

# 论生态环境损害赔偿磋商的性质厘定

贾修通

山东师范大学法学院

DOI:10.12238/eep.v5i1.1528

**[摘要]** 关于生态环境损害赔偿磋商性质的理论主要有三种,分别为民事契约说、双阶构造说、行政契约说,基于民事契约说和双阶构造说的性质特征,应从学理上和实践中予以否决。生态环境损害赔偿磋商从主体、客体、目的、过程来看,应当定性为行政契约行为。明确生态环境损害赔偿磋商的行政性质后,相对应的应当废除司法确认制度,赋予磋商协议行政强制力。

**[关键词]** 生态环境损害赔偿磋商; 行政契约; 司法确认

**中图分类号:** X171.1 **文献标识码:** A

## On the Nature of Consultation on Compensation for Ecological Environment Damage

Xiutong Jia

Law School, Shandong Normal University

**[Abstract]** There are three theories about the nature of consultation of compensation for ecological environment damage, namely, civil contract theory, two-stage structure theory and administrative contract theory. Based on the nature and characteristics of civil contract theory and two-stage structure theory, they should be rejected in theory and practice. From the perspective of subject, object, purpose and process, the negotiation of ecological environment damage compensation should be characterized as administrative contract behavior. After clarifying the administrative nature of eco-environmental damage compensation consultation, the corresponding judicial confirmation system should be abolished and the consultation agreement should be given administrative compulsion.

**[Key words]** consultation on compensation for ecological environment damage; administrative contract; judicial confirmation

为打破单纯的行政处罚对生态环境损害赔偿的限制,我国在2015年推出了《生态环境损害赔偿制度改革试点方案》,初步建立了生态环境损害赔偿制度。在2017年,又继而推出了《生态环境损害赔偿制度改革方案》,使得生态环境损害赔偿磋商制度已然成为整个生态环境损害赔偿制度的核心和抓手。生态环境损害赔偿磋商(以下简称“环境磋商”)成为了我国在环境治理中的一种新型手段,其新型体现在两个方面,一是与其他国家的环境损害赔偿制度相比较,“磋商”是本土内生化的制度,具有中国特色的法律特征;二是“磋商”不同于我国过往的传统行政管制,也不同于我国正在大力完善的环境公益诉讼制度。我国

对这一制度尚处于探索阶段,在具体的“磋商”制度上还在完善,尤其是未明确指出“环境磋商”的性质,因而导致无论是实践中还是学界都对“磋商”的性质存在很大的争议。

### 1 生态环境损害赔偿磋商性质的论争

目前,学界对“环境磋商”的性质众说纷纭,笔者进行整理与分析,主要分为三种论断,民事契约说、双阶构造说、行政契约说。

#### 1.1 民事契约说

持这一观点的学者的认定理由有三个:一是政府作为自然资源的所有权人,对自然资源享有物权,因此政府基于物权受损害,获得生态环境损害赔偿权利人的

地位,与生态环境损害义务人构成民事上的权利义务关系。二是在“环境磋商”的过程中,去行政权力化,遵循一定程度的私法自治原则。政府与损害赔偿义务人基于平等的地位,在意思自治下达成磋商协议。三是,我国处于司法机关更好的监督生态环境损害赔偿磋商的考虑,将司法确认作为磋商协议产生强制力的必经路径,同时将“环境磋商”认定为民事性质,更有利于为该制度提供更为多元与自由的救济路径。

#### 1.2 双阶构造说

“双阶构造理论”最早来源于德国,是为解决在政府补贴中,公众与政府关系问题而探索出的理论。在政府的补贴中,公众与政府的关系分为两个阶段,政

府的同行为便分为了两部分,混合了行政行为与民事行为,针对不同的阶段,政府就会相应的做出不同性质的行为。在行政磋商中,也可以将政府的行为划为两个不同性质的阶段,即行政机关与行政相对人之间的行为,生态环境损害赔偿权利人与义务人之间的行为,前者属于行政行为受公法规制,后者属于民事行为受私法规制。在“环境磋商”的前期,政府依职权主动进行环境损害结果的调查、环境污染者的认定,以及损害赔偿结果的评估,在调查清楚后,政府主动开启磋商程序,在这一阶段中,政府行为的依据是对环境的监管权力。在“环境磋商”进行中,政府主动构建与损害赔偿义务人的平等地位,双方在自由平等的精神下针对环境损害赔偿进行协商,双方自愿签订“磋商协议”。

### 1.3 行政契约说

“行政契约说”将生态环境损害赔偿磋商视为一种协商行政行为,具有行政与契约的双重特征,是一种新型政府中所提倡的“弱权性”行政行为。但是无论如何淡化“环境磋商”中的公权力色彩,也不能掩饰其浓厚行政行为的本质。协商行政模式对私法制度安排做工具意义上的运用,不会改变生态环境损害赔偿磋商制度的公权力行政属性,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。<sup>①</sup>

## 2 生态环境损害赔偿磋商的性质认定

### 2.1 民事契约说之否定

第一,政府作为生态环境损害赔偿磋商中的民事平等主体地位是来源于民事上的请求权,这种请求权的依据就是政府代表国家对自然资源享有所有权,但是,生态环境不能等同于自然资源。曹晓瑞学者也说过,“如果认为生态环境损害赔偿只强调对国有资源的保护,实际上,只看到了生态服务功能中的供给功能,忽视了其生态系统的价值”。<sup>②</sup>生态环境的范围大于自然资源,自然资源只是生态环境中的一部分,例如国家对大气污染、光污染、噪声污染的治理皆不属于国家自然资源的范围。国家不光对

自然资源拥有所有权,还对整个生态环境系统拥有监管权,而监管权才是政府损害赔偿权利人享有的请求权的法律依据。

第二,行政机关若是缔结一个契约,行政并无法在此展现所谓的“意思自治”,不如将其视为只是在实现公共任务而已。<sup>③</sup>民事契约首要的要求就是意思自治,然而政府并不具备独立的意思自由。政府代表国家行使权力,而国家的权力又是来源于人民,因而政府所谓的意思自由本身就是公法的产物,带有强烈的公法色彩,不能仅仅受私法的调整,不保护私益又如何能受私法的管制。民事契约的另一个要求双方主体地位平等,在“环境磋商”中,政府要想与损害赔偿义务人处于平等的地位,只能主动的放弃生态环境监管人的法律地位仅仅依靠政府对自然资源享有的所有权,来进行磋商,而政府仅仅依靠物权人的身份在生态损害赔偿中是不能全面覆盖的,也是与现实相违背的。

### 2.2 双阶构造说之否定

我们首先要明确一点,双阶理论的重点从来就不是要无中生有的将所有的法律关系都区分为两个阶段,“前阶公法+后阶私法”的主张仅仅是双阶理论的一种可能的法律关系搭配。<sup>④</sup>“双阶构造说”,在学理上将环境磋商行为分为两个部分,前一阶段为公法行为,后一阶段为私法行为,形式上全面的囊括了环境磋商行为的不同性质,解决了环境磋商在性质上的重大争议,但是在实践中是存在重大的漏洞的。对于同一行为的前后两部分的不同性质的定位,该观点学者也是秉持倒推的方式,由司法确认制度倒推磋商协议的民事性质,由行政机关的磋商准备工作倒推前阶段为行政行为,看似非常的有道理,其实是为了形式上的全面性,人为的割裂了同一行为,实践中会相应的出现难以解决的难题。盲目的将环境磋商行为划为不同的两个阶段,会大大增加对磋商行为救济的难度以及环境磋商后续发展的效果,大大降低处理该类案件的效率违背设立该制度的初衷,甚至会引发司法权与行政权边界不清的矛盾。

### 2.3 行政契约说之肯定

政府在环境磋商中尽量运用私法领域的协商手段与赔偿机制,但是不代表政府与环境损害赔偿义务人之间形成法律意义上的民事关系。<sup>⑤</sup>笔者认为“行政契约说”,既体现了行政性质的本色,又表现出手段上的民事特色,合理的体现了环境磋商兼顾行政与契约的新型色彩。

从磋商主体来看,环境磋商的主体为政府和生态环境损害赔偿义务人。上文中已经论述了政府作为主体的法律依据是政府对生态环境的监管职权,而自然资源的所有权不能对环境损害进行全覆盖,这样就从权力来源上证明了政府的行政主体地位。从磋商目的来看,环境磋商最主要的目的就是维护环境公共利益。环境公共利益不属于私人利益,当然的受私法的调整,而这种环境公共利益主要是指向于环境的本身。生态要素不同于民事法律上所规定的物品,不具有可支配性、排他性、私人价值性,因而难以形成民事意义上的物权。政府对于公共利益具有天然的保护职责,这是政府设立的宗旨和应有之义,环境利益与公共利益是不能分割的,因而当然的受公法的调整。章剑生教授曾说过,行政的逻辑起点和终极目的在于实现公共利益。<sup>⑥</sup>这也就从根本上限制了政府所有的行为,政府在环境磋商中的任何行为,都要维护公共利益,因此不能说政府在环境磋商中具有意思自由,它只是在一定的限度内,为了更好的维护环境公共利益,有一定的自由处置权,这就是协商行政的本质体现。从磋商过程来看,即使在过程中,政府不断的宣示其处于与义务人平等的地位,但却毫不能掩饰政府在环境磋商中始终占据主导地位,对磋商始终处于掌控者的角色。政府依据自己的职权展开环境污染者的认定,环境污染结果调查取证,对环境修复进行评估,对环境损害赔偿进行初步认定。在契约的商定过程中,赔偿义务人也不会拥有完全的意思自治,政府还是起主要作用,赔偿义务人处于被引导的角色,磋商协议的基础就是政府前期一系列行

政行为确定的结果。从生态损害赔偿的案件性质来看,这些案件无一例外都具有复杂性、综合化、长期性、专业化,需要消耗极大的人力物力。试问,除了政府还有哪个机构或者组织能够对此类事件治理的更好?如果,没有的话,为什么不做出更有利于政府处理生态损害赔偿的规定。蔡守秋教授曾说,以政府为主导是我国环境治理的基本原则,环保靠政府是我国最大的现实。<sup>①</sup>

### 3 定位后的相关路径

#### 3.1 废除司法确认制度

上文中通过论证,已经将环境磋商定性为行政契约行为,那么司法确认制度就处于了一个非常尴尬的位置。司法确认制度被推出,其实是立法者考虑到通过此制度推动环境磋商更加的民事化、意思自治化,加强对行政执法权的监督,但是却忽略了最重要的一点,该制度是否与现有的法律体系相协调。第一,司法确认制度与既定的法律体系相冲突,司法确认的范围是已经规定的,是民事协议、民事调解书,而环境磋商产生的磋商协议是行政契约,不属于司法确认的法定范围,司法确认制度的存在混乱了法律的统一性,也违背了法理。第二,为了施行司法确认制度,不授予环境磋商协议强制力,还可以接受。但是进行司法确认的实际意义究竟在哪是必须要明确的。环境磋商协议的双方如果都对环境磋商协议认可,那么双方就可以按照协议进行实际履行了,为什么还要多此一举,去法院进行司法确认,这样是没有实际效果的。

#### 3.2 完善相关的行政措施

环境磋商定性为行政契约行为,那么磋商协议就应该定性为行政协议。借鉴台湾地区的相关规定,赋予磋商协议本身行政执行力,磋商协议一旦达成,政府就可以依据此协议要求损害赔偿义务人进行执行。在对环境磋商协议存在异议的情况下,赔偿义务人拒不履行,政府就可以直接向法院申请强制执行。赔偿义务人也拥有相应的救济措施,义务人可以向上一级政府申请行政复议,在行政复议不同意的情况下,赔偿义务人可以向法院提起行政诉讼。这样就避免了司法与行政的重合,又木有忽视两者之间的监督,原则就是行政优先,在穷尽了行政措施之后,才可以启动司法程序。

### 4 结语

生态保护是当前国家可持续发展的关键抓手,“生态可持续,则国家可持续”。本文通过比较分析关于环境磋商性质的不同的观点,明确了环境磋商的行政契约本质。对环境磋商的定性只是环境磋商制度研究的第一步,定性之后,要明确对司法确认制度的废除,之后对环境磋商执行以及救济的措施还有待进一步的研究。

#### 注释:

①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》,《重庆大学学报(社会科学版)》2018年第4期。

②刘学在:《论生态损害赔偿协议的法律性质及其争议解决路径》,《南京工业大学学报(社会科学版)》,2020年第2期。

③黄锡生,韩英夫:《生态损害赔偿磋商制度

的解释论分析》,《政法论丛》,2017年第1期。

④蔡守秋:《从环境权到国家环境保护义务和环境公益诉讼》,《现代法学》,2013年第6期。

⑤章剑生:《现代行政法总论》,北京:法律出版社,2013年版。

⑥刘晓婷:《生态环境损害赔偿磋商的法律性质反思》,《常州工学院学报(社科版)》,2020年2月第2期。

⑦曹晓锐:《生态环境损害赔偿磋商协议的违约救济》,《人民法院报》,2017年8月30日第8期。

#### [参考文献]

[1]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),2018,24(4):175-186.

[2]卢玉华.生态环境损害赔偿磋商协议的司法确认研究[D].重庆大学,2019.

[3]刘学在,刘璠.论生态损害赔偿磋商协议的法律性质及其争议解决路径[J].南京工业大学学报(社会科学版),2020,19(02):1-9+111.

[4]刘晓婷.生态环境损害赔偿磋商的法律性质反思[J].常州工学院学报(社科版),2020,38(02):91-97.

[5]彭中遥.生态损害赔偿磋商制度的法律性质及发展方向[J].中国人口·资源与环境,2020,30(10):121-131.

[6]蔡守秋.从环境权到国家环境保护义务和环境公益诉讼[J].现代法学,2013,35(06):3-21.

#### 作者简介:

贾修通(1996—),男,汉族,山东省滨州市博兴县人,硕士研究生,研究方向:环境与资源保护法学。