

从管制到合作：环境法合作原则下 水污染治理模式的反思与重构

张文松

(武汉大学法学院, 湖北武汉, 430072)

摘要：水资源的公众共用物属性决定我国必须重塑政府、市场和公众之间权力与权利的配置，实现水污染合作治理。环境法合作原则的内在规定性表明这种合作治理有其应然的法治价值。现行水污染管制模式的集权性、单向性和封闭性导致水污染治理目标的异化、公众参与回应性不足以及司法保障的乏力。因此，应在水污染治理中有秩序约束各治理主体的权力与权利，明晰治理目标，架构多元合作治理机制，实现环境司法模式及其功能的转型，推动水污染治理迈向顺应法治主流的社会合作治理模式。

关键词：公众共用物；环境法合作原则；水污染；管制模式；合作治理

中图分类号：DF468

文献标识码：A

文章编号：1672-3104(2017)01-0049-09

现代社会的发展打破了原有的政府统揽政治、经济和社会等所有事务的“全能政府”格局，政府、市场与公众之间正经历着从对峙到合作、从管制到治理、从权力支配到社会资本引入的渐变。政府、市场和公众组成的社会合作治理模式成为一种趋势。在法治时空领域内，这种治理模式蕴含了法治、自治与合作的理念，形成以法治为基础相互融合的开放系统。水资源作为一种典型的公众共用物(commmons)^①，具有明显的环境公益特性。但反观我国近年来水污染治理的效果却令人堪忧。据环保部发布的《2015年中国环境状况公报》显示，我国无论地表水还是地下水的污染都非常严重。^②严重的水危机酿成了水资源的“公众共用物悲剧(tragedy of the commons)”^③。长期以来，我国对水污染治理主要采取政府“命令—控制”型(command and control approach)治理模式，即权威管制模式。在当今社会体制深刻转型和利益主体多元化背景下，这种模式的弊端不断凸显。因而，打破这种单一化管制模式，适时引入多元主体合作治理模式成为水污染治理的必然。

在此背景下，“十三五”规划提出构建政府、企业、公众共治的环境治理体系，明确了企业和公众在环境治理中的主体地位。《水污染行动计划》要求“坚持政

府与市场协同，坚持全民参与，形成政府统领、企业施治、市场驱动、公众参与的水污染防治新机制”。基于此，全国人大于2015年将《水污染防治法》修订列入立法计划。2016年6月12日，环保部公布《水污染防治法(修订草案)》(征求意见稿)(以下简称《征求意见稿》)，标志着该法实施8年后再次大规模修订。在社会共治理念下，我们有必要对水污染管制模式进行反思，探讨一种更适于水污染防治的合作治理模式，以实现水资源这种公众共用物的可持续供给。

一、环境法合作原则的涵义考辨

“合作”一词在人文社科领域广泛应用。广义的合作包含人类群体活动从低到高三种形态：“互助”“协作”与“合作”；狭义的合作则指人类合作的高级形态，它以法律调控为基础，包含着工具理性的内容而又实现了对其超越，迈向人类实践理性，在根本性质上是一种自主的“自治”而非被动的“他治”。^[1]从治理理论上看，合作意味着在决策和实践过程中打破了政府权威的唯一性，治理主体除政府外还有企业、社会组织或个人，同时意味着市场和社会逐渐承担更

收稿日期：2016-11-04；修回日期：2016-11-22

基金项目：国家社会科学基金重大项目“当代中国公众共用物的良法善治研究”(13&ZD179)；国家社科基金重大项目“基于风险的环境治理多元共治体系研究(15CDC031)”；国家社会科学基金一般项目“环境法合作原则及其法律适用研究”(15BFX147)；长江科学院开放研究基金资助项目“长江流域绿色发展立法保障研究”(CKWV2016395/KY)

作者简介：张文松(1986-)，男，山东菏泽人，武汉大学法学院博士研究生。主要研究方向：环境与资源保护法

多的社会责任。^[2]从行政法角度讲,“合作是行政机关与公民、法人或其他组织之间共同行动的实践理性活动,是对传统公私法划分理论和管制行政法的超越,是一种新的行政法理念和模式。”^[1]在环境法领域,环境治理的合作仍需法律的规范与调适。事实上,合作原则正在或已经成为环境法一项公认的基本法律原则。如何“构筑环境合作治理的刚性法律制度及其法律机制,形成绿色发展与环境保护的社会合力,是环境法需要关注的一个重要理论议题和实践面向”^[3]。

在对环境法合作原则概念的诠释上,施密特·阿斯曼认为,合作原则奠基于社会主体的认知性与主动性之上,其内容包括国家与利益团体及国家与公众之间的合作,如环境技术规范的订立、环境政策的公众参与等,其适用以政府与公众改变传统的沟通方式为前提。^[4]叶峻荣教授认为,在环境立法上应确立“合作协同原则”,合作对象不但包括个人、社会团体还有政府,即使政府机关内部也须有合作观念,只有在法律规范中设立合作协同原则,才能有效结合所有环保力量,发挥最大的效率。^[5]陈慈阳教授认为,“广义的合作原则,是指包括政府、人民、产业界等所有环境使用者,都应该负有保护环境的责任。更进一步讲,在环境保护领域中国家与所有社会力量必须共同合作。”^[6]他根据我国台湾地区“环境基本法”第4条之规定,即“国家、产业界以及人民应负环境保护之义务与责任”,认为“环境法合作原则已非单纯环境政策上之原则,而是环境基本法之原则,惟其内容仍须经法适用者之解释与补充”。^[7]蔡守秋教授认为,环境法应坚持合作原则,即自然与社会的相互作用,应主要受行使管理权力的管理者和获得公共利益的公众的影响,公众和国家权力机关应联合起来共同作出影响环境质量的管理政策和措施,公众在鉴定和争取环境公共利益方面应有平等的自由和影响力。^[8]汪劲教授认为,环境法协同合作原则是“基于可持续发展目标,国内各部门之间及国际社会国家之间重新审视既得利益与环境利益的冲突,实行广泛的技术、资金和情报交流与援助,联合处理环境问题的行动”^[9]。

基于以上学者对环境法合作原则的解读,笔者认为,环境法合作原则在特征上,以解决环境问题为导向,以设计、实施创造性解决方案解决环境管制问题为目标,同时它主张应超越环境治理中传统公私角色的责任性,利害关系人和受影响者均需参与决定过程的所有阶段,政府在此之中扮演协调者、组织者与支持者角色。^[10]在性质属性上,“在承认法律原则分为政策性原则与公理性原则的前提下,环境法合作原则当属政策性原则。”^[11]而政策性原则一般是对社会经

济、政治、国防、生态环境等具有战略性的问题进行设定,故而该原则对环境合作治理有着全局性和根本性的指导作用。

二、水污染治理管制模式之困境

水污染防治法对水污染物的排放具有规范、引导和整序作用。当前,该法对水污染治理适用权威管制模式的一个隐含的假设前提是:水资源属于公众共用物,作为公共服务提供者的政府是保护水资源的当然最佳主体。其管制的目的在于防止市场在处理环境行为负外部性上的失灵和制止不重视社会效益的私人决策。然而,现阶段我国水污染防治体系虽逐步完善,但执行效果却不容乐观,水污染违法行为的大量存在折射出这种水污染治理模式的困局。

(一) 管制模式的集权性导致水污染治理目标的悬置或异化

毋庸置疑,政府在水污染治理中以权威管制模式治理水污染有着立竿见影的效果。但这种模式伴着政府权力的强力干预与扩张,具有集权性。当前主流的环境管制模式片面强调以改善政府管制为重心,但对管制权力边界定付之阙如,使权力主体在经济利益或政绩诱惑下,不仅不能解决市场失灵的问题,反而会阻碍市场功能的正常发挥,导致政府失灵,为掌权者提供了权力寻租的机会。权力缺乏必要的制约使得权力触角在环境各领域延伸,致使环境治理目标的悬置甚至异化。从《水污染防治法》第1条对水污染治理目标的规定看^④,这一立法目标条款作为整个法律文本的价值体现,有其独特的法理依据和功能定位。它影响着治理主体的价值判断,引导其在准确理解法律“原旨”基础上实现水污染治理目标。从环境法合作原则的内涵分析,它强调环境治理应体现人本性,即环境污染治理的最终目的是保障人的健康安全。新《环境保护法》的立法目标之一是“保护公众健康”,即让人类环境免于污染和破坏的威胁,且不威胁人类生存发展的安全状态。^[12]因而,环境法合作原则下的水污染治理应以“人的安全”为目标导向。显然,《水污染防治法》将“保障饮用水安全”作为直接目标,意味着水污染的治理目标过于谨慎狭隘。

同时,将“促进经济社会全面协调可持续发展”作为终极目标,其实质仍是强调水污染防治服务经济建设。可持续发展理念强调的是环境、经济、社会三者综合利益的平衡。该表述与明确“促进环境与经济、社会的可持续发展”的理念仍有距离,尽管法条标明

了“可持续发展”，但其注重的是经济与社会的全面协调，对其中最重要的环境层面却未在立法目的上得以强化。这实际上仍是强调法律对水体经济价值的“袒护”，是对“可持续发展”的一种选择性误读，没有上升到现代法之高度。环境法合作原则强调污染治理主体多元化，企业作为水污染合作治理中的重要主体，将这一立法目标等同于“经济发展优先”也就比较合乎逻辑了。在此逻辑指导下，当企业与政府公权力的利益取向一致时二者会形成合谋，造成政府与市场的双双失灵。在缺乏公众参与制衡的情况下，执法者与污染者利益合谋造成的法律规避必然导致水污染治理目标的虚置。

由于在水污染防治制度实施上，国家层面的水污染治理目标政策和法律制度是在地方个性差异的基础上抽象出的共性规律，往往较宏观，只作出原则性或概括性规定以增加其普适性。加之我国行政权力运行的科层制特征使得地方政府在解释与适用上位法时，存在一个法律再解释与政策再界定的过程。这就软化了水污染治理中央决策权对地方政府执法权的法律约束，又因地方政府的经济衡量和政绩诉求等问题，导致了环境执法地方保护主义的盛行。如地方政府以地方水污染治理条例等形式将水污染治理的目标分解，甚至将水污染防治法的倡导性制度、激励性措施作出利于地方经济发展的解释，而对水污染治理则持一种“不求有功但求无过”的心态，导致水污染防治制度执行的异化。

（二）管制模式的单向性导致水污染执法中主体参与的回应力不足

环境法合作原则要求水污染治理需从“政府化”向“社会化”转型，企业和公众作为环境治理主体，其政策参与的内容也从以往的权利需求发展到对利益的诉求，以彰显参与水平的提升和参与能力的增强。然而，仔细梳理现行《水污染防治法》，实为一部典型的“监管者监管之法”：立法思路围绕着向政府确权与授权进行制度设计；治理手段采取“命令—控制”模式规制行政相对人（主要是企业）的污染物排放。该法中有关公众水环境权利的规定仅有5个条款，其余几乎都是命令式的制度安排。^⑤作为该法重要内容的“水污染防治的监督管理”和“水污染防治措施”等章节中，多半带有“禁止”“不得”和“应当”等义务性法律条文。这种带有明显行政驱动特征的治理手段表征了水污染管制模式的单向性，造成政府与企业、公众之间权利义务的严重不对等，导致三者之间水污染治理回应力不足。

首先，政府与企业之间排污信息回应不足。水污

染的流动性和涉及利益主体的不确定性说明政府自身难以掌握确切的水环境信息以制定正确的治理决策。排污企业作为具体实践者，掌握着最为全面的治污所需的技术和信息。然而在水污染防治法的“执法者—企业”二元关系中，作为被管制对象的企业利益诉求和权利实现机制几乎被隐没在单向性的管制制度之中，出于对利润追求和治污成本考量，它们向政府提供真实信息的意愿大大降低。这使得政府难以掌握准确信息导致决策失误，造成经济发展与水资源保护的矛盾。当污染治理只会给排污者造成成本消耗而不会创造任何收益时，其对治理只能是消极、排斥的。

其次，政府对公众参与水污染治理回应方式单一。环境法合作原则的性质属性要求水污染的治理有赖于政府、企业和公众的主动合作，需在洞悉各主体间目标价值和利益诉求的基础上，通过沟通、协商来提高治理的效率。然而，权威管制是一种自上而下的单向性政府推进型治理模式，公众往往是被动参与。政府回应公众参与的主要依据是政务信息公开和听证制度，凸显了政府对公众参与水污染治理回应能力的单一性。《水污染防治法》第10条规定了公众对水污染行为的检举权，这是该法中公众参与水污染防治最直接的表述，但仅限于检举层面，并未从程序上保障公众参与的权利，也未对侵犯该权利的行为应当承担的后果进行规定。如果对监管者法律责任的规定无力，在本身处于被动从属地位且不能自主决定参与主体资格时，公众的水污染治理权利就不能得到保障，也很难期待公众对水污染治理做出积极回应。

（三）管制模式的封闭性导致水污染治理司法保障的乏力

环境司法在当前中国呈蓬勃发展之势：一是政府在顶层设计和政策宣教中将“生态文明”“绿色司法”等作为政治话语的基本元素；二是公众环境权利意识的提高，希望倚重“司法权威”强化对环境政策和行政裁量的司法审查，确立法院在环境利益衡量中的决策者地位。^[13]这暗合了环境法合作原则主张的公众参与治理决策全过程，形成政府、市场与公众合作共治模式的内在要求。然长期以来，水污染管制模式的制度逻辑是“以国家的警察权规制那些破坏环境与福利的私人行为”^[14]，即在制度思路上采取“命令—服从”“违法—处罚”的、封闭性的二元治理结构。其直接后果是“绝大多数法律、法规和规章都是由执法机关在‘执法’名义下加以运用，忽视了司法的保障作用，环境司法作为保护资源和治理污染的重要渠道严重弱化”^[15]。

首先，现行《水污染防治法》规定了两大类水污

染纠纷:跨行政区域水污染纠纷和水污染损害赔偿纠纷,却忽视了流域水污染纠纷。从该法规定来看,这是以行政调处主导的纠纷解决方式,其本身极不完善:一是跨行政区域水污染纠纷由该法第28条规定^⑤,但却未对下级政府间的协调权限及其法律效力等实体问题做出明确规定,使得政府对此权力的行使缺乏法律支撑。二是该法对调处纠纷的程序没有合理的制度安排,使得协调的实施缺乏法律依据。三是水污染损害赔偿纠纷中,公众享有的请求权仅有损害赔偿,但实际中公民享有的实体法权利还包括拥有清洁的水环境、开发利用水资源等方面,这些权益受到侵害时也应享有请求权。四是水污染纠纷的行政调处与诉讼之间的法律关系未厘清,政府处理民事纠纷的性质不清、法律效力不明,且政府间的关系不清,司法难以介入此类因行政处理引起的纠纷。

其次,水污染纠纷的行政解决机制让司法功能在此类案件中的作用无从发挥。其主要表现为:一是诉权行使不畅。水污染受害者因水污染损害所表征的长期性、复杂性、证据收集的专业性和司法技术操作上的难题而无法进入司法程序。即便进入司法程序,因受害者与加害人之间力量悬殊,最终难以达到“案结事了”的理想状态,反而隐存次生社会风险,如群体性环境事件。二是审判权行使缺位。水污染的流动性决定了侵权行为地常跨多个行政区域,因而水污染案件不能简单适用《民事诉讼法》规定的一般案件管辖原则,须从流域管理的整体性出发,将管辖权集中在利于审判的机构中,但目前审判管理体制的设置只重视区域而忽视流域审判机构。三是地方保护主义的阻却。由于水的流域特性,上下游之间,政府、企业与公众之间的利益诉求不同,政府可能出于地方经济利益考虑,利用掌握的权力阻碍当事人以诉讼形式获得救济;而在区域管辖体制下,审判机构也受地方利益约束,难以发挥审判权来保护受害者的合法权益。

最后,《水污染防治法》对水污染行为设置了以行政管制为主的法律责任体系,仅就水污染损害赔偿纠纷可提起诉讼,使得司法的保障作用仍显弱化。从现实需要上看,司法救助范围不应仅限于损害赔偿,还应拓展到对水环境本身损害赔偿、排除危害等案件。尤其是在水环境公益受到损害时,合理的诉讼机制不仅能有效控制水污染行为,且可分担政府监管的压力。可见,《水污染防治法》对水污染纠纷的司法定位是作为政府以管制模式垄断水污染治理权遭遇“自身失灵”后的“技术补丁”。其主要功能在于弥补水污染损害造成的人身、财产损失,充当的是国家水资源管理中权利与秩序的“安全阀”,是一种调整型环境司法。^[16]

令人遗憾的是,这种调整型环境司法将水生态系统及其服务的公共利益排除在外,在水环境权利维护和秩序塑造方面收效甚微。

三、水污染合作治理模式的法治价值

良好的水污染防治法律是解决水污染、保护水生态的重要工具,是实现水资源良法善治的基础。环境法合作原则的内涵要求环境保护不能仅靠国家的权威压制或自下而上的公民环境运动,而是需要在法律保障下政府、市场和公众间的良性互动。目前《水污染防治法》的修订正在进行,完善水污染防治法律制度,实现水污染多元主体合作治理是扭转我国水资源危机的根本途径,也有其内在的法治价值。

(一) 政府环境责任与市场主体责任互补的需求

从制度性原因分析,水污染问题在于市场作用的不彰和政府管制的僵化。人的利益在法律上表现为权利,法律通过对市场主体权利的确认和保护形成权利机制,从而使市场主体自发调节自身的相互关系以降低政府管制成本。环境利益与经济利益的“同质源性”^⑥,决定了水资源保护与经济发展的内在统一性,两者不是非此即彼的选择,而是在目标一致下的平衡。“现代行政法愈发重视运用利益激励机制来调动行政相对人主动参与行政的积极性,将行政法的目标和行政相对人的利益结合起来,使行政相对人在实践权利、追求利益的过程暗合行政法目标实现的过程。”^[17]因此,政府和市场在水污染治理中有责任与义务承担上的互补关系。这决定了在水污染防治中对两者不能只选其一,因为这不是纯粹的市场和政府的选择,而经常是在这两者之间不同组合的选择。^[18]可以说,两者的结合是水污染合作治理工具的巧妙运用,只有促进两者的科学统一,才能实现两者的互动共生与利益增进。

(二) 政府环境权力限缩与公众环境权利彰显的平衡

权利存在之必要性在于作为权利内容的利益有被侵犯的可能性,政府权威管制模式容易引起政府水污染治理行为的失范,而环境法律的创设旨在维护公众的环境权益免遭其他主体的失范行为造成侵害。环境法合作原则的内在规范性和水环境权益的普适性要求水污染治理是政府与公众普遍合作的过程。这不但利于公众对污染主体排污行为的监督和制约,还能保证政府决策的科学性。“人们更关注政府部门的绩效,因

为环境政策由这些部门制定和实施，但需明确的是，对环境影响的范围和程度最终起决定作用的是私人组织、企业和消费者的决策。”^[19]故而，国家须让渡在法律上得到地位确认的公众必要的环境利益，构建国家与公众共同支撑的利益共同体。公众参与水污染治理决策的目的不仅是与政府达成目标的一致，更主要的是通过运用自身权利在参与决策过程中与决策者进行平等而有尊严的沟通协商，共同寻求解决水污染的方法，调适水污染治理决策的正当性。水污染合作治理模式的运用则给公众提供了环境权利彰显的平台，因为在法学视阈中，权利比任何一个词的使用都更具魅力和解释力。

（三）水污染防治从权威管制到良法善治转变的模式选择

“我们应该注意到邦国虽有良法，要是人民不能全部遵守，仍不能实现法治。法治应该包含两重含义：已成立的法律获得普遍的服从，而大家所服从的法律又应是本身制定的良好的法律。”^[20]可见，“良法”是前提，“普遍服从”是判断法治的标准。而“普遍服从”的最高形式是“自愿遵守”而非“被迫服从”。水污染管制模式对市场和公众自觉守法的忽视使其在立法、执法及司法层面难以发挥有效作用而出现体制性失灵，以致难遏水污染恶化的趋势。环境法合作原则主张用生态实践理性的生态价值观念重塑当代环境治理实践活动的价值判断，即环境治理应奠基于社会各主体的共识性与主动性之上，不能只停留在某个或某些具体的治理结果上，应以连续的实践过程来达到合作的持久均衡状态。^[21]这要求政府在水污染治理中既要采取激励政策使污染者增加环境治理的投资，使其自身也成为水污染治理中的一员，又需开辟公众参与治理的渠道，以具备能够适应环境法律不断变迁的能力。在强化政府服务者角色的同时，让水污染防治决策更多体现公众的意志，以化解政府“权威”的局限性，建立政府、市场及公众之间互动的水污染合作治理模式，实现水污染治理由政府权威管制向良法善治的转变。

四、水污染合作治理模式的法律建构

通过上述对水污染治理模式的考察可知，管制模式已然不能适应当前水污染的治理。国家顶层设计提出环境合作治理不仅是一种污染治理模式，更是在法治理念上对传统管制模式的反思与超越。诚然，环境法合作原则与我国法治社会的“治理”有契合之处，

其核心内容是强调治理主体的多元性和上下之间的互动性，避免政府管制的单一性和自上而下的单向性。“十三五”规划指出，要“加快重点领域立法，坚持立改废释并举，加快形成完备的法律规范体系”。故，《水污染防治法》的修订为我们探究水污染合作治理的模式及制度建构提供了法律依据。

（一）水污染合作治理主体权力行使的法律规束

环境法合作原则对环境治理价值理性的追求区别于传统环境管制模式侧重于对工具理性的诉求，是环境合作治理的精髓所在。它要求水污染治理由单一的政府或政府、市场二元对抗格局必须有所突破，政府、市场、公众三元合作作为新的治理范式呼之欲出。从主体关系上看，水污染合作治理中政府、市场与公众组成一个三维、平等合作关系的立体化模式。但应注意的是，我国环境治理正从权威型向民主型转变，在公民社会发育尚未成熟的情形下，水污染合作治理仍须由政府主导。因而，必须在治理中对三者进行有序规束，以避免因过度追求平等，缺少政府对合作治理机制整合与制度设计的引导所产生的无政府主义倾向，引发环境治理的混乱甚至失败。

就政府水污染治理的权力而言，水污染合作治理模式中政府的角色由原来治理的监督者转变为制度的供给者、合作的引导者，打破了管制模式中政府的集权化。这种角色转变潜在的风险是政府逃避责任或在出现问题时寻找替罪羊。^[2]因而规束政府权力，建立责任政府是水污染合作治理的基本前提。责任政府是“一种需要通过其赖以存在的立法机关向全体选民解释其所作的决策并证明这些决策正确合理的行政机构”^[22]。《征求意见稿》第4条首次规定党政负责人的水污染治理法律责任，实行党政同责。尤其在跨流域水污染治理中，政府权力的规束能促使其与其他治理主体协同，提高行政效率，防止政府水污染执法的异化。

公民社会的崛起和多元主体组织化的完善使“社会权力”已成事实，以“社会权力制约国家权力”已成国家权力制衡机制的重要补充，但“经济权力和社会权力需要法治国之规训程度不亚于行政权力”。^[23]即社会权力也必须纳入法律规束之中。从市场主体治理水污染的“社会权力”上看，政府与拥有先进技术和解决方案的企业合作治理水污染将有事半功倍之效。但市场与政府的合作存有利益俘获风险，这可能催生市场利用经济技术优势对抗公众水环境利益诉求的现象。《征求意见稿》仍倾向编制更为严密的法网，迫使排污者为水污染行为承担责任。其一大亮点是显著增加了对违法排污者的处罚力度。相对于《水污染

防治法》仅有1条处罚上限达到百万元的规定,《征求意见稿》达到此上限的处罚条款有9条之多。这是对市场主体行使“社会权力”的规束在水污染合作治理中的题中之义。

就公众参与水污染治理的“社会权力”而言,水污染治理不仅涉及政府与污染者之间公权力与私权利的法律调整,其治理决策还涉及公众监督权的法律关联。《征求意见稿》第13条为公民、法人和其他组织参与和监督水污染治理作了明确规定,第7章设专节对公众在水环境质量标准、水污染物排放标准及水污染防治规划等方面参与水污染治理的权利进行了规束,并明确“构建全民水污染防治行动格局”,以契合环境法合作原则所追求的实现法治社会“在法律规束住了国家权力和政府后而使权利在人与人之间得到合理配置的社会状态”^[24]。

(二) 水污染合作治理机制的架构

首先,确立明确的水污染目标治理机制。明晰的立法目标是多元主体共治水污染的法律基石。它使水污染治理者对该法的实践朝着有目的性及自觉性方向迈进。从《征求意见稿》第1条的规定来看^⑥,将“保障饮用水安全”修改为“维护水生态系统健康”,是对原来立法目标的一大进步,但这并没有和环境法的立法宗旨相协调。从环境法合作原则以“人的安全”为目标导向看,环境法将“保障公众健康”作为根本任务和出发点,标志着我国环境治理由基于污染防治的环境管制向基于健康保护的合作治理过渡。故笔者认为,水污染合作治理的目标应以维护水安全为直接目的,以保障公众健康为终极目的。实际上,“防治水污染”与“公众健康”二者不可割裂,水污染防治并没有单独的法益保护。不损害公众健康的水环境是一种公众共用物,是水污染防治的一条底线,把握好这条底线是政府、市场和公众正确处理好水资源保护与经济发展的基本准则。^[25]

其次,构筑水污染治理的公众参与机制。合作治理模式旨在通过构建一种参与机制,实现利益相关者双向交互性的沟通以提高决策的质量与实效,并区别于单向性的管制模式造成的各主体之间沟通协调的碎片化。^[26]它能够矫正政府的行动与公民的意愿选择之间的矛盾,为政府和公众提供了“就目标与政策进行持续的商谈和重新商谈的机制化渠道”^[27]。这种“渠道”包括:一是在前期治理决策中推进实质化公众参与,即提升公众在水污染治理决策形成中的比重。为使水污染治理能形成整体性治理逻辑,政府需在决策环节赋予公众更多参与权,以表明公众意志和参与决策权没有被恣意忽略,从而实现不同主体间身份的整

合以获得参与的合法性。这也是水污染治理形成民主—权威—利益三者统一、上下互动的有效对话模式。二是在后期决策执行中合理配置公众参与权责。水污染治理依据源于治理决策的形成。政府在决策执行中会因权力的封闭性导致决策在落实与公众回应之间产生隔阂。因而,从公权力角度看,政府需通过法定程序为公众提供民主化和制度化参与途径,建立公众参与的遴选和回应机制,让其拥有合法参与权。从公众义务看,应建立参与的问责和奖惩机制,对任何妨碍有效参与水污染治理的行为,都需追究参与者的法律责任。三是在治理全过程中利用现代信息技术克服水污染治理政策与法律在不同主体间传递的有限性,构建新型的、共识性的法律文化认同,形成网络化的水污染治理政策与法律认识渠道,以达成共同的治理行动。

最后,完善公众参与水污染治理的监督机制。政府作为水污染合作治理的核心行动者,推动实现全民水污染治理,发挥公众监督的灵活性和及时性优势,提高水污染治理效率,是政府愿景得以实现的最佳途径。^[28]因而,为确保水污染治理目标的实现,须健全长效的监督机制,加强各主体行为的监督和约束。一是各主体之间建立相互制约的监督机制。这需要政府部门将部分权力下放至企业和公众,以确保其具有对政府集权应有的制衡能力,并强化自身的自律机制,实现自我监督和管理。二是充分发挥新媒体的作用。舆论是公众环保意识和环保价值的直接体现。强化社会舆论监督,畅通信息传输渠道,各主体间可以通过微信、微博等信息渠道强化反馈互动,对违法违规的水污染行为进行全方位监督追踪。

(三) 水污染合作治理纠纷解决中环境司法的转型

当司法成为环境治理的新常态时,它能够提供一种法律场域,在立法机关环保法律匮乏、行政机关环境治理能力不足时提供司法政策与社会治理的功能,因为司法对权利补救和实现正义的功能较之于立法和执法更具权威性。我国是以行政管制主导着水污染防治立法及司法的发展与完善,在此情形下,环境司法对实现公众对其水污染治理功能的期望仍有较大距离,甚至成为环境法治链条中的薄弱环节。因而,水污染合作治理必须重视环境司法的作用及其机制的完善,实现环境司法的转型。

首先,根据流域特性确定水污染纠纷解决的专门化。如前所述,我国水污染纠纷解决中存在的一个严重缺陷是流域水污染纠纷司法介入的不足。流域是一个以水系为核心的完整生态系统,水作为公众共用物,有明显的流域特征。因此笔者认为,流域性水污染纠

纷应由专门法院管辖。其原因在于：一是基于流域所涉及利益的广泛性和社会性，须为公众利用司法途径保护水环境提供程序保障，而原来区域性审判机构的设置缺乏此种考虑。二是从流域水污染纠纷解决的专业性和科学性上讲，一些“科学不确定性”证据，如流域中污染物属性、污染水域的可恢复性评估等均需专业的审判人员和规则制度，现有审判组织的配置已不能适应此类污染纠纷处理的需要。故，在目前我国正在推进环境司法专门化的背景下，对流域水污染纠纷可设立专门法院管辖，具体做法可参照海事法院的设立。其理由：一是从审判权行使上看，海事法院对诉讼管辖的基准在于流域分布状况，而非行政区划，这为流域水污染纠纷的专门管辖提供了制度借鉴。二是从专业性上看，海事法院对海事案件的专门管辖为流域水污染案件的审理在专业技术和人员上提供了经验。三是从方便诉权上看，海事法院在沿岸配置的审判庭为流域水污染案件的受理和审理提供了组织借鉴。另外，从国外专门设立环境审判机构的实践看，其初衷是对跨行政区域环境污染纠纷实现司法专门化管辖，最典型的是为了解决跨流域的水污染纠纷。^[29]这与海事法院的设立有着相同的产生背景和司法需求。需注意的是，流域水污染案件专门管辖应是对此类案件的全面管辖，即包括对流域水污染行政案件的审判权，但不包括对一般水污染侵权案件的管辖。^[30]

其次，实现环境司法模式由调整型向保护型转向。国家治理模式的转型要求司法在化解社会矛盾、规范社会行为、调整社会利益等方面担当制度中轴角色，把公共政策问题转化为司法问题，以司法技能将社会治理决策从立法和行政机关转移到司法机关，借助司法权的中立性和权威性推进治理进程，是近年来司法转型的趋势。^[31]通说认为，环境公共利益与人身、财产利益共同构成环境司法的保护客体。故而，生态文明理念下的环境司法对此必须做出回应。令人欣慰的是，从当前我国环境司法改革的重心来看，环境民事公益诉讼制度的建立、环境刑事司法解释^⑥以及环境司法专门化实践指向的都是倾向保护环境公共利益，也即保护型环境司法。这一转向的核心理念是“如何合理分配环境和社会风险以保护公共利益”。这种保护型环境司法的根本任务是在实现个案正义外，在法律规则之内“笼络”多元主体力量以调和政策冲突，推动其实施，达到维护环境公益之目的。实际上，这种保护型环境司法在我国水污染治理领域的地方司法实践中已有所体现，如2008年肇始于太湖蓝藻事件爆发而成立的无锡中院环保法庭，在成立之初就要求司法提前介入，为环保、水利、国土等行政机关对此事件立

案调查提供司法帮助，保护水环境公共利益。^[32]但应注意的是，环境司法的转型是为了实现它与行政权在结构上权力配置的平衡，而非将二者在功能层面上分立或对立。因而，水污染合作治理中形成环境行政与司法之间的互动与协同才是水污染治理的根本。

最后，促进环境司法实现纠纷解决与环境治理功能的融合。环境法合作原则要求政府、企业、公众形成合力，共同防治水污染。随着环境利益诉求的增加，公众在不能通过其他渠道制止水污染时，以司法途径维护水环境利益就成了最后的“救命稻草”。市场主体的自我调控功能对政府的干预提出条件和边界，使得一些环境治理的功能转入司法机构之中。因而，水污染合作治理需要借助司法，形成“多管齐下”的治理局面。一是以生态文明建设为基本导向，建构环境司法、执法与民意互动合作机制。在此定位下，环境司法的旨趣不仅是解决纠纷，更应对国家环保政策保持高度敏感性，破除政府管制的封闭性和公众对抗式的环境利益诉求，在共识与沟通的基础上，推动环境司法坚持裁判尺度、治理政策与公众参与的统一。二是创设环境司法特殊规则，如建立公益诉讼原告奖励制度和保障机制；法官在审判中可将环保政策、环境公益等价值要素作为法律解释或规则适用的裁量因素，以个案裁判的规范性意义揭示法律对此类案件判断标准的类型化，使其成为普适性裁判规则，实现司法规则、国家意志与环境公益的统一。三是确立水污染案件审理“专家制度”。目前环境审判机构的很多审判人员未受过系统的环境法律训练，不熟悉环境法律规则。故，对他们进行专业培训或选用具备环境法背景的法官外，可设立专家委员会这种“准环境法官”岗位^⑦，建立水污染专家证人和鉴定评估机制，以确保裁判实现对利益受损者诉求的同时体现国家环保意志。四是建立水污染司法案例指导和司法解释机制。案例指导能固化案件的处理方式，提高办案效率；司法解释则能使司法案例实践转化为理论，进一步发挥案例的指导意义。因而，环境司法在通过判决确认责任归属、权利救济等一般性规则时，可发布在全国或地方有重大影响的水污染典型案例和司法解释中，使其治理功能在个案基础上走向精细化和理论化。

五、结语

从《征求意见稿》总体内容上看，这次修订仍倾向环境行政管制立法，立法思路和制度设计仍以环境管理权限与职责为主。但无论是从水的公众共用物属

性,还是从当今治理模式巨大转型的角度讲,在《水污染防治法》修订中引入水污染合作治理模式不仅是必要的,而且是可能的。我国《环境保护法》虽仍倚重政府的环境管制,但正逐步摆脱单一的治理思路,开启了赋予市场、公众更多的参与、诉讼等程序性法律权利,推动环境保护从行政管制模式迈向开放性、包容性的社会合作治理模式。概言之,水污染合作治理体现了社会民主化的主流方向。我国环境法治建设必须重塑国家与社会、政府与市场、公众之间权力与权利的续造和配置,应以具有高度灵活性、自主性并超越环境工具理性的合作治理来更好地应对水生态系统所引发的各种风险和代价。毋庸讳言,我国水污染防治法治建设的瓶颈并不在于立法环节,而在于立法后的实施。因此,修订《水污染防治法》最关键的问题是,如何有效地将立法成果转化为实在的法律行动,以缩小立法目标与执行效果的落差,最大限度地避免水污染“公众共用物悲剧”,谋求人与自然和谐共存的环境公共利益。

注释:

- ① 公众共用物是指不特定多数人(non-specific most people)可以非排他性使用(non-exclusive use)的物(财产、环境要素和自然资源)。例如,大气、水流、海洋、森林和荒地等环境和自然资源。这里的“共用物”是指不特定的多数人无需他人同意、批准或者也无需向他人交付专门使用费而非排他性地使用该物品;它可以是某个空间、某种物体(如环境资源、自然景观或某种具体的产品或物体),也可以是物体的某项功能(净化空气、水土保持、防洪排涝等)。参见蔡守秋.论公众共用物的法律保护.河北法学,2012(4):9-24.
- ② 环保部于2016年6月2日发布的《2015年中国环境状况公报》显示,全国423条主要河流、62座重点湖泊(水库)的967个国控地表水监测断面(点位)开展了水质监测,I~III类、IV~V类、劣V类水质断面分别占64.5%、26.7%、8.8%。地下的5118个水质监测点中,水质为优良级比例仅为9.1%,良好级和较好级比例为25.0%、4.6%,较差级、极差级比例为42.5%、18.8%。参见环保部:2015年中国环境状况公报,http://www.zhb.gov.cn/.
- ③ 所谓“公众共用物悲剧”,是指“人们对公众共用物的开发、利用和管理不当,使公众共用物的质量严重退化和数量严重减少,造成人身、财产、生态损害或阻碍经济社会发展,并导致个人或单位的私有利益(或专有利益)与公众的共同利益发生尖锐冲突的情况”。参见蔡守秋.论公众共用物的可持续供给.江汉论坛,2014(12):60-67.
- ④ 《水污染防治法》第1条规定:“为了防治水污染,保护和改善环境,保障饮用水安全,促进经济社会全面协调可持续发展,制定本法。”
- ⑤ 这5个条款分别是第10条第1款规定了公民对水污染行为的检举权。第84条规定了当事人对行政处罚决定不服的,可以申请行政复议,也可以向人民法院起诉。第85条规定了当事人对水污染损害的赔偿请求权。第86条和88条规定了公民对水污染行为提起诉讼的权利。

- ⑥ 《水污染防治法》第28条规定:“跨行政区域的水污染纠纷,由有关地方人民政府协商解决,或者由其共同的上级人民政府协调解决。”
- ⑦ 经济利益和环境利益均为人类的基本利益,对两种利益的主张和追求,都是人们追求高质量生活的正当性要求,具有同源同质和共生互动性,是人类需求多样性和利益多样性的表现。同质性是指,两种利益均源于人的正当的、合理的需要,是由道德的正当性、合理性上升为法律的正当性、合理性。同源性是指,两种利益发生目的和原因相同,均来自人的需求。它是在追求更高生活质量和生活条件要求过程中发生,体现的是本性需求和社会需要。参见李启家.环境法领域利益冲突的识别与平衡.法学评论,2015(6):134-137.
- ⑧ 《征求意见稿》第1条规定:“为保护和改善水环境,防治水污染,满足水体使用功能,维护水生态系统健康,推进生态文明建设,促进经济社会全面协调可持续发展。”
- ⑨ 最高人民法院和最高人民检察院联合发文的《关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》第1条明确了14种应当认定为“严重污染环境”的情形,降低了入罪门槛。第4条和第8条规定污染环境行为,处罚从重和罪名从重的情形。
- ⑩ 之所以称其为“准环境法官”,是因为这些专家,如水污染防治专家、水文专家、放射性污染防治专家等并非专门的法律工作者,在他们提供的专家协助或专家咨询下形成的审理案件的判决书,须经环境法院院长签署后方有效,以确保法律在具体案件中的正确适用。

参考文献:

- [1] 张康之.论合作[J].南京大学学报(哲学·人文社科·社会科学版),2007(5):114-125.
- [2] 格里·斯托克.作为理论的治理[J].国际社会科学杂志(中文版),1999(2):19-29.
- [3] 柯坚.共筑绿色发展之梦:环境合作治理及其法治展开[J].南京工业大学学报(社会科学版),2016(2):48.
- [4] 施密特·阿斯曼.秩序理念下的行政法体系建构[M].林明锵,等译.北京:北京大学出版社,2012:111.
- [5] 叶峻荣.环境政策与法律[M].北京:中国政法大学出版社,2003:92-93.
- [6] 陈慈阳.环境法总论[M].北京:中国政法大学出版社,2003:189.
- [7] 陈慈阳.环境法各论(一):合作原则之具体化——环境受托组织法制化之研究[M].台北:元照出版有限公司,2006:9.
- [8] 蔡守秋.环境资源法学教程[M].武汉:武汉大学出版社,2000:420-421.
- [9] 汪劲.环境法律的解释:问题与方法[M].北京:人民法院出版社,2006:319.
- [10] 朱迪·佛里曼.合作治理与行政法[M].毕洪海,陈标冲译.北京:商务印书馆,2010:34-35.
- [11] 吴凯.中国环境法上合作原则的演化路径与治理功能——以城市环境治理中认证能力为中心的考察[J].南京工业大学学报(社会科学版),2016(2):36-51.
- [12] 蔡守秋.环境正义与环境安全——二论环境资源法学的基本理念[J].河海大学学报(哲学社会科学版),2005(2):3.
- [13] 尼尔·K·考默萨.法律的限度——法治、权利的供给和需求

- [M]. 申卫星译. 北京: 商务印书馆, 2007: 16.
- [14] Richard Lazarus. *The Making of Environmental Law* [M]. Chicago: University of Chicago Press, 2007: 50.
- [15] 蔡守秋. 关于加强环境法治建设的总体构想[J]. 东方法学, 2008(3): 3-12.
- [16] 杜辉. 环境司法的公共治理面向——基于“环境司法中国模式”的建构[J]. 法学评论, 2015(4): 168-176.
- [17] 王大敏. 行政法制约激励机制研究[M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2010: 231.
- [18] 查尔斯·沃尔夫. 市场或政府: 权衡两种不同完善的选择/兰德公司的一项研究[M]. 谢旭译. 北京: 中国发展出版社, 1994: 26.
- [19] 巴里·菲尔德, 玛莎·菲尔德. 环境经济学[M]. 原毅军, 陈艳莹译. 北京: 中国财政经济出版社, 2006: 143-146.
- [20] 亚里士多德. 政治学[M]. 吴寿彭译. 北京: 商务印书馆, 1985: 199.
- [21] 柯坚. 环境法的生态实践理性原理[M]. 北京: 中国社会科学出版社, 2012: 5.
- [22] 戴维·米勒, 韦农·波格丹诺. 布莱克维尔政治学百科全书[M]. 邓正来, 等译. 北京: 中国政法大学出版社, 2002: 702.
- [23] 哈贝马斯. 在事实与规范之间——关于法律和民主法治国的商谈理论[M]. 童世骏译. 北京: 三联书店, 2003: 305.
- [24] 徐显明. 论“法治”的构成要件——兼及法治的某些原则及观念[J]. 法学研究, 1996(3): 37-44.
- [25] 蔡守秋. 析 2014《环境保护法》的立法目的[J]. 中国政法大学学报, 2014(6): 31-44.
- [26] Jurian Edelenbos, Nienke van Schie, Lasse Gerrits. Organizing inter-faces between government institutions and interactive governance[J]. *Policy Sci*, 2010(3): 40-52.
- [27] Evans, Peter. *Embedded autonomy: States and industrial transformation* [M]. Princeton: Princeton University Press, 1995: 12.
- [28] 张劲松. 全民参与: 政府生态治理管理体制的创新[J]. 湘潭大学学报(哲学社会科学版), 2015(11): 12-17.
- [29] 王树义. 论生态文明建设与环境司法改革[J]. 中国法学, 2014(3): 54-71.
- [30] 吕忠梅. 水污染纠纷处理主管问题研究[J]. 甘肃社会科学, 2009(3): 17-23.
- [31] 公丕祥. 试论司法在国家治理和社会管理中的作用[N]. 人民法院报, 2013-01-23(5).
- [32] Rachel Stern. The political logic of China's new environmental courts [J]. *China Journal*, 2014(72): 58-72.

From regulation to cooperation: Reconsideration and reconstruction of water pollution control mode under cooperative principle of environmental law

ZHANG Wensong

(School of Law, Wuhan University, Wuhan 430072, China)

Abstract: The property of water resources, that is, the commons, determines that our country must redeploy the power and rights among the government, the market and the public in order to control water pollution. The internal requirement of the principle of cooperation in environmental law shows that the cooperative governance has its value of rule of law. Currently, centralization, uni-directionality and the closure of water pollution control mode leads to the alienation, lack of public participation and the weak of judicial protection. Therefore, it is necessary to regulate the powers and rights of the governance subjects orderly, make governance goals clear, construct multiple cooperative governance mechanism, realize environmental justice model and transform its functions, thus promoting the pattern of water pollution government transforming to the social cooperation governance model which is the mainstream in environment law.

Key Words: commons; cooperative principle of environmental law; water pollution; control mode; cooperative governance

[编辑: 苏慧]