

论我国生态保护红线制度的应然功能及其实现

肖 峰, 贾倩倩

摘 要: 生态保护红线是在既有生态区划基础进行的“线上划线”, 从其嬗变过程与发展脉络来看, 它与规制私人为主的自然保护区等制度的不同在于, 其旨趣在于限制权力, 并体现于央地关系、部际关系两个层面。实现生态保护红线制度的核心是生态保护的政体调适, 其要求在体制上理顺上下级之间环境行政权, 同级间环保部门统一监管与行业部门分段监管间的关系。我国应该以划定和实施生态保护红线为契机, 明确央地环保分工, 激活行业主管部门的环保职责, 构建纵向畅通、横向协调的“大环保”行政机制。

关键词: 生态保护红线; 制度功能; 行政体制; 大环保

中图分类号: F205 **文献标识码:** A **文章编号:** 1671-0169(2016)06-0034-12

DOI:10.16493/j.cnki.42-1627/c.2016.06.004

随着自然保护区、生态功能区等制度的颁布, 我国的生态区划保护制度臻于完善, 但生态系统退化却并未因此大幅改善, 守住生态底线成为一个时代命题。为此, 新《环境保护法》第二十九条第一款^①中创新性地提出: 在“重点生态功能区、生态环境敏感区和脆弱区等区域”之上划定生态保护红线, 环保部门随即出台划线技术, 部分省市开始推进划线与管护措施的地方实践。当前, 学界和实务界普遍将生态保护红线制度作为自然保护区、国家公园等之外新规定的区划, 聚焦于红线含义及与其他生态区域区分^[1]、既有法律政策是否支撑红线落地^[2]等问题。笔者要追问的是: 既然国家已在划线基础区域上规定了保护措施, 为何又要“线上划线”来划定生态红线区? 既有认识无法作答。笔者认为: 这是因为既有区划制度的功能定位向国家机关授权, 作为规制私人主体(个人和经营者)的权力依据, 生态保护红线制度在“线”要素上与之前区划类似(皆为地域性空间线), 但“红”的要素则直指权力者而非以往的私人主体。既有的保护区划制度以各类资源保护、污染防治及生态保护区划(如《全国生态功能区划》)为主要载体, 对自然保护区、风景名胜区等进行了专门的行政立法, 根本上是国家环境规划权的运用与具体化, 核心是划定不同部门、各级地方的职责与处罚权, 法律关系上呈现出行政主体——私人主体间的单向关系, 受约束者仅私人而已。部门与地方规划失策、实施不力、生态服务功能退化又如何处理? 其只能提供“内部处分”这一手段, 由于权力者不为、滥为而造成的公共利益损害如何救济、预防, 处于法律的空白地带。质言之, “线上划线”显然不能是制度重复建设, 而补强“权力者义务”缺位而带来法治增量, 为权力者设义务、立责任是要义所在。鉴于此, 本文将从衍生生态保护红线的制度发展过程中, 证成该制度与以往区划的调整对象殊异, 及其对现行环保行政体制流弊提出的革新要求。

基金项目: 湖南省教育厅科学研究项目优秀青年项目“我国生态红线制度的实施机制研究”(15B239)

作者简介: 肖峰, 法学博士, 湘潭大学法学院讲师(湖南湘潭 411105); 贾倩倩, 湘潭大学法学院硕士研究生

^① 《环境保护法》第二十九条第一款规定: 国家在重点生态功能区、生态环境敏感区和脆弱区等区域划定生态保护红线, 实行严格保护。

一、生态保护红线制度的构造

根据环保部 2015 年 5 月 8 日印发的《生态保护红线划定技术指南》中规定, 生态保护红线是指: “依法在重点生态功能区、生态环境敏感区和脆弱区等区域划定的严格管控边界, 是国家和区域生态安全的底线。”^[3] 这与我国已有的保护区划线方式不同, 它是在《全国主体功能区规划》、《重点生态功能区规划》等文件已划定的保护区域之内, 包括重点生态功能区^①、生态敏感区/脆弱区^②、禁止开发区^③和其他具有重要生态功能或生态环境敏感与脆弱的区域^④, 在这些已有的生态保护地理界线之内再划定生态保护红线区。这样的划线方式会造成红线区成为四类区域界线内的“区中之区”, 形成“此线与彼线相互重叠”的局面, 因此, 我们又称生态保护红线是一种“线上划线”。

在生态保护红线制度确立之前, 我国的环境规划、环境技术标准由政府主导制定, 主要限制公民的权利。因为在政府的环境规划中, 行政许可、行政审批是针对环境的利用者而赋予政府部门的权力, 且政府主导制定的一系列环境标准, 需要的也是环境的利用者来遵守, 一旦环境利用者违反规划标准, 就会受到处罚。而生态保护红线划定与实施之后, 我国的环境规划、技术标准的规制对象就要逐渐转变为环境行政管理部门, 且包括中央与地方两个层面。因为红线的划定对环境行政管理部门的许可权、审批权形成制约, 因此, 明确生态保护红线内涵对我国环保行政体制改革具有重要意义。

鉴于此, 对于生态保护红线, 我们从以下三个层次理解它的含义。第一, 从生态保护红线的内容来看, 即其所包含的“生态要素”表征了划线的目标是为了保护线内由土地、水、森林、动植物等要素构成的生态系统的功能, 保障其能持续地提供水源涵养等生态服务。简而言之, 生态保护红线的实质内容就是资源保护。这与我国当前的资源法的设立目标是一致的, 有所不同的是, 生态保护红线区内是对各种生态要素的整体保护, 而非仅对某种单一的生态要素保护。第二, 从生态保护红线的形式来看, 红线体现为地域范围的界分, 是依据国家统一的技术性规范而达成的、地理意义上的划线。这与我国其他的两条生态保护红线^⑤有着明显不同, 因为在形式上生态保护红线是一种“线上划线”, 是空间意义上的划线。第三, 从生态保护红线的特点来看, 红线即底线。一方面, 生态保护红线是地方根据国家的要求必须划定的, 具有国家强制性。已经确立为国家级的生态保护红线区的区域, 地方必须加以保护, 不得作出与国家划线相违的地方划线; 同时, 地方在国家保护区划之外, 自行确立的地方性重点生态功能区、敏感区、脆弱区及其他特定生态保护区域内, 按照统一的技术规范划定的红线区, 也要与国家确定的红线区采取相同的管护制度。另一方面, 对于资源利用者、污染排放者、环境监管机构生态保护红线又具有义务性、禁止性的特点。这都体现了生态

① “重点生态功能区”已由 2010 年发布的《全国主体功能区划》、2008 年发布的《全国生态功能区划》、2010 年发布的《中国生物多样性保护战略与行动计划》(2011—2030 年)、2012 年发布的《全国海洋功能区划》(2011—2020 年)所确定。

② “生态脆弱区”已由 2010 年发布的《全国主体功能区划》、2008 年发布的《全国生态功能区划》、2008 年发布的《全国生态脆弱区保护规划纲要》所确定。

③ “禁止开发区”已由 2010 年发布的《全国主体功能区划》所确定。

④ “其他区域”主要指各地方、各部门自行建立保护性区域, 特别是《环境保护法》第 29 条第二款所言的各类区域, 它们虽然没有纳入上述三类区域的保护制度内, 但多已自行建立了其他的保护制度。

⑤ 根据 2015 年中共中央、国务院发布的《关于加快推进生态文明建设的意见》之规定, 我国的生态保护红线由资源消耗上限、环境质量底线、生态保护红线组成, 前两条线都是虚拟的、针对资源与污染物总量而设定的, 而生态保护红线是客观存在的地理分界。

保护红线“红”的要求,即强制性、约束性。

值得注意的是,生态保护红线“红”的特点会对现有的环境行政关系产生影响。在国家与私人的关系中,已有的行政许可制度、行政审批制度是对环境的利用者和污染者的行为限制,而生态保护红线所形成的行为限制主要针对地方政府及其组成部门而言的,目的在于平衡其所享有的自然资源、环境容量行政许可权。而在国家行政权内部,横向权力配置方面,生态保护红线将强化环境保护部门的统一监管能力,用地理界线对行业主管部门形成明确性、定额性义务,为环保部门监督其他部门履行其依法承担的环保职能,设定明确的空间限制,确立明确的合法与违法行政的判断标准;在纵向权力配置方面,红线将为特定区域设定生态用地的面积下限,及红线区内生态环境质量下限,相应的农业、建筑用地面积受限,迫使地方转变经济社会发展方式,形成地方政府及其相关部门审批权将受到上级限制的局面。如出现越线情形而会被适用“区域限批”措施,相关责任人员将被追责。可见生态保护红线在纵向权力体系运行上会产生两大功能:作为对地方政府及领导人员目标考核的尺度;具体行业或区域建设项目停批或缓批。因此,在公众与国家、利用者、排污者三者之间,生态保护红线可将资源与环境容量利用的可能性损害风险转化为实在的法律调整对象,也能将原应进行行政行为合理性评价的行为转变为可以进行合法性评价,国家资源与环境管理行为的可诉性大大增强,生态保护红线制度也成为公众评价政府、利用者行为合法性的法定标准。

二、生态保护红线规制对象的变换轨迹

纵观我国生态保护立法体系,上述三个层次构造中的“生态”和“线”两个要素,在我国正式提出“生态保护红线”制度前已由自然保护区制度等加以确立,其或众或寡的生态要素为规范内容,形式上也体现为地理界线划定。但是,正是因其规制对象的局限而造成制度乏力,保护线的“红”性诉求才成为必要。即是说:生态保护红线是固有制度变换规制对象而来,其轨迹不仅体现出规制对象的扩展,也潜在地延展出保护线的“红”性要素,这体现于如下几个发展阶段中。

(一) 以特定地域为对象保护区划制度

自然保护区是我国生态保护红线制度的“元规则”。自20世纪80年代后,“自然保护区事业发展很快,在全国初步建成一个类型比较齐全的自然保护区网络”^[4],形成了包括国家、省、地市、区县四级的自然保护区体系。

自然保护区多以保护特定野生动植物的生存环境为目标,从功能类型上大致分为森林生态、野生动物、地质遗迹、内陆湿地、古生物遗迹、海洋海岸、草原草甸、荒漠生态等。动植物的稀缺性及地貌特殊性是划定自然保护区的主要内容,其保护中心是基于对特定生态要素价值的认定,但尚未达到整体生态安全的程度。1994年制定的《自然保护区条例》对各级自然保护区的设置条件、划线规则作出了规定,并将自然保护区再细分为核心区、缓冲区、实验区三部分,制定了相应的管理制度。同时,我国还就“海洋自然保护区”^①、“水生动植物自然保护区”^②、“草原自然保护区”^③进行了专门立法。其后,我国的各个省份也开始制定本省的自然保护区管理条例,比如云南、四川等。

按照我国《自然保护区条例》的规定,国家对自然保护区实行综合管理与分部门管理相结合的管理体制。具体而言,国务院环境保护行政主管部门负责全国自然保护区的综合管理,而国务院林业、农业、地质矿产、水利、海洋等有关行政主管部门在各自的职责范围内,主管有关的自然保护

① 1995年国家海洋局制定的《海洋自然保护区管理办法》。

② 1997年农业部制定的《水生动植物自然保护区管理办法》。

③ 2002年修订的《草原法》第四十三条规定了“草原自然保护区”制度,2013年对《草原法》再次修订时沿用了该制度。

区,这是在中央层面对自然保护区的行政管理。在地方,县级以上地方人民政府负责自然保护区管理的部门的设置和职责。即总体上自然保护区由国家环保部划定范围,但是具体监管由地方的环保部门和行业主管部门负责。由此可以看出,在自然保护区的管理上,现有的环境行政管理体制采取的是政府监管为主,主要是政府权力对于公民个人的权利进行限制。法律赋予政府限批的权力,通过限制甚至禁止在自然保护区内建设项目的行政许可,达到保护的效果。这种限批是以区域为单元,始于自然保护区制度,尔后扩展到文化遗产、风景名胜区等特殊生态功能区。

从当前的法律制度体系状况来看,自然保护区制度是立法最为完善的生态区划制度,它与生态保护红线区在理念、划定方法、管理制度上是最为接近的,风景名胜区、地质保护区等其他针对特定地域的保护制度与之相似,故不赘述。但值得注意的是,在自然保护区、风景名胜区等在《国家主体功能区划》中被列为“禁止开发区”,其也当然的全部划为生态保护红线区,既然在对象上完全重合,为什么要在此类区划之上再划红线?唯一合理的解答就是:规制的对象不同,自然保护区等区划与后文将分析的红线保护对象大异其趣,但正是此类区划制度未达到生态保护目标,才有生态保护红线制度的提出。

(二) 以单体性生态要素为对象的保护线制度

除了在一定地理范围内划定自然保护区,在我国的专项资源立法、环境保护规划中,涉及资源利用与保护内容时,有许多禁止或限制在一定区域内使用特定自然资源、开展建设活动的条款,甚至有规则就称为生态保护红线制度。只不过,此“线”不是地理意义是界线,而是资源利用量的上限,但它能间接的达到资源在一定区域内的均衡布局,也构成了划定地理界线的正当性法律基础。

1. 保护“土地资源”的耕地红线。土地资源保护中的耕地红线是我国针对自然资源划定的第一条总量控制线。在2001年3月15日通过的《中华人民共和国国民经济和社会发展第十个五年计划纲要》中,全国耕地总量确立。2007年的《政府工作报告》中提出“一定要守住全国耕地不少于18亿亩这条红线”^[5],耕地总量获得“红线”性质。按照《土地管理法》的规定,我国对于土地资源管理实行按用途管制制度,整体上国务院土地行政主管部门统一负责全国土地的管理和监督工作,地方土地行政主管部门的设置以及职责由国务院规定。对于耕地的保护,《土地管理法》有了更为严格规定,除了限制个人土地使用权利以外,还赋权给省、自治区、直辖市人民政府,确保本行政区域内耕地总量不减少。耕地总量减少的,由国务院责令在规定期限内组织开垦与所减少耕地的数量与质量相当的耕地。个别省、直辖市确因土地后备资源匮乏,国务院批准减免耕地恢复数量的,要进行易地开垦。但《土地管理法》中多是环境行政管理部门对于公民土地使用权利的限制,对政府部门的土地使用的行政许可、行政审批权力相对限制较少。而对生态保护红线区内耕地资源的保护除了要遵守《土地管理法》的规定,还需重新确立更为严格的管护主体、管护标准,这样才符合生态红线区内“红”的要求。

2. 保护“森林资源”的红线。我国的森林资源红线是耕地红线之后的第二根生态保护红线,它来自于1999年开始的退耕还林试点及随后在全国的推广,约束性指标体系及其约束力不断增强,形成了集“林地和森林红线”、“湿地红线”、“沙区植被红线”、“物种红线”为一体的红线体系。2013年,国家林业局提出了生态保护红线行动,以最严格的制度守住四条森林红线的要求,并分别拟定了重点生态功能区、湿地、沙化土地、乡村等具体区划内的生态保护行动^[6],这构成了当前森林保护红线的全部内容。按照《森林法》的规定,在行政体制中,对于森林资源的管护最主要的主体是各级林业主管部门,国家在制定采伐限额后,林业主管部门通过审核发放林业采伐许可证来保护森林资源。这样就造成了作为环保领域基本权力者——环保主管部门对森林资源却没有统一监管的权力,林业主管部门缺乏环保主管部门的权力监督,且容易出现上级林业部门过度消耗下级林业部门的林业资源的状况。而在生态红线区内,生态要素是需要整体管护,如果按照现有的法律规定,缺失环保主管部门

对森林资源的统一监管,缺乏统一协调性,不利于生态保护红线作用的发挥。

3. 保护“水资源”的红线。我国于2002年制定的《水资源保护法》中规定了以水资源利用规划为基础的保护制度。该法既规定了对水量、水质的总体性要求,也要求划定“水资源功能区”以进行水域保护,但并非制定定额化的约束性指标。关于水资源的保护红线的内容,一是水资源保护性区划制度的发展;二是水质、水量、用水效率等定额化红线指标体系的发展;三是水土保持中确定的保护区域与坡度红线。就水资源的行政管理,《水资源保护法》中规定,国家对水资源实行流域管理与行政区域管理相结合的管理体制。同森林资源的管护一样,国务院水行政主管部门负责全国水资源的统一管理和监督工作,排除了环保主管部门的权限。在具体管理中,中央层面由国务院水行政主管部门的流域管理机构在所管辖的范围内行使水资源管理和监督职责;地方上各级水行政主管部门按照规定的权限,负责本行政区域内水资源的统一管理和监督工作。虽然在水资源的行政管理过程中,与其他资源相比,水资源的管理部门除去水行政主管部门之外,还包括七个流域管理机构依照法律、行政法规的规定和水利部的授权在所管辖的范围内对水资源进行管理与监督,但是,水资源的保护仍然存在缺乏环保部门监督和上级行政部门消耗下级行政部门资源的问题。

4. 保护“城乡合理空间”的规划红线。城乡建设规划制度中最重要的保护红线就是“三区四线”,它在生态保护中发挥着重要的作用。一方面根据《城乡规划法》第十七条规定,在城市总体规划、镇总体规划中设立的禁建区、限建区,能通过规划许可、用地许可的控制,保护生态用地免于建设项目的侵占、破坏。适建区以及各类建设项目的控制性标准,确保了在城市、乡镇建设过程中依法建造的各类设施,能与生态保护区保持合理的分区,从抑制负面影响因素的角度发挥了间接的生态保持效应。另一方面根据《城乡规划法》第三十五条的规定针对不同区域的功能差异,而形成的规划控制线构成了规划环节保护生态区域的重要手段。并且,建设部门还据此制定的绿线、蓝线、紫线、黄线管理办法,成为守住生态红线的重要措施。但是,城乡建设规划中同其他自然资源存在的问题一致,即缺乏权力监督,单向的上级限制下级。

综上所述,单体性的生态保护红线既有自然保护区等生态功能性区域保护的制度,也有针对特定资源确定总量、质量、浓度、比例等指标的要求。但是,制度基础和规则雏形并非严格意义上的生态保护红线,对单体线的生态要素的保护主要依靠政府对行业主管部门的赋权,横向上缺乏与环保主管部门的协调,而且职责单一,缺少生态保护红线区整体生态要素的保护需求。

(三) 以整体性生态空间为对象的保护红线制度

1. 粤鄂“生态控制线”地方立法。在全国体系化的生态保护红线制度确立之前,个别地方政府就“生态红线”问题进行了率先规划。早在2005年广东省政府制定的珠江三角洲规划中,首次提出“红线区域”的概念,内容上涵盖了自然保护区等多种生态功能性区划,并提出了严格保护的要求,形成根据生态系统服务功能确定的“空间红线”加保护措施的结构,是我国第一个“生态保护红线”制度。

而其中深圳市根据广东省规划率先启动“生态控制线”的地方立法,制订了《深圳市基本生态控制线管理规定》,其第六条规定了基本生态控制线划定范围。^①该范围所涵盖的区域已大大超越了当时国家立法保护的生态区划范围,将特区内特有的“郊野公园”等地方认定的重要生态区域划

^① 2005年,深圳市根据广东省规划率先启动“生态控制线”的地方立法,制订了《深圳市基本生态控制线管理规定》,第六条规定基本生态控制线划定范围是“(一)一级水源保护区、风景名胜区、自然保护区、集中成片的基本农田保护区、森林及郊野公园;(二)坡度大于25%的山地、林地以及特区内海拔超过50米、特区外海拔超过80米的高地;(三)主干河流、水库及湿地;(四)维护生态系统完整性的生态廊道和绿地;(五)岛屿和具有生态保护价值的海滨陆域;(六)其他需要进行基本生态控制的区域”。

入其中。办法中还规定深圳市的基本生态控制线效力体现为: (1) 只能建设该规定第十条规定的内容, 即重大道路交通设施、市政公用设施、旅游设施, 公园, 且要履行法定许可手续, 并适用较一般项目更严格的网上公示制度、控制开发强度, 不可建设其他项目; (2) 线内已建合法建筑物、构筑物不得擅自改建和扩建, 农村居民点应依据有关规划制定搬迁方案; (3) 第十三条将违法在基本生态控制线内进行建设的行为, 定性为严重影响城市规划行为, 理论上应当适用《城市规划法》等制度加以调整; (4) 擅自调整基本生态控制线的 (第十四条)、擅自审批建设项目或批准建设的 (第十五条), 处分主管领导和直接责任人员。作为国内最先规定的地方生态控制线, 还规定控制线内的面积限制城市建设, 不准新建、改建、扩建生产经营项目, 并且原有项目必须进行搬迁, 实行最严格的土地利用限制。生态控制线是城市规划红线向环境资源红线转型的重要突破, 被认为是生态保护红线的原形。2015年, 根据党中央、国务院的《关于加快推进生态文明建设的意见》, 深圳市提出将“基本生态控制线”升级为“生态红线”, 即“在基本生态控制线的基础上划定生态红线, 实施更具刚性和约束力的生态红线管控制度, 保障城市生态安全和自然生态系统服务功能持续稳定发挥”^[7]。在性质上二者的差异是不大的, 但可以预见的是, 生态红线将实施较基本控制线更严格的管护制度。

另一个代表武汉市于2012年12月发布了《武汉市基本生态控制线管理规定》, 其立法设计与管理措施大致与深圳市立法相同。值得注意的是: 该《规定》第六条将“基本生态控制线”内区域分为“生态底线区”、“生态发展区”, 与下文江苏省的一级、二级管护区的区分有异曲同工之妙。

2. 江苏“生态红线区”地方立法。十八大之后, 江苏省在国家划定指南出台之前, 率先于2013年8月编制了《江苏省生态红线区域保护规划》, 提出全省受保护地区面积占国土面积的比例达到20%以上, 划定自然保护区、特殊物种保护区等15类生态红线区。每一种生态红线区又分为一级、二级管控区, 一级管控区是生态红线的核心, 实行最严格的管控措施, 严禁一切形式的开发建设活动; 二级管控区以生态保护为重点, 实行差别化的管控措施, 严禁有损主导生态功能的开发建设活动^[8]。在江苏省级生态红线区划定后, 其所属各地市也陆续划定本级生态红线区。南京于2014年3月出台了《南京市生态红线区域保护规划》, 2014年11月发布了《南京市生态红线区域保护监督管理和考核暂行规定》; 南通市2014年7月出台了《南通市生态红线区域保护监督管理暂行办法》, 宿迁2014年12月出台了《宿迁市生态红线区域保护监督管理考核暂行办法》。江苏省的生态红线区划定与保护制度, 是当前我国生态保护红线制度体系最完善的地方立法, 全国各地也在按照国家试行的要求在制定相关制度, 如2014年7月天津市出台了《永久性保护生态区域管理规定》。

3. 全国体系化生态保护红线制度的确立。2013年, 十八大三中决议中正式提出“划定生态保护红线”, 其基本内容是形成按主体功能分区开发保护国土空间制度, 制度形式采取国家公园体制、资源环境承载能力监测预警机制。这是国家在已有的生态保护区划基础上再次划定生态保护红线, 说明了原有的区划制度不足以达成预想的保护效果, 红线划定后所构建的保护制度与原有制度还存在质的差别。随后在2014年1月环保部发布了《国家生态保护红线——生态功能红线划定技术指南(试行)》, 将国家生态保护红线分为“生态功能红线”、“环境质量红线”、“资源利用红线”三条线。2014年4月24日新修订的《环境保护法》正式确立了生态保护红线保护制度, 该法第二十九条第一款规定: “国家在重点生态功能区、生态环境敏感区和脆弱区等区域划定生态保护红线, 实行严格保护”, 第二款要求各地方对有代表性、重要、有重大价值等的生态资源进行严格保护, 划定与实施生态保持红线制度于法有据。

此间, 规制对象呈现两个方面的变化: (1) 将自然保护区等既有保护性区域的大部分划入新的“生态红线区”, 也将大量先前未立法明确保护的生态性区域划入, 制度效力所及的空间范围更广;

(2) 针对先前各类保护区划制度以“国家—利用者和污染者”为基本关系范畴，生态保护红线除扩线外还具有加“红”特征，红线内容也成为禁限权力者的“红”限，且纵向和横向的权力版块分工关系国家权力—社会权力的对比关系趋于清晰，从其划线与管护的制度定位上可窥见禁限国家权力的明确意图。

三、“禁限权力”是生态保护红线制度的应然功能

“生态红线是中国学者和政府提出的一个概念，其主要支持理论来自于生态管理和景观生态学理论，强调保护生态系统整体性和连续性以及维持生态系统服务价值的可持续性”^[9]，其提出过程所经历的三个阶段表现出保护范围扩大的趋势，更是对前期区划制度规制目标落空的补救，否则也无需划定全国性、全生态要素的保护红线。诸多先行制度实施效果的差强人意、目标落空才使生态保护红线制度成为必要，具体体现为：环保行政主管部门和环保行业主管部门间存在权力监督缺失，在资源分配方面上下级间行政权力单向制约易造成“上级点菜，下级买单”的现象。欲使生态保护红线落地，除“遵循‘制度完备’的基本路径，对生态保护区域的管理模式和保障机制进行系统性的改革”^[10]的立法性改善外，消解生态保护区划制度实施中关系紊乱与体制机制滞阻，构成了生态红线制度对先行制度的法治增量。于此，笔者将“限制权力”认定为该制度的应然功能，核心问题在于环保体制的改革，这既是生态保护红线的内涵要求也是它与其他区域保护制度的不同之处，特别是承担法定义务的主体有所不同（如表 1 所示）。

表 1 生态保护红线制度与相关的规制效果分析

生态保护红线的内容发展	主要涉及的法律法规	受规制义务主体
特定地域的保护区划制度	《自然保护区条例》第八、十、十二条等	公民个人、经营者
单体性生态要素保护线制度	《土地管理法》第五、十七、十八、三十三条等 《森林法》第十、十三、十八、二十四条等 《水法》第十二、十四、十七、三十条等 《城乡规划法》第十一、十七、三十五条等	公民个人、经营者 公民个人、经营者 公民个人、经营者 公民个人、经营者
全国及地方生态保护红线制度	《深圳市基本生态控制线管理规定》第六、十、十三、十四、十五条等 《武汉市基本生态控制线管理规定》 《天津市永久性保护生态区域管理规定》 《江苏省生态红线区域保护规划》 《南京市生态红线区域保护规划》 《南京市生态红线区域保护监督管理和考核暂行规定》 《南通市生态红线区域保护监督管理暂行办法》 《宿迁市生态红线区域保护监督管理考核暂行办法》 《国家生态保护红线——生态功能红线划定技术指南（试行）》 《环境保护法》第二十九条	行政权力机关 行政权力机关 行政权力机关 行政权力机关

三大发展阶段呈现出“点状保护—类型化—全要素”的特征，前两个阶段中规制的手段主要是强化公权力对资源利用者、环境污染者的管制，典型用语是“加强保护”、“严格保护”等，从制度功能上是勒紧国家对市场、社会的控制。《自然保护区条例》等制度中主要规定的是私人违法责任，对权力者违法主要以行政处分为主，各类保护规划政策中根本未设置法律后果的具体规定，应当引证环保立法中的法律责任（亦是以行政处分为主），所以其制度功能主要在于赋予权力。缘何如此？

答案寓于这些制度及配套政策的运行逻辑中,可作二解:(1)既有制度的创制背景影响着其功能定位。土地、森林等自然资源立法大多在上世纪八、九十年代,处于改革开放和中国特色社会主义起步阶段,在“以经济建设为中心”的国家方略下,资源物尽其用决定了“利用”处于焦点位置;而《宪法》规定了自然资源主要为国家所有,具体实施必然由各级政府及其职能部门进行,权力者主动与私人主体受动的关系势在必行。同时,1992年确立市场经济以后,我国对中央与地方的事权、财权进行了大刀阔斧的改革,行政体制内容也经历了多轮部门改革,重新划定央地、部际权限的政治体制改革要求划清职权职责,在资源环保领域也当然会体现为对“监督管理权”、“行政处罚权”的倚重。于此,环境资源经济功能的凸显与界定特定资源管理权限行政改革叠加,造成了在环境资源领域的立法与相关政策授予特定国家机关对私人主体的管制权限为主。(2)既有制度的运行主要以规划权为依据,在环境资源立法文本中“国家规划权”的本义就是授权性规范。不论是环境保护综合立法,还是土地、水、森林等资源专项立法、大气污染等以污染防治立法、自然保护区等特定生态区划立法,行政机关赖以与私人主体发生制度关联的核心制度是“国家规划权”,基本表达模式是“纳入国民经济和社会发展规划”、“制定、编制”特定的资源、保护性规划,典型的授予国家机关的管制性权力。由此所衍生出的资源利用总体规划、环境保护总体规划或特定污染防治规划、生态保护规划或生态功能区划等政策文件,莫不是向私人宣告其将如何行使其权力及其重点,对权力者的限制主要体现为上级对下级、政府对部门进行的分工。

对权力者制度约束缺位的问题,《环境保护法》首先作出国家正式立法性回应,作为与国家规划权平行的条款而存在。虽然红线是对公私主体行为的共同性外部约束,但在国家已通过既有制度对私人主体设定重重约束情形下,对权力者新形成制度约束就成为了生态保护红线制度的法治增量,在“权力者—私人”间保护线的内容上增设了权力者必须遵守的行为限度。这并非是对之前制度的否定而是制度增益,国家机关仍然要继续行使环境规划权、实施环境管理,但要符合“性质不转换、功能不降低、面积不减少、责任不改变”^[11]的强制要求,确保权力者行为在此要求限度之内,授权性的“国家规划权”条款难敷其用,非在权力者环境责任制度上创新不可。从新环保法修改实施后的制度发展走向看,生态保护红线制度约束权力者的应然功能是明确的,一是《环境保护法》中规定了严格的环保目标责任与考核制度,作为行政权系统内部的责任评价依据,《生态文明体制改革总体方案》明确了自然资源产权的制度方向,实现了集体、个人行政责任的全覆盖;二是党的环保领导责任得以彰显,2015年推出的《党政领导干部生态环境损害责任追究办法(试行)》针对生态环境损害责任生成的三个环节中存在的六种责任类型,规定了党委(组)与行政领导同时承担责任的问责程序^[12],也规定了相应的国家环境督查制度;三是对公私主体的环境责任引入司法审查机制,《生态环境损害赔偿制度改革试点方案》规定了行政机关作为赔偿权利人提起环境民事公益诉讼的制度,最高检《检察机关提起公益诉讼改革试点方案》、最高法《人民法院审理人民检察院提起公益诉讼案件试点工作实施办法》规定了检察机关提起环境民事、行政公益诉讼的制度^①。这些制度的发展趋势构成了红线划定后权力者越界的否定性评价机制,是生态保护红线制度落地的责任基础,改变了仅用“处分”苛责权力者的单一作法,针对权力者所致生态实际损害形成了经济、政治、法律的立体责任体系,虽然相关制度还在不断发展中,但其“禁限权力”应然功能是显而易见的。

质言之,生态保护红线制度的应然功能不仅是规范创新,更体现为其对环境法治的建构性效应,开启了环境法实施中政府的权力角色向义务角色的转变历程,对未来制度的生长机制意义重

① 检察机关提起环境公益诉讼目前在北京、内蒙古、吉林、江苏、安徽、福建、山东、湖北、广东、贵州、云南、陕西、甘肃等十三个省、自治区、直辖市试行,在可预计的时间内应当在全国推开。

大。其应然功能是对环境行政权运行逻辑的全新改造,呈现为对环境权力内部关系(包括纵向、横向两个方面)、环境行政主体与公众间的外部关系上权利(力)义务结构的变革,归根结底是对环保行政理念的更新。据上所述,其应然功能体现为下列四个方面:

第一,生态保护红线具有重塑环保行政理念的功能。具体而言就是要改变我国当前的环保行政体制纵向上配合不够,横向上忽视行业部门的环保职能的现状。在生态保护红线的实施过程中,我国的环保行政体制应该是在纵向上上下级环保部门之间的行政审批权力要划分合理,因为某个地区内的资源总量是有限的,当上级政府“过度”的行使自己行政许可、行政审批权时,过度的消耗了自然资源,尤其是消耗了本属于下级政府的自然资源,这就变相的限制了下级的行政审批权,因此在上下级包括央地、部际之间要合理划分行政审批权。而在横向上不能只是环保部门的问题,而忽视行业主管部门的职责。环保部门在生态保护红线区内应该负有统一规划、统一监管的权力与职责,行业主管部门除了接受环保主管部门的监督管理,还要在各自的职责内行使行政许可、审批权。

第二,生态保护红线具有强化公众法治实施地位的功能。现代行政运行中,公众参与是监督最重要的一环,但国家权力—社会权力边界不明,会使公众丧失有利的监督工具。指标化的红线有利于公众脱离弱势地位和虚化状态,并为其提供直接监督权力者的量化工具。体现在:生态保护红线制度划定、实施、监管整个过程中都能为公众参与提供制度切入口,界明了权力边界间接地使个人参与环境管理权利变得清晰,以调动公众参与环境保护的积极性。另外,生态保护红线制度的配套政策与辅助立法也具有强化公众参与的功能。在这些制度群的实施与宣教中有利于将自上而下实施模式转化为自下而上的参与模式。

第三,生态保护红线具有优化环保纵向权力配置关系的功能。包括环保领域在内的纵向府际关系中,存在着“系统性腐败、选择性执法、行为联邦化、竞争无序化”四大问题,“我们可以将当前的中国纵向府际间的运行逻辑概括为‘政治控制、经济激励、法治缺失’的特点”^[13],在环境行政体制的纵向维度上,既要总体限制政府行政审批权,又要形成上下互限的合理格局。限权的重要前提就是有权可限,在纵向关系中,红线区内的生态环境与资源保护责任主要在地方政府和相关的地方环保管理部门,但是实际中大量的建设项目的审批权限在中央政府手中,中央政府消耗着红线区内的环境容量。按照当前的政府组织法对地方政府行政审批权的禁限,形式上有地方政府自我限制和上级限制下级两种。那么地方的保护红线是否可以反过来约束中央政府的审批权呢?由于生态保护红线“红”的特点,行政审批权限制的对象更为多元化,会出现下级环保部门自我限制审批权后,基于区域环境容量的考虑,同时需要上级部门自我限制或者由其限制其他下级部门来配合的情形。这说明地方红线区的环境容量达到上限后,不仅地方的审批权要自我限制,反过来也要限制上级政府的行政审批权。

第四,生态保护红线具有重构环保横向权力配置关系的功能。“以行政区划为基础的行政区治理是我国横向政府间关系的显著特征,这种‘分割而治’的模式近来日益显现其局限性和不足”^[14],环保主管部门与行业主管部门之间的环保职能分配和权力监督管理是关键。按照我国现有的环保行政体制,环保主管部门和行业主管部门实行的是一种“统一监管与分级分部门相结合”的模式,在实际中容易出现多头监管,越权审批的现象。这种简单的统分管理的模式已经不能适应生态保护红线严格的需要。而生态保护红线的划定需要以资源上限、环境质量底线为基础,划定后对各类资源的利用总量、污染物排放总量的空间布局产生刚性钳制,特别是对红线区所有的土地资源、水资源、生物资源等产生限制,而这样的限制横向上直接指向了行使资源许可权、排污许可权的政府机关。因此要限制农、林、水、土等行业主管部门的资源管理权,把一部分权力“让予”环保部,由环保部门来确立生态保护红线区域内的资源使用和污染物排放的额度和数量,在空间布局上定型化。行业主管部门行使自己的环保职能时,如果有僭越或者与环保部门抵触的许可审批行为,应该

宣布为无效行政行为。

我国政治实践与环保行政体制运行的经验显示,“分工明确的纵向和横向政府间关系只是府际关系的一个部分,良好的府际关系里还包含了不同级别的政府之间的沟通、协商、合作”,“在横向府际间,要做到平衡竞争,控制冲突,保证共赢。在纵向府际关系里,要做到权力分配合理,政令上下贯通、左右互动”^[15]。而生态保护红线制度的应然功能正在于环境权力的运行困局,调适行政体制以回应生态系统提出的外部需求。

四、“大环保”体制:实现生态保护红线制度的必由之路

我国环保体制既包括环境保护部门,也包括国土、森林等其他负有环境保护职责的行业主管部门,后者在自然资源管理方面甚至发挥着较前者更重要的作用。但实践中后者的行业市场促进、行业经济利益保护的功能大大超过环保功能,这样的环保横向权力配置模式不能适应生态保护红线的要求。并且,这样的横向关系还有四个纵向层次,央地关系及地方各级间的纵向权力制约机制也付之阙如,针对生态系统整体性问题作出跨层次、跨地区、跨部门的综合应答机制尚在雏形中。应当以生态保护红线制度的创制及其落地为契机,形成下级畅通、同级协调、公私合作的“大环保”机制,虽然我国已关注党委(组)的生态领导责任,也引入了司法审查机制,但都是支撑环境行政责任的周边制度,笔者认为:构建“大环保”机制应当首先理顺环境行政关系这一核心问题。而生态保护红线所遵循的是“基于质量—总量—风险—生态一体化的国家环境红线管理制度体系”^[16],要求在纵向环保行政部际关系中,央地之间的制约关系要重新确立;在环境行政管理组织设置方面,上下级政府之间、同级环境行政管理部门之间的权力要重新划分;在公众参与方面,要增加实质性的公众参与的。具体而言,我国构建“大环保”行政体制可以有以下建议措施。

(一) 构建央地双向制约的纵向权力配置机制

虽然国外无“生态保护红线”一词,“但实际上国际范围内有着类似的做法,如目前广泛采用的划定生态保护区域的方法,即建立保护地系统”^[17],就生态系统保育而言,各国具有共通性,我国生态保护红线制度的特殊性在于行政权配置层面。

对政府行政审批权的禁限是对红线最直接有效的保护。上下级环保部门之间的统一协调,依靠的是中央与地方环境行政权之间的合理配置,划清职责范围,尤其是不同层次政府间的环境责任与项目审批权要相互具有制约关系。在政府行使行政审批权的过程中,环境资源、环境容量是环境行政审批权的依据,只要在环境资源和环境容量之内,建设项目就可以通过。但是当红线区内环境容量达到上限后,一方面,上级部门自我限制审批权,下级部门必须同步地拘束其审批权,不能做出与上级行政行为相抵触的行政审批行为。另一方面,由于中央政府的审批权消耗的是地方的环境资源和环境容量,因此在大环保机制下赋权给地方政府制约中央政府的行政审批权是必要的,一旦地方红线达到环境容量上限,不仅地方审批权受限,中央政府的审批权也要被制约。这种大环保行政机制在纵向上既具有上级约束下级行为,也具有下级反向制约上级,防止上级任意审批消耗下级政府环境资源和环境容量的情况,改变“上级点菜,下级买单”的模式。

(二) 强化非环保部门环保职责的履行机制

我国行政环保机制在横向上一直采用的是“统一管理 with 分级分部门管理相结合”的模式,这种模式在实际中经常会出现环保部门一家独大,监管权力交叉、重叠、遗漏的问题,因此仅依靠环保部门的监管是不够的,还要发挥行业主管部门的环保职责,比如水利、国土、矿产、林业、农业等行业主管部门。当前,红线制度的实施“缺乏统一的顶层设计,将多部门提出的各类生态红线进行有效地统筹和衔接,增强生态红线的实施效率”^[18],这有赖于部际关系系统合于生态质量保障这一制

度枢纽上。

首先,行业主管部门环保职责是指除环保部门职责以外的管理职责。环保部门对生态保护红线区内整体的生态环境资源进行监管,并且按照相关污染防治法的规定由环保部门负责统一的监督检查,且制定质量标准。相应的行业主管部门对生态保护红线区内的各自的生态要素按照资源法规定的权限,负责区域内水资源的统一管理和监督工作。其次,我们既要保证环保部门的统一监管的权力,即行业主管部门不得做出与它有抵触的行政行为,也要发挥行业主管部门的环保职责。行业主管部门在各自权限范围内行使审批权时,不仅要配合环保部门作出限制,还要与其他行业主管部门相协调,避免权力的重叠、遗漏。以国务院水利部为例,有权对生态红线区内水资源的规划、利用,对于关系到红线区内的水利建设工程有权作出是否通过审批,但是不能违反国务院环保部做出限制审批的,也不能影响到林业、渔业等行业主管部门的监管权力。

(三) 确立地方环保机关的独立履职机制

在我国,各种环境保护政策主要是由环境行政部门主导制定,且需要通过环境行政管理机构得以实施。“划定生态保护红线的目的是为了保护红线区域内的生态环境免受破坏,维持其生态功能的完整性、可持续性,以保障国家生态安全”^[19],地方环境行政管理是守住生态红线的基本依托。然而由于我国当前“政府监管中心主义”的生态保护模式,地方环保机关容易受制于地方政府,不利于生态保护红线的落实。一方面,红线的划定为政府的建设规划、开发项目等行政审批、许可行为提供合法与违法的标准,这间接限制了地方政府在空间规划上的行为。另一方面,红线的划定又为政府依法启动区域限批、限期治理等进一步措施提供的前提和基础,限制了政府的资源、环境容量审批权。因此,协调政府和环保主管机关的关系成为大环保行政机制构建纵向畅通的另一关键环节。地方政府为了自身发展,容易干涉红线的实施,虽然当前国家正在推行环保监测与监察机制在省以下进行直管,但在风险预防原则指导下的生态保护成败核心仍在预先保护,属于环保主管部门在行政认可、行政指导、购买生态公共服务等事前监管环节中。因此,生态保护红线的监管必须保证地方环保主管机关的权力不受地方政府的影响,可以在红线的监管上赋予地方环保主管部门特别权力,保障其独立地位,让地方环保部门对红线的监管实施成为独立的权力。

(四) 增进公众的实质性参与机制

“为了保障公众参与的有效性与公正性,以法律、法规、规章明确规定各种不同类型、不同形式公众参与的程序、方法是非常必要的”^[20],我国的现行的环保行政体制中并不是没有公众参与程序,而是公众参与多流于形式,缺乏实质性的公众参与。大环保体制下的公众参与最重要的就是实质性的参与,这种实质性表现在公众参与要有过程、有成果,在生态保护红线实施的过程中能起到长效监督的作用。而要做到这一点需要政府及其环保部门在生态保护红线的实施过程中,定期公开红线监管的基本信息,采纳公众的意见,并对意见作出回复。为了方便公众参与,网络媒体、社区讲座、新闻报纸等参与途径要建立起来,多途径的参与能极大地减少公众对生态保护红线的误解,使政府和公众的关系趋于协调。

参考文献

- [1] 苏同向,王浩.生态红线概念辨析及其划定策略研究[J].中国园林,2015,(5).
- [2] 陈海嵩.“生态红线”的规范效力与法治化路径——解释论与立法论的双重展开[J].现代法学,2014,(4).
- [3] 环境保护部.生态保护红线划定技术指南[EB/OL].<http://sts.mep.gov.cn/stbh/>,2015-07-20.
- [4] 肖峰,张婷.论环评区域限批制度的功能失当及其克服[J].中国地质大学学报(社会科学版),2015,(5).
- [5] 温家宝.2007年国务院政府工作报告[EB/OL].http://www.gov.cn/test/2009-03/16/content_1260188_3.htm,2015-07-22.

- [6] 国家林业局. 推进生态文明建设规划纲要(2013—2020年)[EB/OL]. <http://www.forestry.gov.cn/portal/xby/s/1277/content-636413.html>, 2015-07-24.
- [7] 中共深圳市委, 深圳市人民政府. 关于推进生态文明、建设美丽深圳的实施方案[EB/OL]. http://www.sz.gov.cn/zfgb/2015/gb912/201503/t20150310_2824914.htm, 2014-10-14.
- [8] 江苏省人民政府. 关于印发江苏省生态红线区域保护规划的通知[EB/OL]. <http://www.js.gov.cn/jsgov/tj/bgt/201309/t20130923400467.html?keywords=生态红线>, 2015-07-25.
- [9] 林勇, 等. 生态红线划分的理论和技术探讨[J]. 生态学报, 2016, (5).
- [10] 陈海嵩. “生态红线”制度体系建设的路线图[J]. 中国人口·资源与环境, 2015, (9).
- [11] 环境保护部. 生态保护红线划定技术指南[EB/OL]. http://www.zhb.gov.cn/gkml/hbb/bwj/201505/t20150518_301834.htm, 2015-07-24.
- [12] 肖峰. 生态文明建设中党政同责措施的科学实施[J]. 中国特色社会主义研究, 2016, (4).
- [13] 王频, 陈科霖. 我国纵向府际关系失序现象及其内在逻辑[J]. 学术论坛, 2016, (6).
- [14] 边晓慧, 张成福. 府际关系与国家治理: 功能、模型与改革思路[J]. 中国行政管理, 2016, (5).
- [15] 杨龙. 府际关系调整在国家治理体系中的作用[J]. 南开学报(哲学社会科学版), 2015, (6).
- [16] 王金南, 等. 构建国家环境红线管理制度框架体系[J]. 环境保护, 2014, (Z1).
- [17] 刘冬, 等. 国外生态保护地体系对我国生态保护红线划定与管理的启示[J]. 生物多样性, 2015, (6).
- [18] 王金南, 迟妍妍, 许开鹏. 严守生态保护红线 创新战略环评机制 [J]. 环境影响评价, 2014, (4).
- [19] 秦天宝, 张庆川. “美丽中国”语境下生态保护红线的法律保障[J]. 贵州法学, 2014, (6).
- [20] 姜明安. 公众参与与行政法治[J]. 中国法学, 2004, (2).

(责任编辑 周振新)