

生态环境损害赔偿磋商的属性界定与制度展开 ——以双阶理论为视角

于文轩, 孙昭宇

摘要:生态环境损害赔偿磋商制度既蕴含自由协商的私法自治内涵, 又体现公益维护的行政主导特征, 故而其法律性质定位存在“私法属性论”和“公法属性论”的论争。“公私对立”视野下生态环境损害赔偿磋商制度的属性识别禁锢于“非公即私”的思维定势之中, 无法找寻洽切的解释路径, 也不利于赔偿磋商制度的运行与实践。在公私法协同视野下以德国法上的双阶理论为基础, 全方位审视赔偿磋商制度运行中的多重法律关系, 合理界定磋商制度的法律性质, 确立前阶公法属性和后阶私法属性的应然构造, 从而消解现有的学理争议。生态环境损害赔偿磋商制度应通过赋权与控制权综合平衡的内部制约、以多元主体共治模式为支撑的外部监督、突破单一路径依赖的权利(权力)救济等维度予以完善和展开。

关键词:生态环境损害赔偿; 磋商制度; 法律属性; 双阶理论

中图分类号: D912.601 文献标识码: A 文章编号: 1671-0169(2021)02-0041-11

DOI:10.16493/j.cnki.42-1627/c.2021.02.005

旨在弥补传统环境侵权制度不足的生态环境损害赔偿制度作为生态文明体制改革的一项重要制度创设, 在我国经历了试点试行到全面推广的实践发展历程。从 2015 年印发《生态环境损害赔偿制度改革试点方案》(以下简称《试点方案》)到 2017 年底出台《生态环境损害赔偿制度改革方案》(以下简称《改革方案》), 再到 2020 年发布《关于推进生态环境损害赔偿制度改革若干具体问题的意见》(以下简称《若干意见》), 生态环境损害赔偿制度改革逐步推进, 在艰辛起步后取得了显著成效。生态环境损害的有效救济是建构以环境安全、生物安全、系统安全为组成部分的生态安全体系的关键内容, 是生态文明建设的重要目标之一。生态环境损害赔偿制度回应了生态文明建设的时代要求和环境治理体系现代化转向的现实需求。生态环境损害赔偿磋商制度作为生态环境损害赔偿机制中的关键内容, 其法律属性辨识和规则建构一直是理论界和实务界的关注焦点。赔偿磋商制度转变了“命令-控制”型的传统行政管制模式, 引入基于平等交流和自由意志的协商要素, 体现了公权行使色彩与私法自治属性交织的特征, 这使得赔偿磋商的制度属性界定呈现诸多分歧。学界多立足于“公私法分隔对立”的逻辑, 以纯粹推理性分析论证或以《改革方案》制度文本倒推赔偿磋商制度的属性。然而, 现有观点存在分析脱离文本、论证视角单一、理论脱离实践等问题, 难以为赔偿磋商的制度设计和功能发挥提供适切的理论基础。本文将基于“公私协作”的逻辑思路, 选择洽切的解释路径, 反思和厘定赔偿磋商制度的性质, 并以此为基点进行赔偿磋商制度的规则建构。

基金项目: 国家社会科学基金重大项目“我国生物安全法治保障体系研究”(20&ZD174)

作者简介: 于文轩, 法学博士, 中国政法大学民商经济法学院教授、博士生导师, wenxuanyu@126.com (北京 100088); 孙昭宇, 中国政法大学民商经济法学院博士研究生

一、学理辨思：生态环境损害赔偿磋商的性质争议及其因由

对于生态环境损害赔偿磋商性质的界定，有主张赔偿磋商系民事行为的私法属性论，还有主张赔偿磋商应归入行政行为的公法属性论。私法属性论和公法属性论依循不同的推演路径，分别对赔偿磋商制度的法律属性进行了阐释，但其解释力均存在一定的瑕疵，需要深入探究。

（一）私法属性论：难以回避的逻辑瑕疵

私法属性论主张生态环境损害赔偿磋商的本质是民事行为，认为赔偿权利人与赔偿义务人处于平等的地位，磋商过程充分体现了意思自治的精神，双方基于自由协商主义就损害事实与程度、修复启动时间与期限、赔偿的责任承担方式与期限等问题达成赔偿协议，属私法自治领域的民事协商行为。相应地，应将赔偿磋商形成的磋商协议视为民事合同^[1]。此类观点又可细分为纯粹民事性质论和基于公法元素的民事性质论。

关于纯粹民事性质论，持此观点的学者认为：从主体来看，作为赔偿权利人的省市级政府是以自然资源所有者代表之身份与责任主体进行磋商，双方是地位完全平等的民事主体^{[2](P38)}，政府“褪去”了其环境行政管理者的“外衣”；从过程来看，双方通过平等协商、自由沟通的方式就生态环境修复的相关问题进行协商；从目的来看，赔偿磋商旨在填补或恢复生态环境之损害，而非对责任主体之惩罚。纯粹民事性质论遵循法教义学的路径，以《改革方案》文本为切入点，主张赔偿权利人的请求权基础源于自然资源国家所有权，并基于“自然资源国家所有权—国务院代表国家行使国家所有权—国务院授权省、市两级政府行使国家所有权”这一逻辑证成制度设计的合理性^{[3](P86)}。基于公法元素的民事性质论则从目的论的角度对纯粹民事性质论进行了修正，主张以公共信托理论^[4]或环境利益理论^[5]为索赔请求权基础，认为赔偿磋商以对环境公共利益的填补为主旨^[6]，虽生态环境损害涉及公法问题且实现法律责任的手段兼具公私法混合性质，但究其本质，仍应划归民事范畴^[7]，属涉及公法元素的特殊民事行为。

事实上，纯粹民事性质论及其请求权基础理论难以实现逻辑自治，也无法全面回应生态环境损害赔偿磋商机制的功能定位和现实需求，这主要体现在三个方面。首先是方法层面。法教义学以实在法秩序为依据，以此为前提进行体系化逻辑分析和法律解释^{[8](P17)}。然而，《改革方案》《若干意见》尚处于制度改革的探索阶段，政策性文件中的导向并不意味着制度定性的绝对合理性。其次是请求权基础层面。自然资源所有权的设置具有一定局限性，阳光、大气（空气）等不宜也不应设置国家所有权。同时，自然资源所有权不仅有国家所有形式，而且包括集体所有，如此规定既有“抹杀自然资源集体所有权之嫌”，又会在作限缩性解释的前提下暴露出集体所有自然资源受损后赔偿权利人的角色缺位弊端^{[3](P87)}。不仅如此，由于自然资源难以涵盖生态环境的全部内涵，这一理论仅可适用于与自然资源相关的生态环境损害，而面对其他环境污染、生态破坏等情形，其解释力则稍显无力，盲目的扩张解释会影响理论自身的逻辑自治性。可见，引入自然资源国家所有权理论虽“表面上”解决了政府赔偿权利人身份的正当性基础，但该理论难以回应赔偿磋商行政职权运行的现实特征，也难以作为生态环境损害赔偿私益诉讼的属性认定提供合理诠释。再次是在制度运行层面。纯粹民事性质说的视野范围稍显狭窄，忽略了一些关键问题：赔偿磋商制度旨在维护生态环境公共利益而非保护国家所有自然资源的财产价值，不应忽视赔偿磋商公益保护目的背后的公权属性而仅关注磋商过程中“平等协商”这一实现制度目的的私法化手段^{[9](P16)}。同时，政府在赔偿磋商过程中彰显的行政主导性，纯粹民事性质说也难以对其提供圆满解释。“公法的规范是强制性的，必须无条件遵守”，不得由个人之间的协议而变更，而“私法规范是任意性的”^{[10](P13)}。涉及公共利益保护的赔偿磋商制度，其“意思自治”、“平等协商”并非完全任意性，赔偿权利人亦不可对权利

进行随意处分,磋商过程必然要受到以公共利益保护为限的约束,纯粹民事性质论显然未能对此提供令人信服的解释。

基于公法元素的民事性质论,关注到生态环境损害赔偿磋商制度维护公共利益的实质目的,认为政府系环境公共利益之代表。但是,这一观点难以回应下述质疑:其一,在已然关注到赔偿磋商制度公法元素的前提下,仍将整个磋商制度定性为民事性质的依据何在^{[6](P49)}?如何合理解释政府在赔偿磋商制度运行中体现的行政主导性?其二,政府的生态环境监管职责决定了其在磋商过程中同时承担着生态环境损害赔偿责任认定裁判者的身份,若政府既作为公共利益的代表又作为责任认定的裁判者,如何进行制度设计才能避免此种身份混同?其三,仅以生态环境损害赔偿磋商制度的行为外观和制度规则为参照,是否能够真正契合并实现赔偿磋商制度的功能价值?由此观之,基于公法元素的民事性质论似乎也难以为生态环境损害赔偿磋商制度的属性界定提供恰当的解释。

(二) 公法属性论:有限纠偏之弊

公法属性论者将生态环境损害赔偿磋商定性为一种行政行为。由于视角的差异,在坚持行政性质的基本定位的前提下,这一观点又可具体细分为协商行政说、行政契约说、行政裁决说、行政事实行为说。

有观点将赔偿磋商视为一种具有合作性、协商性的弱权性行政行为,是为应对生态环境损害需求而催生的传统行政规制手段之变革^[11],生态环境损害赔偿协议的缔结则是协商行政的具体表现,其理由可以归纳为四个方面:从主体看,磋商主体包括以省市级政府为代表的赔偿权利人和造成生态环境损害的赔偿义务人两方,磋商制度通过探索一种新型治理逻辑——即协商合作式的柔性治理范式,修正了赔偿权利人的刚性、强制性行政权^{[12](P49)}。从过程看,协商并非绝对意义上的民事商谈,仍带有浓厚的协商行政属性,除却磋商会议期间平等原则和意思自治原则的背书,鉴定评估的运行、赔偿磋商的启动、赔偿协议的执行以及实施成效的监督等工作,均或多或少体现了行政规制意义上的公权行使,赔偿权利人仍保有行政优位性。从手段看,行政法理念的变革使得传统“命令—控制性”的单方性行政管理模式,转向了体现民主、协商、合作精神的参与性协商行政模式^[13],在这种“协商-合作”型的治理模式下,不能完全剔除行政权力的运用和主导。从目的看,该观点认为应洞悉赔偿磋商的最终目的,即除了救济受损生态环境这一直接目的或曰表层目的外,还内隐着行政机关基于生态环境保护管理职能以维护生态环境公共利益这一终极目的^{[14](P92)}。赔偿权利人肩负的公共利益保护职责,彰显了赔偿磋商的公权属性,“平等磋商”只是实现环境公共利益保护这一根本目的的一种手段。

行政契约(协议)说主张跳脱民事法律关系的局限,认为“赔偿磋商是环境行政公权力行使的必要延伸”,是“超越公私法的二元区隔寻求一种融贯性解答”。有论者以行政契约的形式为识别标准,着重考察磋商协议之缔结,通过分析赔偿磋商达致的磋商协议与行政法领域的行政契约在构成要件上的映照关系,将磋商协议定性为协商行政视角下为满足公共利益目的而达成的行政契约,从而确定赔偿磋商的“公权行政属性”^{[15](P176-179)}。也有学者认为应“立足于公法属性的基本定位”,将赔偿磋商界定为行政裁决,将赔偿磋商视为“对生态环境损害赔偿责任的裁判”,赔偿权利人在赔偿磋商过程中行使的公法调查权、执行权等属行政裁决中准司法权的行使^{[3](P50-51)}。行政事实行为说则从《宪法》《环境保护法》规定的政府及其组成部门应当履行生态环境损害预防义务、改善义务、填补义务和合作义务等四类法律义务着手,认为赔偿磋商是一种非正式的“协商”,系法律义务的表现形式之一,属于行政事实行为^{[16](P86)}。生态环境损害赔偿行政磋商更似一种需行政相对人协助的行政行为^[17],磋商协议的达成与否基于赔偿权利人与赔偿义务人的自愿协商,磋商与磋商协议之间实乃手段与目的之关系,磋商协议只是承载一致结论的书面指代,本身并无强制约束力。

概言之,公法属性论试图破除公私对立的思维定势并努力营造公私协调的和谐图景,将私法规

制形式纳入公法体系之中。这一尝试与现代行政法的变迁脉络相契合,具有一定进步性,这也是行政民主化水平提升、法治政府建设、国家治理体系和治理能力现代化建设的变革趋势使然。但是,公法属性说仍未摆脱或公或私的单一解释进路,仅是对公法规制方式的有限纠偏。通过考察现有制度设计和制度运行过程,公法属性说也暴露出其局限性和片面性,对一些关键问题解释力有限,无法回应赔偿磋商制度的现实需要甚至脱离制度实践。

首先,协商行政说认为赔偿磋商制度的核心特质——“协商”不同于“传统私法论者主张的绝对意义上的民事商谈”,在搭建协商阶段双方间平等关系的同时也强调行政机关在调查与执行阶段的“公权行政运行逻辑”。这种观点过于强调公法规制的执行力和高效性等价值,忽视了赔偿义务人在磋商过程中的磋商与否的配合权、缔结与否的选择权以及接受与否的自由权,忽略了《改革方案》试图借助私法形式实现公法上公共利益保护的制度设计目的,背离双方自愿选择赔偿磋商的初衷^{[18](P116)}。

其次,行政契约说将磋商协议视为行政契约或曰行政协议,行政契约的内容要件要求其内容必须有行政法上的权利义务^{[19](P5)},但经磋商达成的协议所规定的内容并未直接产生行政法上的权利义务;行政契约的意思要件要求契约须经双方当事人协商一致达成,从意思表示的构成要件来看,意思表示中的内心意思包括“行为意思、表示意思与效果意思”,赔偿磋商不具有效果意思这一内心意思要素^{[16](P85)}。同时,行政契约说也无法为《改革方案》规定的司法确认制度提供合理解释。此外,赔偿磋商协议的属性界定应一体定性还是应拆开分别定性?协议内容的“重要要素”和“非重要要素”如何客观界定?探究这些棘手问题会陷入往复的逻辑循环,无法找寻解决问题的合理路径^{[20](P44)}。

再次,行政裁决说的逻辑理路值得斟酌。该观点为使赔偿磋商的制度属性得以划归行政裁决范畴^①,将磋商的对象视为“生态环境损害赔偿责任者与环境利益受侵害的公众之间的民事纠纷”,认为“政府是公众和责任主体之外的第三方”。这种解释既混淆了生态环境损害赔偿磋商的实际参与主体,又模糊了磋商对象的真实内涵,也背离了磋商双方主体自愿选择进行赔偿磋商的初衷。

复次,行政事实行为说似乎旨在基于《改革方案》的规范文本和预设的规则体系进行理念革新,但也不具有足够的解释力。一方面,该观点未能关注到行政事实行为背后的模糊性,行政行为方式的变动性和行政事实行为概念内涵的不确定性反而会加剧赔偿磋商法律属性界定的难度^②。另一方面,由于行政事实行为对法律关系的产生和实现过程有重要影响,所以也应受行政法调整^[21],这同样与《改革方案》的规定有所出入,似又陷入逻辑悖论。此外,依照行政事实行为说,赔偿磋商无法直接产生法律效果^{[22](P35)},磋商结果无论成功与否都具有法律上的不确定性,如何证成赔偿磋商制度存在的合理性和必要性又会成为新的问题。因此,行政事实行为说也未能实现其紧密结合《改革方案》规范文本并结合规则体系预设的功能进行合理解释的原初目标,与磋商制度运行实践中的程序性规定、法律责任和监督机制相脱节^{[18](P116)}。

此外,公法属性论在救济方式方面也存在局限性,弱化了磋商协议违约的救济。一方面,协商行政说、行政契约说和行政裁决说主张废除磋商协议的司法确认制度,根据具体情形选择代履行方式或者依照《行政强制法》第53条申请人民法院强制执行的方式来保障赔偿协议的执行。从执行效率来看,似乎这一救济方式更具优越性,但是如此设计则架空了赔偿磋商制度的功能价值,又回

^① 因为行政裁决的对象是平等主体当事人之间发生的特定民事纠纷。详见叶必丰:《行政法与行政诉讼法》(第五版),中国人民大学出版社,2019年版,第147页。

^② 在我国,行政事实行为更多是一个学理概念而非一个法律概念,关于行政事实行为的判断标准还存在争议和模糊之处,行政事实行为本身就是一个内涵不确定、外延又具有开放性特征的概念,行政行为方式的变动性也加剧了行政事实行为在内涵上的不确定性。详见王锴:《论行政事实行为的界定》,《法学家》2018年第4期。

归传统环境监管模式,有违赔偿磋商制度的创设初衷。行政机关直接运用行政监管职权作出行政决定岂不更加高效,何至徒增一道“磋商程序”?另一方面,行政事实行为说主张应以公证程序为主为其提供实效保障。但事实上,公证程序仅能为磋商协议的真实性和合法性提供证明,却无法保证磋商协议的实施效果,赔偿义务人不履行或者履行不适当的,仍需借助于司法力量的支持,公证程序实乃徒增繁琐。

二、性质廓清:双阶理论视角下的生态环境损害赔偿磋商

生态环境损害赔偿磋商制度的法律属性辨识,需要破除“公私对立”的理论藩篱,摆脱“非公即私”式的思维定势,通过考察赔偿磋商制度的具体运行过程,在兼顾公私面向的基础上以一种更为恰当的视角明晰其应然属性。德国行政法上的双阶理论,可以为赔偿磋商制度法律属性的厘定提供恰切的解释路径和分析理路,并有助于在反映制度全貌的基础上实现逻辑自洽。

(一) 机理解析:双阶理论的源起与适用

双阶理论主张将复杂的生活关系划分为两个相互关联但性质相异的阶段,并选择适用不同性质的法律规范,着眼于解决在借助私法方式执行行政任务或行使公权力时如何进行有效规制这一问题。这一理论最初由德国学者汉斯·彼得·易普森(Hans Peter Ipsen)在公私法二元对立的历史背景下提出,旨在解决因国家给予私人“生存照顾服务”(补助)所引发的法律救济问题。

易普森在《对私人的公法补助》中对双阶理论作了系统论述。他以国家干预主义为视角,结合利益说之标准,将政府向私人提供补助这一关系截然划分为两个阶段:第一阶段为决定阶段,即是否批准向私人提供补助,将政府“决定”行为视为公权力之行使,政府与私主体形成公法法律关系,适用公法以规范和调整;第二阶段为履行阶段,即政府如何具体向私人提供补助,政府的“履行”行为属私法行为,双方依借款合同形成私法借贷关系,受到私法的约束^{[14](P94-95)}。

双阶理论的提出,既裨益于私人申请公共补助权益之保护,亦有益于实现政府借助私法方式活动时的有效规制,在理论界与实务界产生了重要影响,但其正当性基础却随着行政法学的发展经历了由质疑到肯定的嬗变过程。这一理论在诞生伊始颇受质疑,受到以沃尔夫为代表的“行政私法理论”的挑战,沃尔夫等人主张以“行政私法理论”代替“双阶理论”,即,在界定公法与私法具体划分标准的基础上,通过考察该某一行为所适用的法律规范系归属于公法还是私法来判断该行为的具体属性^[23]。传统行政法学秉持的公私法严格对立思维,动摇了双阶理论存续的正当性基础。20世纪90年代兴起的新行政法学思想,主张公法与私法应当从对抗转向合作,提倡公私法的“交互支持”,为双阶理论提供了新的研究视角和分析框架,重新稳固其正当性基础,双阶理论随之获得复苏和肯定。在此背景下,在某些特定范围以私法方式执行直接行政任务,具有可行性和适法性^{[24](P37)}。将复杂的社会关系进行阶段拆解后分别归属不同性质的法律关系进而明确应适用的法律规范,明显优于对社会关系进行纯粹公法关系抑或纯粹私法关系的划分并重叠或混合适用公私法律规范。兼顾公法与私法多面属性的双阶理论,正视社会关系的多重属性,一方面试图保证法治国家之约束,另一方面又试图借助成熟且实用的私法形式^{[24](P427)},通过建构多重法律关系间的层次结构,为涉及公私法双领域的复杂性法律争议之解决提供更为合理的救济途径和更全面的法律保护。

目前,德国的贷款和担保性质补贴处理、公法组织形式的公共设施利用、国有土地出让等诸多领域,双阶理论仍为司法实践所应用。我国台湾地区的政府采购立法承继了双阶理论并进行了修正和创新。该法规定,因招标、评标和决标之争议采取提出异议、申诉等公法途径予以救济^①;而履

^① 参见《政府采购法》(台湾地区)第74条。

约争议则需通过调解、仲裁等方式寻求私法救济，且规定调解程序及效力除有特殊说明应准用民事诉讼法之规定^①。我国《政府采购法》也彰显了双阶理论之蕴意，该法所规制的政府采购行为具有显著的公法属性^②，但该法的第43条却又规定“政府采购合同适用合同法”。最高人民法院关于国有土地出让合同纠纷的司法解释中也体现了双阶理论之运用：2005年最高院出台的《关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》将国有土地使用权合同纠纷纳入民事审判范畴，然而2010年最高院又将土地行政主管部门与竞得人签署的成交确认书定性为具体行政行为^③。在实践中，尝试适用双阶理论以解决在行政协议履行过程中所引发争议的司法判例也屡见不鲜^④。一些学者还提倡自然资源特许使用^[25]、国有土地出让等合同（协议）^[26]的救济可以通过双阶理论建构一种混合救济模式，以克服单一救济途径的保护失衡。

（二）属性厘定：生态环境损害赔偿磋商的双阶构造

双阶理论摒弃“非公即私”式的思维定势，不再囿于私法性质和公法性质划分的桎梏，从过程的视角将制度的运行划分为不同阶段，为复合型法律制度的属性界定提供更加周延的解释进路，兼顾公益和私益的协同保护。以双阶理论的蕴含机理为分析框架，生态环境损害赔偿磋商制度的运行过程，可以划分为以调查评估与磋商启动为核心内容的第一阶段和以协议缔结与履行为核心内容的第二阶段。针对不同阶段，可分别进行法律属性的识别。

第一阶段体现公法属性。生态环境损害调查、鉴定评估、修复方案编制等基础性工作无不显现政府等公权力部门行政主导权之运用，具有鲜明的公权行使色彩。政府作为生态环境保护的监管者，有履行生态环境保护职责的正当性基础。从损害前期调查、损害鉴定评估、到评估报告和修复方案的形成等工作，均需要借由行政机关行政调查权的行使方可展开。《若干意见》中“关于索赔的启动”、“关于生态环境损害调查”、“关于鉴定评估”等问题的规定，表明磋商程序的触发主动权由行政机关保有，并体现了行政主导的单方性和强制性。在这一阶段，为实现正义价值和效率价值的平衡，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充分贯彻^{[15](P191)}，着重强调行政规制意义上的公权属性。

第二阶段凸显私法属性。这一阶段以平等自愿为原则，主张采取非对抗式纠纷处理方式达成生态环境损害赔偿的合意，以建构赔偿权利人与赔偿义务人平等的民事法律关系，借助私法制度安排助力公法任务的实现，具有显著的私法属性。由《改革方案》可见，我国在推行赔偿磋商制度时致力于一种平等权利的制度预设，强调自愿磋商、平等参与的精神。此时，政府作为赔偿权利人，与赔偿义务人处于平等地位，双方可就损害事实和程度、修复启动时间和期限、赔偿的责任承担方式和期限等事项展开磋商^⑤，通过沟通、协商等达成赔偿协议。赔偿协议之达成，是双方意思自治的产物，不受公权约束与干涉，也不会直接产生公法上的责任。关于赔偿协议的履行，尽管赔偿协议和生态环境修复的执行仍牵涉行政权之运行，但从赔偿协议本身的诸多要素来看，其私法属性更为显著，《改革方案》确定的赔偿协议司法确认制度和《最高人民法院关于审理生态环境损害赔偿案件的若干规定（试行）》（以下简称《若干规定》）也从侧面印证了赔偿协议的私法属性。通过赔偿磋商，将双方置于平等地位，不存在一方主体凌驾于另一方，能够充分体现双方主体的真实意思，

① 参见《政府采购法》（台湾地区）第85条之1。

② 参见《政府采购法》的第6条、第13条，第58条。

③ 参见《关于拍卖出让国有建设用地使用权的土地行政主管部门与竞得人签署成交确认书行为的性质问题请示的答复》。

④ 例如“黄璟诉江苏省教育厅不履行教育行政协议案”（[2015]苏行终字第00282号）；“南阳市亿龙矿业有限公司与南召县国土资源局地质矿产行政合同纠纷案”（[2015]宛行初字第90号）。

⑤ 中共中央办公厅、国务院办公厅《生态环境损害赔偿制度改革方案》。

消弭双方间的紧张关系,也有益于赔偿协议的自愿有效履行。

由是观之,以双阶理论为视角,既可关注赔偿磋商制度运行中复数行为产生的多重法律关系,亦可辨识行政机关在制度运行过程中多元角色的转变。因此,将生态环境损害赔偿磋商定性为公私法混合属性更符合制度的本质:赔偿磋商的前一阶段为公法属性,行政机关系行使公权力的行政主体,适用公法规制;后一阶段为私法属性,行政机关“变身”为民事主体身份的赔偿权利人,适用私法规范。前阶法律关系与后阶法律关系并非相互独立,而是具有逻辑上的递进关系:前阶是后阶的前提和基础,后阶是前阶目标的实现手段,两者在内容上具有密切联系,呈现一种“以私助公”的逻辑样态^[27]。在前阶构造中,行政机关通过行使行政调查权等公法权力以确定公共任务的目标;在后阶构造中,作为赔偿权利人的行政机关与赔偿义务人通过私法形式以确保前阶目标的实现。双阶理论框架下的公私法混合属性观,可以兼顾民事性质论和行政性质论的优势,既可避免“公法遁入私法”之现象,维护社会公益,又能防止行政强权对私权之侵犯,保护私人利益^{[28](P96)}。

(三) 质疑与回应:双阶理论适用的反思与修正

实践层面的适用混乱归根于理论层面的认知模糊。如双阶理论在德国行政法领域所受质疑一样,双阶理论在诸多领域的具体适用也不断遭受质疑和挑战。若跳出公私法截然对立的窠臼,可以更清晰地发现双阶理论视角下赔偿磋商公私法混合属性的合理性。

首先,有观点主张赔偿磋商制度双阶构造理论的提出存在逻辑上的漏洞,认为这一观点是从赔偿磋商协议司法确认制度倒推而来^[29]。事实上,运用双阶理论分析赔偿磋商制度的法律属性,并非根据现有救济模式反推之,而是通过识别制度运行过程中行政机关不同的行为模式和不同的法律关系属性,辨识公私法交错的复杂法律关系中不同性质阶段之界限,分别适用不同的法律规范予以调整和规制,并选择各自适宜的救济模式。

也有观点认为双阶关系的划分只是一种法学上的拟制,双阶段的区分不仅困难且会造成法律救济的复杂化^{[24](P427)}。这些质疑并不足以构成否定双阶理论的理由。一方面,拟制是法学的一种理论工具,在特定情况下对于法律关系的厘清能够发挥重要功效,而且赔偿磋商的双阶段划分以磋商之启动为分界,并非混淆不清。另一方面,将某一种多重属性的社会关系分别划归不同法域是否会导致法律救济的不确定性和非经济性呢^[30]?实际上,与其困于单一救济途径中无所适从,不如正视赔偿磋商制度中的多重法律关系和多重法律行为,建构一种层次结构分别依其法律属性选择法律适用,实现公益与私益的周延保护。较之于私法属性论和公法属性论,双阶理论下的混合性质论不仅可以避免赔偿磋商私法属性说对公共利益保护目标的偏离,而且可以弥补公法属性论的不足,维护赔偿磋商私法属性焕发的生机和活力。

还有观点认为以磋商协议缔结为核心的第二阶段难以清晰地概述为纯粹私法性质,也体现了公法要素和内容,民事性内容和行政性内容并非泾渭分明的关系^[31]。事实上,赔偿磋商第二阶段涉及公法因素是不可否定的,这主要体现在协议履行阶段:即,由于行政机关对生态环境修复和损害赔偿的执行享有监督权,需要对生态环境损害修复效果进行评估,难免涉及行政确认权的行使。但如前文所述,第二阶段以赔偿协议的签订为核心,协议的签订过程并未体现行政机关的强势地位,双方处于平等地位,且不具有强制性,赔偿权利人有意思表示的自由,赔偿协议的私法属性更为凸显。另一方面,在我国法制建设的现实背景下,对民事合同的法律保护比行政合同更为全面而有效,因此基于公共利益保护的前提,将一些处于模糊性质的合同定性为民事合同不失为一种更优选择^{[22](P115)}。事实上,在“双阶理论”诞生的德国,对于涉及公私性质法律关系的救济迄今也未有统一的救济模式。这一问题的解决,应取决于争议的内容以及解决争议适用的法律规范所归属的法域^[32],需要突破单一救济路径依赖的局限,下文详述。

三、制度展开：生态环境损害赔偿磋商制度的规则完善

双阶理论的运用裨益于赔偿磋商制度运行过程中不同法律关系的辨识，并可通过适用不同性质的法律规范恰当处理实施中的争议。同时，赔偿磋商制度的有效展开和具体实施，也有赖于规则层面的完善和健全。基于赔偿磋商制度双阶构造属性，赔偿磋商制度的规则完善应当重点关注内部制约、外部监督以及救济方式等方面。

（一）内部制约：赋权与控权的平衡

内部制约的规则建构，是生态环境损害赔偿磋商制度规则完善应当首先关注的问题。由于赔偿磋商制度事实上存在公权力与私权利的博弈，为追求公共利益保障的根本目的，需要在赋予行政机关一定行政裁量权的同时对权力（利）予以适当限制，将赋权与控权限定在合理范围内并实现两者的综合平衡。

其一，赋予行政机关一定限度的行政裁量权实为必要。这既是行政机关决定开展调查评估、决定是否启动磋商程序的必要前提，也是为达成磋商合意而进行适当权衡与判断的现实需要，亦是保障赔偿磋商协议有效履行的必然要求。为追求行政效率并确保生态环境损害得到及时有效救济，应聚焦磋商的启动、磋商的终止以及实施效果评估等方面^[33]。首先，磋商的启动不应以违法性为必要条件，应以生态环境损害调查形成的调查结论为事实依据，根据损害事实认定和生态环境损害鉴定评估报告（或参考专家意见）即可启动磋商，发挥行政机关在专业判断和利益衡量上的优势。其次，为避免“久磋商不决”、提升磋商效率，应明确赔偿磋商的终止情形。在此方面，《关于推进生态环境损害赔偿制度改革若干具体问题的意见》规定了视为磋商不成的五种情形，值得赞赏。此外，在履行赔偿磋商协议、开展生态环境修复期间，也应适当运用行政机关的行政优益权，如果磋商协议的履行会损害社会公共利益则行政机关享受一定的单方变更或解除权^{[2](P46)}；行政机关也有权组织专家或专业机构对协议的履行情况和生态环境修复效果进行评估。

其二，应当对行政机关的处分权进行必要限制。行政控权的必要性是赔偿磋商制度旨在实现的生态环境公共利益保护这一既定目标所决定的。一方面，为防止行政裁量权的滥用，应规范磋商程序的具体规范，通过事前通知制度、磋商记录制度等保证赔偿义务人的合法权益和合理诉求。另一方面，应明确划分磋商内容，根据处分权的范围与程度、与公共利益的相关度，将磋商范围划分为三类，即可自由磋商的内容、限制磋商的内容以及不可磋商的内容。其中，修复启动时间、修复期限、责任份额等事项应当归入限制磋商的内容，调查评估费用、赔偿数额等事项需要依据生态环境公共利益的损害现实作出判定，原则上应纳入不可磋商的范畴中，不应由双方自由处分和让渡^{[18](P118)}，这在某些省市的实践中也有所体现^①。

其三，在私权行使方面也应适当约束。不受约束的意思自治，可能会导致对公共利益的不当处分而使得磋商制度目的的实现受到影响。因此，应对磋商过程中的意思自治施以一定程度的约束，使其符合环境公共利益保护的目标追求。首先，应充分保障赔偿义务人的陈述和申辩权利，以使双

^① 参见《贵州省生态环境损害赔偿磋商办法（试行）》第二十一条规定：“磋商过程中，赔偿权利人不能对列入生态环境损害赔偿范围的清除污染费用、生态环境修复费用及生态环境损害赔偿调查、鉴定评估、律师代理、诉讼、第三方监理等合理费用进行处分和让渡”；《山东省生态环境损害赔偿磋商工作办法》第十三条规定：“磋商中，工作部门不得对列入生态环境损害赔偿范围包括清除污染的费用、生态环境修复费用、生态环境修复期间服务功能的损失、生态环境功能永久性损害造成的损失以及生态环境损害赔偿调查、鉴定评估、生态环境损害修复后评估等合理费用进行处分和让渡。确需处分和让渡的，应当就处分和让渡情况进行公告，并报请赔偿权利人同意。”

方的意思自治在符合生态环境公共利益保护目标的前提下展开。其次,行政机关作为赔偿权利人参与赔偿磋商,应严格以生态环境公共利益保护为限,不得对公共利益进行不当处分。再次,为维护生态环境损害赔偿磋商制度功能的稳定性,应规定赔偿磋商协议一经达成,原则上不可随意变更或解除,除非其内容或继续履行将损害社会公共利益^{[2](P46)}。

(二) 外部监督:多元主体共治模式的运用

生态环境损害赔偿磋商制度的有效运行,不仅需要以赋权与控权综合平衡为核心的内部制约,还需要通过多元主体共同参与的外部监督加以约束,建构政府、法律监督机关、企业、社会组织以及公众等多元共治的外部监督体系^[34]。

为此,首先应健全信息公开制度,这是展开外部监督的前提和关键。行政机关在推进赔偿磋商过程中形成的关于损害调查、鉴定评估、修复方案编制、阶段性磋商结果等涉及社会公共利益的重要信息,应当及时且全面地向社会公开(涉及国家秘密的除外),这不仅有益于加强部门间的信息共享,也便于公众及时有效的了解相关进展^[35]。其次,应确保公众参与的有效落实,充分发挥社会监督作用。一方面,需完善赔偿磋商的程序设计,确保公众的利益诉求得以顺畅表达,明确公众参与的方式、具体环节、意见采纳方式、参与权和知情权受损的救济等内容;另一方面,应细化专家、利益相关的单位或个人、环保组织等参与赔偿磋商的途径、程序、法律效果等相关规则,强化社会监督^[36],也可根据实践中的有益尝试创新第三方参与机制^①。此外,还应强调检察机关在赔偿磋商中的监督作用,督促赔偿权利人及时启动磋商程序。对于赔偿权利人没有合法理由却怠于启动磋商程序、滥用职权或弄虚作假、未妥善履行生态环境修复监督职权等有损公共利益的违法行为,检察机关可以通过检察建议的方式促使其及时依法履行职责;仍不履行或不依法履行的,检察机关应及时提起环境公益诉讼督促行政机关妥善履行法定职责,从而实现生态环境公共利益的有效维护。

(三) 救济方式:突破单一路径依赖

生态环境损害赔偿磋商制度法律属性的澄清和辨识影响着争议解决的机制设计和路径选择,并需要通过法律救济实践予以检验。这一双阶性质构造揭示了赔偿磋商不同阶段的法律性质,循此为进,赔偿磋商制度运行过程中的权利救济和争议解决也应突破单一救济路径依赖,根据阶段划分和性质辨识选择适用恰切的救济方式。如此,既可较好地实现理论自治与制度实践的贯通呼应,又能满足赔偿磋商制度运行和磋商协议纠纷法律救济的现实需求。

在第一阶段中,磋商前的调查评估等行为属于体现行政主导权的行政行为,应纳入行政法规制范畴。由此引发的争议,例如赔偿义务人认为行政机关的调查行为存在瑕疵或违法、对鉴定评估结果不满等,应适用行政救济途径,赔偿义务人可以申请行政复议或提起行政诉讼。而对于行政机关怠于履行生态环境损害赔偿磋商的职责或存在违法失职行为的情形,检察机关可以提出检察建议或提起环境行政公益诉讼。

在第二阶段中,赔偿协议的签订更多体现私法属性,原则上,相关争议解决应适用民事救济路径。赔偿磋商协议的效力,适用《民法典》关于合同效力的相关规定,有效成立后即产生合同约束力,赔偿义务人不履行或不完全履行的,应承担违约责任^{[5](P54)}。磋商双方主体亦可按照《改革方案》的规定向人民法院申请司法确认,赔偿义务人不履行或不完全履行的,赔偿权利人可以向人民法院申请强制执行,以便与我国现行的生态环境损害赔偿规则体系实现良好协调。在公法救济机制功能有限的情况下,发挥私法救济机制的补充性作用。但是,在赔偿协议执行过程中,行政机关行

^① 例如,在“贵州息烽大鹰田2企业非法倾倒废渣生态环境损害赔偿案”中,即探索引入了第三方贵州省律师协会参与磋商;在“浙江诸暨某企业大气污染生态环境损害赔偿案”中,结合企业诉求由其自行委托第三方机构修复,赔偿权利人则委托第三方对修复工程进行评估。详见:《生态环境损害赔偿磋商十大典型案例的通知》(环办法规函〔2020〕222号)。

使行政优益权单向变更或解除合同，或者运用行政权对生态环境修复效果实施评估，此时，由于行政权力的介入，应转而选择公法规范，赔偿义务人认为自己的合法权益受损时，应运用行政救济方式保护自身合法权益。

四、结 论

生态环境损害赔偿磋商制度作为生态环境损害赔偿制度改革中的重要制度创设，旨在充分发挥行政机关在生态环境损害救济方面的专业性，以商谈模式分配生态环境治理与修复的权利义务归属，提高生态环境修复的效率。然而，集“行政主导、协商机制、公益维护、损害赔偿”等不同要素于一体的赔偿磋商制度，其法律属性的辨识一直陷于私法属性论和公法属性论的论争之中。在此背景下，以德国法上修正的双阶理论为指导，将赔偿磋商制度的性质辨识由“或公或私”的单一属性论转向双阶划分的混合属性，对厘清《改革方案》相关规定的正当性基础、明晰制度设计思路、重塑权利（权力）救济途径、指导地方实践和司法实践均具有重要的现实意义。双阶理论视角下的混合属性说，以《改革方案》规范文本和制度设计原初目的为基调，既关注到制度运行过程中的公权行使色彩，亦回应了私法属性凸显的关键问题，同时也实现了双阶理论在实践层面的全新探索。以赔偿磋商制度的双阶构造为依据，赔偿磋商制度应当注重通过赋权与控权综合平衡的内部制约、以多元主体共治模式为支撑的外部监督、突破单一路径依赖的权利（权力）救济等维度展开。当然，赔偿磋商的制度规则并非一成不变，还需根据制度的具体建构情况、社会经济和法律规制内在需求发展的实际需要以及实践状况进一步探索和完善。此外，赔偿磋商制度还需注重与生态环境损害赔偿诉讼、环境民事公益诉讼、环境行政公益诉讼等相关制度的衔接与配合，共同助力生态环境公共利益保护。

参考文献

- [1] 罗丽,王浴勋.生态环境损害赔偿磋商与诉讼衔接关键问题研究[J].武汉理工大学学报(社会科学版),2017(3).
- [2] 刘莉,胡攀.生态环境损害赔偿磋商制度的双阶构造解释论[J].甘肃政法学院学报,2019(1).
- [3] 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).
- [4] 程雨燕.生态环境损害赔偿磋商制度构想[J].北方法学,2017(5).
- [5] 李兴宇.生态环境损害赔偿磋商的性质辨识与制度塑造[J].中国地质大学学报(社会科学版),2019(4).
- [6] 刘倩.生态环境损害赔偿磋商法律属性探析[J].环境保护,2018(17).
- [7] 刘倩.生态环境损害赔偿:概念界定、理论基础与制度框架[J].中国环境管理,2017(1).
- [8] [德]乌尔弗里德·诺依曼.法律教义学在德国法文化中的意义[A].郑永流.法哲学与法社会学论丛(第5辑)[C].北京:中国政法大学出版社,2002.
- [9] 黄锡生,韩英夫.生态损害赔偿磋商制度的解释论分析[J].政法论丛,2017(1).
- [10] 周栢.罗马法提要[M].北京:北京大学出版社,2008.
- [11] 董正爱,胡泽弘.协商行政视域下生态环境损害赔偿磋商制度的规范表达[J].中国人口·资源与环境,2019(6).
- [12] [美]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.
- [13] 陈和,王智.市域社会治理协商民主制度化发展的实践创新[J].甘肃社会科学,2020(4).
- [14] 唐绍均,杜霞,蒋云飞.论生态环境损害赔偿行政磋商协议的性质[J].理论导刊,2019(9).
- [15] 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).
- [16] 李一丁.生态环境损害赔偿行政磋商:性质考辨、意蕴功能解读与规则改进[J].河北法学,2020(7).
- [17] 王学辉.行政法意思表示理论的建构[J].当代法学,2018(5).

- [18]潘佳. 生态环境损害赔偿磋商制度解构[J]. 法律适用, 2019(6).
- [19]毛毅坚. 行政协议理论观点与实务指引[M]. 北京: 人民法院出版社, 2020.
- [20]莫于川, 等. 柔性行政方式类型化与法治化研究[M]. 北京: 法律出版社, 2020.
- [21]王锡锌, 邓淑珠. 行政事实行为再认识[J]. 行政法学研究, 2001(3).
- [22]叶必丰. 行政法与行政诉讼法(第五版)[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2019.
- [23]严益州. 德国行政法上的双阶理论[J]. 环球法律评论, 2015(1).
- [24][德]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.
- [25]何登辉. 双阶理论视阈下自然资源特许出让协议的应然定性[J]. 内蒙古社会科学(汉文版), 2017(3).
- [26]陈鑫范, 吴明熠. 土地使用权出让合同的混合属性解析及其司法救济适用——基于双阶理论的思考与修正[J]. 北京科技大学学报(社会科学版), 2019(4).
- [27]金自宁. “公法私法化”诸观念反思——以公共行政改革运动为背景[J]. 浙江学刊, 2007(5).
- [28]何登辉. 双阶理论视阈下自然资源特许出让协议的应然定性[J]. 内蒙古社会科学(汉文版), 2017(3).
- [29]刘学在, 刘璧. 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(2).
- [30]陈鑫范, 吴明熠. 土地使用权出让合同的混合属性解析及其司法救济适用——基于双阶理论的思考与修正[J]. 北京科技大学学报(社会科学版), 2019(4).
- [31]王锴. 政府采购中双阶理论的运用[J]. 云南行政学院学报, 2010(5).
- [32]尹少成. PPP协议的法律性质及其救济——以德国双阶理论为视角[J]. 政法论坛, 2019(1).
- [33]康京涛. 生态环境损害赔偿磋商的法律性质及规范构造[J]. 兰州学刊, 2019(4).
- [34]张林鸿, 葛曹宏阳. 生态环境损害赔偿磋商的法律困境与制度跟进——以全国首例生态环境损害赔偿磋商案展开[J]. 华侨大学学报(哲学社会科学版), 2018(1).
- [35]肖爱. 生态守法论——以环境法治的时代转型为指向[J]. 湖南师范大学社会科学学报, 2020(2).
- [36]于文轩. 生态法基本原则体系之建构[J]. 吉首大学学报(社会科学版), 2019(5).

Legal Nature and Institutions of Consultation for Ecological Environment Damage Compensation

— From the Perspective of Two-step Theory

YU Wen-xuan, SUN Zhao-yu

Abstract: The consultation for ecological environment damage compensation not only embodies the autonomy of private law, but also shows the administrative features of public interest protection. There is a debate on the legal nature of the consultation——private or public domain. From the perspective of this kind of binary opposition, it is hard to find a sound explanation for its nature and difficult to promote the practice of consultation. Based on the two-step theory, it should be emphasized to comprehensively examine the multiple legal relations in compensation consultation and reasonably determine the legal nature with the coordination of private law and the public law sides so as to eliminate the theoretical differences and the problems in practice. The consultation for ecological environment damage compensation should be further improved through the internal restriction with balance between empowerment and control, external supervision supported by the joint participation of multiple subjects, and right (power) remedy without the single-path dependence.

Key words: ecological environment damage compensation; consultation; legal nature; two-step theory

(责任编辑 周振新)