

doi:10.11835/j.issn.1008-5831.2017.02.012

欢迎按以下格式引用:柯坚,吴隽雅.环境公私协作:契约行政理路与司法救济进路[J].重庆大学学报(社会科学版),2017(2):113-121.

Citation Format: KE Jian, WU Junya. Environmental public-private partnership: The theoretical route of contract administration and judicial relief approach[J]. Journal of Chongqing University(Social Science Edition), 2017(2):113-121.

环境公私协作:契约行政理路 与司法救济进路

柯 坚,吴隽雅

(武汉大学 环境法研究所,湖北 武汉 430072)

摘要:环境公私协作通过在公共部门与私人部门之间引入责任共担、风险分担、互利互倚的合作契约机制的建立,旨在引入社会资本,推进对环境污染、生态破坏的治理以及增进环境公共产品、公共服务供给,它体现了环境行政从传统的监督管理行政到契约行政的法理拓展与机制创新。环境公私协作契约在法律性质上属于环境公益目标导向下的行政契约,并具有公法性和私法性并存、行政目的性和契约合意性兼具的特点。依据环境公私协作契约中契约合意与行政权力优位顺序的差异以及所占比重的不同,可将其类型化为私法性环境公私协作契约和公法性环境公私协作契约。司法救济是环境公私协作法治化、规范化不可或缺的环节,私法性环境公私协作契约以传统的民事诉讼为主要司法救济途径,而公法性环境公私协作契约的司法救济,则可根据具体纠纷起因而选择适用行政诉讼或行政附带民事诉讼。此外,环境公私协作契约行政追求的环境保护公益目标,也为环境公益诉讼司法救济机制的引入提供了必要性基础。

关键词:环境公私协作;契约行政;法律性质;类型化;司法救济

中图分类号:D922.69

文献标志码:A

文章编号:1008-5831(2017)02-0113-09

当代社会,随着公私部门间广泛的、多层次的、全方位的合作的深入展开,以合意方式创设行政法权利义务契约行政手段逐渐得以发展。在契约行政背景下兴起的环境公私协作(EPPP, Environmental Public-Private Partnership)是指以对环境污染的治理、生态环境的修复以及环境公共产品、公共服务供给为目的,在公共部门与私人部门间所形成的责任共担、风险分担、互利互倚的合作关系^[1]。随着中国财政部第三批PPP示范项目的释放,政府与社会资本合作示范项目投资总额已达到1.97万亿元,且涉及环境综合整治、污水及垃圾处理等环保领域的投资项目仍然占据较大比例,PPP依旧是环保行业当前最大的投资主体^[2]。值得注意的是,环境公私协作不仅提升了政府的环境行政效率,也打破了传统行政法严格依法行政理念及环境行政法律关系中行政主体单方面行政行为的垄断地位^{[3]240-242},并对环境公私协作的法治化、规范化提出了理

修回日期:2016-12-08

基金项目:国家社会科学基金重大项目“生态文明法律制度建设研究”(14ZDC029);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);长江科学院开放基金资助项目“长江流域绿色发展立法保障研究”(CKWV2016395/KY);“2011计划”国家司法文明协同创新项目**作者简介:**柯坚(1968-),男,湖北大冶人,武汉大学环境法研究所教授,博士研究生导师,主要从事中国环境法与比较环境法研究,Email:fxkj@whu.edu.cn;吴隽雅(1991-),女,安徽凤阳人,武汉大学环境法研究所博士研究生,主要从事中国环境法与比较环境法研究。

论创新与实践发展的要求。于此种背景下,本文试图透过契约行政的现代行政法视角,分析和探究环境公私协作的兴起以及环境公私协作契约的法律性质及其类型化问题;在此基础上,从中国环境公私协作纠纷解决的现实司法语境入手,对其司法救济机制(诉讼机制)的建构予以探讨,以促进环境公私协作的发展及其法治化、规范化建设。

一、契约行政背景下环境公私协作的兴起

当代社会,随着社会的普遍联系程度及有机互动需求的极速增强,加之风险社会潜在的高度不确定和高度复杂性,政府的给付行政任务和服务行政职责不断被增加^[4]。深受现代行政民主理念的影响,政府在公共利益维护及公共产品、公共服务供给等方面的局限性引起了学者的普遍关注。如法国学者克罗齐·法默尔曾指出,“行政管理的盲目性使其永远也不可能对其无法看到的诸种需要做出严肃认真的回应”^[5]。政府职能碎片化的弊端及组织机构膨胀低效问题日益突显,促使旨在解决这一问题的“新公共管理理论”和“合作国家理论”得以萌生和发展,并对政府提出借助其他主体优势、充分利用社会资源开展社会治理活动维护公共利益的要求。

实践中,现代行政国家在社会法治理念引导下,国家行政任务不仅强调“社会秩序和公共安全的维护”,而且越来越多地关注到“社会福利和公共服务的保障”。政府倾向于较少地直接运用行政手段去化解诸如环境保护等社会问题,而是更多采用引导的方式去调动和挖掘社会自身的活力和潜力,并以平等主体地位、通过合作的意愿与其他社会治理主体共同开展社会治理活动^[6]。社会福利和公共服务保障的国家行政任务使得国家的给付行政与福利行政迅速增加,进而促使以汇集社会资本及分散风险责任等优势著称的契约行政、公私合作行政成为政府缩减环境行政任务、提高行政效率、节省财政开支的重要手段。为了实现分散治理风险及提高行政效率,政府借助契约行政、公私协作的新型行政模式和社会治理模式,不断从传统的“唯一给付者”蜕变成“共同合伙人”,由此,传统的权力性管制手段因契约等具有私法性质的柔性规制手段的运用而逐渐“异化”,行政任务的行为主体和履行方式得以丰富和扩充,以行政行为为中心建构的秩序行政与给付行政逐渐被以行政契约为核心的契约行政和公私合作行政所瓦解甚至替代^{[3]253}。

随着契约行政、公私合作行政推动国家行政活动方式从“单一、强制、命令”向“多元、协商、合作”延伸,行政行为所遵循的传统行政法理论及行政体系也受到了强烈的冲击,行政契约制度成为公共部门与私人部门合作完成行政任务、实现社会治理的重要方式^[7]。伴随着社会资本向公共领域的引入,社会治理参与主体多元化及涉及利益日趋复杂化。著名社会资本理论家罗伯特·普特南认为,任何涉及公共利益的公共生活及社会活动,均面临着“集体行动之困境”和“公地悲剧之风险”。不可避免,“参与决策和执行的人数增加,决定了决策和执行时需要加以考虑的观点和问题也显著增多,要完成任何一项任务,都需要与为数众多的、各种不同的群体和组织进行协商”^[8]。

为了降低行政任务因行为主体的扩充而面临的决策风险和执行困难,尽可能地避免决策与执行的迟缓或复杂化,政府需要丰富行政任务的履行方式以适应具有高度复杂性和高度不确定性的社会需求。而行政任务履行方式的丰富,最直接的表现即是赋予政府处理公共事务的行政活动方式的选择自由^[9],除了传统的命令型行政活动方式,契约式行政活动因具有协商性、激励性等弹性优势而在规制行政和给付行政中得以适用并日益发挥重要作用,进而促进了契约行政和公私合作行政的兴起和发展。正如有学者指出的,公私协作的社会需求萌生了以自愿、平等、合意等为基础理念的契约行政,而契约行政的兴起和迅速发展,又为行政领域内契约手段之运用乃至公私合作法律关系之形成提供了广阔的空间^{[3]240-244}。

环境公私协作是公私协作以及契约行政、公私合作行政理论和实践在环境保护领域的具体运用。基于现代行政国家环境保护实践和政府履行环境保护行政任务的实践需要,作为环境污染、生态破坏治理以及环境公共服务供给的新思路、新方法和新手段,环境公私协作在环境法的理论和实践中逐渐受到重视。可以说,一方面,行政法治国家契约行政、公私合作行政的推行为环境公私协作的兴起奠定了法律基础和前

提;另一方面,环境保护又是现代行政法治国家推行契约行政、公私合作行政的关键和典型领域。

实践中,环境公私协作与政府环境保护行政职能的迅速扩张有着密切的关系。随着国家环境保护行政任务的日益扩张以及环境保护公共产品、公共服务行政的拓展,环境公共利益的维护和增进不仅要求政府履行环境保护监督管理的行政职责,承担环境污染治理、生态环境修复等安全保障义务,而且要求其有效地防控各种各样的环境风险、积极主动地供给和保障环境公共产品及公共服务。显然,传统的、单一的环境行政监督管理的权力手段已无法应对日趋多样化的环境行政任务,环境公共行政部门需要灵活运用行政权力、适时拓展行政职能,特别是通过与私人部门充分、有效的合作并有效利用社会资源,才能有效地履行环境行政任务,确保环境公共利益的实现。

同时,现代国家的环境保护公共事业需要大量的资金、专业化的技术以及人力、物力的投入,国家行政机构往往难以依靠一己之力予以保障和供给。环境公私协作的关键作用在于,政府通过契约行政、公私合作行政,引入并利用私人部门的资金、技术等方面的优势,通过社会合作来完成环境行政任务,特别是环境行政公共产品、公共服务任务。环境公私协作在引入私人部门和社会资源,缩减政府环境行政任务、节省政府财政开支及提高环境行政效率的同时,也使得环境行政法律关系摆脱了传统环境法理论和实践所关注的以“命令—控制”为特征的单纯的行政主体与行政相对人的“命令—服从”型的纵向法律关系,通过行政主体与社会主体或私人部门之间的沟通、对话、协商以及合意的达成,塑造了行政主体与社会主体或者私人部门之间的以“主导—合作”为特征的横向法律关系,并形成了彼此之间以维护、增进环境保护公共利益为基本目的的“风险分担、责任共担与互利共赢”的环境合作契约法律关系。

二、环境公私协作契约的法律性质与类型化

当代社会,公共部门与私人部门的协商和合作日趋盛行,行政契约凭借其特有的强调合意、注重平等而被广泛运用于社会治理活动中,进而促进了公共利益与个人利益之间具有互利性的契约行政法律机制的形成和发展^[10]。环境公私协作是契约行政、公私合作行政的重要体现,作为促进政府威权与社会资本有效结合的一种创新性机制,它为国家履行环境保护公共行政任务、推进环境保护与环境公共服务以及在环境治理过程中实现公共利益、民主参与、平等协商、合作互助等价值追求提供了新思路、新方法和新手段。环境公私协作建立在推行“民主行政与合作行政”的社会法治国家语境之中,环境公私协作契约的法律规制和司法救济,需要兼顾公法原理与规则、私法契约精神与规范。探究环境公私协作契约的法治化、规范化的制度路径和司法救济进路,首先必须对其法律性质进行合理的定位,并使其能够形成有效的类型化。

(一) 环境公私协作契约的法律性质

公私协作契约,因合意主体的多元性、涉及利益的复杂性及行政权力的主导性、优益性,兼具有契约性(私法属性)和行政性(公法属性)^[11]。正如行政法学者所指出的,“契约理念具有广泛的适应性和强劲的渗透力,它早已跨越了私法的界限并延展至所有的法律体系。在公法领域也处处闪现着契约的身影,只是它作为一种公法现象,在时间上迟于私法而已”^[12]。环境公私协作是政府契约行政、公私合作行政在国家环境保护领域的具体展开,它直接体现了契约理念与权力理念交融、契约性手段与权力性手段共存的国家契约行政理念和实践。

环境公私协作在推动环境行政从秩序行政向契约行政延展的同时,打破了传统行政法严格依法行政理念及环境行政法律关系中行政主体单方面行政行为的垄断地位。在环境公私协作过程中,虽然政府仍然肩负环境行政职责和行政权能,但私人部门的介入及其权利性行为的协商性和互动性,要求政府反思行政行为运行模式的单向性及强制性,促使政府重新审视行政主体与行政相对人的关系,特别是通过环境行政契约的缔结,承认和尊重行政主体与行政相对人间相互独立、相互合作的平等主体地位和自由协作合意,进而实现政府威权与社会资本有效且充分的结合,满足现代环境行政任务完成的行政法治实践需求。所以说,环境公私协作契约的形成和发展,既是实质的法治主义理念与社会福利法治国家观念的必然导向,也是私

法治理因素渗透于公法理念的具体体现^{[13]553}。

契约行政契合了国家履行行政任务的现实需要,它试图利用私法上契约自由与合意规制行政以实现行政效率与行政民主的双重兼顾。中国行政法学界主流观点认为,公私协作契约的法律性质属于行政契约,是政府为实现以行政任务为目的的双方行政行为(行政法律关系)^[14]。换言之,虽然公私协作契约呈现行政性和契约合意性、公法性和私法性兼顾的特点,但基于契约目的的行政性和交涉标的的公益性,其根本属性仍然是政府的权力性行为,是政府行政行为的特殊表现形式^[15]。最为明显的表征之一是为了确保社会公益的保护和行政任务目标的实现,公私协作契约在赋予私人部门达成合意及履行契约的充分自由的同时,仍然保留了公共部门诸如(以利益受损的私人部门获得合理补偿为基础的)合同履行的单方指挥权、单方面变更合同权、单方面解除合同权等“特殊权利”,这些极具政府威权色彩的“行政介入权”即是行政自由裁量权(力)的具体表现。披上私法性权利外衣的公权力(权力保留),为行政主体与行政相对人之间建立互相信任和协商合作提供了条件,亦为政府在双方行政行为过程中有效利用社会资源扫除了障碍。协作契约以实现契约合意的充分保障和契约目的有效实现为平衡点,既最大限度地维护了契约自由和契约当事人的地位平等,又兼顾实现了行政主体在行政民主中“契约当事人”及“公益代表人”双重身份的切换自由。

根据以上分析,笔者认为,环境公私协作契约的法律性质,可定位为以环境保护公益目标为导向的环境行政契约。首先,环境公私协作契约是以环境保护公益目的为基本价值导向的,它强调协作契约的内容设定和权责分配必须以实现环境管理目标、环境公共产品或者服务目标为核心。在契约行政和公私合作行政不断推进的理论和实践背景下,虽然环境行政任务的完成引入了契约行政的方法和公私协作的机制,但是,其行政根本目的却没有改变,环境公私协作的正当性理由及其缔约根本目的仍然在于维护环境公共安全、增进环境公共利益,并通过与私人部门自愿、平等达成协作合意,以协作契约的法律形式完成双方主体间权利义务的分配、责任及救济手段的落实。

其次,环境公私协作契约具有行政性,它强调协作契约的法律本质是行政契约,尤其强调了公权力的适当保留。公共部门与私人部门的协作关系,决定了契约当事人中有且只有一方是行政主体,只是行政主体与行政相对人的关系从传统“服从一命令”的对抗关系转为“协商一合作”的伙伴关系,环境行政任务的目标从环境公益的“一元性”维护扩展至个人利益与公共利益的“多元性”保障。同时,行政主体的活动方式呈现从单方行政行为向双方行政行为的转变或交替状态,行政主体的行政优益权仍然在环境公私协作中发挥着提高环境行政管理效率、保障环境公益和规范个体逐利行为的基础性、保障性作用。

最后,环境公私协作具有私法合意性,它强调协作契约的意思自治和当事人的平等地位。虽然环境公私协作契约是环境行政事务的实现手段,但协作契约以公共部门与私人部门的合作合意为创设基础。换言之,行政主体和行政相对人均享有高度的意思自由,协作契约需要双方当事人相互表示意思一致而成立,行政主体与行政相对人处于平等法律地位,行政主体的自由裁量权只能在竞争、协商、沟通等私法秩序的框架内能动性地行使,并受到保护行政相对人私益的公法规则和私法契约规范的严格规制。

(二)环境公私协作契约的类型化

受具体环境行政任务的履行方式和实现目标的影响,契约合意与行政权力两个变量在不同的环境公私协作契约中有着不同的优位顺序,各自所占的比重往往也具有较大的差别。因此,可以以合意与权力的不同优位排序及其比重差异为界分标准,将环境公私协作契约划分为私法性环境公私协作契约和公法性环境公私协作契约。其中,私法性环境公私协作契约是“契约合意优位”的柔性行政契约,多运用于环境公共产品、公共服务供给的环境公私协作活动之中,它一般建立在国家的诱导性政策基础之上,并往往通过灵活共治的方式实现行政目标和多元利益的共赢;公法性环境公私协作契约则通常以实现严格的行政任务目标为契约目的,强调对环境公益的倾斜保护(优位保护),行政权力色彩浓厚,多运用于实现严格环境治理目标的环境公私协作之中,是一种“行政权力优位”的刚性行政契约。

私法性环境公私协作契约以完成环境行政任务、实现环境公共利益为契约目标,具有明确的环境公益目标导向性,与民法中的私法契约存在一些明显的区别。首先,私法性环境公私协作契约的范围和内容以“公共利益优于个体利益”为准则。尽管契约双方主体的法律地位平等,且均享有充分的缔约自由,但协作契约必须以保障环境公共利益、高效完成环境行政任务为基本前提,一旦协议契约的内容或履行出现个体利益危及公共利益的现实或可能,即便协作契约所涉及的个体利益具有合法性和正当性,仍然需要牺牲该个体利益维护公共利益。其次,私法性协作契约的一方主体必须为行政主体(包括行政机关和得到行政授权的社会机构或社会组织),且该行政主体享有一定的行政优益权,诸如协作契约发起权。虽然协作契约基于双方主体意思表示一致而创设,但自愿、合意所最终致力完成的行政任务是由行政主体依其法定职权预先设定的。最后,私法性协作契约中应当优先遵循私法原则和规范,最大程度发挥私人部门的优势作用,保护其合法权益。当私法性协作契约的缔结、履行、变更、终止等发生纠纷时,优先适用私法救济程序与机制。

通过私法性环境公私协作契约,环境行政部门赋予私人部门特定的权利(如产权及经营权)或资源(如土地资源),以充分利用私人部门的资金、技术等优势。典型的私法性环境公私协作契约包括环境特许经营合同(BOT&TOT, Build-Operate-Transfer & Transfer-Operate-Transfer)、环境融资出让合同(PFI, Private Finance Initiative)等。相比而言,私法性环境公私协作契约中,环境行政任务的履行方式和权责分配具有更大的灵活性以及可协商自由度,只要能够保障环境公共利益、完成环境行政任务,私人部门的个体利益可得以最大化保障,私法性环境公私协作契约中双方主体的利、权、责的分配具有较强的能动性。

一般而言,为了避免国家利用私人完成行政任务转嫁其责任或损坏社会公共利益,尤其是涉及重大公共安全及国家利益等核心领域的“国家保留”任务,不允许行政主体随意交付于私人部门(即“保留国家亲自执行”)^[16]。国家对行政任务之全面管辖权,决定了公权力行使之垄断性和私人行使受限之必然^[17]。虽然公法性环境公私协作契约是由行政主体及行政相对人基于充分合意、自由协商所缔结的契约,并一定程度上实现了环境保护国家行政任务的转移,但是,这种契约的公权力色彩更为浓厚,往往因所涉标的重要性而赋予行政主体更多的单方性权利,且私法中契约自由意志观念不能完全适用于该种环境公私协作法律关系^[18],这也是行政性协作契约与私法性协作契约的最大差异所在。因而,在公法性环境公私协作契约的缔结、履行、变更和终止主要适用公法救济程序和机制。当然,在一些特殊情况下,为了充分保障私人部门的合法权益,也不能完全排除私法救济程序与机制的适用。

典型的公法性环境公私协作契约包括环境委托合同(DBT & DBMM, Design-Build-Transfer & Design-Build-Major Maintenance)、环境执行合同(O&M, Operate-Maintenance)等。政府环境保护公共部门通过行政性协作契约将诸如污染限期治理、环境污染源清除、区域环境污染治理、区域生态环境修复等环境行政任务部分交由特定环境保护管理资质的私人部门,共同执行或实现严格的环境管理或者环境治理目标。

三、环境公私协作契约的司法救济进路

在行政任务日益繁重的环境保护领域,现代国家契约行政法治理论和实践的发展,既为环境公益目标导向下兼具行政性和私法性的行政契约在环境公私协作中的运用提供了合法性依据,又使环境公私协作契约的缔结、履行、变更和终止面临着一系列法治化、规范化的问题。正如有学者指出,契约行政的自由性与依法行政的羁束性的天然冲击,在丰富了公私协作实现方式的同时,也突破了传统行政法对行政主体有限行为形式的法律保留原则(依法行政原则)^{[13]510-513}。同时,由于实现环境公共利益的终极目标与均衡多元主体利益诉求的现实需求之间紧张关系的存在,环境公私协作契约的法律规制和司法救济面临较大的法治化压力和规范化挑战。

司法救济不仅是环境公私协作纠纷的解决机制,而且还是法律规范的解释和填补机制(制度的生成机制)。契约是环境公私协作的法律依据,对于环境公私协作契约的司法救济是环境公私协作社会实践活动

法治化、规范化不可或缺的环节。然而,在现行司法语境下,秉持公民法二元界分的司法救济机制并未对环境公私协作纠纷及诉讼类别作出清晰的识别和必要的规定。公法与私法在理论和实践中的严格界分,是现行司法机制难以有效对环境公私协作契约纠纷提供法律救济的根本原因。传统行政法的结构和旨趣,在于检讨行政权力应当如何受到约束,以保护公民的基本权利。与此对应,纠纷的解决多以行政相对人与行政主体之间的行政诉讼为归宿性司法救济手段。当代社会,随着秩序行政向给付行政变迁、自由法治理念向社会法治理念过渡,传统行政法形式化行政行为理论及司法救济程序已难以有效规范和解决政府日趋多样化的行政手段及其引发的行政纠纷。

审视公法与私法的差异,二者的界分建立在不同的规范旨趣之上。换言之,私法以个体的意思自治为出发点,规制对象包括法律关系的双方主体,旨在解决当事人间权利冲突问题;公法则着重依据合法性(依法行政原则)仅将行政主体作为规范对象,强调限制和规范行政权力的合法性、正当性行使,旨在救济受损的公共利益或者私人利益。环境公私协作契约属于环境公益导向下的行政契约,依据传统行政法和行政诉讼理论,行政诉讼无疑是环境公私协作纠纷解决的根本性司法救济选择。然而,随着私法理念在行政活动中的逐渐渗透和扩张,公私协作契约的契约性不断被放大并得到重视,以公益为必要而排除私法适用的学术主张和实践做法逐渐被扬弃^[19]。

在前文对环境公私协作契约的法律性质识别及类型化区分的基础上,笔者认为,环境公私协作契约纠纷的司法救济包括公法性诉讼救济机制(行政诉讼与行政附带民事诉讼)、私法性诉讼救济机制(民事诉讼)和公益性诉讼救济机制(环境公益诉讼)三种。其中,公法性诉讼救济机制和私法性诉讼救济机制分别适用于公法性环境公私协作契约和私法性环境公私协作契约主体之间的纠纷解决,公益诉讼救济机制则适用于公民、社会团体和社会公众对于环境公私协作契约的司法监督。

(一) 行政诉讼与行政附带民事诉讼:公法性环境公私协作契约的司法救济

环境公私协作契约的法律性质决定了行政诉讼是其纠纷解决的根本性司法救济选择。然而,传统的行政诉讼机制仅强调将行政主体作为规范对象,并着重依据合法性(依法行政原则)对行政主体的单方行政行为予以司法审查,规范行政权力的合法正当行使,进而实现对受损的公共利益或者私人利益的救济。相比而言,环境公私协作契约的公法性救济围绕行政主体的双方行政行为展开,它不仅需要对政府的行政职能行为予以司法审查,还需对协作契约的有效性进行审查^[20]。很多情况下,环境公私协作契约纠纷呈现“以行政争议为主、附带交叉民事争议”的特征,具有行政案件、民事案件的交叉属性。因此,行政附带民事诉讼亦成为环境公私协作契约不可缺少的公法性司法救济机制,且以规范环境公私协作契约中行政优益权的正当行使为主要审查对象。

公法性环境公私协作契约中,为了确保环境行政目标的实现或者环境行政任务的完成,其条款中往往包含行政优益权的约定,协作契约的合法性审查因此成为公法性司法救济的核心内容,它主要包括对于行政主体的职权合法性司法审查、内容合法性司法审查和程序合法性司法审查等内容。职权合法性的司法审查,着重审查行政主体的行政权限是否合法,包括行政事务管辖权限、行政事务内容及范围、行政事务履行方式和条件等均需符合行政法的规定;内容合法性审查,主要是对于协作主体的自由裁量权行使予以司法审查,即审查环境公私协作契约内容是否符合国家法律,防止行政主体滥用自由裁量权损害国家利益、其他社会公共利益或第三方主体利益;程序合法性审查,则是对于环境公私协作契约的缔结过程是否遵循行政性程序予以审查,如是否采取公开招标等合法竞争公开方式,是否依法登记、备案或审批等^①。

另外,行政附带民事诉讼与行政诉讼的区别适用,主要取决于环境公私协作契约纠纷的具体诉求,即以

^①与协作契约的职权违法跟内容违法不同,单纯的程序违法并不必然导致协作契约的无效。可依据新《行政诉讼法》第74及76条之规定,作出确认合同违法的判决并判决行政主体采取相应的补救措施或提供赔偿以保护行政相对人的信赖利益,实现“促进合作”之救济目的。

环境公私协作契约之履行为诉求的案件适用行政诉讼,而以环境公私协作契约之撤销、确认违法为诉求的案件适用行政附带民事诉讼。前者仍然以环境公私协作的修复和运行为主要救济目的,借助司法力量督促行政主体履行合同义务和履行行政职责;而后者则以环境公私协作的终止、违法等为条件,寻求受损的私人部门利益之救济。

(二) 民事诉讼:私法性环境公私协作契约的司法救济

民事诉讼是私法性环境公私协作契约纠纷解决与司法救济的基本方式。作为私法性的司法救济机制,民事诉讼建立在以个体的意思自治保障为出发点的私法性规范基础之上,故而适用于环境公私协作契约救济的民事诉讼,不仅其适用对象包括法律关系的双方主体,而且,它赋予公共部门与私人部门平等的民事诉讼主体资格。环境公私协作契约民事诉讼的司法救济目的在于解决当事人间权益冲突,并采取对损害予以赔偿或者补偿,恢复原状,纠正不法行为等民事救济手段。环境公私协作契约民事诉讼既有助于规范和约束私人部门不当履行契约、不当追逐个体利益最大化并损害环境公益的行为,也有利于保障私人部门的合法权益,因而,它具有“在实现利益衡平的基础上规范私权性主体行为”的司法导向色彩。值得注意的是,与一般民事合同纠纷的司法救济不同,适用于解决环境公私协作契约纠纷解决的民事诉讼,仍然需要强调以“促进合作”为救济目的,以避免环境公益目标的落空以及社会资本的损失。

民事诉讼主要通过一些具体的私法性救济原则和私法性救济方法得以适用。具体地讲,私法性救济原则包括有损害即有救济原则、恢复原告地位原则、保护善意原则。私法性救济方法则包括确认性救济(确认判决)、返还救济和损害赔偿救济(给付判决)。换言之,通过司法权威方式确认环境公私协作契约中双方主体所处的法律地位,确认纠纷争议的权益保护或损害救济,并有选择性地强制被告履行义务或补救责任。

实践中,环境公私协作契约纠纷适用民事诉讼,以下几点必须予以特别关注:其一,鉴于私法性诉讼救济的对象是因不法行为或不当行为而受到损害的权利,在环境公私协作契约的缔结及履行过程中,公共部门与私人部门的权利、义务及责任分配不同,一旦出现一方不当使用权利、不当履行义务的行为,即可适用且应当优先适用民事诉讼以化解纠纷。其二,当一方主体意图通过民事诉讼寻求司法救济时,“促进合作”的救济目的便要求及时恢复利益受损主体的法律地位,包括原告因不当行为所遭受损失的补偿和有失衡平的法律地位的恢复。当然,若环境公私协作因契约的提起终止而失败时,民事诉讼则主要倾力于受损利益的补偿,主要是可计算的金钱补偿。其三,司法救济以保护善意作为维护诚信的司法价值体现,即若原告的行为有悖善意,私法性司法救济便应当有所保留,反之若被告的行为缺乏善意,即使其致害行为具有合法性或正当性,仍然应当对原告给予赔偿或补偿。

(三) 公益诉讼:环境公私协作契约的司法监督

环境公私协作在促使公共部门与私人部门合作以及促进社会资本进入环境保护公共事务方面具有积极的作用。与此同时,环境公私协作也蕴含着公共部门与私人部门“不当合意”,甚至“非法合谋”的风险,即公共部门与私人部门存在着通过单独寻租、联合寻租以及利益交换,共谋损害环境公共利益换取部门私利的可能性。故而,可以考虑引入环境公私协作的公益诉讼机制,从而借助契约外的司法监督机制确保环境公私协作契约的环境公益性目标及其实现。当然,环境公益诉讼的适用,需要对起诉主体、诉因、诉前程序等方面予以明确的规定和限定,以防止司法过度介入造成环境公私协作的效率低下与功能瘫痪。

目前,中国新修订的《民事诉讼法》第55条与《环境保护法》第58条为依法设立的社会团体作为适格原告提起环境公益诉讼提供了明确的法律依据。由于环境公私协作契约缔结或履行致使环境公益性受损符合环境公益诉讼的诉因条件,可以考虑在有相关证据证明契约的缔结、履行已经或者可能损害环境公共利益的情况下,赋予契约外无直接利害关系人就具体的环境损害事由提起环境公益诉讼。公益诉讼不仅可以针对已经发生环境公益受损的环境公私协作项目,还可以针对存在环境污染、生态破坏较大潜在风险的环境公私协作项目。同时,可以考虑设定诉讼前置程序确保环境公私协作的弹性调整,以及公益诉讼机制与

行政监管手段的有效衔接。换言之,法院受理环境公益诉讼案件之前,预留一定期限给所涉环境公私协作契约的当事主体自行调整环境行政事务的履行方式,并在当事主体不采取积极有效措施的情况下受理案件。

在中国当前的环境公益诉讼实践中,存在着环境公益民事诉讼与环境公益行政诉讼的明确区分,由于将环境公益诉讼引入的主要目的在于建立环境公私协作的司法性社会监督机制,因此针对环境公私协作的公益诉讼,应当主要是由适格的环境保护社会团体提起环境公益诉讼。同时,必须认识到,中国公益诉讼尚处于发展状态,环境公私协作的公益性诉讼救济机制的建构和完善仍需进一步研究和探讨。

四、结语

环境行政涉及的主体多元性和利益复杂性,加之环境问题本身存在的不确定性及其引发的社会问题的高度风险性,使得环境行政在国家行政任务中呈现出多样化和复杂化的样态。在国家环境行政行为和行政活动中,相对于传统的环境监督管理行政而言,作为契约行政背景下兴起的新生事物,环境公私协作具有主体多元化、利益多元化的特征,同时,因其特有的契约性和行政性的双重属性,其常常游离于法治化、规范化行政行为的边缘地带。因而,如何在维护环境行政权力合理自由裁量权,保持其运用灵活性的同时,避免环境行政权力行使的恣意性,确保环境公共利益的实现,保障私人部门的合法权益,已成为环境公私协作法治化、规范化所必须关注的一个重要问题。

司法救济是环境公私协作法治化、规范化不可或缺的环节。从环境公私协作契约的法律性质和类别出发,应当从社会法治国家语境对“政府善治与民主法治”的理性需求出发,结合环境公私协作契约特有的“依法行政与契约自由”刚柔并举的特点,通过司法救济机制的规范化建构,实现对环境公私协作契约的合理规范和公平救济。行政诉讼与行政附带民事诉讼机制适用于公法性环境公私协作契约双方之间的纠纷解决,民事诉讼适用于私法性环境公私协作契约主体之间的纠纷解决,公益诉讼救济机制则适用于公民、社会团体和社会公众对于环境公私协作契约的社会监督。

与此同时,需要指出的是,应当充分认识到“促成合作”是环境公私协作纠纷救济的根本目的,在完善司法救济机制的同时,应当积极鼓励和引导双方当事人寻求符合主体利益和偏好的诉外纠纷解决途径,倡导具有低成本、高效率等优势功能的诉外机制(诸如协商、调解、仲裁、律师或中立专家联合磋商等)的选择适用,形成替代性司法救济机制与司法救济机制之间的协调互补关系,促使环境公私协作契约纠纷能够得到公平、合理、及时、高效的解决。

参考文献:

- [1] 吴隽雅. 论环境公私协作的法律规制[J]. 南京工业大学学报(社会科学版), 2016(2): 52-60.
- [2] 环保工程及服务行业: 财政部第三批 PPP 项目 1.17 万亿, 规模及入选率均创新高[EB/OL]. (2016-10-17) [2016-10-19]. <http://www.howbuy.com/news/2016-10-17/4670341.html>.
- [3] 陈军. 变化与回应: 公私合作的行政法研究[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2014.
- [4] 戴维·约翰·法默尔. 公共行政的语言——官僚制、现代性和后现代性[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2005: 305-310.
- [5] 米歇尔·克罗齐耶. 法令不能改变社会[M]. 上海: 上海人民出版社, 2007: 231-232.
- [6] 张康之. 论主体多元化条件下的社会治理[J]. 中国人民大学学报, 2014(2): 2-13.
- [7] 孙笑侠. 契约下的行政——从行政合同本质到现代行政法功能的再解释[J]. 比较法研究, 1997(3): 319-324.
- [8] 燕继荣. 社会资本与社会治理[M]. 北京: 中国社会出版社, 2010(98):
- [9] 侯琦, 魏子扬. 合作治理——中国社会管理的发展方向[J]. 中共中央党校学报, 2012(1): 27-30.
- [10] 李霞. 行政合同研究[M]. 北京: 社会科学文献出版社, 2015: 42.
- [11] 湛中乐, 刘书燃. PPP 协议中公私法律关系及其制度抉择[J]. 法治研究, 2007(4): 3-11.
- [12] 杨解君. 契约文化的变迁及其启示(上)——契约理念在公法中的确立[J]. 法学评论, 2004(6): 16-23.
- [13] 卡罗尔·哈洛, 理查德·罗林斯. 法律与行政[M]. 杨伟东, 译. 北京: 商务印书馆, 2004: 553.

- [14] 施建辉. 行政契约缔结论[M]. 北京:法律出版社,2011:6-7.
- [15] 湛中乐,刘书燃. PPP协议中的法律问题辨析[J]. 法学,2007(3):61-70.
- [16] 哈特穆特·毛雷尔. 行政法学总论[M]. 高家伟,译. 北京:法律出版社,2000:37.
- [17] 蔡志方. 论公权力之授予、委托及其行政救济[J]. 植根杂志,1993(2):28.
- [18] 黄锦堂. 行政契约法主要适用问题之研究[M]//(中国)台湾学者法学会主编. 行政契约与新行政法. 元照出版公私公司, 2002:15.
- [19] 韩津和,杨西虎. 行政合同的法律适用之模式选择[J]. 法律适用,2014(3):85-90.
- [20] 高俊杰. 新《行政诉讼法》下的行政合同诉讼[J]. 财经法学,2016(2):79-93.

Environmental public – private partnership: The theoretical route of contract administration and judicial relief approach

KE Jian, WU Junya

(Research Institute of Environmental Law, Wuhan University, Wuhan 430072, P. R. China)

Abstract: By means of contractual agreement based on the acceptability of burden sharing, risk pooling and mutual benefits, the efficacy of environmental public – private partnership (EPPP) to control environmental pollution, improve ecological environment and supply environmental public goods and services has been paid much attention in environment protection area. The contract between government and private sections is the legal basis and core of EPPP, which also fully reflects the legal theory expansion and mechanism innovation of environmental administration from traditional supervision administration to contract administration. Due to EPPP contract's attributes of both administrative orientation and contract desirability: both public nature and private nature, the legal regulation and judicial remedy of EPPP contract is also featured by a duality: public principles and rules & private spirits and specifications. Combined with the fact that EPPP contract is essentially an administrative contract under the environmental public welfare guiding, judicial remedy is an indispensable part of legalization of EPPP. According to the different priorities of consensus and power in different EPPP contracts, the contracts could be classified to two types: the private EPPP contract and the administrative EPPP contract. The former mainly depends on civil litigation to settle disputes while the later resorts to means of administrative litigation or administrative litigation incidental civil action. In addition, the attribute of pursuing environmental public benefits of EPPP contracts also makes it possible to introduce environmental public welfare litigation as a new sort of judicial relief mechanism for EPPP contracts.

Key words: environmental public – private partnership; contract administration; legal nature; categorization; judicial relief

(责任编辑 胡志平)