

[文章编号] 1672-7320(2010)05-0750-06

排污权法律属性研究

王清军

[摘要] 排污权物权化希望通过找寻母权所有权方式来论证排污权物权血统却颠覆了母权与子权关系,动摇了大陆物权制度所有权为核心的根基。它通过环境容量这一环境科学术语而搭建的美丽理论大厦也因大气环境容量资源的特殊情势和实践中采用具有可操作性法律概念而黯然失色。作为治理污染的战略措施,现有各国法律没有明确或回避排污权财产权的法律性质,但在行政许可领域之内认其排它性、可交易性等若干财产权特征。新财产理论的提出使人们重新审视排污权法律性质:第一,它有财产利益的合理内核和行政许可的外在属性,跨越了公权和私权领域;第二,排污权的保护除了防止公权力的不当侵害外,政府公平进行排污权的初始分配也是重要内容。

[关键词] 所有权;环境容量;可允许排放量;行政许可;公平分配

[中图分类号] DF9 **[文献标识码]** A

一、排污权物权化的困境

中国大陆学者们对排污权法律属性研究多以大陆法系为思考路径,将排污权纳入物权体系进行理论分析和制度建构,提出了排污权益物权说、特殊物权说和准物权说等各种学说,我们将其统称为排污权物权化。“大陆法系财产权制度在罗马法中已经取得较为固定的形式,并经德国民法典的发展而臻于完善。”^[1]概括地讲,大陆法系财产权制度表现为物权和债权的二元结构,他们分别调整物的静态占有关系和动态流转关系,在物权制度中确立了所有权至高无上的地位,他物权依附于所有权而存在,在此架构下形成了一套抽象的概念体系,任何具体权利都课纳入上述权利范畴中。”^[1](第96页)“在物权债权二元结构下,既然排放许可证交易仍然是一种买卖制度,法律上理应归于债权制度之中。排污权交易属于动态之债权,其前提应该是排污权作为一种物权的确立。”^[2](第83页)以所有权为核心的物权体系下,通过所有权/他物权/用益物权/准物权层层分类,在既定的物权演绎框架内寻找排污权最终法律属性,排污权物权说也就成为逻辑的必然。以所有权作为民事权利体系的逻辑起点和核心,结合环境污染可能占有和使用环境容量的客观事实,提出环境容量资源国家所有权、环境容量资源使用权等一系列学理概念,用以论证排污权物权属性。新颁行中国物权法虽无明确排污权物权属性的法律规定,但似乎并不妨碍这种趋势的进一步发展。

(一)偏离排污权设置目的分析其产生来源

“按照物权法原理,他物权必然产生于自物权,自物权是他物权的母权;无母权则无他物权。”^[3](第81页)这样,排污权物权化首要任务就是需要找寻它的母权以便使其有所归依。“所有权和他物权之所以两立,他物权之所以从所有权中派生,是因为所有权人、他人都要使用和收益同一个所有物,二者的利益不同;换言之,二权的客体是同一个物,他物权客体上竖立的所有权就是他物权的母权。”循此思路,

学者们借鉴环境容量这一概念,分析了环境容量具有可感知性、可支配性和可确定性等传统物权客体所具备的共性特征,认为环境容量资源所有权和环境容量资源使用权都以环境容量资源这一特殊物为同一客体。这样在物权体系下逻辑或自然生成为如下结论:排污权属他物权种类,因为排污行为实际上就是占有和使用一定环境容量资源,也可称其为环境容量资源使用权,其与环境容量资源所有权之间是子权和母权关系^[4](第76-79页)。排污权母权寻觅方法牵出一些有意义话题:第一,找寻排污权母权目的是什么?就产生时间来看,排污权早于其母权所有权客观且法律存在着,且在环境污染防治领域发挥着独特作用,与其相对应的是迄今为止没有任何法律对环境容量资源所有权这一权利予以认可,更多的则是将其放在学理阶段予以探讨。在排污权已创设出来之后,再去为它寻找理论上所有权做为母权,似乎所有权存在价值就是为了创设各种可以市场化的使用权,母权窄化为仅是表明子权血统和来源的工具。已经先于母权存在且自立门户、各具特色的诸种环境资源使用权(包括排污权)势必产生脱离母权制约的倾向和必然性,而这最终导致的是所有权地位虚化。另一方面为了兼顾传统物权客体一般特征和排污权实际需要,对母权所有权和子权排污权的共同客体环境容量资源做出变通或扩大解释,提出排污权物权关系中包括主体、客体和内容等方面的异化特质和例外规则,希望借助这些变通或扩大解释能够因应现实生活的需要^[5](第64页)。越来越多且趋于常态化的“异化”和“例外”特征也使排污权和传统的物权理论渐行渐远。简单的以变通或扩大解释必然会丧失物权体系的理论统摄力和可操作性,导致物权结构变异。第二,找寻所有权做为母权有必要吗?排污权制度理论和实践一再表明,设置排污权目的就是通过对权利界定和交易方法来解决环境污染所带来的外部不经济性问题,任何偏离或脱离这个目的来讨论排污权属性都可能带来理论误区。排污权制度中权利界定和权利交易是紧密联系在一起,权利界定目的是促进交易能够顺利进行,权利交易目的是实现资源配置优化。并且,权利界定和权利交易仅是实现环境保护的手段而非目的。权利界定关注焦点就是这种权利是否具有排它性,排它性是交易安全的逻辑必然要求。设计具有排它性的权利是保障交易顺利进行以便通过交易创造利益,而非排污权物权找寻母权那样“更多的是为了通过排污权将原有国家持有的环境容量资源所有权转化为权利人自己持有的环境容量所有权,并以此为据享有因对其支配所创造的利益”^[4](第76-79页)。一言蔽之,排污权强调排它不慕支配,重视通过交易创造利益而非通过支配创造利益,而这已和传统物权理论和物权制度相去甚远。

(二)忽视大气资源特性和制度实际进行排污权制度设计

寻找所有权作为排污权母权,第二个遇到的问题就是是否可行,包括理论上可行和实践中的可行。排污权物权化理论将环境容量资源纳入其它自然资源一体考量,希望借助有中国特色自然资源所有权和使用权分离理论来阐释排污权制度。依我国现行自然资源权属制度一般规定,环境容量资源国家所有权是不二选择。但这存在以下几个难题:第一,环境容量资源国家所有权是否可能?环境容量资源与其他自然资源不同,自然资源具有可控性、有形性和相对确定性。而环境容量资源尤其是大气环境容量资源存在全球一体性、无形性、流动性和全球大气环境变化的科学不确定性等诸多特征。国际社会已经看出大气环境容量资源的特殊之处,迄今为止没有一个国家宣布位于本国疆域上空或各国管辖和控制范围外大气环境容量资源为本国所有。就现有国内和国际法律来看,大气环境容量资源既不属于各国主权控制和管辖范围内环境和资源,也不处于两个或多个国家共享环境和资源之内,尚未见任何条约或国际法律文件将其纳入“人类共同财产”和“人类共同遗产”进行规范。为解决大气层特殊地位,《联合国气候变化框架公约》将全球大气层的严重问题——气候变化所引发的温室效应宣布为“人类共同关切之事项”,以便为采取国际一致行动提供法律依据^[9](第90页)。依排污权物权化找寻母权思路,需要在本国疆界领域上人为的分割出属于本国的大气环境容量资源予以特定化,在宣布国有情况下进行排污权制度建构或在排污权设立后寻觅其母权而宣布环境容量资源国家所有,这必然会因不同国家所有权或财产权制度冲突而遭致反对。再者以目前之技术情势,企图分割隶属于本国大气环境容量资源可能更多的是仅仅停留在理论探讨层次 无实现之可能性 第二 各国排污权排污权交易实践并没有借助环境容

量这一概念。法律的真实生命不是逻辑,而是它要调整的社会现实。“环境容量并不是一个法律术语,而是环境科学的固有称谓。一般认为环境容量的概念首先是由日本学者提出来的,用来描述某一环境污染物的最大容纳量”。环境容量概念提出后并没有得到各国排污权实践的响应,美国、欧洲诸国排污权实践更多的是采用最大可允许排放量等概念(我国称之为排放总量)。最大可允许排放量和环境容量有显著区别:环境容量是科学测定结果,是一个环境科学概念。而最大可允许排放量则不同国别或同一国别不同利益团体相互斗争和讨价还价结果,更多体现为一个政治、经济和法律概念,理论上最大可允许排放量应以环境容量为基础,但在社会现实中,最大可允许排放量必须综合考虑各国经济现状,它可能参考抑或经常偏离环境容量所得出的数据;环境法律制度建构时对相关概念取舍虽有借鉴科学术语的良好初衷,但在实践中则是更多采纳不同利益冲突相互妥协且具有可操作性的法律概念。

排污权物权化希望通过找寻母权所有权的方式来论证排污权物权血统却颠覆了母权与子权关系,动摇了大陆物权制度所有权为核心的根基。它以强调所有权因占有或归属而获得的利益从而弱化了通过排污权交易而获得的利益之本来初衷,消解了排污权制度的目的。它通过物权债权二分法原理对排污权及其交易分别论述且施以不同规则,从而在排污权和其交易之间竖以制度篱笆。它通过环境容量这一环境科学术语而搭建的美丽的理论大厦也因大气环境容量资源的特殊情势和排污权实践采用其它更具有可操作性的法律概念而黯然失色。排污权物权化也许是大陆法系财产权理论困境的一个缩影。排污权物权化的困境告诉我们在情势复杂多变的今天,在财产权来源多元化、财产权性质综合化和财产权功能价值性和互易性日益增多的情况下,我们应跳出以所有权为中心而析出其它功能性权利,须在绝对之物权和相对之债权二元结构中寻找权利性质和通过直接支配获得利益的物权理论桎梏,在更开阔视野和更广泛领域内探寻排污权法律属性。

二、排污权法律属性的历史考察

排放权制度肇始于美国“酸雨计划”,故明确其法律属性应首先了解这个权利产生的历史过程。20 世纪 50 年代以降,工业化进程加速特别是以煤炭为主要能源的大规模使用,燃煤产生二氧化硫形成酸雨而引发环境问题频频发生,造成森林、湖泊、河流和建筑物等严重环境污染,甚至开始威胁人类身体健康。早在 20 世纪 60 年代经济学家戴尔斯在科斯定理基础上就提出了可交易排污权理论,并在加利福尼亚等州和部分污染物领域进行了实践^[7](第 23 页)。但 1970 年美国《清洁空气法》仍然借助更严格环境质量和最佳可得技术等传统命令控制手段因应酸雨问题。履行这些环境标准的巨额经济代价并未换来环境状况好转而是污染的持续恶化。传统管制手段失灵促使美国社会各界开始重新审视排污权理论。美国最大环境保护组织 EDF 开始寻求与政府或其它组织合作,探索利用可交易排放权来处理酸雨问题。1988 年当选总统布什宣誓要做“环境总统”,并选择酸雨污染作为优先处理环境问题,这样 EDF 与总统合作探索利用排放权市场机制保护环境摆上议事日程^[8](第 184 页)。布什总统希望 EDF 设计的可交易排放许可制度成为《清洁空气法》(修正案)的重要内容,但面临着两个挑战:第一个是如何确定排污权法律属性 and 对其进行分配;第二个就是是否设置二氧化硫排放最大可允许排放量作为交易制度组成部分。在后一个问题讨论过程中,包括国会、政府和非政府组织一致同意设置具有法律约束力的最大可允许排放量及其必要性,甚至认为它事关环境保护成败和创造稀缺资源市场前提,故第二个挑战却得到了最先解决。这样法案设计过程就把注意力放在第一个挑战上,由于 EDF 把此制度目标定位为经济效率和环境保护,这就不难理解他们强烈要求设计一个独立排它、可交易和安全性等呈现诸多财产权特征排放权作为法案中心内容。EDF 把这个权利叫做排放递减信誉(Emission Reduction Credits),为实际排放量和法定排放量之差额。法律提案送至布什总统后,这个权利名称从原来排放递减信誉改为可允许排放量(Allowance),并明确提出政府根据情况调整排污数量而不予补偿,实际上弱化了这个权利财产权属性。法案送交国会讨论过程中,很多国会议员对可允许排放量财产权属性法律地位表示担忧,特别是涉及到国家在未来对这种财产权利进行征收及随后补偿的可能性。因为按照美国宪法第五修正案规定对财产及财产权征收必须进行赔偿或

补偿。讨论中逐渐分野成两种不同意见,一派认可允许排放量私人财产权属性或者至少具有财产权部分内容,实力强大的所有环境非政府组织(EDF除外)认为可允许排放量不是财产权一种形式,“承认它的财产权地位将会对环境保护产生冲击。”“这里没有也永远不会有污染权利的存在。”最后通过的《清洁空气法》(修正案)认定可允许排放量是经行政许可之财产权,但法律不能保障政府不对这种财产权递减或没收。在送交参议院表决时又附加了条款:“这种可允许排放量并不构成一个财产权。”^[9](第345-347页)之所以做出这样规定是保护政府可以征收、没收或递减(消减)可允许排放量而不需要进行任何补偿。支持者包括EDF和至少三个诺贝尔经济学家都认为可允许排放量脆弱的财产地位会对交易市场正常运行产生威胁。为了消除经济学家和排污者顾虑,国会强调他们会保证这种新排污权的排它性和安全性。参议院在随后一份报告中提出,尽管拒绝可允许排放量财产权地位,但仍然希望在二氧化硫交易中创造一种新的“经济商品”,相关法律会明确可允许排放量的流通功能以保护其经济价值。从EDF法案到正式成为法律,尽管可允许排放量并没有完全成为一种新的财产权制度,不受宪法第五修正案保护,但国会还是明确它具有财产权部分属性^[10](第377页)。

气候变化作为“人类共同关切之事项”使GHGs排放控制一开始就需要国际合作。随着《气候变化框架公约》等一系列条约协定签署,“共同而又区别责任原则”^[11](第655页)。被用来要求各国承担法律义务之基本法律原则,设计何种权利义务制度来贯彻这个原则一直是热门话题。与先前美国单独设计排污权历程不同,参与各方对设计一个什么性质权利心存忌惮。一方面是因为各国法律制度和法律文化传统迥异,对设计这种权利属性及相应交易规则理解可能南辕北辙,另一方面可能更为重要的是权利设计讨论主要是针对排放递减压力和减排责任承担而不是关于积极排放权利设计,尽管这种区别完全是语义上的(因为任何数量上排放递减都会导致排放权利减少),但这种区别仍有特别重要意义。如果说酸雨计划中权利设计更多着眼于财产利益获得和安全交易的话,那么GHGs排放权利设计则更多带有分配排放责任或压力。各国政府代表和国际机构举办多种会议处理企图处理这个棘手问题,有关排污权属性引发激烈的争论:一些团体认为需要设计具有一定期限、具有排它效应和适合全球交易排放权利;一些团体质疑授予永久排放GHGs权利道德正当性和法律可行性,另一些团体则对发达国家提出的可以购买发展中国家排放权利而隐隐不安。发达国家之间也存在分歧,其中美国旗帜鲜明要求按照本国1990年“酸雨计划”制度模型,设计一个可交易和具有约束力排放权利制度,所有国家都应当加入这个交易体系中。欧盟一些国家认为美国为了满足自己排放目标而从贫穷国家购买可允许排放量是不道德的。根据平等原则每一个发达国家都应当首先在其国内进行排放量递减及交易,对各国之间排放权交易应严格限制或至少与国内交易有所区别。结果就导致发达国家之间和其与发展中国家之间补充制度(清洁发展机制和联合履约机制)产生,国别之间排放权利交易必须伴随着国内同时递减行动。另一个争论要点就是排放权安全性问题,多次谈判都把问题集中在美国“酸雨计划”中设计的可允许排放量安全性程度和永久性,最后达成排放权递减数量应该有安全保障和具有可测量性,以便有效促进排放交易。尽管讨论始终没有对排放权做出一个明确法律界定,但明确了这个权利像什么,以及它呈现可交易、可测量和需要安全保障等诸多特点,而这也正是控制气候变化制度本身所需要的。需要指出的是,2007年美国东北十个州签订控制温室气体排放协议中,在涉及排放权性质时再次明确提出是受行政管理排放许可交易,不构成财产权。《欧盟排放交易指南》回避了排放权性质问题,但仍然指出欧盟可允许排放量法律概念(EUAs),认为它赋予权利拥有者在一定期限内排放二氧化碳的权利,它们可以在欧盟范围内交易,并接受行政当局适当监管^[12](第44页)。

三、排污权法律属性的当代观察

排污权属性的最大争议就在于它是否是财产权,是否受私法保护?作为一个古典法律概念。财产或财产权长期被视为私法领域研究的重要内容,应有意思自治主导的私法调整,而尽可能的禁止公权力对其干涉^[13](第77页)但在进入现代商业社会和福利时代后,财产权日益发生了改变,出现了非物质

化的财产,通过私人合意改造出来的财产,政府公力制造出来的财产,财产的类型、内容和效力都明显不同于以往,于是,人们开始重新思考财产权的性质。在对财产权性质的讨论中,美国学者 Reich 提出了“新财产权”理论^[14](第 733 页)。新财产权的提出根源于政府供给的增长,政府供给以及相伴随的法律制度的兴起,增加了政府的权力,侵蚀了个人的独立性,甚至会购买到公民宪法性权利的放弃。因此,要对政府供给这种财富以财产权的形式,加以宪法、实体保障和程序保障。“财产权被分解为一系列不连续的部分……它们之间互不联系,没有共同语言,原来起源于物品所有权概念上的法律上的财产权的含义,在法学和经济学上的一般理论框架中并没有获得统一的概念。发达资本主义经济和法律结构迄今以来的现实表明,对它的设计和操作可以根本不用‘所有权’这一概念。”“新财产权”理论的提出对传统的财产权观念产生了巨大冲击,也对我们认识排污权法律属性提供了新的视角。

第一,排污权产生具有特殊性。传统财产权产生来源可能基于法律的明确规定或当事人之间的合意,物权法定和契约自由可能是其中的生动写照。但随着公法私法化和私法公法化的现象的出现,“政府管制下的市民社会,民法上的私权利不再是权利主体可以自由行使的私权,政府公权的行使也不完全在所有场合下都是公权力”^[15](第 35 页)。研究当代财产权的公私法性质定位成为当代财产权体系构建过程中不可回避的重要问题,但事实上这种超越公、私法体系的定位具有相当大难度。排污权就是这样一种权利,它没有法律对其私权属性的明文规定,也没有因当事人的合意而自然产生。它必须依赖政府而产生,并且直接源于政府,故与所有权无直接关系。排污权既可以视作是政府的权力,也可以视作当事人的权利,从不同的视角观察,其意义完全不同。作为政府的权力,它展现的是政府作为公共利益代表行使法律赋予的权力,它以行政许可的方式将权利赋予排污者。许可本质上是政府的管制行为,因此许可的内容本身并不具有财产内容,它不是民法上的财产。但许可本身为被许可人创造了一种“事实上的财产权”^[16](第 57 页)。它具有一般财产权的合理内核,即具有一定经济价值且可以排他的享有^[17](第 24 页)。排污权也可以视作当事人的权利,在一定程度上展现当事人的个人意志。它为当事人带来财富或利益提供了可能性。当事人可以根据自己意志将这种可能性转化为现实性,当事人可以将其贮存,以利未来的扩大生产;也可以将其出售,以获取增殖利益;还可以将其质押或抵押,发挥融资功能。排污权这种权力和权利的双重属性使其很难简单将其纳入公法体系或私法体系予以分别构建,简单的认定其为公权或私权也有失偏颇。

第二,排污权保护具有特殊性。法律上对传统私有财产权的保护主要分为“不得侵犯”“积极保护”和“征收征用的补偿”三个层面。而排污权产生于政府,来源于政府,故对其的保护显然与传统财产权不同。法律对排污权的保护主要有二个层面:一方面是免受公权力的不当侵犯。“这是一种直接界定和给予的财产权,而不仅仅是提供一种外在保护的财产权。”^[18](第 29 页)因为排污权来源于政府,故排污权会受到政府侵犯的风险,因此制定相应的行政程序法对排污权进行法律保护就成为当务之急。现有法律虽然明确规定政府可以征收排污权而不予以补偿,但同时也明确了行政机关对行政许可作出不利于相对人的变更、撤销或撤回的决定,应保障相对人有听证的权利。以便当事人有机会对排污权可能带来的财产利益进行保护;另一方面是排污权的公平分配。排污权来源于政府许可,因此分配排污权便成为政府的重要职责。在排污权分配方面,效率优先和公平优先都有可能是政策选择。通过既往的排污权分配历史可以看出,都没有单独采用免费分配或是拍卖方式,而是将两种或几种分配方式进行有机结合。有关排污权初始分配命题将另文论述。

[参 考 文 献]

- [1] 马骏驹,梅夏英:《财产权制度的历史评析和现实思考》,载《中国社会科学》,1999 年第 1 期。
- [2] 高利红,余耀军:《论排污权的法律性质》,载《郑州大学学报(哲学社会科学版)》,2003 年第 5 期。
- [3] 崔建远:《准物权的理论问题》,载《中国法学》,2003 年第 3 期。
- [4] 邓海峰 罗丽:《排污权制度论纲》,载《法律科学(西北政法学院学报)》2007 年第 6 期。

[5] 邓海峰:《环境容量的准物权化及其权利构成》,载《中国法学》,2005 年第 4 期。

[6] 王 曦:《国际环境法》,北京:法律出版社 1998 年版。

[7] Libecap, Gary D. 2008. “Property Rights in Environmental Assets: Economic and Legal Perspectives” *Arizona Law Review* (Summer).

[8] Keohane, Nathaniel O. & Sheila M. Olmstead. 2007. *Markets and the Environment*. New York: Island Press.

[9] Tietenberg, Tom. 2006. Tradable Permits in Principle and Practice. *Penn State Environmental Law Review* (Winter).

[10] Carbon, Button, Jillian. 2008. “Commodity or Currency? The Case for an International Carbon Market Based on the Currency Model.” *The Harvard Environmental Law Review* 32.

[11] 汪 劲:《环境法学》,北京:北京大学出版社。2006 年版。

[12] Ellerman, A. Denny. & Barbara K. Buchner Carlo Carraro. 2007. *Allocation in the European Emissions Trading Scheme*. London: Cambridge University Press.

[13] [英] 洛 克、叶启芳:《政府论》下 瞿菊农译,北京:商务印书馆 1964 年版。

[14] Reich, Charles A. 963—1964. *The New Property*, Yale.

[15] T. C. 格雷:《论财产权的解体》,载《经济社会体制比较》1994 年第 5 期。

[16] 波斯纳:《法律经济分析》,蒋兆康译,北京:中国大百科全书出版社 1997 年版。

[17] 高富平:《浅议行政许可的财产属性》,载《法学》2000 年第 8 期。

[18] 高基伟:《政府福利、新财产权与行政法的保护》,载《浙江学刊》2007 年第 6 期。

(责任编辑 车 英)

On the Emission Rights

Wang Qingjun

(School of Politics & Law, Central China Normal University, Wuhan 430079, Hubei, China)

Abstract: The transformation of emission rights to real right attempts to prove the real right of emission right by searching for means of ownership of matriarchal rights, but it actually subverted the relationship between matriarchal rights and son’s rights, and wavers the foundation of property system in civil law, which regards the ownership as the very core. Its charming theoretical building based on environmental capacity, one term in environmental science, became eclipsed because of the special condition of air environment capacity resources and the application of other more workable law concepts in reality. As a strategic means to control pollution, the existing laws of various countries neither make clear nor shun the legal property of property right of emission rights, but approve its property right characteristics within administrative permission, such as exclusiveness and exchangeability. The putting forward of new property theories make people reconsider the legal feature of dumping rights: first, it owns the reasonable core of property interest and the exterior property of administrative permission, and bridges over the fields of public powers and private rights; second, to protect emission rights, we need to prevent the improper invasion of public rights, and also important is a fair initial allocation of emission rights by the government.

Key words: ownership; environmental capacity; allowance; permit; fair allocation