

doi: 10.11835/j.issn.1008-5831.2018.04.015

欢迎按以下格式引用:郭海蓝,陈德敏.生态环境损害赔偿磋商的法律性质思辨及展开[J].重庆大学学报(社会科学版),2018(4):175-186.

Citation Format: GUO Hailan, CHEN Demin. Discrimination and development of legal character of eco-environment damage compensation consultation[J]. Journal of Chongqing University(Social Science Edition), 2018(4):175-186.

# 生态环境损害赔偿磋商的 法律性质思辨及展开

郭海蓝,陈德敏

(重庆大学 法学院,重庆 400044)

**摘要:**生态环境损害赔偿磋商制度借助私法领域常用之平等协商方式实现环境公共治理过程的行权方式创新,为政府环境保护行政管理职能的履行提供了引入契约式公私合作的转型契机。主流学说对赔偿磋商属于纯粹的私法民事行为抑或涉及公法元素的特殊私法民事行为的性质误读源自于手段论者和主体论者对磋商目的与手段关系、公共利益与私人利益处分边界的认知偏差,准确把握行政民主化改革潮流下的合作治理范式转换背景并对赔偿磋商本身作三阶段划分有助于更为客观真实地反映赔偿磋商所蕴含的公权行政属性。依托行政契约理论对作为赔偿磋商成果形式的磋商协议作映射关系检验为辨析赔偿磋商的行政行为性质开辟了新的道路。

**关键词:**赔偿磋商;私法民事行为;公权行政行为;行政契约

中图分类号:D922.68;D922.112 文献标志码:A 文章编号:1008-5831(2018)04-0175-12

得益于《生态环境损害赔偿制度改革试点方案》和《生态环境损害赔偿制度改革方案》(以下简称“《方案》”)的相继出台,生态环境损害赔偿磋商制度(以下简称“赔偿磋商”)作为一种本土内生的新型环境治理工具得以在中国开启循序渐进的探索与实施历程。以横向比较的审视目光观察自20世纪70年代以来在世界范围内率先创设生态环境损害赔偿制度的美国、日本及俄罗斯等国家样本可以发现,各国在实现生态环境损害赔偿责任的路径选择上仍沿袭诉讼、调解、裁定和仲裁等惯例救济方式<sup>①</sup>,对于赔偿权利人和赔偿义务人两者间针对修复和赔偿责任进行平等协商的直接磋商

修回日期:2018-04-09

**基金项目:**教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“生产者责任延伸制度的理论与实践”(14JJD820009);中央高校基本科研业务费重大项目“公共建筑碳排放权交易原理与制度研究”(CDJKB14002)**作者简介:**郭海蓝(1993—),男,重庆永川人,重庆大学法学院博士研究生,主要从事环境与资源保护法学研究,Email:guohailan@cqu.edu.cn;陈德敏(1952—),男,河北保定人,重庆大学法学院教授,博士研究生导师,主要从事环境与资源保护法学研究。

<sup>①</sup>在生态环境损害救济方式上,美国主要以其《综合环境应对、赔偿和责任法》规定的联邦政府和州政府作为公共物品受托人的身份向污染者提起司法诉讼和独特的公民诉讼模式为代表;日本主要以其《公害纠纷处理法》和《公害健康损害补偿法》之下的调解、仲裁和裁定为代表;俄罗斯主要以其《环境保护法》构建的主体国家权力机关提起赔偿诉讼和公民仲裁为代表。

制度构建尚处虚位,此之谓赔偿磋商的“本土内生”。对国内生态环境损害救济机制作历史纵轴检视可以发现,赔偿磋商区别于既有救济机制的要旨在其为赔偿权利义务主体之间在传统的行政管理过程和既存的环境公益诉讼方式之外,寻求一种基于交往理论和商谈理性框架下的环境协商共治模式,此之谓赔偿磋商的“新型”。赔偿磋商的制度创制借助磋商协议的契约式公私合作转型来正当地分配国家和私人间的环境治理风险和权利义务归属,围绕赔偿磋商法律性质归属所展开的公私面向之争在手段论者和主体论者之间方兴未艾,以制度折射的理论基础分析为起点,厘清赔偿磋商的法律性质并借行政契约制度作逻辑理路上的展开将裨益于赔偿磋商制度突破现有的学理争议桎梏,实现理论和实践二元维度的自洽和贯通。

## 一、破题:赔偿磋商的四重论解构

赔偿磋商本身作为政府行政机关追究本行政区域内生态环境损害赔偿责任的实现方式而存在,对赔偿磋商作法律性质的考究,有必要先以破题式的分析思路对其作主体论、客体论、过程论和目的论四重考量,进而通过透视赔偿磋商展现的行政机关在生态环境议题规制上由服从模式的行政管理到合作模式的公共治理转型过程及其蕴含的公共利益属性,为赔偿磋商法律性质的辨析奠定逻辑基础。

### (一) 赔偿磋商主体论

在主体论上,《方案》以权利—义务式法律关系脉络将赔偿磋商的主体确立为以省市级政府为代表的赔偿权利人和以违法损害生态环境的单位或个人为代表的赔偿义务人。在传统的命令—控制式环境法治逻辑中,国家作为公共物品的管理者和供给方对生态环境担负主体治理责任<sup>[1]</sup>,尤其在20世纪90年代中国推出“环境保护目标责任制”后,以中央政府宏观目标设定为主导,进而向省、市、县、乡各级地方政府逐层分包任务模块为特征的环境管理运转机制逐渐形成,韦伯描述的“科层官僚制”在中国以行政机关为主导的环境治理进程中得到了恰如其分的比对映照。生态环境损害事件发生后,以环境行政处罚为表征的末端救济成为地方各级政府通过行使环境行政权完成上级政府下达的指标任务进而策略性地平衡中央与地方、上级与下级、经济与环保等复杂内外部利益关系的主要渠道。这种以国家强制为保障的权力单向流动使得行政机关和相对人在相对较为封闭的个案空间内部形成力量配比的严重失衡,非经行政复议或诉讼,环境行政主管部门的程序主动性和实体决定权不容挑战。过渡强化与膨胀的行政权力在运用于短期内高效惩戒个案损害行为、恢复环境行政管理秩序方面存在一定的实效利益,但从建设法治政府体系和形塑法治社会精神的长期愿景考察,一方独大的环境规制权力配置模式显然有悖于“限制公权、保障私权”的现代法治精髓<sup>[2]</sup>。将作为个案行政相对人的赔偿义务人纳入生态环境损害责任的实质决定过程,赋予其与拥有传统垄断性行政决定权的政府主体以直接对话、洽商的权利,使得被管制方能够与曾经一度垄断决定权的管制方在公开透明的场合下就个案实体处理结果展开商讨,正是赔偿磋商制度在主体设计上对传统“权威—依附”型环境治理逻辑的精妙修正。这种由行政机关和相对人在双方合意的基础上达成磋商协议的治理形式变革为传统行政法律关系完成行政民主化意义上的重塑带来了契

机,折射出环境行政权的行使迈向由刚性向柔性、由强制性向非强制性倾斜的探索历程<sup>[3]</sup>,同时开创了一个“通过权力的治理走向合同式治理”的合作治理新范式<sup>[4]</sup>。

## (二) 赔偿磋商客体论

在客体论上,赔偿权利人与赔偿义务人所享有和担负的权利义务共同指向的对象乃遭受环境污染、生态破坏行为损害的生态环境本身,着眼于大气等环境要素和动植物等生物要素的不利改变及其构成的生态系统功能退化。赔偿义务人实施的环境污染、生态破坏行为在中国法制语义中首当其冲被引入侵权法部门下的环境侵权责任评价范畴,这与中国侵权法体系围绕原因行为与损害结果的单一性观念设计密切关联<sup>[5]</sup>。受其影响,传统的环境侵权损害赔偿法律也建立在“环境损害—人身权、财产权救济”的一元映射之上,致使作为侵权损害介质的生态环境本身所遭受的不利状态陷入被选择性忽视的窘境。国家层面对生态环境本身损害的关注源起于十八大和十八届三中全会对生态环境损害赔偿制度的改革决心,《方案》的出台正是呼应了上述会议决议对制度供给的需求<sup>②</sup>。传统环境侵权行为的法律后果乃是一种以受害者人身财产伤害为主要救济对象的“对人责任”,《方案》转向强调对受损生态环境本身的责任追究,表明中国未来的法制构造之路将完成生态环境本身从作为介质到作为目的的理念转变,环境污染和生态破坏行为将由纯粹的“对人责任”过渡到“对人责任”+“对环境责任”的双轨制责任结构。“对人责任”仍将遵循传统侵权责任体系下受害人一致害人对应原则,由人身权、财产权受到损害的个体直接向致害人主张。而“对环境责任”的实现方式则较为复杂,在现行法制体系下,特定的公益组织、检察机关和省市级政府均有权针对生态环境本身所受损害以民事诉讼方式主张致害人承担生态环境修复或金钱赔偿责任。而作为行政机关的政府由于公共身份和法定职能上的公益特性,决定了其相较前两主体在责任追究方式上具有超越民事诉讼路径的二重选择,行政机关以维护公共利益为目标的特征与生态环境本身代表的公共利益属性可以通过环境规制过程设计实现对接。换言之,省市级政府可以根据《方案》在独立于民事诉讼程序之外的环境行政管理活动中针对生态环境损害与个案相对人展开磋商以确定后者的修复或赔偿责任,进而通过磋商协议的履行恢复遭受破坏的环境管理秩序,实现环境保护职能并达致维护公共利益的目的。这种赋权行政模式区别于省市级政府因磋商未达一致而基于自然资源国家所有权径直提起生态环境损害赔偿诉讼的司法救济,磋商客体所指向的生态环境本身固有的公共利益属性注定不得被恣意处置,从而与私法上民事处分行为所秉持的意思自由原则产生本质疏离。

## (三) 赔偿磋商过程论

在过程论上,赔偿磋商作为政府行政机关提起生态环境损害赔偿诉讼的非强制性前置程序,其触发主动权由赔偿权利人保有。赔偿权利人选择磋商的,应当在开展前期调查、鉴定评估和编制修复方案的基础上,与赔偿义务人针对损害事实与程度、修复启动时间与期限、赔偿的责任承担方式与期限等展开磋商,进而达成磋商协议以资履行并由赔偿权利人对后续生态环境损害修复效果进行评估。实践中,由省市级政府作为赔偿权利人启动的磋商程序皆以磋商会议的召开作为权利义

<sup>②</sup>党的十八大报告提出“加强环境监管,健全生态环境保护责任追究制度和环境损害赔偿制度”。十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》进一步提出“实行最严格的损害赔偿制度、责任追究制度,完善环境治理和生态修复制度”。

务双方正式进入实质磋商阶段的标志,若分别以磋商会议的召开和磋商协议的达成为临界点对磋商全过程作三阶段考察则可发现两种截然不同的部门法精神在三阶段推进过程中交替呈现。磋商会议前期以传统行政法上的支配与被支配关系为要义。由于赔偿磋商的开展往往在时间脉络上表现为环境行政执法过程的延续,调查评估和修复方案的编制均以环境行政主管部门为主导,故作为赔偿义务人的损害者在此阶段仅以单纯的执法受众身份存在,公权力的运行脉络仍然在“大政府”的思维标签下背负着浓厚的“行政国家”色彩<sup>[6]</sup>。磋商会议期间以民法,尤其是合同法上的契约精神、平等和意思自治原则为背书。其原因在于处于磋商谈判桌两端的行政机关与相对人一改平素实力地位悬殊的垂直型法律关系构造,转而在民主协作、理性商谈式平行法律关系背景设置中共同寻求达成特定生态环境议题解决方案的共识,营造出一种“公权隐而私法彰”的公私转换表象。但这种转换表象又因受制于客体论和目的论的内在约束故而缺乏民事法律关系中的平等自由基础,正如台湾学者林奇青指出的那样,“所谓平等对立,在公害场合,则不存在矣”<sup>[7]</sup>。磋商会议若顺利达成协议则进入协议执行阶段,行政机关借助《方案》赋予的修复效果评估权对相对人的磋商协议履行成效实施执行监督,公法权能在环境治理过程中的主导地位 and 决定权垄断格局仍然牢固,行政规制意义上的公权行使面貌再次浮现。

#### (四) 赔偿磋商目的论

在目的论上,应当洞见到政府行政机关提起的赔偿磋商存在直接目的和根本目的之分。《方案》规定作为赔偿权利人的省市级政府应当在“经调查发现生态环境损害需要修复或赔偿”的情形下方可启动磋商程序,故其提起赔偿磋商的直接目的乃在于修复受损生态环境或取得在受损生态环境无法修复情形下的赔偿。在试图揭开隐含于直接目的身后的根本目的的面纱的努力中,通常存在经济学和法学两条解释路径。在经济学家看来,以清洁的水、空气等为代表的生态环境因其强烈的非排他性和非竞争性特点而被归属于典型的公共物品,生态环境遭受损害则标示着环境公共物品在质与量上的减损<sup>[8]</sup>。而在法学家看来,具象化的有形物质损害只是现象,其背后附着法律上之利益或权利才是法律性质识别的根本。以清洁的水、空气等为代表的生态环境因其同时具备的共享性与普惠性特点而被归属于法学概念体系下的环境公共利益,对生态环境造成的损害意味着环境公共利益遭受非法侵犯,致使原本可由所有公民平等享有的环境公共利益在程度和范围上被动地不当限缩<sup>[9]</sup>。法学上一般对利益作三个层次的区分,依实定法的保护力度由弱至强分别具化为一般利益、法益和权利三种类型<sup>[10]</sup>。受实定法保护之应然利益谓之法律上之利益或曰法益,实定法将其保护的某种利益作类型化的立法技术处理并课以相关对立主体以义务者谓之权利<sup>[11]</sup>。依据无权利则无救济的古老法则,在中国立法尚未将环境权确立为独立的法律权利前,将公民在应然层面享有的环境公共利益以法益的形式赋予法律上之保护力是必要且可行的。由于接受人民公共信托实施生态环境公有资源管理的政府通常被视为环境公共利益的适格代表,故其顺势成为履行环境法益保护职能的义务主体,中国的立法实践对此已经不乏例证<sup>③</sup>。据此,依托省市级政府提起的赔偿磋商在其修复受损生态环境或取得赔偿的表层目标面貌下,实际上蕴含着由行政机关借助环

③诸如中国《宪法》第26条规定“国家保护和改善生活环境和生态环境,防治污染和其他公害”。《环境保护法》第6条规定“地方各级人民政府应当对本行政区域的环境质量负责”。《水污染防治法》第4条规定“地方各级人民政府对本行政区域的水环境质量负责”。

环境保护行政管理职能维护环境公共利益的根本目的,正是其根本目的所背负的公益保护使命和行政管理职能所内隐的公权属性使得赔偿磋商体内先天流淌着公权行政的血脉。

围绕赔偿磋商所作的主体论和过程论探讨主要展现了行政机关在环境规制上的合作治理范式转型和协商行政模式在生态环境损害赔偿制度改革中的引入,同时彰显了磋商过程中的行政机关主导地位;客体论和目的论探讨主要揭示了赔偿磋商所内含的公共利益属性及其对行政机关环境保护行政管理职能的依附关系,考究赔偿磋商的法律性质以此为基础展开。

## 二、思辨:赔偿磋商法律性质的去伪寻真

### (一)主流学说对目的与手段关系的混淆与修正

传统的公共行政和行政法建立在公私分立、公私对立的理念基础之上,关于赔偿磋商法律性质的学说争议也主要在手段论和主体论者之间以纯粹的私法民事行为和涉及公法元素的特殊私法民事行为之分铺陈开来<sup>④</sup>。环境保护部有关负责人在《生态环境损害赔偿制度改革试点方案》出台后的答记者问中曾指出“政府侧重于对国有自然资源的损害提起索赔”。或受此影响,多数学者从文字表面含义出发对生态环境损害赔偿制度改革作出了错误的限缩解释,即政府行政机关乃是基于自然资源国家所有权受损进而彻底回归民法维度,以普通民事主体的身份代表国务院对赔偿义务人提起物权请求权主张进行索赔,至于实现索赔的手段采磋商或诉讼则在所不问,因其属于民事主体自由选择所有权处分方式不受干预的意思自治范畴<sup>[12]</sup>。

循此为进,手段论者认为以赔偿权利人和义务人之间的平等协商为标志的赔偿磋商过程借助了典型的民法上权利义务调整机制,且政府行政机关的权利基础源自民事物权体系下的所有权,故赔偿磋商属于纯粹的私法民事行为。主体论者似乎站在手段论者的肩膀上观察到了省市级政府作为行政机关在提起赔偿磋商的身份标识上具备的公权印记及其在结果意义上对实现生态环境行政管理目标所提供的辅助作用,进而指出这是一种涉及公法元素的特殊私法民事行为。但遗憾的是,两种主流论调均未能成功洞见到伴随全球政治民主化运动而加速推进的行政民主化改革正日益引导传统的“管制行政”体制向“混合行政”体制变迁<sup>[13]</sup>,并逐步完成公共行政和行政法对传统公私二元对立观念的超越。这种扩大私法主体在公共事务治理进程中的权能边界的趋势,已经驱策公权行政主体更多地引入私法手段为工具依赖,从而使得在增强相对人可接受程度和认可度的同时实现行政管理目标成为可能。诸如美国现代行政中日益兴起的协商制定行政规则、杰出领袖工程和私人监狱,中国行政民主化改革进程中不断强化的公众参与以及政府与社会资本合作(PPP)等无不是例。这为赔偿磋商在维护环境公共利益的目的论框架下寻求第三条法律性质解释路径提供了可能:个案生态环境遭受来自行政相对人的破坏或污染后,政府行政机关作为环境公共物品的管理者和环境公共利益的代表人为履行环境保护行政管理职能、恢复环境保护行政管理秩序,借助私法领域的制度设计为手段,以平等协商和有限的意思自治方式与相对人就生态环境修复或赔偿问题

<sup>④</sup>较为典型的手段论观点参见罗丽、王浴勳《生态环境损害赔偿磋商与诉讼衔接关键问题研究》(《武汉理工大学学报(社会科学版)》,2017年第3期122-127页)。较为典型的主体论观点参见程雨燕《生态环境损害赔偿磋商制度构想》(《北方法学》,2017年第5期81-90页)。

开展磋商并达成协议,通过协议的履行最终达到维护环境公共利益的目的。

主流学说对赔偿磋商法律性质的误读根源之一在于其对目的与手段关系的混淆。哲学上认为目的与手段之间存在相互联系、区别和制约的辩证关系,目的决定手段,手段服从目的。在特定事物内部,目的是引起、指导、控制、调节活动的自觉动因,其作为规律决定着主体活动的方式和性质,手段是实现目的的方法、途径,人们在完成目的设定之后按照目的的要求采用与实现目的相适应的手段去实施行为。目的在特定事物内部对手段起支配作用,同时也对特定事物性质的确定起基础作用<sup>[14]</sup>。具体到行政民主化改革话语背景下的赔偿磋商而言,其运行逻辑体现为具备环境保护行政管理职能的行政机关在确立了维护环境公共利益的目标设定后,选择借助与实现该目的相适应的原属私法领域常用之磋商手段与相对人进行法定范围内的平等协商。准确界定赔偿磋商的法律性质应当以正视目的对手段的支配作用为前提,将维护环境公共利益的目的定位作为评判基础,从而洞晓到赔偿磋商实属在行权方式上有所创新的公权行政行为。这种行权方式的创新主要体现在公私交融的“混合行政”体制下公共行政权力与私主体在生态环境保护领域的合作治理转型以及公法领域的行政管制过程向私法领域平等协商机制的借力。

## (二) 基于公私利益划分的再识别

主流学说对赔偿磋商抱持的私法行为性质论调还面临着在客体论和目的论维度里无法自圆其说的理论矛盾。赔偿磋商的客体直接指向受损生态环境本身,行政机关提起赔偿磋商的最终目的在于维护环境公共利益;而民事私法则向来以调整平等主体间的人身和财产关系为核心,若将生态环境归入私法领域的财产范畴,则财产所有人可以在意思自治原则的保障下对生态环境利益作任意处分。这就引发了基于公益与私益对立界分之上的权利行使边界问题。

秉持利益说的罗马法学家乌尔比安根据法律保护的利益属于公共利益或私人利益之别率先提出了公法与私法的分立概念<sup>[15]</sup>。奥托迈耶在此基础上指出国家是一个有序的人们集合体,行政则集中表现为国家为实现其目的而进行的各种活动<sup>[16]</sup>。现代公共行政学说将奥托迈耶所指称的国家活动具体为政府为了公共利益而实施的执行和管理活动<sup>[17]</sup>。在“议会主权”的宪法构造下,代表人民主权的议会掌控着政府,政府对议会负责并因其以最大限度增进全体公民福祉为职责而获得存在和行权的正当性,这种正当性在行政法上则表述为合法性,故行政机关在履行行政管理职能的过程中应当按照依法行政原则对其本身行为实施自我控制。依法行政原则在公法领域的另一经典表达为“法无授权不可为”,但由于制定法客观上难以穷尽每一具体行政行为规范,故立法成果往往是“含糊的、概括的或模棱两可的”,行政机关从立法者的语言中找到的多是对某一领域行使公共权力的概括授权,这就为行政机关保有管制活动中的自由裁量权提供了空间<sup>[18]</sup>。这种对行为客体处置上的意思自由能力与同样能够导致特定法律关系设立、变更和消灭的实体效果,极易让人将其与私法领域的民事主体对所有物保有的自由处分权能联系起来并产生混淆。私法领域的民事主体之所以得对其所有权客体为全面支配乃在于其权利之行使通常只关乎私人利益的配置形态,由于私人利益具有非共享性和排他性的基本特征,故私法主体行使民事权利的边界止于他人的权利,亦即除非权利主体的行权行为侵入到他人合法权利的领界,否则其行权行为不应受到干预或限制。私人利益的非共享性和排他性与公共利益所具备的共享性和非排他性形成了无法兼容的特征反差。

若依照主流学说的观点对赔偿磋商作私法民事行为的性质界定,则行政机关作为赔偿权利人有权以不受限制的意思自治为原则与义务人就损害事实与程度、修复启动时间与期限、赔偿责任承担方式与期限等问题进行磋商,其实质在于接受人民公共信托的政府将其本应致力维护的环境公共利益拥为己有并将之与生态环境损害者进行讨价还价的公开交易。这种处分权不受法治原则约束的私法解释进路显然与《方案》追求严格保护生态环境的初衷和行政控权的法治政府精神背道而驰,难以令人信服。

中国宪法和《环境保护法》等单行法明确将保护生态环境设定为政府行政机关的法定职能,《方案》则针对该项职能在生态环境损害赔偿领域的兑现作出细化,但受制于环境污染和生态破坏案件个性化特征极强,注定无法在《方案》文本中对每一个案的索赔工作开展设计细致入微的操作规范,故以省市级政府为代表的行政机关在借助赔偿磋商方式履行环境保护职能的过程中仍然保有一定程度的自由裁量权以适应平衡个案正义的需要,但桑斯坦曾深刻指出的放任自由裁量所可能诱发的公益目标与实际绩效之间的“技术性”失灵不得不让人警醒<sup>[19]</sup>。个案磋商活动的相对独立性和封闭性特征决定了行政机关客观上存在背离维护环境公益的目的初衷进而与相对人通过“利益合谋”的方式达成并非公正且于修复生态环境不利的治理方案之可能性,这种环境治理自由裁量权行使过程中的管制俘获或曰“密室契约”形态在生态环境保护为经济增长让路的畸形发展模式下尤其活跃<sup>[20]</sup>。因此,《方案》对磋商过程的监督机制构建施以了重点关注,要求行政机关在磋商过程中邀请利益相关方和社会公众参与并向社会公开赔偿款项使用情况和生态环境修复效果,部分地方省市还将法院和检察机关的司法监督纳入了赔偿磋商的程序要求<sup>⑤</sup>。这种外部监督机制构建上的重点强化本身即对赔偿磋商的公权行政行为性质形成反射证明效果,政府行政机关与相对人借助私法手段进行平等协商的过程只是以维护环境公共利益为目的的合作治理式行政行为方式创新。行政机关在赔偿磋商中保有的自由裁量权具体表现为其对生态环境损害事实与程度、修复启动时间与期限、赔偿的责任承担方式与期限等决定权的部分让渡,且其让渡应当受到以充分修复受损生态环境、确保环境公共利益不受管制俘获侵害为原则的严格限制,同时接受依法行政原则的外在抑制进而不得违反法律禁止性规定,这种“控权”式公共权力行使约束与私法主体对其权利客体为任意处分的自由意志表达可谓泾渭分明。

更进一步,结合前文关于赔偿磋商的过程论考量,以磋商会议的召开和磋商协议的达成为临界点可以对磋商本身作三阶段划分,整个磋商过程实际体现为单方行政行为与双方行政行为的交替。以生态环境损害调查和鉴定评估为核心的第一阶段由行政调查权主导运行,以磋商协议的执行监督为核心的第三阶段由行政确认权主导运行,二者无疑贯彻了由行政机关的职权主义与能动特质起支配作用的公权行使逻辑,主流学说对以上两阶段蕴含的公权行政属性并无争议。导致主流学说对赔偿磋商的法律性质解读陷入误区的根源主要存在于借助私法制度安排并以平等协商和行政机关有限的自由裁量权为表征的第二阶段,在此期间,赔偿双方根据商谈合意达成的磋商协议似与私法上的合同缔结过程看似并无二致,故其强化了手段论者和主体论者对赔偿磋商属于私法民事

<sup>⑤</sup>如《重庆市生态环境损害赔偿磋商办法(试行)》第10条规定“磋商告知书送达生态环境损害赔偿义务人时,抄送市、区县(自治县)同级人民法院、检察院”。类似司法监督模式的引入也见于《绍兴市生态环境损害赔偿磋商办法(试行)》第7条的规定中。

行为的认知误解。对此,研究者若能从民事法律体系的视野局限中抽身而出,将目光投往与生态环境治理关联更为密切的行政法部门,则不难发现协议与行政法上的行政契约在构成要件上的耦合性将为赔偿磋商的公权行政属性认识提供更为自洽的解释方案。

### 三、展开:行政契约理论提供的解释方案

#### (一)行政契约理论溯源

契约本属私法范畴,旨在以平等主体之间在自由协商基础上达成的合意为契约主体设定权利义务关系。由于建构在管制和支配关系基础上的传统行政法在行政权力不断扩张的背景下逐渐出现对依法行政原则的应用偏差,导致行政伦理价值偏执观和机械行政法治主义的蔓延<sup>[21]</sup>,将契约引入行政权力运行过程的努力几乎无一例外地遭到了行政法学界和政府行政机关内部的强烈质疑和抵触<sup>⑥</sup>。传统公法理论认为行政法律关系主体之间以命令与服从式的支配关系为唯一样态,管制方与被管制方基于角色分配带来的地位悬殊决定了以平等协商和意思自治为核心的契约关系在行政管理活动中毫无适用空间。但是,随着规制革新的浪潮席卷和公共治理模式的滥觞,从前被动接受行政管制的公民逐步完成从纯粹的行政客体向积极参与社会公共事务管理的合作者和规模渐广的公共服务提供者的身份转化,一种全新的公私合作关系和服务关系以不可阻挡的趋势日益动摇着传统法学固守的公法优位论和单方支配观。同时,伴随既有利益集团的固化闭塞,传统执政理念愈发难以适应新时代的各种变化。

行政契约通常被定义为行政主体以实现行政管理为目的,与行政相对人就有关事项协商一致而达成的协议<sup>[22]</sup>。由于行政契约的缔结和履行在形式上具备合同的相对性特征,同时能够引起行政法律关系的设立、变更和消灭,故其在理论分类上被归入双方行政法律行为从而有别于行政处罚等单方行政行为和行政指导等行政事实行为。从适用范围看,西方国家在20世纪后半叶从“行政国家”向“福利国家”过渡的进程中,大量采用以政府职能外包为典型形式的行政契约弥补有限政府的管制能力缺陷,主要涵盖以行政机关将部分公共事务管理职能外包给以私人为特征的公务特许经营和以购买某种服务或物品为特征的公共采购契约。在中国,行政契约通常依其约定内容之别分为公务委托契约、公务协作契约、财产转移契约、承包租赁契约和公务管理契约五类<sup>[23]</sup>。中国共产党第十七届二中全会通过的《关于深化行政管理体制改革的意见》要求“更好地发挥公民和社会组织在社会公共事务管理中的作用”,行政契约在其参与功能、保障功能、控权功能和调和功能等方面具备的特性与上述加快政府职能转变的改革方向高度契合<sup>[24]</sup>。可以预见,行政契约制度将在中国深化行政管理体制改革的进程中不断探索出新形式,进而发挥新作用。

#### (二)磋商协议与行政契约的映射关系

朱迪·弗里曼在研究美国的“契约国家”现象时曾指出“有些联邦行政机关开始试验契约式的管制进路,这些试验有时候是根据法律规定进行的,有时则属于行政机关的执行裁量”<sup>[25]</sup>。可见,在立法机关未能在实定法中穷尽列举可供行政机关采纳的所有行政契约形式之前(这种个别授权模

<sup>⑥</sup>如德国学者奥托·迈耶认为,由于契约以法律主体对等为前提,而公法却因国家的优越地位而得以确立,故国家与公民之间在公法领域是不存在契约的生存空间的。参见哈特穆特·毛雷尔《行政法学总论》(高家伟译,法律出版社,2000年版第360页)。



式在客观上亦无法实现),公共治理活动对行政契约形式的创制革新有待于行政职能在行使过程中的探索与试验,借助理论对实践的提炼作用则能够更为清晰地检视出某种行政手段创新或路径尝试是否应当归属于行政契约的适用例证。作为一种本土内生的新型环境治理工具,赔偿磋商同样体现着中国环境治理顶层设计者对新时代政府环境保护行政管理职能履行方式的探索与试验,作为其阶段性成果的磋商协议与行政契约的映射关系可以通过识别二者在构成要件上的映射关系得以证成。

一般认为行政契约的构成包含主体、客体、目的和效果四要件<sup>[26]</sup>。主体要件要求行政契约的缔约一方必为履行公共事务管理职能的行政主体,也称主体恒定性,亦可理解为无行政主体参与即无行政合同之存在。由于行政主体作为具有独立行为能力的法人能够适时回归民法维度并以民事主体的身份订立民事契约,故主体恒定性仅作为构成行政契约的必要而非充分条件。客体要件要求行政契约的内容应当以公共治理的需求为核心,行政主体与其内部工作人员之间的人事关系合同、维持行政机关正常运转所必需的公务用品采购合同等据此被排除在行政契约的适用范围之外。目的要件要求行政契约以履行行政职能、维护公共利益为目标,利用该要件方能在行政契约与以对私人利益的平权关系调整为核心的民事契约之间树立本质区别。效果要件则要求行政契约的缔结和履行能够达到设立、变更或消灭行政法律关系的法律效果,以区分行政主体以私法身份达成民事协议所引起的民事法律关系设立、变更或消灭的法律效果。

借助映射理论进行考察,厘清了行政契约的构成要件意味着定义域中的元素组成得以确定,证成磋商协议与行政契约之间的映射关系尚待将定义域中的构成要件与磋商协议映射值域中的元素作一一对应的检验,正如表1所示。

表1 磋商协议与行政契约映射关系对比

	行政契约	磋商协议
主体要件	当事人一方恒定为行政主体	当事人一方为省市级政府或其指定的相关行政主管部门、机构
客体要件	契约内容以公共治理需求为核心	协议内容主要涉及对作为公共物品的生态环境进行治理和修复
目的要件	以履行行政职能、维护公益为目标	以履行政府环境保护行政管理职能和维护环境公共利益为目的
效果要件	设立、变更或消灭行政法律关系	行政机关与相对人通过协议就个案生态环境治理设立管理监督型行政法律关系,该法律关系随协议履行完毕而归于消灭

表1通过比对磋商协议与行政契约在构成要件上的高度契合性证明了二者之间存在的映射关系,行政机关通过与相对人达成磋商协议并负责监督执行的方式实现受损生态环境的修复本质上属于行政契约制度在环境公共治理领域的具体应用尝试,这种超越公私二元对立、兼具合作协商和权力柔化理念的环境行政管理方式创新有助于在公权力的行使过程中整合权力受众的意思表示,

尽管这种意思表示的整合与私法契约主体之间的意思表示在层次和程度上均难匹配,但从确定赔偿义务人的生态环境修复和赔偿责任以及责任履行方式、期限等角度看,以往被动服从公权命令的行政相对人借此获得了参与责任确定的商讨并充分发表意见的程序权利保障。相较依靠行政机关单方强制意志做出的垄断决定而言,通过契约化的参与权、请求权和抗辩权的行使,行政相对人对磋商协议的接受性和认可度会获得明显提升,这种接受性和认可度的提升幅度与其在磋商过程中的参与水平和意见被采纳程度成正比。

### (三) 磋商协议执行保障机制的延伸思考

磋商协议的达成并不代表赔偿磋商目的的实现,受损生态环境的修复仍有赖于磋商协议的全面履行。《方案》赋予了行政机关在磋商协议签订后的监督执行权,并为其开辟了通过向人民法院申请司法确认赋予协议以强制执行力的行权路径。实践中,地方省市对于协议监督执行权的实现方式亦存在包括提交司法确认、公证和仲裁在内的三种策略主张。但是,若将赔偿磋商的公权行政行为属性和磋商协议的行政契约性质分别置入司法确认、公证和仲裁程序之下作法律规范分析可以发现,三者均非磋商协议监督执行权的适格实现路径进而陷入合法性证成困境。

就司法确认路径而言,《民事诉讼法》第194条将申请司法确认的案件类型明确为依照《人民调解法》达成的调解协议,而《人民调解法》第1条又将人民调解所适用的纠纷性质限定在民事领域内,且《最高人民法院关于人民调解协议司法确认程序的若干规定》第4条亦将行政契约排除在人民法院受理司法确认的案件范围之外。据此,行政性质的磋商协议无法归入能够依据民事诉讼特别程序向人民法院申请司法确认的对象范围,强行对《民事诉讼法》第194条作扩张解释容易引致民事司法裁判权对行政权运行边界的不当僭越,进而引发权力分立视野下的合宪性质疑。就公证和仲裁路径而言,由于《公证法》第2条和《仲裁法》第2条均将各自的适用范围限制在民事法律关系之内,故二者同样面临管辖权限上的越位危机。

笔者认为,实践中出现上述三种遭遇合法性否定评价的路径主张与论者对赔偿磋商及磋商协议的法律性质误读存在直接因果关系。一旦从理论上廓清了磋商协议与行政契约间的映射关系并明晰了行政契约的具体行政行为属性,则协议执行保障机制的选择问题便可等约为如何将《行政强制法》赋予行政机关的强制执行权具体应用于实现磋商协议规定的修复或赔偿责任的问题。具言之,行政相对人在磋商协议签订完毕后经过法定期限未申请行政复议或提起行政诉讼,又不按照协议约定的期限和方式履行修复责任或支付赔偿款项的,行政机关有权视具体情形不同而选择通过代履行或申请人民法院强制执行的方式保障协议内容实现。由于实践中具体磋商工作的开展通常由不具备行政强制执行权的环境保护行政主管部门代表省市级政府进行,故若磋商协议确定行政相对人以支付赔偿款项的方式承担赔偿责任而相对人拒不履行的,环境保护行政主管部门可以依据《行政强制法》第53条的规定申请人民法院强制执行。磋商协议确定行政相对人以组织开展生态环境修复的方式承担赔偿责任而相对人拒不履行的,行政机关可以依据《行政强制法》第50条的规定自行组织开展修复或委托第三方机构进行修复,修复费用由行政相对人承担。

## 四、结语

主流学说对赔偿磋商属于私法民事行为性质的误解源自手段论者和主体论者对磋商目的与手

段关系、公共利益与私人利益处分边界的认知偏差,对赔偿磋商法律性质的思辨应当在深入把握现代行政伦理更新和公共治理范式变革的背景中进行。赔偿磋商制度的宏观运行逻辑体现为具备环境保护管理职能的行政机关借助私法领域常用之磋商手段与相对人就受损生态环境的修复治理进行受自由裁量权行使约束的平等协商,其根本目的在于维护环境公共利益,协商行政模式对私法制度安排作工具意义上的援用不会改变赔偿磋商的公权行政属性,作为赔偿磋商成果形式的磋商协议理应归入公法上行政契约的子集并以《行政强制法》上的代履行和非诉强制执行制度为履行保障。在现代民主国家不断迈入行政民主化进程提速、公法与私法渐进趋于交融的全球背景下,赔偿磋商制度在中国法制语境和社会场域中的建构与雕琢本质上体现着中国特色环境治理工具创新对域外国家行政活动的合作治理转型进程所可能贡献的制度镜鉴价值,而准确认识赔偿磋商的公法性质无疑是完善其配套制度设计的基础和衔接磋商与赔偿诉讼制度的关键。

#### 参考文献:

- [1] 宫本宪一.环境经济学[M].朴玉,译.上海:生活·读书·新知三联书店,2004.
- [2] NISHIHARA H. Constitutional meaning of the proportionality principle in the face of the “surveillance state” [J]. *Waseda Bulletin of Comparative Law*, 2015, 26: 1-10.
- [3] 石佑启.论公共行政与行政法学范式转换[M].北京:北京大学出版社,2003.
- [4] 菲利普·库珀.合同制治理——公共管理者面临的挑战与机遇[M].竺乾威,译.上海:复旦大学出版社,2007.
- [5] 吕忠梅.“生态环境损害赔偿”的法律辨析[J].法学论坛,2017(3):5-13.
- [6] 韩春晖.从“行政国家”到“法治政府”[J].中国法学,2010(6):61-76.
- [7] 林奇青.行政法学上公害之对策研究[M].台北:五南图书出版公司,1988.
- [8] 曼昆.经济学原理(微观经济学)[M].梁小民,译.北京:北京大学出版社,2006.
- [9] 陈德敏,郭海蓝.环境法保护对象之理论界定与立法完善[J].甘肃政法学院学报,2016(5):101-108.
- [10] 方新军.一项权利如何成为可能?——以隐私权的演进为中心[J].法学评论,2017(6):109-118.
- [11] 梁慧星.民法总论[M].北京:法律出版社,2001.
- [12] 郭海蓝,陈德敏.省级政府提起生态环境损害赔偿诉讼的制度困境与规范路径[J].中国人口·资源与环境,2018(3):86-94.
- [13] 陈可.行政民主化发展的路径选择[J].中国行政管理,2005(7):30-32.
- [14] 聂凤峻.论目的与手段的相互关系[J].文史哲,1998(6):75-78.
- [15] 周栢.罗马法原论[M].北京:商务印书馆,2004.
- [16] 奥托·迈耶.德国行政法[M].刘飞,译.北京:商务印书馆,2016.
- [17] 李希坤,陆志明.行政法与行政诉讼法学[M].重庆:重庆大学出版社,2003.
- [18] 理查德·B.斯图尔特.美国行政法重构[M].沈岩,译.北京:商务印书馆,2016.
- [19] 安东尼·奥格斯.规制——法律形式与经济学理论[M].骆梅英,译.北京:中国人民大学出版社,2008.
- [20] 吴卫星.行政契约在环境规制领域的展开[J].江苏社会科学,2013(1):163-168.
- [21] O' Kelly C, DUBNICK M. The power of administrative ethics: Moving beyond moralism and instrumentalism [J]. *Social Science Electronic Publishing*, 2012.
- [22] 姜明安.行政法与行政诉讼法[M].北京:北京大学出版社,1999.
- [23] 邢鸿飞.试论行政契约的分类及形式[J].南京大学法律评论,2003(2):195-209.

- [24]江必新.中国行政合同法律制度:体系、内容及其构建[J].中外法学,2012,24(6):1159-1175.
- [25]朱迪·弗里曼.合作治理与新行政法[M].毕洪海,陈标冲,译.北京:商务印书馆.2010.
- [26]南博方.日本行政法[M].杨建顺,周作彩,译.北京:中国人民大学出版社.1998.

## Discrimination and development of legal character of eco-environment damage compensation consultation

GUO Hailan, CHEN Demin

(*Law School, Chongqing University, Chongqing 400044, P.R. China*)

**Abstract:** In virtue of the equal-footed consultation means in the field of private law, eco-environment damage compensation consultation system achieves its goal of innovation of administrative power exercising mode in process of environmental public governance, and it also provides the government an opportunity to introduce the transformation of contractual public-private partnerships in the process of executing the administrative function of environmental protection. Mainstream theory deems that compensation consultation is purely a civil act in private law or a special civil act in private law which relates to some public law elements, which constitutes a misunderstanding of compensation consultation. This misunderstanding is derived from the fact that method-oriented researchers and subject-oriented researchers make a mistake in distinguishing the relationship between ends and means of consultation and the boundary of public interest and private interest. Accurately understanding the paradigm shift of cooperative governance under the trend of administrative democratization reform and dividing the model of compensation consultation into three stages will be conducive to objectively reflecting compensation consultation's nature of administrative act of public power. To inspect the mapping relation between administrative contract and consultation agreement which served as the achievement form of compensation consultation based on administrative contract theory will provide a new method to discriminate the administrative act nature of compensation consultation.

**Key words:** damage compensation consultation; civil act in private law; administrative act of public power; administrative contract

(责任编辑 胡志平)