

碳排放配额分配的法律属性与法律控制

王清军

摘 要 碳排放配额分配在碳市场交易制度体系中处于承前启后的枢纽地位,具备促进分配正义、实现激励相融等复合功能。传统行政行为理论范式之下的行政许可说、行政确认说等,要么针对配额分配的起始节点进行判断,要么面向配额分配的结果节点进行判断,不能完全涵盖配额分配活动全貌。分配行政理论虽然呈现了利益或负担分配的基本样态,但其与配额分配属于不同范畴,故不宜将配额分配纳入分配行政予以定位。配额分配主要是指由设定配额总量、确定重点排放单位、制定和执行配额分配方案等组成的多阶段、复合性行政活动。在行政过程论范式之下,碳排放配额分配分别呈现出内部行政行为、抽象行政行为、行政事实行为和具体行政行为等不同法律属性,需要分别从创设依据、优化程序设置以及完善救济机制等方面对不同属性的配额分配活动施以相应法律控制。

关键词 碳排放配额分配;行政许可;行政确认;分配行政;生态环境保护;绿色低碳发展;“双碳”目标

中图分类号 D912.1;D912.6 **文献标识码** A **文章编号** 1672-7320(2025)04-0158-12

基金项目 国家社会科学基金项目(23BFX191)

气候变化已经成为人类经济社会发展面临的最大的全球性挑战,因为它不仅直接影响生态环境的可持续性,还深刻影响着经济、社会乃至国家安全。于此背景之下,各国乃至国际社会纷纷采取政策、法律等措施予以应对。在应对气候变化的进程中,中国提高国家自主贡献力度,郑重确立了2030年前碳达峰、2060年前碳中和的“双碳”目标。实现“双碳”目标是贯彻新发展理念、构建新发展格局、推动高质量发展的内在要求,更是党和国家统筹国内国际两个大局作出的重大战略决策。为了有效落实“双碳”目标,中国将应对气候变化上升为国家战略,纳入生态文明建设整体布局 and 经济社会发展全局,加强各项顶层设计。其中,构建规范、统一的碳市场交易制度逐渐成为极为重要且不可替代的内容。一方面,它通过明确设定交易市场覆盖范围内的碳排放配额总量并自上而下层层分解碳排放配额,将碳排放行为有序纳入管控范围,从而控制、减少碳排放,积极稳妥推进“双碳”目标实现;另一方面,它通过创建受行政管制的碳交易市场,借助市场机制特有的激励机理,让碳排放重要贡献者和其他利益相关者获得必要的利益满足,同时也让全社会能够以较低成本实现“双碳”目标。在经历了十多年地方试点的基础上,中国碳交易市场体系不断推进。2020年,生态环境部颁布了《碳排放权交易管理办法(试行)》《碳排放权登记管理规则(试行)》和《碳排放权交易管理规则(试行)》等系列规则体系;2021年7月,以发电行业为突破口,中国正式建立了全国统一碳交易市场;2024年1月,国务院颁行《碳排放权交易管理暂行条例》(以下简称《条例》),正式建立了碳市场交易制度;与此同时,中国启动了温室气体自愿减排交易市场,碳市场交易制度的规范化也迈上了快车道;2024年7月,党的二十届三中全会提出要健全碳市场交易制度。如何实现碳市场交易制度法治化发展,逐渐成为理论研究和法治建设面临的时代命题。

一、碳排放配额分配的制度功能

在碳市场交易制度体系中,碳排放配额分配(以下简称为配额分配)的地位较为特殊。所谓配额分配,是指政府生态环境主管部门依照法律法规规定或者授权要求,将所设配额总量逐一发放给重点排放单位的系列活动,以及活动产生的各种关系的总称。配额分配前端联结着国家温室气体排放控制目标和“双碳”目标(以下简称“控排目标”),后端通向碳排放权交易市场,发挥承前启后的枢纽作用。通过配额分配这一关键性制度安排,控排目标才能“自上而下”层层分解到重点排放单位手中;借助配额分配这一规范化制度安排,重点排放单位原始取得碳排放权,为其通过市场机制获取正当利益提供了内生激励。凭藉配额分配制度机制运行内在机理,重点排放单位需要履行配额清缴义务,“自下而上”落实控排目标。

配额分配具有复合制度功能,这主要有两方面的含义。

其一,促进分配正义。一旦设定配额总量,重点排放单位之间彼此进行的就是典型博弈。于重点排放单位而言,这种典型博弈担当着分配正义的实现机制。虽然配额分配主要是在生态环境主管部门与重点排放单位之间建构法律关系,但有可能使重点排放单位之外的第三人或社会遭受侵害^[1]。于第三人或社会而言,关注分配正义应属本来之义。各国实践表明,配额分配方法包括基准法、历史排放法等免费分配方法和固定价格出售、拍卖等有偿分配方法。依据基准法,重点排放单位所获配额数量取决于其以经济增长为核心的社会贡献水平^①。依据历史排放法,重点排放单位所获配额数量取决于其在既定时期的碳排放“贡献量”。依据固定价格出售或者拍卖法,重点排放单位凭藉一定对价支付获得相应配额数量,支付价格与该重点排放单位的社会贡献度在一定程度上具有通约性^[2]。可见,无论采用免费分配方法或者有偿分配方法,配额分配均体现出贡献应得原则。在贡献应得原则之下,配额分配没有损害重点排放单位的既得利益,却又增加了新的利益。与此同时,配额分配构成落实控排目标的策略性工具,围绕控排目标进行配额分配意味着配额分配活动能够增进或维持社会公共利益,弥合个体利益与社会公共利益之间的张力。重点排放单位与社会均“得到了应得之物”^[3],足可见配额分配能够促进分配正义。

其二,实现激励相容。研究表明,法律权利义务构成了激励机制的核心要素^[4]。权利主体通过依法行使权利而使利益得到满足,这体现为一种正向激励。权利主体需要依法履行作为或者不作为义务,鉴于履行义务意味着利益付出,故可体现为一种负向激励。若权利主体行使权利、履行义务之结果与政策制定者或立法者的控排目标相契合,就会带来激励相容效果。分配实践显示,配额分配引发了两个法律后果:一是重点排放单位依法获得了碳排放权,二是重点排放单位履行相应的配额清缴义务。碳排放权、配额清缴义务成为调节重点排放单位生产经营活动的两个杠杆。借助这一权利义务机制的内在运行机理,迎合、唤醒重点排放单位追求利益获得最大化或者利益损失最小化的自然本性,改变重点排放单位生产经营活动方式或者未来发展策略。通过利益满足或者利益付出与否引导人们改变行为选择,这在带给包括重点排放单位在内的个人利益需求满足之同时,也使整个社会以较低的控排成本实现控排目标。这表明配额分配能够带来激励相容的效果。

为了有效实现配额分配的上述复合制度功能,需要将配额分配纳入法治化发展轨道,以便形塑出一种规则化的制度安排^[5],对生态环境主管部门配额分配权力施以法律约束,对重点排放单位以及其他参与主体的合法权益予以法律保护。易言之,配额分配法治化是有效实现配额分配制度功能定位的必由之路。《条例》生效之后,如何认识并准确界定配额分配的法律属性,相应进行配额分配的法律控制遂成

① 生态环境部《2021-2022年度全国碳排放权交易配额总量设定与分配实施方案(发电行业)》采用了基准法。计算公式为:配额量=供电基准值×机组供电量×修正系数+供热基准值×机组供热量。可以看出,在同样年度基准值之下,实际供电量、供热量越大,所获碳排放配额就越多。其中,基准值反映重点排放单位对碳减排的贡献,实际产出量反映重点排放单位对社会经济增长的贡献。

为配额分配制度法治化发展的核心议题。

二、碳排放配额分配的法律属性

虽然政府生态环境主管部门主导配额分配得到了实定法认可^①,但学理和实践均并未把配额分配视作一类典型行政行为加以研究或对待。配额分配法治化发展的首要任务在于明确配额分配的法律属性。

(一) 配额分配属性界定的典型学说及其不足

传统行政行为范式之下的行政许可说、行政确认说均试图将配额分配纳入各自范畴,新近出现的分配行政理论也能揭示配额分配的若干特质,但它们在配额分配属性界定中均存在不足之处。

1. 行政许可说及其不足

这种观点认为配额分配属于一种行政许可^[6]。一般而言,行政许可的特征包括,许可法律关系主体主要包括行政主体和行政相对人,内容上属于授益性行政行为,形式上呈现依申请行政行为、要式行政行为等。“几乎所有管制事项都可以通过对《行政许可法》第12条的扩大解释找到依据。”^[7]故将配额分配定位于行政许可具有解释空间。一是“行政许可说”契合了配额分配起始节点的行为特质,且参考了排污许可的成熟经验^②。二是将配额分配定位为行政许可之后,碳排放权的行政特许权地位就水到渠成^[6],聚焦行政特许权的法律保护就会应运而生。三是配额分配也契合行政许可的形式特征。比如生态环境主管部门将排放配额分至重点排放单位,需要以书面方式正式作出通知,这显属一种要式行政行为。

但将配额分配定位于行政许可,也有不周之处:一是难以将其解释成一种授益性行政行为。分配实践表明,生态环境主管部门通过免费分配方法发放排放配额,并不意味着赋予重点排放单位一定利益或免除其一定义务^[8]。当且仅当实际排放量小于分配配额的情形出现时,重点排放单位才有获得一定利益之可能。生态环境主管部门通过有偿分配方法发放排放配额,重点排放单位不仅不能获得一定利益,相反却需支付一定的利益对价。更重要的是,无论免费分配方法或有偿分配方法,重点排放单位不仅不能免除义务,相反却需要履行配额清缴等法定义务。可见,行政许可说不能有效回答配额分配为何缺乏授益性行为之实质。二是难以将其理解为依申请行政行为。如前所述,行政许可属于一种依申请行政行为,无申请则无许可。实定法规范和分配实践均表明,重点排放单位所获排放配额是由生态环境主管部门根据预先制定的配额分配方案逐一发放的。可见,重点排放单位并非需要通过申请方式获得排放配额。

需要注意的是,为了优化营商环境,中国已经建立了行政许可清单制度。“清单之外一律不得违法实施行政许可。”^③截至目前,配额分配并未纳入“行政许可清单”之中。这表明,将配额分配定位于行政许可可能存在体制性障碍。

2. 行政确认说及其不足

行政确认说提出将配额分配定位为行政确认^[9]。所谓行政确认,是指行政主体确定、认可和证明(或否定)行政相对人权利或者具有法律意义的资格^[10],其特征包括:一是要式性。即行政主体应当采用书面形式且按照固定格式作出,以便保证结果的公信力。二是证明性。行政确认旨在明确法律地位、法律资格或者权利义务,以便固定法律关系和定分止争。三是中立性。只有结合具体的行政确认事项,才能判断行政确认具有受益性还是负担性。四是阶段性、中间性和预备性。行政确认一般会和其他行政行

① 我国配额分配权力早期由国家发展与改革部门主导行使。2018年国家机构体制改革之后,这一权力转由国家生态环境主管部门主导行使。《条例》进一步确立了生态环境主管部门的主导地位。

② 我国行政管理或执法实践多把碳排放纳入排污许可进行管理。比如2022年河北省生态环境厅发布《关于将碳排放控制要求纳入排污许可管理的工作通知》。

③ 详见《国务院办公厅关于全面实行行政许可事项清单管理的通知》(国办发[2022]2号)。

为关联在一起,“具有阶段性、辅助性、预备性”^[11]。应当说,行政确认的要式性、证明性、中立性、预备性等特征能够大体上勾勒出配额分配的部分属性。比如要式性、证明性彰显了对配额的排他性占有、选择性使用等权能,能够预防和减少纠纷,降低制度交易成本;中立性能够描述重点排放单位原始取得碳排放配额并非获得一定利益,唯有结合分配方法和排放结果,才能判断获得利益与否。由是如此,以至有学者提出:“较之行政许可定性而言,将配额分配定性为行政确认具有更大的理论优势,不存在无法解释的矛盾,也不存在实践上的困扰。”^[19]

然而,将配额分配定性为行政确认,也有不完备之处:一是不能涵摄配额分配活动整个过程。结合《条例》第6-9条的系列规定,可以看出配额分配是由设定配额总量、确定重点排放单位、制定和执行配额分配方案等不同阶段系列活动共同构成。上述不同阶段之间层层推进,系列活动之间环环相扣。不同阶段产生迥异的法律关系,不同活动带来差异化法律效果。行政确认说“锚定”了配额分配的结果节点,此举虽然确认了碳排放权,能够有效保障后续的市场交易,但将配额分配不同阶段系列活动视作一个单一的行政确认行为,无法有效涵摄设定配额总量、确定重点排放单位、制定配额分配方案等专门活动,也就无法从整体上把握配额分配之全貌。二是对配额分配结果节点的判断也稍显单薄。配额分配并非仅仅产生单一法律效果。比如深圳碳排放配额分配规范规定^①,生态环境主管部门可以进行配额分配,也可以实施配额预分配,甚至可以储备一定比例的配额。前述储备配额等裁量性行政权的行使行为显然无法借助行政确认予以定位。另外,围绕配额分配结果节点建构的法律关系,多以生态环境主管部门组建或者授权运营的公共服务平台为中心,需要重点排放单位、技术服务机构、登记机构、交易机构等多主体共同参与,故是一种复合性法律关系^[12]。这与传统行政确认说强调的单一法律事实、单一法律地位确认,以及行政主体与行政相对人两者关系等存在差异明显。

3. 分配行政说及其不足

配额分配是否能够纳入分配行政予以定位呢?所谓分配行政,是指在资源有限和利益交叉社会背景之下,行政主体对不同私人的利益与负担进行分配。分配行政勾勒了现代行政调整利益冲突,配置有限资源的基本样态^[13],成为现代行政的基本结构^[1]。分配行政的特征包括三个方面,一是具有理论性。与行政许可、行政确认等具体行政行为秉持的型式化、可操作性等不同,分配行政是与“现代行政任务变迁相适应的,(在不严谨的意义上)宏观的、事关行政的现代性的一种理论观念”^[13]。二是具有发展性。作为与古典行政进行功能性区分的一个现代行政概念,分配行政正处于形成发展之中,理论框架体系尚未完全搭建完成。三是具有特定指向性。分配行政旨在强调对第三人予以保护^[14]。在稀缺公共资源如何实现公平合理分配的议题上,分配行政发挥着强大的理论指导功能。正是在分配行政理论指导下,配额分配拓展了公共服务平台功能,科学规划了控排目标之下的经济社会发展路径,防范和应对着气候变化风险。

然而,将配额分配纳入分配行政予以定位,也有不妥之处:(1)两者处在不同范畴层次。分配行政属于“中观”意义上的概念范畴,具有理念性、抽象性等特质,而配额分配属于多维度的实践性概念,强调可操作性,可见分配行政与配额分配处于不同范畴层次。若将配额分配纳入分配行政予以定位,不仅降低了分配行政的理论统摄力,也会弱化配额分配的可操作性。故分配行政宜作为配额分配的上位概念而存在。(2)两者指向存在差异。如前所述,分配行政旨在实现对行政相对人之外第三人的专门保护,甚至开始探讨分配行政中第三人公法权利的识别规则^[15]。但就配额分配而言,除了强调对分配权施以约束和关注重点排放单位的合法权益保护之外,尚未发展到对第三人利益保护的特别关切^②。

总之,行政许可说、行政确认说关注起始或结果的“单一节点”,并据此进行配额分配属性的判断,无

① 2022年颁布、2024年修正的《深圳市碳排放权交易管理办法》建立了排放配额预分配制度。

② 这并不意味着配额分配无需对第三人利益予以保护,相反,未来需对第三人利益予以高度关切。

法涵括配额分配活动之全貌。当下,我们迫切需要对这种考察起始或结果“单一节点”的合法性及妥当性进行必要反思。这充分表明,经典行政行为理论“记忆库”已不能容纳行政过程的所有行为,无法应对日益复杂的行政活动。另外,将配额分配纳入理论性的分配行政中予以定位不具有可行性。

(二) 行政过程论范式下配额分配的法律属性界定

随着配额分配实践变化与相关行政任务更新,一个复杂的行政过程不仅仅只有行政行为,可能还包括其他行为形式,而且同一行政过程中各种行为之间存在关联性^[16]。传统以行政行为为中心的概念范畴体系开始凸显出诸多缺陷^[17]。日本法学者远藤博也、盐野宏等在借鉴“公共行政理论”“二阶段理论”等理论的基础上提出行政过程论^[18](P272-273)。行政过程论认为,行政活动是由多个阶段性行政方式和法律关系联结而成的,主张对行政过程性行为或程序性行为予以格外关注。国内学者江利红教授指出,行政过程论就是对行政活动进行全面和动态分析,其中,全面分析旨在拓展行政法研究的范畴,给予备受冷遇的内部行政行为、未型式化行为等一定的关注;动态分析意指考察行政过程中各种行为形式和行为内部诸多环节之关联性^[19]。行政过程论主张对行政活动进行整体、动态考察,能在一定程度上破除传统行政行为理论框架下新型行政活动合法性控制不足之难题^[20],故受到部分学者青睐。

鉴于配额分配是由设定配额总量、确定重点排放单位、制定并执行配额分配方案等不同阶段和系列活动所组成^①,而行政过程论能够对复杂的行政活动予以全面和动态分析,故可引进行政过程论理论范式。沿着“设定配额总量(分配什么)——确定重点排放单位(分配给谁)——制定和执行配额分配方案(如何分配)”的行为逻辑,从细节上认识配额分配不同环节的内部构造,从系统上考察配额分配多个行为之间的内部关联性,从整体上还原配额分配活动之全貌,最终实现了对配额分配法律属性的准确界定。

1. 设定配额总量的法律属性

设定配额总量最早源于对海洋渔业资源的管制措施,后来逐渐扩展到对所有稀缺性公共资源的一般性管制。其基本路径为,设定一个公共资源总量的确定上限,该总量代表一定时期内所能达到或实现的特定目标,然后要求政府为实现这一特定目标而采取各种可能的行动措施^[21]。设定配额总量是指生态环境主管部门单独或者会同相关职能部门,综合考量控排目标、产业发展政策、不同行业减排潜力、历史排放情况以及市场供需等因素,拟定待分配的碳排放配额总量,并报相应政府予以批准(备案)的行政活动。所设的配额总量代表着一定时期碳排放权市场机制覆盖范围内所能实现的控排目标。既然设定配额总量是由生态环境主管部门主导行使,表明这属于一项行政活动。设定配额总量过程中需要征求下级政府、企业事业单位、专家和公众意见,说明这一项行政活动附有程序性规则要求。设定配额总量需要统筹考量实现控排目标、产业政策发展等系列因素,说明这一项行政活动具有事实和价值交织、科学与政策融合等诸多特征^[22]。

行政过程论范式之下,设定配额总量的法律属性属于抽象行政行为之下的行政规范性文件制定行为。主流观点认为,抽象行政行为具有针对对象不特定性、普遍约束力、反复适用性等特征^[23]。设定配额总量并未涉及重点排放单位具体的权利义务,其法律效果就是面向不特定多数人而产生普遍约束力,且在一定期限内被反复适用。就此而言,设定配额总量可以纳入抽象行政行为范畴予以定位。在抽象行政行为这一定位之下,需要进一步甄别设定配额总量究竟属于行政法规、部门规章还是规范性文件的制定行为。前已论及,配额总量设定权是由生态环境主管部门行使的,政府和政府职能部门具有不同法律定位,故不宜将其纳入行政法规制定行为予以定位。那么,设定配额总量是否属于一类部门规章制定行为呢?既有研究表明,部门规章制定行为属于“执行性立法”范畴。但设定配额总量由于新设了一个配额总量,具有“创制性立法”而非“执行性立法”之特质,故也不宜将其纳入部门规章制定行为予以定

① 2024年《碳排放权交易管理暂行条例》将配额分配权力配置给设区的市级以上政府生态环境主管部门,故本文不讨论“谁来分”议题。

位。使用排除法可知,既然设定配额总量既非行政法规制定行为,也非部门规章制定行为,那么只能将其视为一类行政规范性文件制定行为。

2. 确定重点排放单位的法律属性

设定配额总量之后,下一步是将所设配额总量分配给一类特殊的行政相对人——重点排放单位。确定重点排放单位具有重要的规范性意义,于国家或特定地区而言,控排目标能否实现、如何实现以及实现程度,均与确定重点排放单位的数量、产业结构和地理分布等息息相关。需在经济社会发展可承受程度之内,最大限度地碳排放权市场交易机制覆盖范围内温室气体排放量大的排放单位一体化纳入重点排放单位名录(名单)之中;于排放单位而言,是否被纳入重点排放单位名录,既是对其既往碳排放行为事实的法律评价,也是其借助市场机制获得利益可能性或减少利益付出的重大行为选择;于交易市场而言,需以较低减排成本实现控排目标为主线,统筹重点排放单位数量、结构以及地理分布等,探索多元与一体结合的重点排放单位确定路径,实现维持市场秩序与保证市场活力的相对均衡。梳理《条例》和试点地区法规规范可以看出,确定重点排放单位的一般路径为,首先制定重点排放单位确定条件,即生态环境主管部门单独或者会同其他相关职能部门,为一定基准年度内温室气体排放量达到一定二氧化碳当量的排放单位赋予重点排放单位准入资格^①;其次制定重点排放单位名录,即地方生态环境主管部门依据重点排放单位确定条件,将本行政区域内一定年度内符合/不符合重点排放单位确定条件的排放单位调整进/调出名录并依法予以公开的行政活动。

在行政过程论范式之下,可以将确定重点排放单位分成三个不同阶段分别予以属性判断。

第一,制定重点排放单位确定条件属于一类规范性文件制定行为。由于这一行为是立足排放单位温室气体排放行为事实的价值判断,面向不特定多数人发生法律效力,且能够在一定期限内反复使用,因而宜纳入抽象行政行为之下的行政规范性文件制定行为予以定位。

第二,制定重点排放单位名录属于一类规范性文件制定行为。重点排放单位名录的规制对象是重点排放单位。于一个个具体重点排放单位而言,名录所列重点排放单位似乎是特定、具体或者不变的,但真实情形并非如此。地方政府生态环境主管部门依据一定条件制定重点排放单位名录时,需要从本行政区域内所有“不特定”排放单位中,依据该条件甄别、筛选符合条件的排放单位,尔后通过名录方式将“不特定”排放单位具化为“特定”重点排放单位。可见,制定重点排放单位名录针对的对象是本行政区域内不特定的排放单位而非特定具体的重点排放单位。重点排放单位名录制定之后,需要向社会公众公布,才能产生“强制”重点排放单位履行法定义务之效果^[24]。就此而言,制定重点排放单位名录对不特定多数人产生普遍约束力,且在一定期限内被反复使用,也宜纳入抽象行政行为之下的行政规范性文件制定行为予以定位。

第三,公布重点排放单位名录属于一项行政事实行为。按照《中华人民共和国政府信息公开条例》的规定,重点排放单位名录公开行为可以解释为生态环境主管部门依法履行相应的政府信息公开职责。由于这一行为主观上不具备引发重点排放单位权利义务产生、变更或消灭之意思表示,客观上也无造成重点排放单位权利义务产生、变更或消灭之法律效果,故属于一种行政事实行为。

3. 制定和执行配额分配方案的法律属性

这一阶段主要是由两个连续性行为组成:一是制定配额分配方案,是指上级政府生态环境主管部门依法明确分配方法、配额发放、配额清缴、重点排放单位合并分立以及关停情况处理等专门性行政活动,这一活动构成配额分配的核心。二是执行配额分配方案,是指下级政府生态环境主管部门依据业已确立的配额分配方案,将碳排放配额逐一发放给重点排放单位的行政活动,这一阶段的法律效果是重点排

^① 比如2022年颁布、2024年修正的《深圳市碳排放权交易管理办法》第十条规定,基准碳排放筛查年份期间内任一年度碳排放量达到3000吨二氧化碳当量以上的碳排放单位可以作为重点排放单位。

放单位依法获得了碳排放权。

在行政过程论范式之下,这一阶段的行为属性可分别判断如下:(1)制定配额分配方案属于一类规范性文件制定行为。配额分配方案制定行为的规制对象是所有重点排放单位,以及数量众多的利益相关者。配额分配方案对包括重点排放单位在内的所有利益相关者具有普遍约束力,且在一定期限内能够被反复使用,同理可将其定位为一类特殊的规范性文件制定行为。(2)执行配额分配方案属于以行政确认为主导、非型式行为为辅助的复合性具体行政行为。在执行配额分配方案活动的过程中,生态环境主管部门与本行政区域内的重点排放单位之间建构了具体配额分配法律关系。实践中,这一活动主要通过国家或者地方碳排放权登记系统进行,故该系统中注册登记的分配配额就是重点排放单位依法持有碳排放权的唯一法律凭证。可将配额分配方案执行行为定位为“以行政确认为主导、其他非型式行为为辅助的复合性具体行政行为”。

制定配额分配方案与执行配额分配方案虽然法律属性不同,但关系非常密切。前者构成后者的执行根据,后者是前者的具体化展开。行政法学理上将这种关系称为“多阶段行政程序”,即不同程序之间系以行政处分作区隔,形成多阶段行政程序与复数行政处分之组合关系。但在国家和试点地区配额分配实践中,设定配额总量、确定重点排放单位、制定配额分配方案被“一并打包或捆绑”处理而成为配额分配“操作指南”^①。这一惯常做法尽管将原本存在紧密关系的制定配额分配方案和执行配额分配方案进行了适度区隔,但也契合行政过程论的分析范式。因为在行政过程论之下,设定配额总量、确定重点排放单位、制定配额分配方案等行政活动,均属于抽象行政行为之下的特殊性行政规范性文件制定行为,将具有相同法律属性的行政活动纳入一体化规制体系符合行政效能原则。制定配额分配方案和执行配额分配方案存在前后承继的密切关系,但前者属于一类规范性文件制定行为,后者属于一类复合性具体行政行为,两者在行为主体、行为内容、行为效果以及是否接受司法审查上具有较大差异,将两者予以适当区隔也无任何理论障碍。

三、碳排放配额分配的法律控制

配额分配产生了显著的法律效果。一方面,它在特定情形之下与行政许可类似,相当于设置了一定准入门槛,排放量没有达到一定基准条件的排放单位无法从事某类特定活动。另一方面,它为重点排放单位获取利益或履行义务提供了可能性,构成生态环境主管部门行使行政指导、行政处罚、行政检查等法定职权的法律支撑。鉴于此,需在配额分配属性界定基础上,对配额分配重要阶段或关键环节的法律依据、程序设置等实施必要法律约束,并提供相应的法律救济渠道。

(一) 确立配额分配的设定依据

毋庸讳言,配额分配制度机制在不同阶段、系列活动中均应在法治轨道上运行。需要进一步追问的是,配额分配设定依据的法治载体是什么?从试点地区来看,这一载体包括地方性法规、地方政府规章^②;从国家层面来看,早期为部门规章,现在是行政法规^③。就此得出的初步结论是,中国配额分配设定依据存在多元性,甚至不乏一定随意性。遵循“在法治轨道上全面建设社会主义现代化国家”之要求,亟须强调配额分配设定依据的规范性。为此,需要解决两个关联问题:一是配额分配究竟属于何种立法事项;二是配额分配应当由何种位阶的法律规范予以创设。

① 参见生态环境部《2021、2022 年度全国碳排放权交易配额总量设定与分配实施方案(发电行业)》(国环规气候[2023]1 号附件1)。该方案将设定配额总量、确定重点排放单位、制定配额分配方案捆绑在一起。

② 比如配额分配设定依据属于地方法规的有《深圳经济特区生态环境保护条例》;配额分配设定依据属于地方政府规章的有《重庆市碳排放权交易管理办法(试行)》《湖北省碳排放权交易管理暂行办法》。

③ 比如2014 年国家发展和改革委员会制定的《碳排放权交易管理暂行办法》和2020 年生态环境部制定的《碳排放权交易管理办法(试行)》性质上属于部门规章。2024 年国务院制定的《碳排放权交易管理暂行条例》性质上属于行政法规。

配额分配结果对重点排放单位带来重大影响,主要包括两个方面。

其一,重点排放单位享有碳排放权及其他附随权利。配额分配活动结束后,重点排放单位依法获得了碳排放权,即持有一定数量的碳排放配额,进而开展生产经营活动。此外,配额分配也会影响重点排放单位是否享有一定的选择权利。任一分配年度内,当实际排放量小于分配配额数量而出现剩余配额情形时,重点排放单位就享有选择权利,可以利用剩余配额扩大生产经营,可以将剩余配额通过交易、出租、抵押获取利益等。

其二,重点排放单位需要履行配额清缴义务及其他义务。任一分配年度内,重点排放单位应当依法履行不低于上年度内分配配额数量的配额清缴义务,还要履行排放数据检测、报告、核查以及信息披露等系列义务。任一分配年度内,当实际排放量大于分配配额数量的情形出现时,重点排放单位要么减少碳排放以满足法律要求,要么向市场购买相应配额以补足差额。无论作出何种选择,重点排放单位均需承担利益损失或者相应成本支出。

既然配额分配给重点排放单位享有权利、履行义务带来重大影响,按照《中华人民共和国立法法》(以下简称《立法法》)第80条、第82条规定之精神^①,配额分配应当且只能由“法律”“行政法规”“地方法规”予以创设,其中,“地方法规”只有在结合地方实际且不与上位法抵触情形之下,才能作为配额分配创设依据。若无明确的上位法依据或者授权,部门规章、地方规章不得自行创设配额分配法规范,但这并不排除部门规章、地方规章在各自立法权限内,对上位法设立的配额分配法规范作出进一步细化规定。循此检视,2024年国务院制定的《条例》是以行政法规方式为配额分配设定依据,符合《立法法》规定之精神。2021年深圳市人民代表大会常务委员会制定的《深圳经济特区生态环境保护条例》,该地方性法规结合地方实际对配额分配作出了一般性规定,随后深圳市人民政府制定的《深圳市碳排放权交易管理办法》,该地方政府规章又对配额分配作出进一步的具体规定。这种做法也契合《立法法》规定精神。而一些试点地区通过制定政府规章、部门规章等方式作为配额分配设定依据,涉嫌“违反”《立法法》规定精神,需要按照法治化要求予以相应调整。

(二) 优化配额分配的程序规则

多阶段的配额分配整体上呈现双重面相。一是行政权力行使面相。在这一面相之下,配额分配遵循“目标—手段”路径,即立足实现控排目标,凭藉“控制—命令”手段,将所设配额总量“自上而下”分解到重点排放单位手中。这一过程应当秉持法律对行政的控制、遵循比例原则以及接受问责和监督等^[22]。二是专业知识运用面相。这一面相之下,配额分配应当追求并忠实于事实和科学,强调配额分配的真实性,溯源、挖掘历史排放数据和收集、整理现实排放数据,严格碳排放数据调查、收集、监测或核查,谨慎推进免费或有偿分配方法的算法推演与算法选择。这一过程需要接受同行公认的专业标准约束以及同行审议监督等^[22]。行政权力行使旨在进行价值判断,专业知识运用旨在关注事实发现。尽管事实与价值截然二分之合理性受到质疑^[25](P248),但事实发现与价值判断在逻辑起点、基本进路方面仍然存在差异,导致配额分配活动中行政权力行使和专业知识运用之间存在较大张力。缓解这一张力的可行路径就是实施配额分配的程序控制。程序控制旨在保障行政权力行使需以专业知识运用为基础,不至于遮蔽、排斥乃至压缩专业知识运用空间或场域;程序控制可以逐步厘定专业知识运用空间、场景,保障行政权力行使与专业知识运用各得其所、各挥其长。其中,较为重要的两项程序控制制度分别为征求社会意见、算法公开。

征求社会意见是配额分配正当性保障之核心举措。既然设定配额总量、确定重点排放单位名录、制

^① 《立法法》第80条第2款:“……没有法律或者国务院的行政法规、决定、命令的依据,部门规章不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范,不得增加本部门的权力或者减少本部门的法定职责”。《立法法》第82条第6款规定:“没有法律、行政法规、地方性法规的依据,地方政府规章不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范。”

定配额方案等都属于特殊的行政规范性文件制定行为,故应当依法履行一定的征求意见程序。《条例》虽进行了一定制度设计,但仍存在改进空间:(1)关于“征求省级政府意见”之取舍。该制度设计显然旨在借助下级政府具有实务经验以及更接近分配实践的客观优势,又便于上级政府的监督管理,避免下级政府职能部门的观点偏狭或存在利益勾连,确保考虑问题的全局性和中立性^[26](P410)。在行政过程论范式之下,征求各级地方政府及其职能部门意见性质属于一种内部行政行为,不会产生对外法律效果,故应删除《条例》设定配额总量时“征求省级人民政府意见”之条文表述。(2)关于征求意见之前置程序安排。在设定配额总量等行政规范性文件制定过程中,需将拟议中的配额总量设定等内容,在一定时限内、通过一定方式向有关行业协会及企业事业单位、专家和公众征求意见,这属于行政规范性文件制定过程中的程序规则安排,旨在保证规范性文件制定的民主性、正当性和科学性,不宜将此公开与行政规范性文件生效之后向社会公开相混淆。《条例》未就此前置程序作出具体规定,容易导致征求意见流于形式。(3)关于征求意见程序之方式。在行政过程论范式之下,征求利益相关者、非利益相关者的社会意见宜采用不同方式进行。比如听取有关行业协会、重点排放单位代表陈述和申辩时,应依申请或者主动组织召开听证会等方式进行;听取专家等同行审议意见和公众意见时,宜自行或者委托第三方组织召开论证会等方式进行。《条例》采用一体化方式,忽略了征求利益相关者、非利益相关者等不同主体法律地位的不同,存在改进的必要。(4)关于征求意见之反馈。设定配额总量等行政规范性文件在正式公布之前,就是否采纳专家和公众意见、是否接受行业协会与重点排放单位陈述和申辩,以及不予采纳理由等,通过相应方式逐一反馈。就此而言,《条例》没有设置参与者表达、交涉、协商的程序性规则设置^[27],导致其科学性、民主性稍显不足。

配额分配方法及其算法公开也是配额分配程序控制的重要议题。生态环境部发布的《2021、2022年度全国碳排放权交易配额总量设定与分配实施方案(发电行业)》采用不同配额分配基准值,引入平衡值,调整修正系数,简化预分配配额计算方法等,仅修正系数就引入了负荷(出力)系数修正系数、供热量修正系数、冷却方式修正系数。由此可见,配额分配充斥着计算方法和计算过程等专业知识运用过程,甚至达到了“无计算,则无分配”的状况。因此,需借助法治化手段规制这一“专门的技术程序”^[10](P442)。配额分配程序控制主要内容有:(1)强调配额分配方法及其算法公开、透明。结合行政规范性文件制定行为的属性要求,进行碳排放数据公开范围、公开方式的综合权衡。对于可能涉及商业秘密的,需要依据其他法律法规规定办理。(2)强调程序一致性。针对不同重点排放单位采用同一分配方法时,必须保证计算方法的一致性,计算过程的可重复性和可再现性,确保同类个体能够受到同类待遇。(3)强调数据核算的可解释性、通约性。就此而言,《条例》在强化配额分配方法及其算法公开、算法一致以及数据的可解释等方面,存在较大提升空间。

(三)建构配额分配的救济机制

如前所述,执行配额分配方案在法律性质上属于一种以行政确认为主导的复合行政行为。鉴于这一行为的直接法律效果是产生了碳排放权,故该阶段法律控制就当以碳排放权利救济为逻辑起点,构筑一个全面覆盖且行之有效的救济机制。域外各国配额分配救济机制也处于不断探索之中。比如:在2013年美国加州商会、拉瑞·迪克公司诉加州空气资源委员会一案中(California Chamber of Commerce and Larry Dickens VS Air Resources Board, Case No. 34-2012-80001313),法官对有偿分配的合法性作出了判断;在2016年德国圣格宾玻璃制品公司诉欧盟委员会一案中(Case T-476/12 Saint Gobain Glass Deutschland VS EU Commission),法院针对配额分配规则透明度作出了判断,该案甚至援引《奥尔胡斯公约》作为救济的实体法依据;在2016年德国克虏伯·霍腾钢铁厂等诉欧盟委员会一案中(Case T-379/11 Huettenwerke Krupp Mannesmann and others VS EU Commission),法官针对配额分配规则公平性作出了法律判断。

中国实践显示,配额分配所涉及的行政争议类型大致包括:一是对配额分配结果存在争议;二是认

为配额分配在制度公平性方面存在争议;三是认为配额分配在制度透明性或者公开性方面存在争议。在中国法律框架之下,配额分配行政争议的救济管道包括行政复议等内部救济渠道和行政诉讼等司法救济渠道。鉴于配额分配对重点排放单位权利义务产生重大影响,故配额分配纠纷引发的行政复议、行政诉讼可以分别对应行政复议申请范围、行政诉讼受案范围的“兜底条款”^①。此外,一些试点地区探索一种特殊内部救济渠道——行政复核制度^②。按照该制度规定,重点排放单位对配额分配结果有异议的,可以向所在地设区的市级政府生态环境主管部门提请复核,该主管部门应当在一定期限内作出复核决定。

配额分配救济机制建构面临的难题主要包括以下两个方面。

第一,如何协调行政复核与行政复议之间关系。这一难题可进一步具化为,在行政复议已经成为行政争议解决主渠道背景下,是否有必要另行建立行政复核制度?如果确有必要,如何实现它与行政复议之间的衔接?域外经验表明,行政内部除设立一般性行政救济途径外,也会创设适用个别行政管理领域、名称各异的行政内救济途径。如前所述,配额分配兼具行政权力行使与专业知识运用交互的复杂面相。在采用不同分配方法、采用同一分配方法不同计算方式、采用同一计算方式不同核查方式等情形下,都可能会出现截然不同的分配结果。可见,配额分配引发的行政争议具有高度专业性、复杂性等特质。再者,配额分配往往是按年度进行,强调时间节点。上述因素要求建立与专业性、时限性相适配的行政争议解决方式。与行政复议相比,行政复核能够在最为敏感、最为关键的重要节点化解、分流部分专业性强且时效性要求高的行政争议,也契合“正确、实现、完整、经济、迅速”的行政救济要求^[28](P8)。因此,行政复核制度有其必要性,但也存在改进空间:一是行政复核自我纠错或者实质救济功能定位尚有模糊之处;二是与“自己不能当自己的法官”的法理存在冲突;三是与行政复议存在竞争关系,会在一定程度上引发民众对行政复核作为配额分配纠纷救济渠道正当性的质疑^③。下一步的改进策略是,立足行政复议行政争议解决之主渠道定位,将行政复核受理范围进一步限缩在重点排放单位对配额分配结果存在异议这一主要事项上;立足中立性原则,建议实行“上级政府生态环境主管部门”复核,避免“自己当自己的法官”;在审理方式上实行“现场复核”原则,以增强行政复核的权威性;复核决定需要遵守不利变更禁止原则等,以提高行政复核的正当性。

第二,如何实现行政争议类型与救济渠道的有效衔接。衔接困难的缘由在于,配额分配法规范可定位为应对气候变化且随碳排放权交易市场而不断迭代和演进的“学习性规制”^[29],该规制被视为实验主义治理背景下的规范构造,也被称为“实验法律”^[30](P285-286)。因此,需要始终秉持开放态度,或者更准确地讲,即便配额分配法规范已经形成,仍然需要经历不断实验、学习、反馈、改进等过程。与此相适应,配额分配行政争议也会不断分化、聚合、衍生出新的争议类型。一旦新的争议类型与既有的救济渠道之间出现裂缝,就会造成配额分配救济机制不畅。因此,法治实践需要围绕公正、高效和实质性解决配额分配行政争议这根主线,探讨特定争议类型与社会需求结果匹配之举措,具体包括:一是高度尊重生态环境主管部门配额分配行政争议解决的主导权和专业判断权。既然行政权力主导配额分配,当然可以推导出行政权力主导配额分配引发的行政争议。二是发挥司法救济在配额分配的兜底保障功能。具体而言,是指在配额分配公平性、公开性引发的行政争议中,探索采用第三人诉讼、附带审查规范性文件诉讼的可行性、必要性以及具体路径。

① 《行政复议法》第6条第15项规定:“认为行政机关的其他行政行为侵犯其合法权益的,公民、法人或者其他组织可以依照本法申请行政复议。”《行政诉讼法》第12条第11项规定:“认为行政机关侵犯其他人身权、财产权等合法权益的,公民、法人或者其他组织可以提起诉讼。”

② 2021年生态环境部制定的《碳排放权交易管理办法(试行)》第16条第2款规定:“重点排放单位对分配的碳排放配额有异议的,可以自接到通知之日起七个工作日内,向分配配额的省级生态环境主管部门申请复核;省级生态环境主管部门应当自接到复核申请之日起十个工作日内,作出复核决定。”《重庆市碳排放权交易管理办法(试行)》《湖北省碳排放权交易管理暂行办法》也有类似表述。

③ 2024年国务院制定的《碳排放权交易管理暂行条例》取消了2021年生态环境部制定的《碳排放权交易管理办法(试行)》中设置的行政复核制度。

四、结 论

配额分配法治化发展的首要任务在于界定配额分配的法律属性。将配额分配纳入固定化的行政许可、行政确认等具体行政行为开展属性定位,固然能够加深对配额分配的理解和把握,但这种片面关注配额分配起始或结果“单一节点”的属性定位方式,无法涵括配额分配活动之全貌。分配行政属于“中观”意义上的理论范畴,因不具有操作性,故不宜将配额分配纳入其中予以定位。

在行政过程论范式之下,沿着“设定配额总量(分配什么)—确定重点排放单位(分配给谁)—制定和执行配额分配方案(如何分配)”的行为逻辑,能够实现对配额分配法律属性的准确界定。笔者的分析表明,设定配额总量、确定重点排放单位、制定配额分配方案均属于一类特殊的行政规范性文件制定行为,而执行配额分配方案则属于一类以行政确认为主导的复合性行为。分阶段的属性界定举措能够解释实践中为何“统一打包”设定配额总量、确定重点排放单位、制定配额分配方案,也能够解释为何适度区隔原本具有密切关联的制定配额分配方案与执行配额分配方案。

配额分配关涉重点排放单位享有权利和履行义务,是故配额分配设定依据当以较高位阶的行政法规、地方性法规为主要载体。为了弥合配额分配过程中行政权力行使与专业知识运用之间的张力或冲突,必须强化或补强相应的程序性规制。建立配额分配救济机制可从两个方面入手,一是优化行政复核制度设计,使其演变成配额分配领域一种较为特殊的行政救济机制;二是强化行政复议解决配额分配行政争议的主渠道定位,以便实现行政争议类型与救济渠道有效衔接。

参考文献

- [1] 王世杰.行政法上第三人保护的权利基础.法制与社会发展,2022,(2).
- [2] 郭磊.论我国碳配额分配正义的两项原则.学术交流,2023,(8).
- [3] David Schmidt. *The Elements of Justice*. London: Cambridge University Press, 2006.
- [4] 丰霏.当代中国法律激励的实践样态.法制与社会发展,2015,(5).
- [5] 张长东.国家治理能力现代化研究——基于国家能力理论视角.法学评论,2014,(3).
- [6] 王慧.论碳排放权的特许权本质.法制与社会发展,2017,(6).
- [7] 王克稳.我国行政审批制度的改革及其法律规制.法学研究,2014,(2).
- [8] 刘勇.政府免费分配碳排放配额的法律性质与中国对策——基于《补贴与反补贴措施协定》补贴构成要件的分析.法商研究,2016,(2).
- [9] 杨解君.碳排放权的法律多重性——基于分配行政论的思考.行政法学研究,2024,(1).
- [10] 哈特穆特·毛雷尔.行政法学总论.高家伟译.北京:法律出版社,2000.
- [11] 高秦伟.行政确认的法理与商事主体登记的监管研究.中国市场监管研究,2022,(9).
- [12] 陈锐.法律关系内容的重构:从线性结构到立体模型.法制与社会发展,2020,(2).
- [13] 王天华.分配行政与民事权益——关于公法私法二元论之射程的一个序论性考察.中国法律评论,2020,(6).
- [14] 黄宇晓.行政法上的客观法与主观法.环球法律评论,2022,(1).
- [15] 赵宏.规划许可诉讼中邻人保护的权利基础与审查构造.法学研究,2022,(3).
- [16] 江利红.行政过程的阶段性法律构造分析——从行政过程论的视角出发.政治与法律,2013,(1).
- [17] 赵宏.法律关系取代行政行为的可能与困局.法学家,2015,(3).
- [18] 陈春生.行政法之学理与体系:二.台北:元照出版有限公司,2007.
- [19] 江利红.行政过程论研究——行政法学理论的变革与重构.北京:中国政法大学出版社,2012.
- [20] 范伟.食品安全监督抽检制度的规范建构——基于行政过程论视角的分析.中外法学,2021,(1).
- [21] 徐祥民.论我国环境法中的总行为控制制度.法学,2015,(12).
- [22] 金自宁.专业知识与行政权力:我国环评审批的制度定位.现代法学,2021,(3).
- [23] 江必新.《行政诉讼法》与抽象行政行为.行政法学研究,2009,(3).
- [24] 范伟.行政黑名单制度的法律属性及其控制——基于行政过程论视角的分析.政治与法律,2018,(9).

- [25] 希拉里·普特南. 理性、真理与历史. 李小兵、杨莘译. 沈阳: 辽宁教育出版社, 1988.
- [26] 何海波. 行政诉讼法. 北京: 法律出版社, 2022.
- [27] 王锡锌. 公共决策中的大众、专家与政府: 以中国价格决策听证制度为个案的研究视角. 中外法学, 2006, (4).
- [28] 蔡志方. 行政救济法新论. 台北: 元照出版有限公司, 2007.
- [29] 王贵松. 风险社会与作为学习过程的法律——读贝克的《风险社会》. 交大法学, 2013, (4).
- [30] 大桥洋一. 行政法学的结构性变革. 吕艳滨译. 北京: 中国人民大学出版社, 2008.

The Legal Nature and Legal Regulation Of Carbon Emission Quota Allocation

Wang Qingjun (Central China Normal University)

Abstract Carbon emission quota allocation serves as a pivotal nexus within the carbon emission trading market system, building on the past successes to further advance dual carbon goals, and fulfilling composite functions including promoting distributive justice and achieving incentive compatibility. Practices under the traditional paradigm of administrative acts, such as administrative approval and administrative confirmation, judging either by the starting point or the outcome of quota allocation, fail to encompass the entirety of allocation activities. Although distributive administration theory manifests fundamental patterns of interest or burden distribution, it operates within a distinct conceptual category from quota allocation, rendering it unsuitable to position quota allocation within this theoretical framework. Quota allocation constitutes a multi-phase and composite administrative activities encompassing quota cap setting, key emission entities identification, and allocation plans formulation and implementation. Under the paradigm of administrative process theory, carbon emission quota allocation demonstrates diverse legal attributes of internal administrative acts, abstract administrative acts, administrative factual behaviors and concrete administrative acts. Corresponding legal regulation should be implemented through differentiated approaches: establishing legal foundations for attribute creation, optimizing procedural configurations and improving remedial mechanisms.

Key words carbon emission quota allocation; administrative approval; administrative confirmation; distributive administration; ecological environment protection; green low-carbon development; dual carbon goals

■ 作者简介 王清军, 华中师范大学法学院教授, 湖北 武汉 430079。

■ 责任编辑 李 媛