯性并非法律体系的本体性构成要素。为此,倘若立法者没有注意到价值融贯性,那么对法律体系所施加的融贯性要求于这个体系而言就是可被追求的品质。而且,价值融贯性有程度之分,价值融贯性越高,法律体系越好<sup>[20]</sup>。当前,黄河流域生态保护法律体系正处于价值融贯性的重塑过程之中,为保证法律体系的“实质理性”在黄河流域生态保护法律体系建构过程中得以贯彻,首先须对隐藏在《黄河保护法》背后的价值追求与逻辑主线进行精准识别,并保证该价值主线在黄河流域生态保护外部法律体系建构以及具体制度设计过程中得以始终如一地贯彻。对此,党的二十大报告指出“中国式现代化是人与自然和谐共生的现代化,促进人与自然和谐共生是中国式现代化的本质要求”。以党的二十大精神为根本指引,“人与自然和谐共生”便是矗立在黄河流域生态保护法律规范背后的“价值主线”,其既扮演着黄河流域生态保护法律体系背景墙的角色,同时



也构成了黄河流域生态保护法律体系是否具备价值融贯性的关键性判断标准。

以人与自然和谐共生为核心建构黄河流域生态保护内在价值体系的基本进路包括:将“人与自然和谐共生”的价值理念嵌入黄河流域生态保护外部法律体系之中,严格贯彻“生态优先、绿色发展”的基本原则,构建以人体健康和生态安全为初级目标,以不断提升生态环境品质为高级目标的制度体系<sup>[21]</sup>,推动黄河流域生态保护法律体系在促进人与自然和谐共生方面实现内部体系的价值融贯与外部体系的逻辑自洽。

## (二) 塑造“软硬兼施”的黄河流域生态保护执法体系

黄河流域生态保护法律体系之生命力及其权威性均在于实施。伴随着黄河流域生态保护法律体系的形成及日臻完善,构建以严格执法为核心环节的流域法治实施系统,成为创造生态法治文明新形态的使命所在。作为黄河流域生态保护法律规范实施的形式载体,以是否具有强制约束性为标准,黄河流域生态法治的执法构造可划分为权威管制型与激励促进型两种机制,二者统一于将黄河流域管理规范的制度优势转化为流域治理效能的法治实践之中。

### 1. “硬”:塑造权威管制型黄河流域生态保护执法体系

因应生态环境问题的外部性,政府因本身具有的人才、资金、技术等优势而在生态环境保护这一典型公共事务治理过程中扮演着管理者、组织者以及决策者的角色。以此为基础,黄河流域生态保护法律规范的执行机制即为负有流域环境管理权限的行政主体依据一定法律程序推动流域生态保护法律规范落地实施的动态过程。在此过程中,行政管制构成了行政机关进行流域环境保护的重要法治手段,以《黄河保护法》为表征的环境保护法律规范由此也呈现出“行政管制型立法”的特征。作为流域环境管理机关执法功能的主要形式载体,管制型机制为达致立竿见影的环境治理效果,其通常以“命令—控制”为根本行动逻辑,本质是对行政相对人可负义务或减损利益的权力约束,具体包括行政处罚、行政强制执行、行政监督检查等规制方式。为此,在黄河流域生态法治的执法构造中,须逐步建立与黄河流域生态保护和高质量发展目标相适配的规划、标准、评估、许可等管制型机制。具言之:在规划方面,2019年5月中共中央、国务院印发的《关于建立国土空间规划体系并监督实施的若干意见》规定了用途管制、空间规划等各项措施。为此,应逐步将黄河治理策略融入国土空间规划与“三线一单”生态环境分区管控,加快流域综合规划制定的同时推进黄河流域生态保护和高质量发展专项规划的编制。此外,还应以黄河流域生态空间管控为价值遵循,禁止或者限制社会经济主体在黄河重要生态功能区、环境敏感区或脆弱区的开发利用活动,以确保从源头防范流域环境风险。在标准方面,加快黄河流域内工业企业温室气体排放标准、产品能效标准、流域生态补偿标准、黄河流域水环境质量标准、流域生态修复标准(河口、物种栖息地、河湖岸线)等技术标准的制定或修订。在评估与许可等管制型机制方面,应结合当前需求,着力构建适配于黄河生态保护和高质量发展法治需求的流域水资源利用全过程管控、流域新污染物环境调查和评估、河道采砂许可以及排污许可等制度谱系。

### 2. “软”:塑造激励促进型黄河流域生态保护执法体系

从环境治理实践角度考察,单一管制型机制在流域生态环境治理中难免出现内生动力缺乏、治理合力基础薄弱、行政执法一刀切等痼疾<sup>[22]</sup>。基于此,对行政机关在流域环境治理过程中所具有的管制性功能进行肯认的同时,还需充分挖掘并释放行政机关所肩负的实施积极行为,为公众提供集体福利之任务以及承担给付、服务、指导、激励等柔性治理手段的促进性功能<sup>[23]</sup>,即塑造激励促进型

黄河流域生态保护执法体系。当前,适配于黄河流域生态保护和高质量发展这一国家战略目标实现的较为重要的促进型行政机制主要包括行政合同、行政指导以及行政奖励等柔性规制工具。

其一,行政合同机制。作为环境管理的创新形式,区别于权威管制型执法机制基于单方行政主体的意思表示即可发生法律效力,行政合同机制需要贯彻实施环境公共利益的多方当事人达成合意。映射到黄河流域生态保护柔性执法机制事项上,通过以合同的形式进行谈判,流域范围内的企业或土著民众可以提出适切性更高、治理成本更低的环境保育措施。与此同时,流域环境管理机构亦可提出现有黄河流域生态保护法律规范中尚未明确规定但更为强力的生态环境保护措施,并在合同中保留一定的干预权限<sup>[24]</sup>。对此,美国的“栖息地保育计划”<sup>①</sup>以及我国钱江源国家公园管理中的农田地役权改革<sup>②</sup>均可作为行政合同机制在黄河流域生态保护激励促进型执法构造中的嵌入提供有益镜鉴。

其二,行政指导机制。法释义学视角下,行政指导系指行政机关在其法定职权范围内,通过建议、示范、约谈等非强制性方式,引导行政相对人自愿作出或者不作出某种行为,以实现一定行政管理目的<sup>[25]</sup>。在此语境下,行政指导的本质在于“非强制”,“引导”则构成行政管理目的达成的根本方式。在黄河流域生态保护柔性执法构造中,行政指导主要通过行政机关对流域范围内的当地民众与生产服务企业展开宣传教化的方式发挥作用,以营造生态优先、绿色发展以及低碳环保的社会氛围,进而彰显行政指导对实现黄河流域生态保护和高质量发展这一国家重大战略目标的正向引导功能。

其三,行政奖励机制。该机制发挥作用的内在机理主要为:行政机关通过充分挖掘行政相对人的潜在智力、财力和物力等系列资源,最大限度调动行政相对人为实现既定行政目标而发挥各自的主动性、积极性与创造性<sup>[26]</sup>。以此为遵循,在塑造黄河流域生态保护柔性执法构造过程中,为保证行政奖励机制蕴含的激励功能和资源配置功能得到应有的发挥,应在黄河流域生态保护法律体系中对行政奖励的条件以及救济等内容作出详细规定,包括明确何种情况下社会公众可以获得行政奖励,至少应设置一个受奖励的标准或者以数值确定个人参与黄河生态环境保护而理应受到奖励的门槛;以法律形式赋予相对人在行政机关因拒绝、拖延等原因不发放环境保护奖励时而享有的提起复议、诉讼的权利。

### (三) 建立“防治结合”的黄河流域生态保护司法治理体系

当前,随着黄河流域生态保护和高质量发展这一国家战略的纵深推进,流域内耕地保护、国土空间规划、生物多样性保育、碳排放权交易以及排污许可等纠纷矛盾日趋多样化。在此背景下,司法作为法权结构的重要组成部分,同时也是法治系统构建的关键一环,应充分发挥其在守护黄河流域生态环境原貌底色以及维护流域生态正义中所具有的最后一道法治保障的防线作用<sup>[27]</sup>。具言之,风险社会下,为有效预防流域重大环境风险的发生以及为流域生态环境损害提供及时有效的救济,黄河流域生态环境司法治理体系建构应以“前延后伸”的逻辑理路为遵循,切实推动新时代我国

①栖息地保育计划(Habitat Conservation Plans)虽名为计划,实为由美国鱼类与野生动物局(Fish and Wildlife Service)与私人土地所有者达成的合同。在该合同下,只要物种在总体上得益,土地所有人就被允许在其部分土地上捕获动植物资源或进行修筑。参见:CUNNINGHAM W P. Mary Ann Cunningham. Environmental Science: A Global Concern[M]. 13th ed. Boston: McGraw Hill Education, 2018: 226.

②钱江源国家公园通过合同的方式完成农田地役权改革以平衡生态利益与私人土地权利;在不改变土地权属的同时,建立地役权补偿机制和社区共管机制,在限制农民一定使用权前提下,对相应损失给予补偿。

流域环境司法治理理念的转型与重构。

### 1. “防”:建立黄河流域生态保护的预防性司法治理体系

自从贝克提出“风险社会”这一重要论断以来,风险正以科学不确定的基本面向在社会化道路上大踏步迈进,其充斥着包括生物安全、气候变化在内的各个领域。映射到流域生态环境领域,因应“流域”意涵的关涉面颇为广泛,既指向河流湖库等聚水区为一体,具有显著生态边界的自然生态空间,同时也关涉流域内“人—自然”“人—人”等基本关系构造的社会因素,因此流域生态环境风险呈现出系统化、多样化以及复杂化的特性,主要包括产业结构性风险、跨域格局性风险和系统失衡性风险三重面向。基于此,新时代黄河流域生态保护预防性司法体系的建立应突破传统意义上“生态环境无损害则无救济”思维范式,将对流域风险的干预行动上升为司法裁判,确保流域司法治理理念实现从末端损害救济到前端风险预防的逻辑转型。

具体而言,要把环境风险预防纳入制度范畴,使《黄河保护法》中诸多体现风险预防理念的条款得以通过诉讼获得实施<sup>[28]</sup>。一方面,可联合检察机关引入预防性行政公益诉讼机制,即当检察机关综合判定行政机关的行为存在风险发生的高度盖然性时,允许在行政行为作出之前或损害结果实际出现之前向法院提起公益诉讼<sup>[29]</sup>,以此形成对政府风险治理行为的规制和监督,使政府在作出具体行政行为时担负更高的注意义务,并促进其主动采取风险行政规制措施来更好地履行环境保护的作为义务。另一方面,应增强环境民事公益诉讼中预防性救济案件的可诉性,完善风险评估鉴定机制与健全环境公益诉讼中“重大风险”认定标准;严格适用“危险排除责任”并辅以合理的证明责任分配标准;以禁止令在流域环境公益诉讼中的适用为指引,完善行为保全性质的禁止令和非诉强制执行性质的禁止令等<sup>[30]</sup>,通过将风险预防理念贯穿于流域司法机关的司法裁判中,从而实现流域司法理念从“反应—救济”向“预测—预防”思维范式的历史性转变。

### 2. “治”:建立黄河流域生态保护的救济性司法治理体系

首先,充分发挥生态环境损害赔偿诉讼在黄河流域生态环境损害救济中的功能适用。根据《生态环境损害赔偿制度改革方案》有关规定,较大或者严重影响生态环境的环境污染或生态破坏事件构成了依法提起生态环境损害赔偿诉讼的基本情形,从一般意义上讲,流域环境污染或生态破坏在影响范围、程度、后果等方面显然符合上述规范要求,但现实中流域性生态环境损害赔偿诉讼十分罕见,为此需推动生态环境损害赔偿诉讼在黄河生态环境治理过程中的能动适用。

其次,对于发生在黄河流域重要生态功能区或敏感脆弱区的环境损害,要在救济性环境公益诉讼中及时适用生态环境损害惩罚性赔偿制度予以惩治与威慑,即在探索流域生态环境损害惩罚性赔偿的司法适用进路方面,应以司法谦抑性为适用前提、以责任要件为适用依据、以数额认定为适用保障,切实保障好习近平生态文明思想之“严密法治观”在黄河流域生态环境损害场景的贯彻应用。

再次,因应《最高人民法院关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》与《民法典》均明确将生态环境修复义务作为环境侵权人承担的责任方式之一。在此背景下,针对黄河流域生态环境污染严重、资金投入大、修复过程缓慢,且实践中对谁来修复、如何修复、修复监督及保障等事关流域修复效能的关键性问题,应通过对《黄河保护法》之“生态环境修复条款”进行规范解读,确定修复方式,加强修复保障,规定修复监督,以拓展与完善黄河流域环境公益诉讼中生态修复的实现路径。



最后,为充分发挥司法在黄河流域生态保护和高质量发展命题中的救济性功能,法院不应依赖不予立案或驳回起诉加以回避,而应在法律规范容许的解释空间内运用司法策略化解难题,如此可将黄河生态保护的国家战略意义考量融入司法过程。

#### 参考文献:

- [1] 习近平. 在黄河流域生态保护和高质量发展座谈会上的讲话[J]. 奋斗, 2019(20): 4-10.
- [2] 习近平:高举中国特色社会主义伟大旗帜 为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗——在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告(2022年10月16日)[R/OL]. (2022-10-25)[2023-06-01]. [https://www.gov.cn/xinwen/2022-10/25/content\\_5721685.htm](https://www.gov.cn/xinwen/2022-10/25/content_5721685.htm).
- [3] 吕忠梅, 窦海阳. 以“生态恢复论”重构环境侵权救济体系[J]. 中国社会科学, 2020(2): 118-140, 206.
- [4] 李冰强, 王楠. 论黄河法的立法定位[J]. 山西大学学报(哲学社会科学版), 2022(3): 128-136.
- [5] ACKERMAN B, STEWART R B. Reforming environmental law[J]. Stanford Law Review, 1985(5): 52-71.
- [6] 秦天宝. 我国流域环境司法保护的转型与重构[J]. 东方法学, 2021(2): 158-167.
- [7] 索绪尔. 普通语言学教程[M]. 高名凯, 译. 北京: 商务印书馆, 1980: 143.
- [8] 沈百鑫. 浅析以科技信息为主线的环境协同治理[J]. 中国环境管理, 2015(6): 84-89.
- [9] 孙文楨. 私法概念之再研究: 兼论私法观念的革命[J]. 北方法学, 2013(3): 5-13.
- [10] 孙国华. 中国特色社会主义法律体系研究: 概念、理论、结构[M]. 北京: 中国民主法制出版社, 2009: 137.
- [11] 彭中遥. 《民法典》中生态环境损害代修复制度之探析[J]. 中国高校社会科学, 2022(1): 60-69, 158.
- [12] 沈阳. 生态环境损害政府索赔制度的困局与出路: 以公私法融合为视角[J]. 四川环境, 2021(3): 199-204.
- [13] 秦天宝. 整体系统观下实现碳达峰碳中和目标的法治保障[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2022(2): 101-112.
- [14] 杜辉. 公私交融秩序下环境法的体系化[J]. 南京工业大学学报(社会科学版), 2020(4): 19-29, 115.
- [15] 王敏. 流域保护区域协同立法的功能定位与规范进阶[J]. 中国环境管理, 2024(2): 121-128.
- [16] 李莹, 沈晓悦. 水污染防治法律规范体系协调性评估研究[M]. 北京: 中国法制出版社, 2015: 45.
- [17] M. H. 马尔琴科. 国家与法的理论[M]. 徐晓晴, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2010: 416.
- [18] 赵宏. 行政法学的体系化建构与均衡[J]. 法学家, 2013(5): 34-54, 176.
- [19] 雷磊. 融贯性与法律体系的建构: 兼论当代中国法律体系的融贯化[J]. 法学家, 2012(2): 1-16, 176.
- [20] 黄锡生, 黄淑婷. 法典化视域下自然资源立法的体系化路径[J]. 河北法学, 2023(5): 2-19.
- [21] 徐以祥. 论我国环境法律的体系化[J]. 现代法学, 2019(3): 83-95.
- [22] 王曦. 论规范和制约有关环境的政府决策之必要性[J]. 法学评论, 2013(2): 94-102.
- [23] 杜辉. 环境公共治理与环境法的更新[M]. 北京: 中国社会科学出版社, 2018: 27.
- [24] STEWART R B. A new generation of environmental regulation[J]. Capital Univer -Sity Law Review, 2001(21): 21-182.
- [25] 张璐, 王其乐. 生物多样性保护规制工具更新: 规范层面的分析[J]. 中国环境管理, 2021(4): 21-28.
- [26] 傅红伟. 行政奖励研究[M]. 北京: 北京大学出版社, 2003: 67-68.
- [27] 邸卫佳, 张祖增. 黄河流域生态环境司法治理的问题检视与完善建议[J]. 江西理工大学学报, 2022(6): 33-41.
- [28] 巩固. 进一步完善黄河保护法治体系[N]. 中国社会科学网, 2024-04-02.
- [29] 张百灵. 预防性环境行政公益诉讼的理论基础与制度展开[J]. 行政法学研究, 2021(6): 56-67.
- [30] 于文轩, 宋丽容. 论环境司法中预防原则的实现路径[J]. 武汉大学学报(哲学社会科学版), 2022(1): 168-175.

## The overall system view of the legal approach of ecological protection in the Yellow River Basin: Obstruction, jurisprudence and dimension

ZHANG Zuzeng

(*School of Law, Dalian Maritime University, Dalian 116026, P. R. China*)

**Abstract:** Under the background of Xi Jinping Thought on the Rule of Law requiring the “system, integrity and coordination” of accelerating law-based governance in China, the realization of the national strategic goal of ecological protection and high-quality development in the Yellow River Basin needs to embed the overall system view into the proposition of legal guarantee of the ecological environment in the Yellow River Basin, to shape the integralist thinking paradigm consistent of the Yellow River Basin ecological rule of law discourse system and standard order. Taking the overall system view as the analysis tool, the legal approach of ecological protection in the Yellow River Basin has three core issues: problem orientation, theoretical traceability and logical orientation. In the former, a “rational” system is unfinished, an “administrative order-control” law enforcement mechanism is leaky and a “risk prevention” dynamic response basin judicial security system is absent. In the middle, the modern rule of law is a specific unity integrating time, ideas and norms. The basic law of the legal structure of ecological protection in the Yellow River Basin should be carried out along the unity of vertical commonness and diachronic, the interaction of internal professionalism and power doctrine, and the integration of external public and private laws. In the latter, in order to achieve the goal of “good law and good governance” in the ecological protection of the Yellow River Basin, it is advisable to build an ecological protection legal system with both shape and spirit, an ecological protection law enforcement system of the Yellow River Basin that “combines the carrot and the stick” and establish an ecological protection judicial system in the Yellow River basin that “combines prevention and control”.

**Key words:** Xi Jinping Thought on the Rule of Law; ecological protection in Yellow River Basin; overall system view; ecological law in Yellow River Basin; good law and good governance

(责任编辑 胡志平)