

风电场水土流失防治法律制度的失灵与矫正

谢虹

(武汉大学环境法研究所, 湖北武汉 430072)

【摘要】 可再生能源的法制保障和法治水平关系其持续健康发展。风力发电(以下简称风电)虽然提供了可再生能源,但在建设时期容易造成水土流失、植被破坏等生态环境影响。《中华人民共和国可再生能源法》宣示了保护环境的立法目的,但缺乏配套的法律制度。《中华人民共和国能源法(征求意见稿)》侧重能源开发利用,但缺乏环境规制治理保障能源安全的法律制度。《中华人民共和国水土保持法》颁布实施的时间较早,防治水土流失的相关法律制度已不适应风能的开发利用。本文通过典型案例,发现风电场环境治理存在环境影响评价制度治理低效化、水土保持设施“三同时”制度法律监管不足、水土保持与环境影响评价“并联审批”设计缺陷等法律制度失灵症状,大量水土流失造成的生态环境损害尚未得到法律救济,为此提出了防治水土流失的法律矫正措施。

【关键词】 水土流失防治; 法律制度失灵; 并联审批; 生态环境损害; 矫正措施

【中图分类号】 D912.6

【文章编号】 1674-6252(2020)06-0130-07

【文献标识码】 A

【DOI】 10.16868/j.cnki.1674-6252.2020.06.130

引言

国家将风能、太阳能等可再生能源的开发利用列为能源发展的优先领域,近年来风电呈现出大容量、大规模的发展态势,总装机容量已居世界首位。风电的跨越式发展,对于优化我国能源结构,实现能源安全具有不可替代的作用。位于长江经济带的上海、浙江、湖北、四川、云南、贵州等省份陆续兴建风电场。然而,已建成的风电场对土壤、鸟类、草原、森林、海洋、自然保护区的不利影响逐渐步入学者的研究视域以及司法审查范围^①,但多数研究视角聚焦环境影响评价和水土保持的技术问题分析,缺乏从法学角度对相关法律制度的研究。我国风电场工程起步比较晚,在防治风电场工程的水土流失方面较为薄弱^②。特别是山地风电场,由于其所在的山区土壤抗蚀性低,且植被破坏后恢复难度大,在开发过程中引起的水土流失问题尤为突出^③。水土流失长期以来是我国重大生态环境问题,也是经济社会可持续发展的严重制约因素。习近平总书记多次强调:“推动长江经济带发展,理念要先进,坚持生态优先、绿色发展,把生态环境保护摆上优先地位,涉及长江的一切经济活动都要以不破坏生态环境为前提,共抓大保护,不搞

大开发^④。”因此,从风险预防的角度审视水土流失防治的法律制度,显得尤为必要。

环境治理不仅需要建构和完善法律制度,更需要保障制度的有效运行。同所有的环境治理一样,风电场环境治理存在着有效治理与治理失灵两方面。有效治理是以健全的法律制度为核心,恰当地开发利用风能,可有效地预防生态环境风险,科学、系统性地解决生态环境问题。治理失灵则会破坏生态系统的自然格局,加剧已有的生态环境问题,甚至产生新的生态环境问题。法律制度失灵是导致治理失灵的重要因素,所谓环境法律失灵,一般指已经制定的环境法律不能或没有发挥其应有的、立法机关所期望的、社会所期望的作用和效益,或没有实现环境法律所规定的目标等现象,即环境法律缺乏有效性或有效性不足^⑤。

《中华人民共和国可再生能源法》颁布实施较早,虽然宣示了保护环境的立法目的,但缺乏相应的制度保障。《中华人民共和国能源法(征求意见稿)》侧重能源开发利用,忽视环境规制治理保障能源安全。风电场环境治理,尤其是水土流失防治主要依靠环境影响评价制度和水土保持设施“三同时”制度。本文所指的风电场水土流失防治法律制度失灵,是指环境影响评价和水土保持制度未能发挥立法机关的理性预

资助项目: 国家社会科学基金重大项目“整体系统观下生物多样性保护的法制研究”(19ZDA162)。

作者简介: 谢虹(1977—),女,博士生,二级律师(副高),研究方向为中国环境法、环境司法文明, E-mail:664210097@qq.com。

① 2019年6月17日贵州省高级人民法院发布《环境资源审判十大典型案例》(2018年6月至2019年5月),其中两例是风电场生态破坏的环境民事公益诉讼。

② 参见2016年1月26日,习近平总书记主持召开中央财经领导小组第十二次会议并发表重要讲话。

期,或未实现保护环境的《中华人民共和国可再生能源法》的预设目标,即相应的法律制度缺乏有效性或有效性不足。

1 风电场环境影响评价制度的失灵症状——以 G 省 T 风电场为例

G 省位于西南地区,是国家生态文明试验区,系长江中上游重要的生态屏障。山地和丘陵面积占全省面积 92.5%,水土流失面积占全省面积 31.4%,水土流失问题较为突出。“十二五”期间,风电项目在全国迅猛发展,G 省也获得 109 个拟核准风电项目计划^①。在生态环境相对脆弱的山区建设风电场,应从风险防范的角度审视现有的法律制度对环境治理,尤其是水土流失防治的充分性和有效性。

1.1 T 风电场项目及区域概况

T 风电场工程拟开发面积约为 24 平方公里,安装 24 台风力发电机组,总装机容量为 48 兆瓦。建设内容包括升压站、风机区、道路工程和施工临时设施。项目主体设计占地包括永久占地和临时占地,其中永久占地包括风机及箱变基础、升压变电站、道路工程;临时占地包括风机吊装场、施工临时设施、直埋电缆占地、弃渣点等。风电场总体地貌为低中山地貌,地质特征为坡度大、土层薄,水土流失类型主要是水力侵蚀。根据《全国水土保持规划国家级水土流失重点预防区和重点治理区复核划分成果》(办水保[2013]188 号)和《G 省水土流失重点预防区和重点治理区划分成果》,项目所在地位于国家级和省级水土流失重点治理区,在该区域开发建设风电场,水土流失防治标准高且治理难度大^②。

1.2 风电场环境影响评价制度的治理低效化

我国建设项目环境影响评价实行分级分类审批制度。分级审批权限原则上按照建设项目的审批、核准和备案权限,以及项目对环境的影响性质和程度确定;而分类审批是指根据项目对环境影响的程度将环境影响评价文件分为环境影响报告书、报告表和登记表^③,统称为“环评文件”。目前,风电场环境影响评价的主要法律依据包括《中华人民共和国环境保护法》《中华人民共和国环境影响评价法》《建设项目环

境保护管理条例》《风电场工程建设用地和环境保护管理暂行办法》《环境影响评价公众参与暂行办法》和《电磁辐射环境保护管理办法》。主要技术规范包括《环境影响评价技术导则生态影响》(HJ19—2011)《环境影响评价技术导则声环境》(HJ2.4—2009)和《环境影响评价技术导则大气环境》(HJ2.2—2008)等。从 T 风电场环评文件审批及项目监管可窥见风电场环境影响评价制度的治理低效化问题突出。

1.2.1 风电场环评类别的划分不利于全面保护环境敏感区域

《建设项目环境影响评价分类管理名录》(环境保护部令 44 号)规定的环境敏感区^④包括水土流失重点防治区。根据该名录,总装机容量在 50 000 千瓦以上的水电项目编制环境影响报告书,其他水电项目编制环境影响报告表^[4]。但风电项目的“环境敏感区”却不包括水土流失重点防治区。如前所述,尽管 T 风电场位于国家级和省级水土流失重点治理区,却不属于名录中的环境敏感区,加之总装机容量在 50 000 千瓦以下,因此该项目的环评文件类别降低为环境影响评价报告表。

环评文件的编制技术性和专业性较强,因此需要技术导则。现行的环境影响评价技术导则体系由总纲、专项环境影响评价技术导则和行业建设项目环境影响评价技术导则构成,总纲具有统筹指导作用,后两项导则的制定应遵循总纲的总体要求。《环境影响评价技术导则 总纲》(HJ 2.1—2011)对建设项目环境影响评价的一般性原则、内容、工作程序、方法及要求做了规定,但是附录 A 仅对建设项目环境影响报告书的编制做了明确要求,对于环境影响报告表则没有具体要求。专项环境影响评价技术导则包括大气、地表水、地下水、生态影响评价技术导则。行业建设项目环境影响评价技术导则已有针对机场建设工程、水利水电工程等类别的导则,直到 2016 年 6 月风电场环境影响评价技术规范才开始实施,明显滞后于近年来我国风电场的迅猛发展。

《环境影响评价技术导则 生态影响》(HJ19—2011)规定风电项目的重点环境影响评价因子包括:水土保持、植被破坏、野生动物和噪声等。但在实践中,编制环评文件的服务机构对水土保持的重要性、

① 2015 年 4 月 24 日,国家能源局发布《关于印发“十二五”第五批风电项目核准计划的通知》(国能新能[2015]134 号)。

② 相关内容载于《T 风电场水土保持方案》(报批稿)及 G 省水利厅《关于 T 风电场水土保持方案的批复》。

③ 《建设项目环境影响评价文件分级审批规定》(2009 年 3 月 1 日施行)

④ 《建设项目环境影响评价分类管理名录》(环境保护部令 44 号)第 3 条。

水土流失的危害性认识不够深刻。加之建设单位水土保持的法律意识淡薄,在建设过程中疏于管理,未严格按照“三同时”制度采取有效的水土保持措施,导致大量水土流失,造成生态破坏。而对于负有生态环境监管职责的行政部门而言,像风电场这样归为清洁能源的建设项目通常不是监管执法的重点。笔者注意到,T风电场环评报告表的内容简单,未对水土流失、植被破坏、鸟类迁徙等做出相应的生态影响评价。生态环境主管部门的环评批复侧重废水、噪声、废弃物的污染防治措施以及相应的污染物排放标准,忽视了风电场地处水土流失重点治理区的环境敏感因素。

1.2.2 环评审批权限擅自下放违反法律规定且不利于属地监管执法

根据《建设项目环境影响评价文件分级审批规定》的相关规定,生态环境部可以将部分建设项目的环评审批权限委托给省级生态环境主管部门。省级生态环境主管部门又可将审批权限再次下放,报省级人民政府批准后实施。早在2005年8月,国家发展改革委、原国土资源部和原国家环保总局联合出台部门规章,明确规定风电场环评文件由所在地省级环境保护行政主管部门负责审批^①。该办法要求建设单位向相关主管部门申报核准风电项目时,必须附省级环境保护行政主管部门的审批意见,没有审批意见或审批未通过的,不得核准建设。这不仅明确了风电项目的环评文件审批权限,还要求环评审批应前置项目核准申报程序。为了扩大县域经济管理权限,加快项目建设,G省人民政府办公厅发布了《关于进一步推进扩权强县工作的实施意见》,该通知的附件《省直部门向县(市、特区)下放的经济管理权限项目目录》第24项明确将50000千瓦以下的风电项目的环评审批及竣工环保验收管理权限下放至市、县生态环境主管部门。因此,T风电场环评文件由县级生态环境主管部门审批。

为了证实《风电场工程建设用地和环境保护管理暂行办法》的时效性,笔者分别向国家发展改革委和国家能源局申请信息公开,得到的回复为:“该办法仍在实施、继续有效,办法第九条已明确规定风电场建设项目的环评审批权限应由所在地省级环境保护行政主管部门负责审批。”对于笔者咨询的“县级

环保部门是否具有风电建设项目的环评审批权限”的问题,得到的回复是风电场的环境影响评价审批,具体每个省份的情况不一致,需要看各省份的相关要求。换言之,上述规章明确风电场环评文件审批权限由省级生态环境主管部门负责,但在各地的执行情况不尽相同,部分省份已下放到市、县生态环境部门。

根据《中华人民共和国立法法》的相关规定^②,部门联合规章的法律效力明显高于地方政府规范性文件,省级政府擅自下放风电场环评文件审批权限的做法明显违反了规章规定。这也印证了“在一统性环境法令的运行过程中,执行者的‘再决策行为’重构了环境法令中的权力关系,并以新的环境治理行动架空了环境法令”^[5]的环境治理现状。结合各地生态环境监管执法现状而言,风电大多是地方政府的重点招商引资项目,开发建设主体又是国企甚至央企,项目地理位置偏远,生态环境、水、林业等基层执法部门的力量薄弱,并不利于监管执法,社会公众也不便于参与监督,此种情况下,项目在建设和运营过程中出现环境污染、水土流失、生态破坏等问题难免存在监管漏洞和监督缺位。总体而言,风电场环境敏感区域的划分不利于保护水土流失重点防治区,以电功率单位划定风电场环评类别也显得不妥,风电场环境影响评价制度的治理明显低效化。

2 风电场水土保持法律制度的失灵症状

《中华人民共和国水土保持法》是防治水土流失的单行法,规定了水土保持措施及水土保持设施“三同时”制度^③。水土保持措施包括工程措施、临时措施和植物措施,具有保持和涵养水源、保持和改良土壤肥力、净化空气、防风固沙、固碳供氧、维持生物多样性、供给服务、文化服务等生态服务功能^[6]。由于水土流失具有隐蔽性和滞后性,大量的水土流失即使降低了生态服务功能也不易识别和判断。水土流失防治未得到足够重视,尤其在建设工程领域,开发建设活动不可避免地扰动地表,破坏植被,大量的弃土弃渣进入河流以后容易造成河道淤积,毁坏水利设施,甚至还会引发洪涝或者地质灾害^[7]。为了减轻水土流失对生态环境造成的不利影响,水土保持设施“三同时”制度对水土保持设施的设计、施工、投产

① 《关于印发〈风电场工程建设用地和环境保护管理暂行办法〉的通知》(发改能源〔2015〕1511号)。

② 《中华人民共和国立法法》第八十四、八十五、九十五条。

③ 《中华人民共和国水土保持法》(2011年3月1日施行)第二十七条:依法应当编制水土保持方案的生产建设项目中的水土保持设施,应当与主体工程同时设计、同时施工、同时投产使用;生产建设项目竣工验收,应当验收水土保持设施;水土保持设施未经验收或者验收不合格的,生产建设项目不得投产使用(以下简称水土保持设施“三同时”制度)。

使用、竣工验收做了明确要求。对此,风电场建设单位应根据项目实际情况按照水行政主管部门批复的水土保持方案因地制宜地采取相应的水土保持措施,严格执行水土保持设施“三同时”制度,将水土流失的危害程度降至最低。然而,在实践中,“三同时”制度实施的法律监管明显不足,主要体现在以下四个方面。

2.1 建设单位执行水土保持设施“三同时”制度存在法律监管漏洞

水土保持法律监管以属地管辖为原则,涉及跨区域的建设项目,则由负责审批水土保持方案的水行政主管部门履行职责。T风电场占地面积大,跨越了两个相邻的行政区域,水土保持方案由G省水利厅审批,监管执法应由其负责,但根据“执法重心下移、力量下沉”的行政体制改革趋势,省级水行政主管部门的执法权限早已弱化,主要由基层水行政主管部门承担执法工作。根据建设单位定期向省水利厅提交的季度和年度《水土保持监测报告表》显示,项目存在风机基础开挖面积大,未对周边扰动的区域布设水土保持措施,道路区在施工过程中未采取任何水土保持措施,已造成较大的水土流失等问题。然而,G省水利厅并未对上述水土流失问题立案查处,而属地的两个县级水利主管部门亦不会主动对该项目履行监管职责,如此一来,建设单位违反水土保持设施“三同时”制度的规定却处于法律监管漏洞中,并未受到任何行政处罚。

2.2 水土保持设施竣工验收重在结果验收而忽视过程监管

风电场内工程由于开挖、填埋等作业频繁,使原地表的覆盖物和土壤结构遭受严重破坏,导致土壤抗蚀性降低,而且恢复难度大^[8]。建设项目的特点决定了水土流失防治难度大、水土流失危害严重。T风电场水土流失防治责任范围包括建设区和直接影响区,建设区扰动地表和破坏植被的主要方式是边坡开挖、场地平整、修建运输通道,水土流失集中于施工期。《中华人民共和国水土保持法》明确规定生产建设单位监测水土流失并定期上报当地水行政主管部门的义务^①。但从T风电场2015年第二、第三、第四季度及年度,2016年第一、第二季度的监测报告来看,水土保持工程措施要求建设的排水沟、挡土墙、沉沙池、截水沟等远远未达到设计总量,却在2016年第

三、第四季度的监测报告中表现出各项水土保持工程措施的施工量剧增。这恰好说明,建设单位在施工过程中并未严格执行“三同时”制度,水土保持设施未与主体工程同时施工,而在主体工程接近完工时突击修建,目的是通过水土保持设施竣工验收。水土保持设施竣工验收,主要是水利主管部门根据水土保持监测单位核算的指标来判定项目是否符合《开发建设项目水土流失防治标准》(GB50434—2008)中建设类相应级别的目标值。这样的制度设计实际异化为对水土保持设施的结果验收,而忽视了“三同时”制度的执行过程监管,让建设单位、施工单位钻了法律漏洞。

2.3 监管方式简单且监管频次较低

水行政主管部门对建设项目水土保持的监管主要以建设单位定期上报的水土流失监测报告为主,现场检查为辅。山地型风电场具有风机点位分散、线路冗长、地形复杂、施工周期较短等特点,导致监测点位多且分散、交通不便、监测工作周期有限,为工程建设期的水土流失动态监测带来了较大困难^[9]。T风电场的地理位置偏僻,气候多雨又多雾,路途遥远,道路泥泞,执法人员现场检查的频次非常低,在施工过程中,建设单位未采取有效的水土保持措施的情况根本得不到有效的监督和管理。

2.4 水土保持与环境影响评价“并联审批”的制度设计缺陷

《T风电场水土保持方案报告书》(2015年11月报批稿)中水土流失预测结果为:本项目可能扰动地表面积42.42公顷,损坏水土保持设施面积42.42公顷;如不采取水土保持措施,在建设过程中水土流失总量将达到3343.30吨,其中新增水土流失量约1743.70吨。水土流失的重点部位是集电线路区、风机区和道路工程区,重点时段是施工期。水土流失可能影响工程施工和运行安全、破坏周边土地资源和生态环境。项目选址应当避让环境敏感区,确实无法避让的,应当提高水土流失防治标准,优化施工工艺,尽量减少地表扰动和植被损坏范围,有效地控制水土流失。由于该项目地处国家级和省级水土流失重点治理区,水土流失防治标准为建设类项目一级标准。

《中华人民共和国环境影响评价法》(2003年9月1日施行)第十七条设置了水土保持方案作为环评文件审批的前置程序。但是,2016年7月15日原环境

① 《中华人民共和国水土保持法》(2011年3月1日施行)第四十一条规定。

保护部《关于印发〈“十三五”环境影响评价改革实施方案〉的通知》明确要求提高建设项目环评效能,改革管理方式,环评与选址意见、用地预审、水土保持等实施并联审批。随后修订的《中华人民共和国环境影响评价法》(2016年7月2日)亦删除了上述前置程序的规定。因此,对于需要编制环境影响报告书的风电项目,水土保持方案的审批与环境影响报告书的审批分别由水行政主管部门和生态环境主管部门行使,部门之间互不关联,互不牵制。

综上所述,风电场的环评类别主要是环境影响报告表,编制技术要求明显偏低;环评文件审批权限下放至县级生态环境主管部门,侧重审查噪声、废水和废弃物的环境问题及排污标准,至于植被破坏、电磁辐射、对鸟类迁徙和生态环境的累积性影响则不在审查范围之内;而在水土流失防治方面,省级水行政主管部门审批的水土保持方案,由基层水行政主管部门履行监督职责,由于位置偏远、执法重心下移、执法力量薄弱等原因,导致执法频次低、监管力度小、法律监管明显不足。管中窥豹,可见一斑,施行了数十年的环境影响评价制度和水土保持设施“三同时”制度在风电场环境规制治理,尤其是水土流失防治方面出现了失灵症状。此外,风电场环评文件和水土保持方案“并联审批”的制度设计是为了优化审批程序、提高行政效率,但审批两条线分支而行,互不牵制,表面上提高了审批效率,实质却不利于该类项目的环境监管执法。

3 风电场水土保持法律制度失灵的矫正

综上,风电场水土保持法律制度失灵症状集中表现为:环境影响评价制度的环评类别划分上遗漏水土流失重点防治区作为环境敏感区域、环评文件审批权限通过规范性文件不恰当下放、水土保持设施“三同时”制度的法律监管不足、水土保持与环境影响评价“并联审批”设计缺陷所导致的监管执法上的力不从心等。法律制度如果缺乏科学有效性,明显滞后于可再生产业发展的需要,则必然导致其实施的有效性不足。相关法律制度的建立健全,运行顺畅,是风电场环境规制治理的重要保障,将极大地促进我国可再生能源的可持续发展。笔者认为,风电场水土保持的法律制度失灵可以从以下几个方面矫正:

第一,风电场环境影响评价制度应当真正起到源

头预防、事中强化监督的作用。风电场环境规制涉及水土保持、森林资源和野生动植物保护、海洋生态环境保护等内容,为了强化环境影响评价制度的源头预防作用,原则上应由省级生态环境主管部门负责审批风电场的环评文件,环评文件编制机构应根据《环境影响评价技术导则生态影响》(HJ19—2011)重点评价水土保持、植被破坏、野生动物等环境影响评价因子,全面、科学地揭示风能开发利用的环境风险,做出科学、精准的评价结论,为生态环境主管部门提供监管执法的可靠依据。省级生态环境主管部门做出环评批复前,应认真审查技术评估单位出具的污染防治措施、生态保护措施的可行性和有效性。即使省级生态环境主管部门提出分级审批建议,拟下放环评文件的审批权限,也应以建设项目所处环境的敏感性质和敏感程度作为划分环境影响评价类别的重要依据,将水土流失重点防治区、基本农田保护区、森林公园、重点保护野生植物生长繁殖地等列入风电场环评类别的环境敏感区域,并根据实际情况适时修订省级建设项目环境影响评价文件分级管理目录,全面保护生态环境。生态环境主管部门应按照《中华人民共和国环境保护法》第十条的规定,履行对风电场生态环境保护工作统一监督管理的职责,与水、林业、农业等行政主管部门建立联防联控、联合执法的工作机制,实现信息互通共享。在风电场运行管理过程中,通过环境监测、水土流失监测、环境质量现状和变化趋势分析,发现累积性或不确定性环境影响的表现不符合环评文件及其批复的,生态环境主管部门应加强环境影响后评价管理,责成建设单位或者生产经营单位组织开展环境影响后评价工作,提出切实可行的补救方案和改进措施。

第二,强化风电场水土保持设施“三同时”制度的法律监管。生产建设项目水土保持措施的检查、验收是落实水土保持“三同时”制度的关键环节,是有效防治生产建设水土流失的重要手段,同时也是“三同时”制度最为薄弱的环节^①。已建成的风电项目即使通过了水土保持设施验收,也不意味着建设单位严格履行了“三同时”制度^②。2019年水利部开展了长江经济带生产建设项目水土保持监督执法专项行动,以大中型生产建设项目不依法编报水土保持方案、水土保持设施未经验收投入使用和随意倾倒废弃土石渣等不依法履行水土流失治理义务行为为重点^③,立案

① 具体参见2019年6月17日贵州省高级人民法院发布《环境资源审判十大典型案例》,专家对其中一例风电场水土流失环境民事公益诉讼案件的评析观点。

查处了一批违反水土保持法律法规的案件,贯彻落实“用最严格制度最严密法治强化水土保持监管”。因此,建议国家发展改革委、生态环境部、水利部、自然资源部等联合组织清查“十二五”“十三五”期间建成的风电场,尤其是对长江经济带的山地型风电场开展水土保持监督执法专项行动,由技术专家和法律专家共同组成专家组,严格按照水土保持法律法规的规定以及建设类项目水土流失防治标准、水土保持设施竣工验收的要求评查项目。对于已经通过水土保持设施竣工验收,但相关证据表明建设项目违反水土保持设施“三同时”制度的,也应依法立案查处。

第三,“并联审批”制度应做好科学设计,有效衔接环境影响评价和水土保持事前审批和事中事后监管制度。“十三五”环境影响评价改革趋势要求环评与选址意见、用地预审、水土保持等实施并联审批,鉴于环境影响评价与水土保持设施“三同时”制度未有效衔接的现状,应加强事前审批与事中事后监督管理工作。建议在风电场事前审批阶段,发展改革、自然资源、水、林业、生态环境等行政主管部门通过政府政务中心电子数据平台,在规定时限内根据各自的工作职责对建设单位的行政许可申请提出具体意见,务必全面提示环境风险。对于涉及环境敏感区域的风电项目,应建议开发利用主体重新选址,确实无法避让的,水行政主管部门应要求其执行建设类项目水土流失防治的最高标准,对于该类项目,属地生态环境、水、林业等行政主管部门应重点监管,加强日常监督检查,指导建设单位加强水土流失防治工作,对可能造成严重水土流失的,应督促建设单位定期提交水土流失监测报告,限期整改。2017年9月,《国务院关于取消一批行政许可事项的决定》(国发〔2017〕46号)取消了各级水行政主管部门实施的生产建设项目水土保持设施验收审批行政许可事项,由生产建设单位按照有关要求自主开展水土保持设施验收。对此,建议水利部适时出台《建设项目水土保持事中事后监督管理办法》,规范建设项目水土保持设施自主验收的程序和标准,明确验收信息公开及公众参与制度,推进事中事后监督规范化、程序化和制度化。

第四,尽快修订《中华人民共和国水土保持法》中不适应风电场水土流失防治的相关规定,大幅提高建设单位违反水土保持制度的违法成本。现行水土

保持法第三十九条明确规定了国家鼓励和支持在山区、丘陵区、风沙区等容易发生水土流失的区域,利用风能作为水土保持措施,该法最早颁布施行于1991年,在当时的技术条件下只能识别风能的开发利用有利于水土保持,未能预见风能的开发利用可能造成水土流失的环境风险。此外,该法对于未依法编制水土保持方案或方案未经批准而开工建设的,水行政主管部门可以限期补办手续,逾期不补办手续的,处以较低数额的罚款^①。相较于《中华人民共和国环境保护法》第六十一条和《中华人民共和国环境影响评价法》(2016年7月2日修订)第三十一条之规定,上述规定的法律威慑力明显不能满足建设项目水土保持之需,反而纵容建设单位可以先开工建设再补办手续,即使逾期补办手续,所受到的行政处罚比起数亿元的项目投资也是微乎其微,甚至可以忽略不计,非常不利于惩戒违法行为。因此,有必要尽快修订《中华人民共和国水土保持法》及其实施条例,加强水土保持设施“三同时”制度的法律监管,大幅提高违法成本。

第五,水土流失严重造成生态环境损害的建设项目,权利人应根据国家规定追究义务人的赔偿责任。中共中央办公厅、国务院办公厅印发《生态环境损害赔偿制度改革方案》,自2018年1月1日起在全国全面试行生态环境损害赔偿制度。该制度的基本原理是:承认环境资源所提供的生态服务功能有价,根据“损害者担责”原则,通过对特定主体赋权的方式,对生态环境损害者进行责任追究,达到恢复生态系统的功能、维护生态环境利益的目的^②。截至目前,生态环境部、最高人民法院以及部分省高级人民法院发布的生态环境损害赔偿典型案例中,尚无因水土流失造成生态环境损害通过磋商或诉讼赔偿的案例,究其原因,现行的法律框架下缺失权利人索赔的法律依据。申言之,这项制度改革的终极目标并非造成实际损害以后再要求责任人修复生态环境,而是通过完善生态环境损害救济体系从而在立法中彰显风险预防原则,完善环境治理的制度保障,为行政执法和司法审判提供充足的法律依据。持续创新探索是开展生态环境损害赔偿的路径^③,新修订的《中华人民共和国固体废物污染环境防治法》首次明确了生态环境损害赔偿磋商制度,亟待《中华人民共和国水土保持法》及

① 具体参见水利部关于开展长江经济带生产建设项目水土保持监督执法专项行动的通知_达州市水务局 <http://swj.dazhou.gov.cn/zhuantizhuanlan/shuitubaochigongzuozhuanti/20190916/12360.html>,最后访问时间:2020年5月31日。

② 参见《中华人民共和国水土保持法》(2011年3月1日施行)第五十三条第(一)项。

其实施条例的修订也增加生态环境损害救济的相关规定。目前而言,水行政主管部门可以通过专项行动、环保督察、群众举报投诉等途径调查水土流失严重造成生态环境损害的风电项目,由省级、市地级人民政府按照《生态环境损害赔偿制度改革方案》的规定,启动生态环境损害调查、鉴定评估、修复方案编制等工作,主动与赔偿义务人磋商并达成赔偿协议,督促其及时修复生态环境,为这项制度改革提供宝贵的案例实践研究素材。

4 结语

风能作为国家优先发展的可再生能源之一,应纳入法治轨道。风电场建设不可避免地扰动地表、破坏植被,加剧水土流失,甚至造成生态环境损害,既不能因发展而牺牲生态环境,也不能因噎废食地阻碍能源结构的优化和调整。如同环境保护作为国家目标一样,风险预防作为具有普遍性意义的存储器,其实质义务在于对人类的生活和健康进行前瞻性的提前保护^[12]。风能持续健康的开发利用不仅仅是政策导向、技术规范、行业标准的问题,还可能涉及立法滞后行业领域的发展,配套法律制度供给不足,行政主管部门信息不畅,监管执法力量薄弱,司法审判缺失法律依据等。因此,风能的开发利用一定要具有整体生态观的思维,在修订《中华人民共和国可再生能源法》《中华人民共和国水土保持法》《中华人民共和国环境保护法》、完善《中华人民共和国能源法(征求意见稿)》的立法工作中,着力于将风险预防原则转化为具体的法律制度,综合考察环境影响评价、环境影响后评价、水土保持设施“三同时”等相关法律制度的有效衔接,优化和提高风能资源调查技术规范、开发利用规划编制技术规范、风电场生态环境影响评价技

术规范等,打破长期以来“从事技术的不懂环境法,精通环境法的不了解技术”的学科和行业藩篱,融合法律和技术的专业智识提升风电场环境治理能力。对于环境治理失灵造成生态环境损害的风电项目,赔偿权利人应通过磋商或诉讼追究义务人的赔偿责任,逐步建立和完善风能、太阳能等可再生能源领域的生态环境损害赔偿制度。

参考文献

- [1] 王文娟,徐珊.风电场工程的水土保持防治对策[J].资源节约与环保,2015(4):12.
- [2] 张荣,陈正洪,孙朋杰.山地风电场开发过程中水土流失相关问题研究进展[J].气象科技进展,2020,10(1):47-53.
- [3] 蔡守秋.论政府环境责任的缺陷与健全[J].河北法学,2008,26(3):17-25.
- [4] 赵丽娜,沈曼莉.辽宁省不同类型风电场项目生态影响评价技术要点分析[J].环境保护与循环经济,2010,30(11):71-72,75-75.
- [5] 杜辉.环境治理的制度逻辑与模式转变[D].重庆:重庆大学,2012:62.
- [6] 孙莉英,栗清亚,蔡强国,等.水土保持措施生态服务功能研究进展[J].中国水土保持科学,2020,18(2):145-150.
- [7] 程晓鹏,李灿,常文喆.小流域综合治理浅议[J].河南水利与南水北调,2013(11):34-35.
- [8] 柴亚凡,周波,罗进选,等.河西走廊风电场道路建设探讨[J].中国水土保持,2018(7):41-43.
- [9] 宋立旺,王莎,戴礼飞.山区风电场建设项目水土保持管理创新探讨[J].亚热带水土保持,2016,28(2):55-57.
- [10] 史玉成.生态环境损害赔偿制度的学理反思与法律建构[J].中州学刊,2019(10):85-92.
- [11] 王旭光.论生态环境损害赔偿诉讼的若干基本关系[J].法律适用,2019(21):11-22.
- [12] 刘刚.风险规制:德国的理论与实践[M].北京:法律出版社,2012:291-291.

The Failure of the Legal System of Soil Erosion Control in Wind Farm and Its Correction

XIE Hong

(Institute of Environmental Law, Wuhan University, Wuhan 430072, China)

Abstract: The legal guarantee and legal level of renewable energy are related to its sustainable development. Renewable energy act declared its legislative purpose to protect environment, but lack of supporting legal systems. Energy Law (Draft) focuses on energy development and utilization but lack of legal systems of environmental governance to guarantee energy security. The relevant legal system of soil and water conservation has not adapted to the development and utilization of wind energy. The paper finds several legal systems are out of order, suggested to clarify the compilation requirements of the energy development and utilization plan, and to increase the legal system for the prevention and control of soil and water conservation, so as to provide legal system for the right holders of compensation for ecological environmental damage.

Keywords: soil erosion control; failure of the legal system; concurrent administrative licensing; compensation for ecological and environmental damage; adjust