

司法救济的逻辑起点： 征收补偿协议性质之辨正

——兼及补偿协议履行纠纷司法救济之阶段性设计

刘 启 川

(东南大学 法学院, 南京 211189)

摘要:《国有土地上房屋征收与补偿条例》第二十五条对所涉补偿协议纠纷,采取何种诉讼予以救济不置可否,极易导致法院受理案件与民众维护权益时无所适从,因而,应辨明征收补偿协议的性质。从基本法理分析得知,征收补偿协议契合行政契约的内在逻辑,并且,当前“民事契约论”的形成多囿于补偿协议的契约性而径直定性,抑或受制于现有制度框架造成的惯性思维。而把征收补偿协议定位为行政契约,既可以使征收补偿协议得到理性回归,推进行政契约理论在行政活动中获得本真拓展,又可以更好地保护行政相对人的合法权益。

关键词:征收补偿协议;拆迁补偿协议;行政契约;民事契约;司法救济

中图分类号:DF38 **文献标志码:**A **文章编号:**1000-5315(2014)02-0045-10

“法律规则不同于物理学的规则,没有划定界限分明的科目和重点的范围。困难在于划定界线,而法律总是要划分界线”^{[1]278}。

2011年颁布实施的《国有土地上房屋征收与补偿条例》(以下简称《新条例》)第二十五条规定:“房屋征收部门与被征收人依照本条例的规定,就补偿方式、补偿金额和支付期限、用于产权调换房屋的地点和面积、搬迁费、临时安置费或者周转用房、停产停业损失、搬迁期限、过渡方式和过渡期限等事项,订立补偿协议。补偿协议订立后,一方当事人不履行补偿协议约定的义务的,另一方当事人可以依法提起诉讼。”相较于已废止的《城市房屋拆迁管理条例》(以下简称《旧条例》),《新条例》的突出亮点在于:房屋征收部门与被征收人可就补偿事项予以协议商定,并明确了当事人的诉权。遗憾的是,《新

条例》逃避不了法之历史局限性的宿命。即,其某些规范在新的场域下表现出滞后性与欠缺科学性,使得立法、执法与司法三者难以进行有效对话与互动,进而影响法的现实适用。具体而言,《新条例》第二十五条第二款所涉内容,因搬迁补偿协议而引发履行纠纷之救济路径的不明确——应选取民事诉讼抑或行政诉讼之导向不明——极易导致法院受理案件与民众维护权益时无所适从。毕竟,民事诉讼与行政诉讼之法律规范、诉讼途径、举证责任、归责原则、强制执行等方面皆有不同。

从基本法理上审视,破解该问题的实质在于明晰搬迁补偿协议的性质。如若其性质明确了,当前症结便迎刃而解。尽管当前理论界与实务界已开始关注该问题^①,然而学者与实务工作者都秉持自己的理解,对搬迁补偿协议的性质判定未能达成一致

收稿日期:2013-11-19

基金项目:江苏省教育厅高校哲学社会科学基金项目“行政法上类推适用的原理与方法”(2013SJD820012)、江苏省研究生培养创新工程项目“现代城市法治化治理下的交通警察权研究”(CXLX13_069)的阶段性成果。

作者简介:刘启川(1982—),男,山东菏泽人,东南大学法学院博士研究生,研究方向为行政法学。

意见,争议依旧较大。大部分人主张搬迁补偿协议是行政契约,亦有一部分人提出其为民事契约的看法。鉴于搬迁协议性质厘清的重要性,对其加以剖析显得尤为必要。同时,基于当前多数学者赞同搬迁补偿协议为行政契约,有必要首先明晰行政契约的认定标准,以此检视征收补偿协议是否契合该标准,并反观“民事契约论”^②的正确与否,这在一定程度上可消解搬迁协议的性质论争。

一 征收补偿协议系行政契约之证成

(一) 判定标准之理性选择

“在行政契约法的研究上,已逐渐脱离公、私法契约区别的争议,而走向讨论其他问题的现状,实务界似仍停留在以讨论公、私法契约区别课题为中心的原点上”^{[2]171}。尽管在理论上行政契约与民事契约的界分已是老生常谈的问题,但并未对此有明确统一的区分标准,故而一定程度上造成实务困惑。因此,应重申两者的定界标准,统合现有的理论争议,析出一条化解该问题的科学进路。

从逻辑上来讲,作为行政契约与民事契约上位概念的法与私法,两者的区分标准一定程度上可以成为行政契约与民事契约廓定疆域的依据。然而架构于公法与私法分立的二元模式之上的大陆法系国家,对行政契约与民事契约之区分标准并未完全遵循此种逻辑,而是有所不同。以较为典型的德国和法国为例示之。德国学说与判例对于区别公法契约与私法契约之标准系以“契约标的理论”为主,申言之,要判断某契约究属于私法契约而由民事法院管辖或属行政契约而应由“行政法院”管辖,应依据系争契约之标的内容为定^{[3]715}。而素有行政法“母国”之称的法国,除了法律明确的法定行政契约与私法契约外,两者的区别多基于判例法的根本性格,由其加以建构。依据判例,所谓行政契约,即至少有一方为公法人,且涉及公共服务事项或包含普通法外条款的契约^{[4]144}。换言之,法国一定程度上确立了判定行政契约的形式要件——至少有一缔约者为公法人,同时凸显了认定的实质要件,亦即“合同与公共服务有关系,合同为行政机关保留了特殊权力(the clauses exorbitantes du droit commun)”^{[5]193}。当然,我国大多数学者秉承法国形式标准与实质标准之认定路径——一方为行政主体与行政目的相结合,以确定行政契约与民事契约的“分水岭”^[6]。需要特别指出,我国台湾地区对此有较为深入的研究,

台湾地区通说在沿用了德国对行政契约与民事契约界定标准的基础上,增加了契约目的之考量因素,以补正单纯“契约标的理论”之不足。此外,必须承认,新近台湾地区学者提出“契约主体推定说”^{[7]273}、“契约条文说”^③等理论,试图明晰行政契约与民事契约之界限,具有一定的价值,但基本上是在杂糅法、德标准上的重新整合,并未有实质性的突破。

综上所述,理论上的研究成果与域外镜鉴,已提供了较为明确的判定依据。而吊诡的是,遇到现实问题之时,区分起来似乎并不容易——本文所提及的搬迁补偿协议的定位便是证明。以“契约目的”这一判别因素为例,“不能仅凭含糊之‘公益目的’或‘私益目的’即遽行认定契约之属性,否则实际上行政机关所缔结之契约,依扩大的目的或任务理论,皆会被归类为‘行政契约’,而丝毫无‘私法契约’存在之空间”^{[8]211}。同样,作为“契约标的”之判定也会遇到法律关系认定的多重考量。究其原因,前已论及标准的模糊性、抽象性以及契约关涉矛盾的纷杂性与多元性,使得前文述及的理论缺乏可操作性,出现对搬迁协议无法准确性的困境。

因此,很有必要建构一套以功能主义为导向的精细化、前后一贯、明确可行以及多元化的契约判定标准。标准的确立不可能仅限于一元模式,若只以某单一的标准而企图区别两者,无论其所用的是何种标准,结果都必归于失败^{[9]33}。这就需要多向度事项的铺展,并“逐步将之具体化,如此或许较能针对不同之问题领域,作区别之观察与考量,以避免陷入毫无章法、观点涣散之困境”^{[10]182}。

笔者认为,列举式与概括式并举的判定模式较为可取。更进一步,先与列明的行政契约逐一比对,而后结合概括式要求加以衡量,从而甄别是否为行政契约。其中,列举式的展开便是制度的类型化。“当抽象——一般概念及其逻辑体系不足以掌握某生活现象或意义脉络的多样表现形态时,大家首先会想到的补助思考形式是‘类型’”^{[11]337}。尽管类型化的制度不能穷尽行政契约的意涵,但至少可轻易感知其大致外延。结合现有的有关行政合同的制度规范^④,我们大致可认定下列契约为行政契约:(1)契约所属类型已明确为行政契约;(2)政府特许经营;(3)国有自然资源使用权出让;(4)国有资产承包经营、出售或者租赁;(5)公用征用补偿;(6)行政

机关委托的科研、咨询;(7)政策信贷。至于概括式标准确立,因囿于“契约标的理论”与“契约目的”的模糊性与不易操作性,加之,我国并无大陆法系公私法分立的传统,以及欠缺行政法院的制度架构,因而,概括式判定因素的选取应具有易于辨别性,以便于普通民众的把握与理解。基于此,笔者较为赞同以主体因素、公权力因素两个向度加以综合观察的模式^[12]158-159。

(二)征收补偿协议契合行政契约的内在逻辑

必须坦承的是,新条例第二十五条关乎的征收补偿协议是否适用于前已述及的行政契约之判定标准,成为协议性质判定的关键环节。毕竟,征收补偿协议性质非此即彼——行政契约抑或民事契约——的客观存在,一定程度上注定此分析理路消解上述症结的功能所在。

对照上述列举式判别清单,可以发现,征收补偿协议基本上可与“公用征收补偿”契合,我们可以轻易得出搬迁补偿协议隶属于行政契约。此外,“如对实体法规定置之不顾,而径自以公私法区别理论,解释适用有关争议者,对问题之解决恐反而徒增困扰”^[13]41-42。新近颁布实施的《山东省行政程序规定》明确了“公用征收补偿”作为行政合同的法定事项之一,这为搬迁补偿协议成为行政契约提供直接的规范依据。据此,列举式判定模式可为搬迁补偿协议的性质定位提供答案。

如果说,偏向于形式化的列举式认定标准不足以确证搬迁补偿协议为行政契约,那么,倾向于实质化的概括式判定因素的剖析便显得尤为必要。这就需要深入剖析搬迁补偿协议的内在结构与具体内容,并依托概括式综合标准加以逐一甄别。

首先,在主体要素上,相较于旧条例,新条例关涉的直接关系主体——被征收房屋所有权人与房屋征收部门——中的一方为行政主体。尽管不能直接得出第二十五条所涉协议性质为行政契约,但至少由此可引发契约行政判断的问题,毕竟形式上的主体属性是进行判定自不待言的标准。

其次,公权力因素是辨别是否为行政契约的关键,这需要在探析该协议的内容中加以观察。不可否认,公权力范围,不仅涵盖国家或者公共团体的公权力行为,甚至包括私经济作用在内^[14]。尽管如此,搬迁补偿协议也并不能归因于“私经济作用”的产物,仅可视为行政主体柔性执法的方式而已。进

而言之,房屋征收部门与被征收人就补偿方式、补偿金额和支付期限、用于产权调换房屋的地点和面积、搬迁费、临时安置费或者周转用房、停产停业损失、搬迁期限等事项缔结的协议,虽有协议之名,但未能充分体现民事契约之要义。具体可从行政相对人意思自治的空间探究之。

如果单纯从第二十五条相关内容来看,或许我们可以得出,如同有学者提出的“它完全是房屋征收部门与被征收人之间在平等协商的基础上达成的,是平等自愿的结果,具备了民事合同的基本属性”^[15]。如若系统地审视该条款的生成场景,而非孤立片面的考量,便可发现,协议的达成有公权力因素的存在。从法教义学观之,第二十五条所涉补偿协议条款的设置,仅为房屋征收程序整个环节的一个组成部分,并且是在行政机关作出行政征收决定之后进行的^⑤。

在此,我们需要追问,以补偿作为征收的内容之一的理据在哪里?其实,在一般的行政法基本法理上,补偿作为行政征收的构成要件之一,有征收必有补偿。从各国宪法和法律的规定来看,公益征收具备三个基本要素:一是必须有宪法和法律的直接规定;二是以公共利益为目的;三是必须给予公正补偿^[16]。以德国基本法为例。“为了确保人民在征收之被侵犯时,一定可以获得补偿,因而,制定了所谓的‘唇齿条款’。依此条款,财产之征收,惟有依据法律,而该法律并‘同时’有规定征收补偿之‘额度’及‘种类’时,方可准许之(基本法第十四条第三项)”^[17]426。在我国,2004年宪法修正案第十三条也明确规定了征收“并给予补偿”的“唇齿条款”。同理,《新条例》第二十五条的征收补偿也是征收的应然之义,是现代法治国家征收的必然要求。

进一步而言,该补偿行为也因其处于征收的整个过程中,理应受行政征收规则的统制,亦即补偿协议应当受征收决定中“补偿方案”的限制与约束。由于“补偿方案”是由房屋征收部门拟定,并由县级人民政府论证公布^⑥,因此,该“补偿方案”具有浓重的公法特色与公权力因素。而补偿协议所涉及的相关事项,是依据该“补偿方案”所设定标准、范围、幅度,并融入一定私法契约理念后的产物。换言之,房屋征收部门在搬迁补偿协议中的处分权,是由先前的房屋征收“补偿方案”予以大致设定,并且该“补偿方案”其实就是行政决定的外化形式。这与民事

合同中当事人一方的自由处分权是显然不同的。故此,因为公权力因素的存在,作为协议一方当事人的房屋征收部门,并不能完全自由地做出处分决定,同时,被征收人亦不能完全平等地与房屋征收部门实现真正的契约自由。

可见,《新条例》第二十五条第二款关涉的搬迁补偿协议,不但符合行政契约的列举式判定标准,而且契合概括式认定条件。形式的标准与实质标准的合力验证,可以轻易得出搬迁补偿协议为行政契约的结论。

二 征收补偿协议“民事契约论”之批驳

如果前文三段论式的逻辑推演,尚无法消弭搬迁补偿协议为行政契约的质疑,那么,对其对立面加以强有力的否定,便可获得更为确信的命题。为此,我们有必要对“搬迁补偿协议为民事契约论”进行反驳。

不过,在进行批驳之前,我们必须承认,与征收有关的补偿协议具有民事契约可能性。在理论上,以时间节点为划分依据,公用征收补偿在外延上包括公用征收前补偿、公用征收中补偿以及公用征收后补偿。公用征收中与征收后补偿为传统行政法上所言及的征收补偿,因为传统上伴随行政征收程序开始后的财产性补亏行为,仅可作为征收的附属行为,其性质当以行政征收论,自无异议。即便在征收过程中存在针对补偿协商的可能性,根据前文的论析,便可认定为行政契约。然而,对公用征收前补偿协议的性质则有所不同。依据前文述及行政契约的判定标准来看,公用征收前补偿既不属于判定式认定标准,又不契合概括式判定标准——尽管有行政主体参与其中,但并未有公权力因素之运用——因此,征收前补偿不属于行政契约。而征收前补偿只是征收人与被征收人符合私法上意思完全自治,因此,应定位为民事契约。并且,实践中已有相关法律实践,德国联邦最高法院民事判决认为“人民若为避免其土地日后被征收,而预先将其土地卖给国家,则是私法上的买卖契约”^⑦。

那么,除却征收前补偿协议为民事契约外,其他征收过程中的补偿协议,都可视为行政契约。逻辑上,《新条例》第二十五条的补偿协议作为征收过程的补偿契约,理应不受到质疑,而现实并非如此——司法以民事诉讼处理化倾向,更助长了“民事契约论”的主张。缘于此,以下就“民事契约论”的立论

依据予以阐释,并逐一加以驳斥。

(一)不可因契约性而径直定性

实际上,《新条例》第二十五条的搬迁补偿协议,秉承着私法之协商、沟通以及一定程度的意思自治等理念,而富含契约性,并且,从形式上而言,这种“契约关系起着中介作用,使在绝对区分中的独立所有人达到意志同一”^{[18][81]}。这一定程度上引发民事契约论者提出,“征收人与被征收人在安置补偿问题上更类似于平等的民事主体之间的关系,两者之间更宜通过自愿、协商的程序,而非单方、强制的方式形成安置补偿关系。因此,达成征收补偿协议后产生的纠纷,应属民事诉讼性质”^[19]。即便我们无法从第二十五条的搬迁补偿协议直接寻得房屋征收部门行使公权力的迹象,但反其道而行之,或许我们可以感知“柳暗花明又一村”的惊喜。基于此,我们权且假设补偿协议为“民事契约论”成立,并通过推演将其加以证伪。

就一般的民事合同法理而言,双方不能达成一致、无法缔结合同的,是不能对合同当事人进行赔偿、惩戒等否定性评价的,当然,缔约过失责任除外。按照逻辑规则,“民事契约论”也应当遵循该基本法理。吊诡的是,置于补偿协议条款其后的,新条例之第二十六条^⑧规定,达不成补偿协议的,由作成决定的行政机关依据补偿方案直接作出补偿决定。这意味着,如果被征收人不选取订立补偿协议的方式,就将面临着行政机关以单方面行政行为做成行政处分,来让相同法律关系发生^[20]。其中的单方面的强制色彩暴露无疑,也一定程度上印证了第二十五条所涉补偿协议是取代行政处分之契约。此外,如果依照公共选择理论,作为“经济人”一方的被征收人,会毫无疑问地选择与房屋征收部门签订合同,毕竟积极缔结协议可以带来自身利益的最大化,并同时避免因懈怠或拒绝签约而导致的不利后果。至此,“民事契约论”的结论便不攻自破。

(二)已有制度架构之影响

事实上,“民事契约论”的形成,多囿于现有制度框架造成的惯性思维。从形式上来看,“民事契约论”是受制于2005年8月最高人民法院实施的《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》所明确的“土地使用权出让合同”引发的纠纷由民事诉讼路径解决,并适用《合同法》的规定,以及鉴于2011年4月最高人民法院施行的

《民事案件案由规定》将“房屋搬迁安置补偿合同纠纷”定性为民事纠纷的规范。而究其根源,是现有行政诉讼制度救济路径的乏力。具体而言,我国现行《行政诉讼法》仅规定单向度救济管道——民可告官,而官不可告民——导致搬迁补偿协议出现纠纷之时,尤其是被征收人不履行补偿协议时,如果采取行政诉讼加以救济,则会面临于法无据的尴尬境地。据此,有观点认为,相关争议应适用民事诉讼的程序和相关法律规定^[21]。此外,有学者认为,从立法者的意图看,《新条例》第二十五条第二款“诉讼”应该是指按照民事诉讼解决“补偿协议”争议,因此,“补偿协议”应为民事合同^⑨。甚至有学者从司法实践上,以《民事案件案由规定》实施时间晚于《新条例》,来论证补偿协议为民事契约^[15]。

我们不可否认,现存的制度规范很大程度上为“民事契约论”的滋生与蔓延提供了温床,尽管可为“民事契约论”提供佐证,但我们并不能由此推导出第二十五条所涉搬迁补偿协议为民事契约,否则,便有“倒因为果”之嫌。另外,需要特别指出的是,《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》与《民事案件案由规定》仅为司法机关在已有的制度中做出的妥协之举,一定程度可以看出司法者寻求化解纠纷之道的努力。其中,《民事案件案由规定》中“房屋搬迁安置补偿合同纠纷”的规定,似乎可以为采取何种路径提供注解,但“搬迁”、“安置”等字眼,已在一定程度上透视《民事案件案由规定》的出台,是深受《旧条例》的影响,以及并未充分考量《新条例》的相关内容。当然从另一个侧面,我们或许暂且视为“我国的立法者正在尝试建立一种新的行政合同履行纠纷解决模式”^[22]。只不过,这还是需要作为上位阶法律——《行政诉讼法》——的修改与完善。此外,以规范实施之先后作为论证的依据,难免显得单薄无力。毕竟,《民事案件案由规定》与《新条例》都是《行政诉讼法》统制之下的下位规范,其关联性并不是那么密切。

三 认定征收补偿协议为行政契约的价值维度

综合前文直接的逻辑演绎与对背反论点的辩驳,搬迁补偿协议为行政契约的结论已显而易见。不过,当我们说某个结论是正当的时候,实际上就意味着,其已经证成;而判断某一论证已经证成,除大前提必须是清晰明确的,小前提是真实的、连接的密切性外,结论应当符合价值判断标准^{[23]730-732}。故

而,对搬迁补偿协议进行“拨乱反正”之后,接下来还需进一步探究其可能存在的价值维度,以获得更为周延的结论。

我们应当看到,把征收补偿协议定位为行政契约具有重要的理论与现实意义。这既可以使得搬迁补偿协议得到理性回归,实现救济路径的清晰明朗,又可以推进行政契约理论在行政活动中获得本真拓展,同时对于保护行政相对人的合法权益也具有现实意义。

首先,正视征收补偿协议为行政契约,不仅可以廓清搬迁补偿协议的效力边界,消解适法者择取救济路径的困惑,而且更为重要的是,关系到行政契约的相关制度能否恰如其分地嵌入搬迁补偿协议之中。尽管现有规范中已有补偿安置协议的司法解释^⑩,但是多因相伴《旧条例》而生,因而,随着《旧条例》法律关系主体已被《新条例》结构性变更——主要由原来的房屋征收部门、搬迁人与被搬迁人之间交织存在的行政与民事法律关系,转变为房屋征收部门与被征收人行政法律关系——以及《旧条例》的失效而无法予以适用。当前的问题在于,《新条例》第二十五条并未对补偿协议的救济路径予以明示,并且,其他规范中也并未直接对补偿协议纠纷救济路径加以明确。所以,在没有相关法律规范更新之前,从搬迁补偿协议生存的场境中探求本原性质,可以有效弥补法律规范的空白。

事实上,补偿协议为行政契约的定位,可“打破非行政处分即属民事契约之二分法逻辑,藉以避免公权力遁入私法,规避公法原则支配,有损法治国家基础”^{[24]61}。由此,我们可以大张旗鼓地把行政契约的理念、制度、规则等注入征收补偿协议,或许,在此过程中,我们应当更为关注的是征收补偿协议达成过程中房屋征收部门的权力边界以及如何切实保证被征收人的“契约性权利”。唯此,才能保证搬迁补偿协议的契约性,并把房屋征收部门的行政优益权控制在一定限度内。否则,容易出现因公法遁入私法而使行政主体规避行政责任,或者行政主体以契约之名行强制处分之实。

当然,该定位的确立,还可以为未来《新条例》的实施细则、新的司法解释的条款的设计、下位规范的细化提供依据,同时能为行政契约理论的拓宽与纵深发展注入实证活力。不过,这需要寄希望于修正后的《行政诉讼法》的早日出台。

其次,补偿协议仅为行政主体柔性执法的方式之一,其目的在于,在最大化尊重被征收人权益的基础上,保障征收政策的顺利实施。涵盖补偿协议的行政契约,便为柔性行政的类型化后众多方式中的典型代表,其注重沟通、协商,以及尊重意思一致的制度内核,强调行政活动的可接受性,能为征收补偿协议中关系人利益的表达提供法理基础,保证了民众的参与性,增强了房屋征收的民主化程度。正如昂格尔所言:“法律被遵守的主要原因在于集团的成员从信念上接受并在行为中体现法律所表达的价值。”^[25]²⁷ 当且仅当如此,《新条例》所欲达致的目标才可实现。

与民事契约相较,征收补偿协议中一定量公权力因素的存在,可以避免因过度的强调意思自治而导致的拖延、低效率,并能兼顾到公益保障的需要,因而把征收补偿协议厘定为行政契约的优越性便可彰显出来。另外,应当庆幸,实践中契约理念在行政执法活动尤其是搬迁补偿协议中的运用,以及相关行为多以民事诉讼救济的不当现状,为私法理念融入行政活动做了较为全面的铺垫,也为行政契约制度的嵌入创造了社会环境。据此,如果能有效限缩搬迁补偿协议中的公权力,并能充分尊重被征收人的利益诉求,那么行政契约这一柔性执法手段将会获得更多的支持。

最后,与《旧条例》立法宗旨相比,《新条例》凸显了保权特色,除征收的固有原因外——维护公共利益,保障被征收房屋所有权人的合法权益,被置于同等重要的考量地位^①。其中,把征收补偿协议定位为行政契约而非民事契约,对于保护被征收人的合法权益具有先天的制度优势。相较于民事诉讼而言,行政诉讼在举证责任、审理期限上对被征收人更为有利。其实,将被罗森伯格称作“诉讼之脊椎”^[26]¹的举证责任分配给行政主体,对于制约房屋征收部门的特权、均衡双方权利义务意义重大,显然是符合法治之公平原则的。另外,在审理期限上,除却因特殊情况需要延长的,《行政诉讼法》规定的一审在立案之日起3个月内作出判决,以及二审2个月作出判决的规定,比《民事诉讼法》相应6个月与3个月规定,对于减少诉讼成本、实现诉讼效益更为有效。与此形成鲜明对比的是,如果将补偿协议定位为民事契约,将会面临着因不履行补偿协议引发的民事诉讼,与因不服征收决定导致的行政诉讼同

时存在,不利于问题的一揽子解决,有违诉讼效益原则。

此外,值得注意的是,有学者指出《新条例》第二十五条所涉补偿协议,应按照民事案件处理,这对被征收人更为有利。因为民事补偿的基本精神是主张补偿的公平性,民事补偿责任应等于或小于损害而不应大于损害^[27]³²。但是,我们应当尊重征收补偿协议的性质,并以此作为化解由其引发纠纷的逻辑起点。应当明确,行政契约不但承继了民事契约的理念,而且有其特殊的价值内涵。以《新条例》的制度规范观之,该学者的主张并未充分考察富有浓郁公权力色彩的《新条例》的具体内容。《新条例》也规定了公平补偿的原则^②。不仅如此,《新条例》为公平补偿原则的实现设计了相应原则与配套制度,如第三条规定的应遵循决策民主、程序正当、结果公开的原则,第十、十一、十三条对征收补偿方案的确立过程以及救济路径,尤其是第二十五条补偿协议的规定,为达成公平补偿提供切实可行的路径。因此,将征收补偿协议定位为行政契约后的可期待补偿,与民事补偿不会有大的差别。

四 补偿协议履行纠纷司法救济之阶段性设计

从根本上说,补偿协议是房屋征收部门为推行行政政策、实现行政目的而采取的行政手段,在契约中双方当事人形成的主要是行政法上的权利义务关系,对这种关系的调整必须适用行政法,对由此产生的争议也应遵循行政救济途径解决,而且更为重要的是,如果不存在解决征收补偿协议履行纠纷的公法救济途径,将会助长“公法遁入私法”的趋势,造成行政法意义上的行政契约理论窒息和萎缩^[28]¹¹⁹。故而,有必要重申,《新条例》第二十五条第二款对采取何种诉讼予以救济不置可否的规定,应当解释为“可以提起行政诉讼”。进而言之,《新条例》第二十五条第二款应当修改为:“补偿协议订立后,一方当事人不履行补偿协议约定的义务的,另一方当事人可以依法提起行政诉讼。”若如此,房屋征收中不履行补偿协议引发的纠纷是否会得到根本性化解呢?答案是否定的。尽管,我们也可以从2004年最高人民法院《关于规范行政案件案由的通知》看到,行政合同作为行政案件的案由之一,并且可以得出作为行政合同纠纷的补偿协议纠纷属于行政诉讼,但这并不能回答如下诘问:其一,被征收人不履行补偿协议,房屋征收部门能否向被征收人提起行政诉

讼?其二,现行《行政诉讼法》能否应对行政契约纳入其受案范围的挑战?毕竟,现有《行政诉讼法》缺乏相应的制度架构的事实,掣肘了征收补偿协议纠纷的有效救济,因而修改《行政诉讼法》的同时一并完善相应法律规范,已迫在眉睫。

然而,完全寄希望于上位法的修改,并非为化解当前征收补偿协议纠纷的明智态度。鉴于行政契约司法救济制度的建立尚需时日,以及当前补偿协议纠纷司法救济路径的畸形态势,笔者以为,应以行政契约诉讼制度建立为界点,对征收补偿协议纠纷采取“两步走”的阶段性救济方式。具体而言,第一步,在现有的法律制度框架内,以保护行政相对人的合法权益为宗旨,整合已有法律规范,尽可能倾向于采取行政诉讼救济方式,我们权且称之为“改良之策”;第二步,以设计补偿协议履行纠纷司法救济制度为切入,并借由《行政诉讼法》的修改,构建完善的行政契约救济制度,届时,征收补偿协议履行纠纷之救济便可回归正常的救济轨道,我们暂且称之为“革新之道”。

(一)改良之策:当前制度下的最优选择

尽管现有行政诉讼规范架构无法为征收补偿协议提供有效救济,但是不能放弃在新的救济制度建立之前的努力。这一努力应当坚持征收补偿协议为行政契约,并将行政契约功能的最大化发挥作为逻辑前提。不可否认,一蹴而就的制度变革无法预期之时,对当下制度进行理性改良不失为明智的选择。

那么,在征收补偿协议履行纠纷完全纳入行政诉讼救济之前,“双轨救济”的模式较为可取。亦即,被征收人对房屋征收部门不履行补偿协议所确定的义务,以及履行的义务与补偿协议确定的不一致的情形,可以提起行政诉讼;房屋征收部门对被征收人未履行补偿协议所确定义务的情形,可以提起民事诉讼^{[29]172-173}。之所以主体不同,救济路径不同,其原因有三。其一,上述救济路径的构想,一方面避免了无视征收补偿协议性质而采取民事诉讼救济的路径依赖,另一方面在缺少行政契约司法救济相关配置制度的情况下,如果贸然将补偿协议履行纠纷完全纳入行政诉讼,那么将面临着房屋征收部门的诉权无法实现,同时也与《新条例》第二十五条第二款赋予双方均等诉权的规定无法契合。其二,较之民事诉讼,被征收人——因行政契约履行之诉——可在行政诉讼中享受到的更多的实惠,其权

利可得到最大限度的保护,前文已有述及,不再赘述。其三,当前行政诉讼制度中行政主体仅能作为被告,并且由其主动提起诉讼的规范付之阙如,因此,只能屈从于现有的制度,姑且秉持实用主义的态度^⑬。

作为双轨救济路径之一,由被征收人提起的行政诉讼,可参照《行政诉讼法》第五十四条请求法院作出履行判决。此外,在对征收补偿协议进行合法性审查^⑭之余,适用民事法律对协议的公平公正性要求进行审查,具体可参照审查赔偿协议的做法。同时,与赔偿诉讼类似,补偿协议纠纷诉讼也可以适用调解。由柔性行政盛行下产生的补偿协议履行纠纷,无法在生成于行政背景下的行政诉讼规范中找到详细的救济条款,笔者以为不如另辟蹊径,可以经由司法解释对上述制度设计予以补充和拓展。

对于双轨救济的另一轨道——由房屋征收部门提起的民事诉讼,按照成熟的民事诉讼规则审理便可。不过,在此需要指出的是,有学者主张被征收人不履行补偿协议约定的,可以通过非诉行政执行方式解决^{[30]242-243}。该论点是值得商榷的。因为按照我国现行法律规范,非诉行政执行仅限于具体行政行为^⑮,并不涵盖行政契约。当然,补偿协议中有约定的除外。如果征收补偿协议中没有约定,那么,房屋征收部门无权直接强制或者申请法院强制执行,而只有按照双轨救济中的民事诉讼解决——可向法院提起履约之诉。

(二)革新之道:制度构建的初步设想

如果说上述改良之策是在计划经济体制没有完全被改变的情况下做出的无奈之举,是完全可以理解的,那么在市场经济体制逐步建立和完善的今天,倘若仍然固守陈旧观念,我们就不可能彻底地解决征收补偿协议所存在的全部问题^{[31]494}。因而,建构征收补偿协议纠纷救济的司法制度,是化解现实困境的根本之道。结合前文论析,只需把行政契约司法救济制度,在征收补偿协议纠纷个案中加以涵摄便可。遗憾的是,我国成熟行政契约司法救济制度的缺失,使得这一进路不可行。故而,只能暂且以征收补偿协议履行纠纷司法救济的构建为分析样本,为行政契约司法救济制度的建立提出初步设想。

获致这一效果的关键在于,摒弃行政诉讼单轨救济、民事诉讼救济的模式,构建同轨双向的行政诉讼救济方式。易言之,应当废弃只能由行政相对人

提起行政诉讼的现有救济模式,同时摒除按照民事诉讼规则对待征收补偿协议履行纠纷的做法,转向完全在行政诉讼的轨道中化解因征收补偿协议履行产生的所有纠纷。这就需要赋予房屋征收部门与被征收人均可提起行政诉讼的权利。因此,应当打破行政诉讼传统上只允许“民告官”的格局,打开“民可告官,官亦可告民”的新局面。相应地,我们必然要在传统的行政诉讼之外建立特别规则,允许房屋征收部门就协议履行纠纷问题提起行政诉讼,成为原告^{[32]270}。

首先,应当建立给付诉讼制度^⑥。给付诉讼是指“公民要求公共行政主体作出、容忍或停止作出除行政行为以外的其他所有行为,或公共行政主体要求公民依公法规范作出、容忍或停止作出某行为的诉讼”^{[33]128},给付诉讼用以积极实现请求权或消极排除违法状况^{[34]1393}。我国台湾地区行政诉讼法第八条第一项规定:“人民与中央或地方机关间,因公法上原因发生财产上之给付或请求作成行政处分以外之其他非财产上之给付,得提起给付诉讼。因公法上契约发生之给付,亦同。”给付诉讼的建立,不仅可以为民众权利保障提供完整、迅速而有效的保护机制,而且可以完善行政诉讼结构和程序,更为重要的是可以为被征收人提起诉讼提供切实有效的规范依据。

其次,征收补偿协议履行纠纷的审理,应确立合

法性与合理性并举的审理原则。具体而言,法院不仅应主动对征收部门的权限、补偿范围、补偿程序等方面进行合法性审查,而且要对补偿标准、补偿数额、停产停业损失、调换房屋条件等方面进行合理性审查。这也要求对民事规则应加以混合适用。譬如,法院应适用民事规则审查补偿协议是否存在可撤销、无效以及效力待定的情形。此外,在举证责任上,房屋征收部门应当对补偿的权限承担举证责任,其他方面应当遵守“谁主张、谁举证”的民事诉讼规则。

最后,应确立先行调解的制度。参照民事诉讼法第一百二十二条的规定:“当事人起诉到人民法院的民事纠纷,适宜调解的,先行调解,但当事人拒绝调解的除外”,严格遵守在征收补偿协议有效的情况下,并在自愿、合法的基础上进行调解。不过,鉴于征收补偿协议的公权力色彩,应对能否进行调解的情节予以细化。具体而言,可调解的事项:不损害他人利益以及公共利益情形下协议的变更、解除等;不可调解事项:补偿协议的效力、涉及公共利益的争议。

除此之外,尚需裁判规则、管辖规则、诉讼模式、反诉等其他制度的合力变革。而且,修改《行政诉讼法》之时,如能充分考量上述设想,并将行政合同的司法救济单列一章,予以特别规定,那么征收补偿协议履行纠纷便可迎刃而解了。

注释:

- ①2013年2月19日,行政法学会召开“国有土地上房屋征收补偿协议”座谈会。源于此,2013年2月28日《光明日报》刊登了一篇题为《拆迁协议起纠纷,该打什么官司?》的文章。
- ②为了表述的方便,笔者把搬迁补偿协议定性为民事契约的主张,简称为“民事契约论”。
- ③主张单纯以条文内容来判断契约性质,参见:黄锦堂《行政契约法主要适用问题之研究》,载于台湾行政法学会编《行政契约与新行政法》,元照出版有限公司2002年版,第60页。
- ④譬如,2008年《湖南省行政程序规定》在第五章特别行政程序与应急程序中,详细规定了行政合同的类型;2009年《凉山州行政程序规定》如同《湖南省行政程序规定》做了规定;2011年《汕头市行政程序规定》在第六章特别行为程序中,明确了行政合同的具体情形;2012年《山东省行政程序规定》也如同《汕头市行政程序规定》进行了明晰化罗列。
- ⑤《新条例》第三章第十七条规定:“作出房屋征收决定的市、县级人民政府对被征收人给予的补偿”,而第二十五条也是处于该章,并位列其后,征收决定为补偿协议的前置性条款。
- ⑥《新条例》第十条规定:房屋征收部门拟定征收补偿方案,报市、县级人民政府。市、县级人民政府应当组织有关部门对征收补偿方案进行论证并予以公布,征求公众意见。征求意见期限不得少于30日。
- ⑦BGHZ 84,1(3);95,1(4)。转引自:李建良《公法契约与私法契约之区别问题》,载于台湾行政法学会编《行政契约与新行政法》,元照出版有限公司2002年版,第183-184页。
- ⑧《新条例》第二十六条第一款规定,房屋征收部门与被征收人在征收补偿方案确定的签约期限内达不成补偿协议,或者被征收房屋所有权人不明确的,由房屋征收部门报请作出房屋征收决定的市、县级人民政府依照本条例的规定,按照征收补偿

方案作出补偿决定,并在房屋征收范围内予以公告。

- ⑨参见《中国行政法学研究会组织召开“国有土地上房屋征收补偿协议”座谈会》,http://www.chinalaw.org.cn/html/zzyj/xshd/xsnew/4664.html.
- ⑩譬如2005年《最高人民法院关于当事人达不成搬迁补偿安置协议就补偿安置争议提起民事诉讼人民法院应否受理问题的批复》(法释2005第9号)。
- ⑪《新条例》第一条规定,为了规范国有土地上房屋征收与补偿活动,维护公共利益,保障被征收房屋所有权人的合法权益,制定本条例。
- ⑫《新条例》第二条规定,为了公共利益的需要,征收国有土地上单位、个人的房屋,应当对被征收房屋所有权人给予公平补偿。
- ⑬妥协于现状的益处在于,一方面避免了再次引发行政契约概念能否成立之争,另一方面最终能够引申出适用混合规则的结果。参见:余凌云《行政契约论》,中国人民大学出版社2006年版,153页。
- ⑭《行政诉讼法》第五条规定,人民法院审理行政案件,对具体行政行为是否合法进行审查。
- ⑮《行政诉讼法》第六十六条规定,公民、法人或者其他组织对具体行政行为在法定期间不提起诉讼又不履行的,行政机关可以申请人民法院强制执行,或者依法强制执行。
- ⑯给付诉讼包括狭义的给付诉讼和课予义务诉讼,在此谈及的给付诉讼仅指狭义的给付诉讼,亦是我国台湾行政诉讼法所提及的一般行政诉讼。而课予义务诉讼主要指请求行政机关作出具体行政行为的诉讼。因此有学者提出,“针对补偿协议一方不履行的,另一方可以提起课予义务诉讼”的主张,是值得商榷的。

参考文献:

- [1](美)伯纳德·施瓦茨.美国法律史[M].王军等译.北京:中国政法大学出版社,1997.
- [2]林明昕.公法学的开拓线——理论、实务与体系之建构[M].台北:元照出版有限公司,2006.
- [3]翁岳生.行政法(上册)[M].北京:中国法制出版社,2009.
- [4]陈淳文.公法契约与私法契约之划分——法国法制概述[C]//台湾行政法学会.行政契约与新行政法.台北:元照出版有限公司,2002.
- [5](英)L·赖维尔·布朗,约翰·S·贝尔.法国行政法(第五版)[M].高秦伟,王锴译.北京:中国人民大学出版社,2006.
- [6]余凌云.论行政契约的含义——一种比较法上的认识[J].比较法研究,1997,(3).
- [7]林明铨.行政契约[C]//蔡茂寅,等.行政程序法实用.台北:新学林出版股份有限公司,2001.
- [8]林明铨.行政契约与私法契约——以全民健保契约关系为例[C]//台湾行政法学会.行政契约与新行政法.台北:元照出版有限公司,2002.
- [9](日)美浓部达吉.公法与私法[M].黄冯明译.北京:中国政法大学出版社,2003.
- [10]李建良.公法契约与私法契约之区别问题[C]//台湾行政法学会.行政契约与新行政法.台北:元照出版有限公司,2002.
- [11](德)卡尔·拉伦茨.法学方法论[M].陈爱娥译.北京:商务印书馆,2003.
- [12]杨欣.民营化的行政法研究[M].北京:知识产权出版社,2008.
- [13]赖恒盈.行政法律关系论之研究——行政法学方法论评析[M].台北:元照出版有限公司,2003.
- [14]罗明通.法国国家赔偿制度上公权力范围之变迁[J].法学丛刊(台湾),(107):97-105.
- [15]房绍坤.国有土地上房屋征收的法律问题与对策[J].中国法学,2012,(1):55-63.
- [16]黄东东.公益征收初探[J].现代法学,2002,(5):119-122.
- [17]陈新民.德国公法学基础理论(下)[M].济南:山东人民出版社,2001.
- [18](德)黑格尔.法哲学原理[M].范扬,张企泰译.北京:商务印书馆,1961.
- [19]顾大松.《国有土地上房屋征收与补偿条例》(征求意见稿)修改建议[J].西部法律评论,2010,(3):5-11.
- [20]杨欣.论行政合同与民事合同的区分标准[J].行政法学研究,2004,(3):121-127.
- [21]朱嵘.房屋征收行政诉讼立案受理三题[J].法律适用,2011,(6):28-31.
- [22]闫尔宝.《国有土地上房屋征收与补偿条例》第二十五条分析[J].行政法学研究,2012,(1):90-96.
- [23]王利明.法学方法论[M].北京:中国人民大学出版社,2012.
- [24]林腾鹞.行政法总论(修订三版)[M].台北:三民书局,2012.
- [25](美)昂格尔.现代社会中的法律[M].吴玉章,周汉华译.北京:中国政法大学出版社,1994.

- [26] 吴东都. 行政诉讼之举证责任——以德国法为中心[M]. 台北: 学林文化事业有限公司, 2001.
- [27] 黄龙. 民事补偿责任研究[C]//柳经纬. 厦门大学法律评论, 第7辑. 厦门: 厦门大学出版社, 2004.
- [28] 余凌云. 行政契约论(第二版)[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2006.
- [29] 王锡锌. 国有土地上房屋征收与补偿条例专家解读与法律适用[M]. 北京: 中国法制出版社, 2011.
- [30] 江必新. 国有土地上房屋征收与补偿条例理解与适用[M]. 北京: 中国法制出版社, 2012.
- [31] 章剑生. 现代行政法基本理论[M]. 北京: 法律出版社, 2008.
- [32] 余凌云. 行政法讲义[M]. 北京: 清华大学出版社, 2010.
- [33] 马怀德. 行政诉讼原理(第二版)[M]. 北京: 法律出版社, 2009.
- [34] 陈敏. 行政法总论[M]. 自刊本, 2012.

The Logical Starting Point of the Judicial Relief: the Differentiation of Levy Compensation Agreement's Nature

LIU Qi-chuan

(Law School, Southeast University, Nanjing, Jiangsu 211189, China)

Abstract: The article 25 of *Collection of State-owned Land, Housing and Compensation Ordinance* does not state what action to take to remedy when disputes happen, which fails to enable neither the court to accept a case nor the public to maintain rights and interests. Therefore, the nature of the compensation agreement should be identified. Compensation agreement is inherent with the logic of administrative contract. The formation of the civil contract view is either constrained by the contractual nature of compensation agreement or limited by the inertial thinking caused by the existing institutional framework. Locating the compensation agreement as administrative contract not only enables its rational return, but also promotes natural development of the administrative contract theory in the administrative activities. Moreover, it is of practical significance for the protection the legitimate rights and interests for the administrative counterpart.

Key words: levy compensation agreement; demolition compensation agreement; administrative contract; civil contract; judicial remedy

[责任编辑: 苏雪梅]