

生态保护补偿公私协议的法律属性

潘佳*

目次

一、协议性质的认定标准	同的合理性
二、生态保护补偿公私协议的实然属性判定	(一) 界定为民事合同有助于更好实现
三、将生态保护补偿公私协议界定为行政协议的现实影响	环境目的
(一) 未发挥替代行政的外部功能且有违比例原则	(二) 界定为民事合同具备理论依据
(二) 难以消除漠视生态保护者财产权的内在缺陷	五、《条例》相关制度设计
四、将生态保护补偿公私协议界定为民事合同	(一) 协议规范化规制的必要
	(二) 专门立法中的制度安排
	六、结论

摘要 我国政府和私人之间的生态保护补偿活动,主要依据自上而下的政策并凭借公私协议来规范双方的权义关系。然而,生态保护补偿公私协议的法律属性一直存在争议,影响了专门立法相应的制度安排和司法适用。协议属性判断的前提在于明确认定标准,总体而言,“目的+主体+协商+内容性质+行政优益权”的五要素综合标准具备合理性,但需要进一步明晰主体和行政优益权的适用范围。基于五要素标准逐一分析,公私协议呈现出了实然的行政协议属性。将生态保护补偿公私协议界定为行政协议,并不是应然的最优选择,其既未发挥替代行政的外部功能且有违比例原则,还难以消除漠视生态保护者财产权的内在缺陷。因此,将生态保护补偿公私协议解释为应然的民事合同更为合理,这一界定不仅有助于更好实现环境目的,还具备理论依据。生态保护补偿目标的长期性与私人财产保护的规范化使然,公私协议行为亟待提升法治化内涵,这就需要在专门立法时充分尊重协议的民事属性,并创造积极的制度条件。

关键词 生态保护补偿公私协议 行政协议 民事合同 自然资源使用权

生态保护补偿制度旨在激励生态保护行为,以生态受益者限制生态保护者的自然资源使用权并补偿相关利益为实施方式。生态保护补偿在我国尚无专门立法,仅在少数单项环境资源法中分

*北京物资学院法学院副教授、法学博士。本文是国家社会科学基金后期项目“生态保护补偿的法理阐释与制度构造”(项目编号:21FFXB069)的阶段性研究成果。

散规定了零星条款,该类制度依托国家及部委的政策文件予以推行,其在实践中主要形成了中央对地方的财政转移支付补偿、政府间开展的横向补偿、政府和私主体之间的公私协议补偿以及社会主体交易补偿四类行为模式。其中,社会主体交易补偿是各类市场主体直接对环境资源产品进行交易,包括用水权等资源使用权交易、排污权交易和其他市场化方式,该类补偿可以由相对明确的私法机制调整,其行为属性不存在争议。财政转移支付行为和横向补偿行为的落实终将通过政府和个人或者组织签订补偿协议来实现,政府和私主体之间公私协议的规范性和有效性,将决定多数生态保护补偿活动的成败。我国现有的各类生态保护补偿公私协议(以下简称“公私协议”),主要包括两种实践类型:一种不改变自然资源所有权和用途,仅限制一定时期内自然资源使用权的自由行使,如政府和私主体签订草原生态保护补助奖励协议、休渔补偿协议等;另一种协议虽不改变自然资源所有关系,但导致原有使用权丧失,如政府和私人签订退耕还林协议、退耕还草协议、封山禁牧协议等,目的是在特定区域永久或长期限制采摘、砍伐。目前,《生态保护补偿条例》(以下简称《条例》)仍在制定中,其公开征求意见稿已经发布,但只规定了行政主体应当与耕地、林地、草地保护者签订协议,并没有明确协议属性,公私协议补偿行为的法律属性仍然存在较大争议。对于该类协议,有学者认为属于行政协议,^[1]有学者认为属于民事合同,^[2]有学者认为属于经济法上的行为,^[3]还有学者认为应根据不同领域来区分究竟属于行政协议、民事合同抑或其他行为。^[4]鉴于协议属性不仅关涉立法共识,还决定适用何种责任规则,诉诸何种法律,^[5]为此,本研究通过全面探讨公私协议的法律属性,拟为该类协议法定化的路径遵循提供解释依据,并力求回应相关司法纠纷。

一、协议性质的认定标准

公私协议行为及属性标准皆具有客观性,只有明晰了标准,方能科学把握协议的法律属性。在行政协议的认定上,我国主要通过相关司法解释予以具体权衡。

2019年11月最高人民法院颁布的《关于审理行政协议案件若干问题的规定》(以下简称《规定》),系关于行政协议认定的新近司法解释。该规定第1条大体沿用了此前《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》(以下简称《解释》)中的行政协议概念,只删去了“在法定职责范围内”的表述。《规定》载明“行政机关为了实现行政管理或者公共服务目标,与公民、法人或者其他组织协商订立的具有行政法上权利义务内容的协议,属于行政诉讼法第十二条第一款第十项规定的行政协议”。《规定》中的定义采用“目的+主体+协商+内容性质”四要素结合的正面概括标准:根据目的要素,行政机关旨在实现行政管理或者公共服务目标,其本质上依然是行使行政行为,只不过与传统的秩序行政方式不同;根据主体要素,合同一方为行政机关,另一方是作为非行政机关的私主体,即公民、法人或者其他组织;根据协商要素,行政协议是双

[1] 参见李爱年、刘旭芳:《生态补偿法律含义再认识》,载《环境保护》2006年第10期,第44—47页。

[2] 参见杨振锐:《生态服务合同:生态补偿制度民事合同路径》,载《兰州财经大学学报》2020年第5期,第117—124页。

[3] 参见赵春光:《我国流域生态补偿法律制度研究》,中国海洋大学2009年博士学位论文,第38—42页。

[4] 参见黄锡生、张天泽:《论生态补偿的法律性质》,载《北京航空航天大学学报(社会科学版)》2015年第4期,第85页。

[5] 参见[德]毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第349页。

方行为,必须取得相对方的认可和同意,行政协议是双方通过合意创设的微观法秩序,^{〔6〕}相对人在是否同意签订行政协议方面完全能够意思自治;根据内容性质要素,协议具有行政法上权利义务内容。

《规定》第2条以正面列举形式进一步规定了若干有名协议:“(一)政府特许经营协议;(二)土地、房屋等征收征用补偿协议;(三)矿业权等国有自然资源使用权出让协议;(四)政府投资的保障性住房的租赁、买卖等协议;(五)符合本规定第一条规定的政府与社会资本合作协议;(六)其他行政协议。”其中,第(六)项作为最后的兜底条款,为行政协议的判定留下了空间。

此外,《规定》从侧面认为行政协议中的政府有行政优益权,这也是行政协议的重要界定标准之一。根据《规定》第16条,在履行行政协议过程中,行政机关变更、解除协议的条件,被限定于“可能出现严重损害国家利益、社会公共利益的情形”。山东、江苏、西安、兰州等地的行政程序规定,均援引了上述内容。不难看出,《规定》是对此前《解释》的进一步完善。《解释》第15条规定,行政机关单方变更和解除行政协议的条件是公共利益需要或者其他法定理由。至此,《规定》以正面明确和侧面认可的方式,确立了行政协议认定的五要素相结合标准,即“目的+主体+协商+内容性质+行政优益权”。但是,《规定》实施后,有关行政协议认定标准的质疑并未减少,譬如王利明教授指出,将国有自然资源使用权出让协议、政府投资的保障性住房租赁、买卖等协议解释为行政协议,不符合自然资源市场化改革的目标和方向,应当以市场交易性质作为标准。^{〔7〕}在笔者看来,以市场交易行为界定民事合同同样存在难以界定何为市场行为的困难。

本文认为,当前《规定》中“目的+主体+协商+内容性质+行政优益权”五要素一体的行政协议认定标准,是基于理论及司法实践不断总结和提炼的成果,具有较强的科学性。结合五个标准,能够识别出大多数生态保护补偿协议。但是,这些要素单独观之,仍具有局限性:第一,公私合作治理的普遍性决定了,主体要素已经不再特殊,另外,行政主体不能只限于行政机关,还应包括行政机关委托的主体和法律、法规、规章授权的组织;第二,对于协议中直接可以找到行政机关职权、职责的约定内容,可以识别为行政法上的权利义务内容,而其他约定内容则难以直接识别,这就需要强调内容的性质要素,而不仅仅是内容要素,因为行政协议多为公法内容和私法内容并存,只有内容整体上为公法属性,才能是行政协议;第三,有些协议并未明确行政主体之目的,还有些协议既呈现出了行政管理或公益目的的同时兼有交易属性;第四,单方变更、解除权并非在协议实施中为行政机关经常采用,而且很多行政协议没有直接规定优益权,事实上并不妨碍行政主体潜在拥有。

行政协议的签订和实施,公权力一方始终处于主导地位,这便是该类协议最特殊的地方。《规定》赋予的行政优益权仅限于特殊情形下,行政机关单方享有的变更和解除权。《规定》中的行政优益权不包含行政主体对另一方的监督、制裁乃至协议缔约前拥有的一些主导特权,这些特权恰恰是行政主体从行政协议签订前到履行后广泛享有的。行政机关的单方变更或者解除权,并不能覆盖和描述所有行政协议的特性,所以,不妨对学理上预设的行政优益权在《规定》基础上进行扩大解释,这有利于一定程度上化解行政优益权辐射范围之争,还有助于识别行政法上的权利义务。由此,本研究将行政优益权界定为:行政主体单方享有的,在协议签订前到履行中,对协议主要或者全部内容的处置起决定因素的特权,包括单方变更权、解除权、监督权、制裁权等。根据此标准,我们需要判断,对协议事项处置起决定因素的是私主体的自主权还是公主体的行政权。如果协议

〔6〕 参见余凌云:《论行政协议无效》,载《政治与法律》2020年第11期,第9页。

〔7〕 参见王利明:《论行政协议的范围——兼评〈关于审理行政协议案件若干问题的规定〉第1条、第2条》,载《环球法律评论》2020年第1期,第5—22页。

从启动签署前到履行全过程中,公权力发挥决定作用,其便是行政协议。反之,双方主体若均有平等、相同的自主权,私主体可以按照意思自治来处分协议事项,就有可能不是行政协议,至于是否一定为民事合同,须再结合其他要素标准进一步判断。

综上,本文总体认可“目的+主体+协商+内容性质+行政优益权”五要素结合的行政协议判断标准,但主体和行政优益权的适用范围有待进一步明晰。在主体要素中,行政主体,既应包括行政机关,还应包括行政机关委托的主体和法律、法规、规章授权的组织。行政优益权的实质是包含单方变更权、解除权、监督权、制裁权等对协议主要内容或者全部内容处置起决定因素的特权。任意一种标准都不能单独区分行政协议,其具体认定需要同时结合五个标准综合把握。上述标准对于判定生态保护补偿公私协议的实然属性具有指导价值。

二、生态保护补偿公私协议的实然属性判定

根据《民法典》总则及合同编的基本原则、制度原理,认定某个协议属于民事合同,需要满足主体身份平等、意思自治、维护私人利益等要求。然而,公私协议似乎满足了民事合同自愿签订以及一定程度上意思自治的特点,我们只有结合《规定》对行政协议具体类型的列举及界定标准,才能深刻把握其法律属性。

首先,《规定》第2条对行政协议的外延罗列,无法涵盖公私协议这一类型:第一,公私协议显然不是第2条中的(一)(四)(五);第二,其也不是征收征用补偿协议,因为现行法中的征收征用制度没有规定公私协议,生态保护补偿并未改变土地所有关系,仅限制自然资源使用权的自由行使;第三,其亦不属于国有自然资源使用权出让协议,反而是私人将使用自然资源的部分权益“出让”给国家,以求得生态环境之休养生息。结合以上,倘若认定属于“(六)其他行政协议”,只能结合具体标准全面判断。

其次,根据“目的+主体+协商+内容性质+行政优益权”的综合标准可以判断出公私协议的实然行政协议属性。前三个属性较容易识别,协议服务于政府管理生态保护补偿工作的需要,以规范生态保护者履行生态保护义务和作为生态受益者代表的政府给付资金为直接目的,以实现良好的生态环境为最终目的。协议兼具契约性与行政性,一方是公权力部门,另一方是公民、企业等组织。协议通过协商而成立,遵循意思自治,作为合同一方的生态保护者有权自主选择是否签订合同,实践中,各领域公私协议均会载明“协议的签订应当自愿”,也就是说,公众有权拒绝签订。

就协议内容性质而言,公私协议体现出了行政法上的实然权利义务关系。比如,草原生态保护补助奖励政策是在全国实施省份最多、区域最广的草原补偿政策类型,天祝县较早试点且成效显著。《天祝县草原生态保护补助奖励机制村与户禁牧、草畜平衡管理责任书》是规范草原补偿活动的主要文本,文本范本提到:农户自愿在特定区域实施禁牧和草畜平衡;根据省草原补奖标准,承包户享受每年每亩20元的禁牧补助,每年每亩2.18元的草畜平衡补助。根据文本内容,政府义务是做好宣传工作,履行禁牧和草畜平衡监管义务,及时报告和责令停止违规行为,视情节进行批评教育或按照规定扣减补助奖励资金。农户须遵守严禁在禁牧区放养草食动物、严格按核定的载畜量放牧、禁止超载等各项规定。责任书规定了草原承包户如对有关行政处罚不服,可提起行政复议或行政诉讼。

又如,为解决住家船渔民在水域内长期生活导致水质污染和水生态破坏问题,我国自2013年起在20多个省份推行《关于实施以船为家渔民上岸安居工程的指导意见》。根据《龙子湖区渔民住家船拆解补助协议》范本,渔民作为合同一方,自愿签订协议选择上岸安居,家庭用船和退出生

产的用船须接受拆解。协议范本规定了补助依据、补助标准、补助价款和付款方式。政府的义务是按时给付补偿款,渔民的义务是根据政府要求准时上交船只和清空船上的财物。若渔民违反规定,政府将强制拆解报废船只,费用和损失均由渔民负责。

另如,根据林草部门的《退耕还林工程合同书》范本,合同双方为县乡(镇)人民政府及村户,村户自愿退耕还林,双方协商一致签订合同。在造林要求及合格标准条款中,村户必须按照作业设计要求种植,否则不得享受补助。作业设计严格按照协商一致的地块、造林地类别、营造林种进行。退耕还林补助规定条款方面,明确了补助定额、兑现方式、补助领取方、兑现手续和地点。农户违法的按照《森林法》和《退耕还林条例》处罚并取消退耕还林资格。由此可见,政府作为生态受益者,其环境管理职责,俨然已化为公私协议中的契约义务。公法约定主要来自行政机关要求,不加入约定不足以保证环境公共服务或者生态保护补偿行政管理目标实现。^{〔8〕}结合《退耕还林补偿条例》《森林法》《草原法》及相关政策规定,公私协议内容实际上是行政法上的权利义务,已深深烙上公法的印记。

行政优益权的享有方面,从公私形成和履行过程看,行政主体始终扮演主导角色。公私协议是落实生态保护补偿权利义务关系的关键环节,但不是唯一环节。一方面,生态保护补偿公私协议的形成,有赖于行政主体充分的信息公开和解释说明,政府和村委会在前期大多会进行广泛的动员和宣传,使广大农户充分认知政策目的和实施条件。另一方面,行政主体有义务明晰补偿对象权属和熟悉公众补偿意愿,相关职能部门只有做好自然资源产权登记和农户意愿摸底统计,厘清国有、集体和农户的自然资源产权边界和使用情况,才能界定生态保护者与受益者的权力(利)边界。权属有争议和不愿意参与补偿的,一般不会被纳入公私协议签订范围。前述方面工作完成后,经过政府的充分释明,农户才和行政主体自愿签订协议。协议履行中,行政主体不仅享有责任书、合同书等公私协议赋予的监督权、违法行为制止权、通知有关部门处罚的权利,还当然地享有特定情形下单方变更、解除协议的优益权。

据此,基于上述五要素标准逐一分析,公私协议呈现出了实然的行政协议属性。

三、将生态保护补偿公私协议界定为行政协议的现实影响

生态保护补偿公私协议虽彰显出实然的行政协议特点,但是,将公私协议作为行政协议对待,对现实会产生一些不利影响:一方面,公私协议并没有发挥其替代行政的外部功能且有违比例原则;另一方面,公私协议难以消除漠视生态保护者财产权的内在缺陷。

(一) 未发挥替代行政的外部功能且有违比例原则

实然层面的公私协议契约性不足,未发挥替代行政的功能。公私协议没能现实呈现行政法上的权利义务特性。生态保护补偿由“生态保护+补偿”构成。生态保护是协议约定的由生态保护者承担的主要义务。行政主体是生态受益者代表,其最主要义务是将补偿资金拨付给生态保护者。生态保护补偿协议的重点应当是规范前述两种行为,而后一种行为更重要。然而,实践中公私协议的公法权力(利)义务、责任与监督,基本上直接援引政策、法规的规定,这使得协议的公法内容设置除了让生态保护者再次知晓外,并无特殊意义。公私协议履行时,存在处罚权、强制执行权等披着行政优益权面纱施于生态保护者的情形,这些合同条款嵌于协议内部,导致合同内容和其他行政行为的关系混乱。公私协议直接复制政策法规规定的做法,完全可以依靠行政权力的行

〔8〕 参见余凌云:《论行政协议的司法审查》,载《中国法学》2020年第5期,第78页。

使来实现,无须载入协议。行政机关签订补偿协议,应当是为了对前置的行政行为做出以后而遗留的权利义务做出明确分配。^{〔9〕}而对于补偿和受偿关系的调整,法律并没有明确是采取行政方式还是民事方式,因涉及公众的基本财产权利,首先要摒弃公法管制的传统思维惯性。

行政协议是行政行为的延伸,公私协议一定程度上有违反比例原则之嫌疑。比例原则既适用于高权行政行为,也涉及行政协议等现代新型行为。比例原则含有目的正当性、适当性、必要性和均衡性四个具体审查要求。^{〔10〕}按照目的正当性审查,公私协议的环境公益属性明显。适当性要求手段与目的具有关联性,只要手段有助于实现目的,便符合适当性。生态保护补偿的手段是限制私主体自由使用或根据此前许可的范围使用自然资源,这是恢复和提升环境质量的有效措施,是适当的。必要性原则是使公众权益损害最小,不超过必要限度。公私协议的实施,使得既有自然资源开放利用强度大幅降低,甚至较长期限无法自由使用,这就意味着广大农牧民等生态保护主体的基本财产权受到很大影响。自然资源使用限制和其他的不动产、动产限制不同,难于操作层面识别如何尽可能小地降低权益损害,但是在生态环境状态恢复较好却完全限制自然资源开发使用的区域,存在超过必要限度的可能性。根据均衡性原则,行政行为既要保障公共服务之目的实现,还要兼顾相对人的权益保护,在两者间进行平衡。手段造成的损害若等于或者大于实现的公共利益,必然违反均衡性要求。公私协议造成的权益限制,对生态保护者基本生产生活有着深刻的影响,在各领域补偿标准设定上,标准过低是不争的事实,这就意味着被限制的财产权益和获得的补偿之间差距较大,而两者差距越大,公私协议和环境公共利益之间就越难以满足均衡要求。

(二) 难以消除漠视生态保护者财产权的内在缺陷

公私协议应当在实现环境公共利益与维护公民基本权利方面达到平衡。就现实情况而言,协议过分注重生态环境目标的实现,不可避免地削弱各项基本权利。

首先,在与私人财产权关系最为密切的补偿标准设定上,广大生态保护者并无平等话语权,因标准过低导致不公平。生态保护补偿标准的高低,直接决定了生态保护者财产权保障水平。现实中,补偿标准往往是固定的,村民、牧民实质上缺乏讨价还价的决定权。禁牧、草畜平衡等补助标准、退耕还林的补偿金额、转产渔民的补助金等,均是固定的,当事人只能就既定标准选择接受或者不接受,而现实的标准远远达不到机会成本损失,多为适当补偿。为推动《长江保护法》施行,长江干流和重要支流提前开启了十年禁渔期。据报道,长江流域某地渔民平均年收入在15万元至20万元,却只获得一次性几万元的资金补助及持续一段时期的政策补助,人均退渔后的月工资仅为两千多元,根本无法满足基本开支。^{〔11〕}

倘若将生态保护补偿界定为民事合同,当事人将拥有充分讨价还价的权利,也符合《民法典》对于民事合同的基本要求:当事人的权利义务平等,不显失公平,至少不与签订合同之前的收益悬殊过大。生态保护者可以基于充分的意思自治提升话语空间,得以心甘情愿地接受协议,免于被迫接受过低的生态保护补偿标准。民事合同本身对于政府而言是一种内在的压力机制,激励其从根本上提升生态保护补偿的普遍标准,在保障公众基本的财产权上具有比较优势。此外,实践中

〔9〕 参见韩宁:《行政协议判断标准之重构——以“行政法上权利义务”为核心》,载《华东政法大学学报》2017年第1期,第77页。

〔10〕 参见刘权:《行政判决中比例原则的适用》,载《中国法学》2019年第3期,第84—103页。

〔11〕 参见《长江重点水域10年禁渔开启,已上岸的30万渔民怎么办?》,载腾讯网2021年1月22日, <https://xw.qq.com/partner/vivoscreen/20210122A0AYQ500>。

的补偿主要针对发展机会受限进行适当给付,难以考虑不同生态保护者的特殊差异。比如,草原生态保护补偿在范围上包括禁牧补助、草畜平衡补助、牧草良种补贴、牦牛山羊良种补贴、生产资料综合补贴等,实际上,每个牧民的草场植被状况和单位面积草场投入及饲养牲畜是有差别的,而现有公私协议标准配置上过于考虑政府履约的效率及自身的支出成本,未能较好兼顾私人财产权。为此,问题的关键在于如何确保补偿标准的科学设定,在该问题上,笔者认为合理的补偿标准至少不能低于发展机会损失。

其次,行政协议实施过程中难以避免行政权力滥用,过分注重行政目标而使契约流于形式。一方面,囿于自然资源公有制的特殊国情以及政府主导生态保护补偿实践的特殊性,补偿协议呈现出外观上的公法或者公私交融特点。正是公法或者公私交融的感官直觉,导致了生态保护者与受益者的应有关系错位,致使生态受益者“行政自大”而产生权力任性。公私协议作为单方行政管理工具化色彩突出,并未较好诠释协商特点,各领域公私协议的签订曾一度因政府的单方意思表示,在实施中受到较大阻力。十八大之后,政府虽然引导村民自愿申报、自愿实施生态保护补偿,但现实中不免带有强制推行的意味。国家仍容易基于单方面的生态环境诉求忽视生态保护者的生存发展,引发环境目标与私人财产权的冲突。集体土地参与自然保护地管理或建设时,我国立法对上述实践中的失地农民权益缺乏完善保障,如我国生态保护补偿第一案“石光银三北防护林”案。^[12]

另一方面,从公私协议在整个生态保护补偿的位置看,更像是最末端的收尾工作,协商只具有形式意义。生态保护补偿全部通过政策工程,按照资金组合方式层层划拨给基层地方政府,补偿标准、范围和方式均是全国或者全省一盘棋,地方政府再按照政策载明的补偿标准、范围、方式逐一与生态保护者签订协议。生态保护者享有的契约自由只是形式上是否签订的自由,合同内容都是援引具体地方政策中规定的无差别的权利义务。公私协议的使命不应是纯粹地作为层层落实任务的终端“责任书”,而应当发挥其在整个生态保护补偿活动的中心作用和主要功能。公私协议是行政目标有序推进的效率性工具,但是以政策调控为主的方式使得我国生态保护补偿制度长期游离于法律调控框架之外。^[13]公私协议的推进,不应沦为形式。合理的公私协议实践是,在补偿活动的早期通过充分博弈、磋商,待补偿和受偿权利义务明确后,再根据区域合同的大体履行情况做好财政预算和准备工作。遗憾的是,这样的良性机制,无法体现在行政协议这样一种旨在消化前端行政的行为方式中,行政协议在权利保障上先天不足,后天畸形。现有的公私协议依托短期异变的补偿政策来落实,作为功利主义政策治理存在忽视了生态法治的理念根植和功能增进,阻滞了生态补偿制度的法治化转型。^[14]公私协议一旦沦为政策的附庸,不具备独立存在的价值,将会逐渐疏远权利内涵,难以稳定生态保护者的预期,无法持久有序保护生态环境。

[12] 该案中,村民石光银曾承包了大面积荒地,当林木成熟之后,政府出台政策将其承包地划为了禁止砍伐的防护林,根据政府文件允诺的补偿标准,石光银应获补偿几千万元,但迟迟未得到补偿,植树期间曾贷款的一千多万也无法偿付,其历尽千辛万苦维持生计并治沙。十几年后,县政府按照省领导批示才给予了石光银生态效益金。参见石光银:《“千万富翁”何以成“负”翁》,载搜狐网 2003 年 9 月 20 日, <http://news.sohu.com/69/20/news213432069.shtml>;参见《榆林治沙英雄石光银喜获 315 万元生态补偿金》,载榆林网 2015 年 10 月 27 日, <http://www.ylrb.com/2015/1027/304566.shtml>。

[13] 参见杜群:《长江流域水生态保护利益补偿的法律调控》,载《中国环境管理》2017 年第 3 期,第 33 页。

[14] 参见杜群、车东晟:《新时代生态补偿权利的生成及其实现——以环境资源开发利用限制为分析路径》,载《法制与社会发展》2019 年第 2 期,第 45 页。

四、将生态保护补偿公私协议界定为民事合同的合理性

将生态保护补偿公私协议界定为行政协议并不是最优选择,将公私协议作为民事合同对待才更为合理,这不仅更有助于实现环境目的,还具备科学充分的理论基础。

(一) 界定为民事合同有助于更好实现环境目的

首先,行政协议和民事协议的签订均以自愿为基本原则,民事合同通过约定性的拘束力,依然可以服务于生态环境目标。行政主体在公私协议中具有现实的优益权,并不意味着其能用特权理所当然地强迫生态保护者签订协议,甚至制裁不签订协议的主体。我国各领域生态保护补偿协议,均明确规定以政府引导,自愿签订为基本原则。若相对方违约致使合同目的不能实现时,行政机关足以依照《合同法》的规定或者合同约定采取相应措施,尚无行使行政优益权的必要。^{〔15〕} 民事合同可以通过内在机制来约束私主体,维护环境公共利益。实践表明,阻碍或者破坏生态保护的行为主要是不按约定采取可持续的保护措施,即公私协议履行期间私主体过度使用自然资源或协议期限届满提前终止保护行为,前述两种行为是政府最为担心的,也将很大程度上关涉制度成败。政府和生态保护者完全可以凭借民事合同,协商决定违法行为出现时当事人获得多少补助金或承担多少赔偿金,来提升约定的威慑力。通过合同意思自治机制,便能满足行政机关和私主体双方的权益诉求。不过,双方的约定不能绝对任意,需要有利于节约资源和保护生态环境。而且,也不意味着行政机关拘泥于已有的合同而放弃未来的行政权力行使,^{〔16〕} 行政主体依然有权规制生态保护补偿活动中的行政违法行为。另外,生态保护补偿不适合保护地役权方式,^{〔17〕} 理由在于:地役权以两个不同土地权利主体为存在条件,生态保护补偿双方作为生态保护者和受益者代表,多位于同一地块;我国是传统大陆法国家,直接引进英美的生态保护地役权应当在民事法律中创设新的物权,然而现行民法典并不支持,《条例》难担此任。

其次,民事合同能够有效规范政府行为,实现公众基本权益保护。将公私协议界定为民事合同,将有效推动政府治理方式转型。公私协议重在规范谁补偿谁,怎么补偿,核心是基于明确的生态保护补偿权利义务主体来规范资金给付行为。生态保护补偿被定位于一种经济激励机制,只有激励到位,才能保证生态保护的可持续。生态保护补偿协议直接服务于个体的经济利益实现,直接目的是保证经济补偿的合理性,避免生态保护者的财产权弱化。只有经济杠杆的作用力到位,生态保护补偿的效果方能彰显,进而维护良好生态环境。生态保护补偿协议目的若过于突出环境公益目标,很容易造成政府以公共利益为借口随意限制甚至损害私有财产权。我们应当重视公共利益的无限扩张与公共权力的过度膨胀问题,以免招致公权对私权的侵蚀和威胁。^{〔18〕} 通过合同机制,政府将以相对平等的姿态服务于协议签订,如主动做好信息公开与政策引导、调查、评估,规范协议签订和履行方式,强化公众参与。民事合同内在地具有竞争和压力效能,在补偿活动早期便自发督促相关方开展充分博弈与平等磋商。政府会在明确补偿和受偿权利义务关系后,再进行财政预算和政策决断,有助于一定程度上脱离政策的约束,发挥引导政策功效,稳定广大生态保护

〔15〕 参见张鲁萍:《行政协议优益权行使的司法审查——基于对部分司法判决书的实证分析》,载《西南政法大学学报》2018年第5期,第8页。

〔16〕 见前注〔8〕,余凌云文,第75页。

〔17〕 参见唐孝辉:《建设美丽中国的法律制度回应——自然资源保护地役权制度的构建》,载《理论与现代化》2013年第4期,第12页。

〔18〕 参见喻文莉、陈利根:《土地立法中公法与私法关系的解读》,载《学术界》2009年第3期,第89页。

者的预期。当政府意识到财政困难时,会自发地拓展资金来源,吸收社会资本参与生态保护补偿,既主导也引导,逐渐推动生态保护补偿实现方式的转变。

(二) 界定为民事合同具备理论依据

首先,政府的自然资源所有者代表身份决定了公私协议行为的私法化。我国各领域生态保护补偿实践中,政府均具有双重身份。其一,政府是生态环境受益者的公共利益代表,与具体的生态保护者基于意思自治签署协议。政府代表受益区域享受良好的生态环境,代表受益区域履行经济补偿义务。政府限制既定区域内自然资源的开发使用或削弱开发强度,并约定给予其相应的经济权益补偿,这种权益既包含多数情形下的生存权属性,也具有高于生存权之上的发展权属性。其二,政府是作为生态保护补偿活动的管理实施主体,组织、协调、执行与落实各项生态保护补偿法规政策。在第一种角色中,政府是以抽象的自然资源所有者代表或公共利益代表者身份参与生态保护补偿民事活动,旨在实施自然资源使用权限制和利益弥补有关的私法行为,这可以从所有公私协议合同双方看出,合同一方均为乡镇等地方政府,另一方为村集体或者农牧民等,乡镇政府实际上是基于层层委托代理关系,体现作为自然资源所有者代表或环境公共利益代表的意志。在第二种角色中,政府是现实意义上参与补偿工作的各级行政主体,其负责推进生态保护补偿行政管理工作的开展。当各级政府及生态保护补偿行政主管部门以管理实施者的身份参与活动时,享有的是“权力”。

生态保护补偿公私协议实际上是代表“权利”的政府依据自然资源物权处分规则对私人财产利益的约定性限制和利益弥补。其独特性在于,对自然资源使用的限制和利益补偿,不是公权力的任性,而应当是平等协商、意思自治的产物。于自然资源使用者而言,是通过约定的形式,而不是法定的强制来设定自然资源开发使用的标准及边界。于政府而言,是通过民事合同,由自然资源使用权主体将其部分财产利益,让与给自然资源所有者代表,进而促进自然资源的合理配置,保证生态系统服务功能良性运转,达到生态正义。从自然资源使用的私有化、私人财产权的设定,到自主治理下的权利限制,“权利”是最核心的工具。^[19] 国家不同的主体身份不得混用,应当以民事主体身份出现并行使所有权时,就不得将公法上的权力都用在对相对人的关系上。只要国家利益最大化,这种做法是要不得的。^[20]

不可否认的是,地方人民政府实际上在自然资源的所有权上享有充分的权能:占有、使用的许可,以及权益的收取等。然而,各级政府的资源主管部门往往通过行政权来行使所有权,造成两权的混同,这种实然和应然的冲突亟待两权分离。为此,在进行生态保护补偿活动时,务必将政府涉及的国有财产所有者代表职能,与生态保护行政管理职能区别开来。随着自然资源资产产权制度改革的深化,在自然资源行政主管部门建立专门的资产管理机构,或者单设专门的代表国家行使国有自然资源资产所有权的机构是大势所趋,两种路径均希望生态保护补偿中自然资源资产相关的财产权脱离生态保护事务监管权。无论是内设机构,还是专门机构,其作为补偿义务主体兼生态受益者代表,都值得享有自然资源资产出资权、经营者选择权、重大事项决策权、收益分配权等权能。^[21]

其次,民事利益损失的公平补偿和满足个性化需求理论,更适合选择民事合同方式。因生态效益的无形性和外溢性,较难识别出具体的受益主体,因而往往将受益地区的人民政府作为受益者。^[22]

[19] 参见那力、杨楠:《对公共环境资源上私人权利的限制——奥斯特罗姆的“自主治理理论”与英国的公地法》,载《社会科学战线》2013年第8期,第78页。

[20] 参见崔建远:《自然资源国家所有权的定位及完善》,载《法学研究》2013年第4期,第66—68页。

[21] 参见潘佳:《自然资源使用权限制的法规属性辨析》,载《政治与法律》2019年第6期,第139页。

[22] 参见李永宁:《论生态补偿的法学涵义及其法律制度的完善——以经济学的分析为视角》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2011年第2期,第141页。

同时,生态保护者虽然比较明确,但往往人数众多,由受益地政府直接补偿保护者的协调成本高。因此,现实中往往是由受益地政府补偿保护者所在地政府,再由政府按照特定标准将补偿款发放给具体的生态保护者。从补偿资金的最终来源看,是开发使用者前期向政府缴纳自然资源使用费,转化为政府的财政资金后,再由政府弥补开发使用权受限的损失。现阶段而言,生态保护补偿标准虽然难以接近生态保护者创造的生态系统服务功能价值,但是应尽可能覆盖自然资源使用权受限导致的直接权益损失。根据《宪法》要求,公民合法的私有财产不受侵犯,为此,合理、适当的标准尤为重要。

生态保护补偿是一种生态保护利益和成本的分配与再分配机制,生态保护利益体现了全体社会成员在生态环境中获取的维持生存和发展的各种益处。^[23]生态保护补偿是更严格的、更高的特殊限制,折射出良好生态环境需求者的特殊需要。该需求是个性化的,所以,基于协商机制下的自然资源使用权限主体必然不是普遍的,而是特殊群体,理应就生态受益者期待的生态环境标准、补偿金额进行一对一的平等协商。而且,生态环境质量的地区差异和自然资源的空间分布不均决定了,不同地方和个体更适合根据个性化需要,基于生态系统服务价格机制来激励生态保护者主动参与补偿交易。这种特殊的补偿,更适合私人自治,不适合普遍一刀切干预,为此,呼吁一种基于自治和博弈的权利限制补偿——严于法定普遍标准的约定标准和双方妥协后均可接受的补偿金额。

再次,生态效益的可交易化趋势为民事合同方式创造了条件。一方面,我国环境基本法鼓励生态保护补偿按照市场化方式开展。现行《环境保护法》第31条第3款规定“国家指导受益地区和生态保护地区通过协商或者按照市场规则进行生态保护补偿”,其要义在于,需发挥市场在资源配置中的决定作用,逐步过渡到体现生态系统服务价格的市场化补偿模式,真正将生态环境效益的正外部成本内部化。而尊重主体平等和契约自由的民事合同规则正是市场经济的灵魂。2018年九部委联合印发的《建立市场化、多元化生态保护补偿机制行动计划》明确提出“鼓励开展生态系统服务价值核算试点,试点成功后全面推广”。

另一方面,生态产品的有价值性已成共识,市场化交易的拓展具备现实可能。我国仅在水权交易和购买森林指标方面,探索了政府间生态产品交易实践。但政府与私主体之间的公私协议补偿,还未基于市场化方式开展。生态保护补偿市场化方式的建立,需要明晰的环境资源产权、完备的生态效益核算制度、独立的第三方评价机制。为贯彻实施《自然资源统一确权登记办法(试行)》《关于统筹推进自然资源资产产权制度改革的指导意见》等文件要求,我国已有27个省级政府于2020年前落实了自然资源确权登记总体工作,^[24]由此,归属清晰、权责明确、监管有效的自然资源资产产权制度指日可待。当前,在技术层面核算生态保护者提供的生态效益已不是难题,这是因为,逐年增加的环境评估鉴定机构已经承担了多领域的生态效益价格核算和生态保护效果评估。2019年丽水市出台的《生态产品价值核算技术办法(试行)》,不仅规定了生态产品价值核算的技术流程、指标体系与核算方法,还能为科学评估生态保护补偿效果提供依据。随着市场化补偿的完善,可以预见的是,生态保护补偿标准将逐渐高于发展机会成本并接近保护者提供的生态价值。生态系统服务的多元价值,早已为生态学界所肯定,以民事合同方式落实生态保护补偿制度,正是

[23] 参见黄锡生、任洪涛:《生态利益公平分享的法律制度探析》,载《内蒙古社会科学(汉文版)》2013年第4期,第75—78页。

[24] 参见《自然资源确权登记稳步有序推进》,载自然资源部网2020年5月8日, http://www.mnr.gov.cn/dt/ywbb/202005/t20200508_2511432.html。

尊重生态系统服务价值客观性的体现,是对生态保护者提升的生态系统服务本来价值的应然肯定,让更多的主体投入到生态保护补偿事业,达到应有的激励效果。

五、《条例》相关制度设计

公私协议制度是《条例》的重要内容之一,确立规范的公私协议规定是推动人与自然和谐共生的法治指引。《条例》宜顺应私法规律,做出相应的制度安排。

(一) 协议规范化规制的必要

当前,我国生态保护补偿机制正在朝向更高层次发展,加快与推进生态保护补偿立法进度已成为确认及巩固实践成果的重大需要。《条例》的重要使命之一便是落实生态保护补偿协议制度,使之有法可依。考虑到生态保护补偿活动牵涉主体的广泛性与生态环境利益的长远性,有必要将常态化的政府与私人之间发生的各类生态保护补偿行为法律化,以扭转长期以来政策调控重权利限制而轻规范化补偿的局面。公私协议行为的制度化,就是要规范公共利益代表主体与生态保护主体的权利义务关系,确立自然资源使用权限制与补偿的稳定性要求,以立法来平衡限制和补偿、权利和义务。毕竟,这不仅涉及生态系统的可持续服务,还与权力规范化行使及人权保障有关。

拟制定的《条例》在制度安排上,要基于私法面向,为公私协议类民事合同的缔结和履行创造良好的制度条件。《条例》要突破在公开征求意见稿中对公私协议签订领域的限制,不能仅限于耕地、林地、草地领域,只要涉及政府与被限制发展的个人、组织等开展生态保护补偿活动的,就都有必要约束政府与权利人签订协议。毕竟,我国在其他领域还存在退耕还湿(湖)补偿协议、休(退)渔补偿协议、具有生态保护补偿性质的各类自然保护区公私协议等多样化的公私协议实践,也亟须提升协议的法治化内涵,通过立法来巩固政策成效与稳定预期,切实保障生态保护者的利益,充分稳定绿色治理。

(二) 专门立法中的制度安排

总体而言,《条例》宜将公私协议界定为民事合同,并设定规则。

建议《条例》涵盖如下要点:第一,为改善生态环境质量,政府依法在特定区域实施生态保护补偿,政府应当公平、及时给付补偿金。其中,被限制发展的个人、组织等,因对生态保护做出了积极贡献,是生态保护者。政府作为施加权利限制的主体,因代表公众享受了良好的生态环境,是生态受益者。第二,生态保护补偿的启动,既可以由政府提出,也可以由潜在的生态保护者提出请求。涉及集体所有的土地等自然资源的,需和村集体经济组织签订合同并附带村集体同意的证明。第三,政府在给予补偿前有必要通过独立的第三方来核算补偿标准和具体金额,补偿应当能够弥补权利人的预期直接经济损失和生态保护成本投入。第四,政府与生态保护者个体开展生态保护补偿活动,均应当与其签订民事合同。合同坚持平等、自愿、公平原则。行政主体不得强制生态保护者签订合同,不得因其不签订合同使其承担责任或遭受不公正待遇,公职人员违反规定时将被依法追究。第五,生态保护补偿合同要点包含:合同订立和履行原则、合同标的、生态保护者和受益者的权利义务、违约及损害赔偿承担责任、合同争议时依照《民法典》和《民事诉讼法》处理。其中,生态保护者的主要民事权利包括:自愿选择是否接受合同;有权就补偿标准充分协商,根据约定使用自然资源并足额、及时、便捷获得补偿金;了解生态保护补偿有关法律、政策、协议履行情况。生态受益者的主要民事义务包括:足额、及时将补偿金支付于生态保护者;为生态保护者合理使用自然资源和保护生态创造便利,如设置围栏、界碑、信息服务、排除第三人的非法干扰等。第六,生态保护补偿的实施,涉及自然资源附着不动产征收的,适用征收补偿的法律规定。

六、结 论

生态保护补偿公私协议,作为通过限制自然资源使用权来保护生态环境的管制方式,已实践多年,其实然层面浓厚的公法色彩使之具备了行政协议的一般特性。将公私协议界定为行政协议未尝不可,但不是最优解释,这是因为,界定为行政协议不可避免地带来公众基本权利弱化,影响生态环境目标的可持续性。将公私协议解释为民事合同,是更为合理的制度选择,理由在于,私法机制能自发地协调环境公益和私人财产权保护,民事合同形式更能稳定“绿色治理”,可以在激励环境保护的同时兼顾经济发展,必将有效提升我国新发展阶段下的生态安全保障能力。《条例》只有充分尊重私法自治,构建公平完备的补偿权利义务规则,才能从起点上呵护生态保护者的个体权益,助推农业农村现代化。唯此,方能充分贯彻“绿水青山就是金山银山”和“发展成果由人民共享”的重要理念。

Abstract The ecological protection compensation activities between the government and the private individuals in China are mainly based on top-down policies and relying on public-private agreements to regulate the rights and obligations of both sides. However, the legal attribute of the public-private agreement on ecological protection compensation has always been controversial, which has affected the corresponding institutional arrangements and judicial application of special legislation. The prerequisite for the judgment of agreement attribute is to clearly identify the criteria. In general, the five-element comprehensive standard of “purpose + subject + negotiation + nature of content + administrative prior rights” is reasonable, but it is necessary to further clarify the application of subjects and the administrative prior rights’ range. Based on the analysis of the five-element standards one by one, the public-private agreement presents the attribute of actual administrative agreement. Defining the public-private agreement on ecological protection compensation as an administrative agreement is not the optimal choice as it should be. The agreement does not perform the external function of substituting administration and violates the principle of proportionality, which is also difficult to eliminate the inherent defects of ignoring the property rights of ecological protectors. Therefore, it is more reasonable to interpret the ecological protection compensation public-private agreement as a civil contract as it should be. This definition not only helps to achieve better environmental goals, but also has a theoretical basis. The long-term ecological protection compensation goals and the institutionalization of private property protection determine that the public-private agreements urgently need to be promoted in terms of the rule of law, which requires full respect for the civil attribute of agreements and the creation of positive institutional conditions in special legislation.

Keywords Ecological Protection Compensation Public-Private Agreement, Administrative Agreement, Civil Contract, Natural Resource Use Right

(责任编辑:高琪)