

碳排放权法律属性定位的反思与制度完善

——以双阶理论为视角

魏庆坡^{*}

摘要:因碳交易市场借助总量控制和市场交易来实现减排目标,且碳排放权制度兼具维护公共利益的行政主导和自由协商的私法自治,故对于碳排放权的法律属性,学术界存在“公法属性”与“私法属性”之争。囿于“公私对立”的思维定式,现有学说对碳排放权法律属性的识别并未提供恰当的解释路径,因此有必要对碳排放权的法律属性定位进行反思。在“公私协作”视野下以德国双阶理论为基础,将碳排放权运行中的配额流转阶段确立为前阶公法属性和后阶私法属性的法律构造;其中以配额确定和分配为核心内容的第一阶段属于行政处理阶段;以配额交易为核心内容的第二阶段视为民事合同阶段,从而将碳排放权界定为“行政处理+民事合同”模式。由此,碳排放权制度应在赋予行政机关必要职权的同时也对其予以适当限制,实现赋权和控权的最佳平衡;通过构建多主体共治模式,完善外部监督约束机制;依据阶段划分和法律属性辨识来选择适用相应的救济方式。

关键词:碳排放权 碳排放配额 碳市场 碳交易 双阶理论

为推动全球气候治理,《联合国气候变化框架公约》(以下简称《公约》)及《京都议定书》创设了碳排放权及相关交易制度。^①近年来,随着我国社会经济加速向绿色低碳转型以及碳交易试点和国家碳交易市场的相继启动,碳排放权及其相关问题也成了学术界关注的热点,^②法学界对碳排放权的法律属性问题进行了诸多讨论,但对该权利的实质始终存在较大争议,要么从监管主

^{*} 首都经济贸易大学法学院副教授

基金项目:司法部国家法治与法学理论研究课题资助项目(18SFB3047)

① 参见王明远:《论碳排放权的准物权和发展权属性》,《中国法学》2010年第6期。

② 参见王明远:《论碳排放权的准物权和发展权属性》,《中国法学》2010年第6期;叶勇飞:《论碳排放权之受益物权属性》,《浙江大学学报》(人文社会科学版)2013年第6期;王慧:《论碳排放权的特许权本质》,《法制与社会发展》2017年第6期;王国飞、金明浩:《控排企业碳排放权:属性新释与保障制度构建》,《理论月刊》2021年第12期。

体立场展开分析,要么仅从监管对象角度展开。究其原因,碳排放权的法律属性问题既涉及监管主体(政府)与监管对象(减排主体)之间的公法关系,也牵涉到减排主体之间的私主体权益保护问题,这种公法与私法相互交织的特征使得学术界对碳排放权法律属性的界定出现诸多分歧。

由于碳排放权独特的利益形态和价值体系并未在理论层面获得充分认识和彰显,因此其很难为碳交易市场的实践和制度规则的完善提供适切的理论基础,甚至在一定程度上制约了碳市场的发展。在我国 8 个碳交易试点地区中,4 个试点地区在交易规则中没有明确界定碳排放权,另外 4 个试点地区的交易规则均将碳排放权界定为一种“权益”或“权利”,^①且未明确碳排放权的前置性价值,从而导致作为碳市场主体减排企业的权利缺乏充分的法律保障。鉴于当前研究尚未在公权与私权的界分和两者交互的相对独立性上进行富有创新性的理论尝试,笔者基于“公私协作”的逻辑思路,尝试对碳排放利益形态进行理论分析,结合碳排放权纠纷法律救济的现实需要,反思和厘定碳排放权的性质,并以此为基础建构我国碳排放权制度规则,为碳排放权的生成、归属和行使锚定理论根基,也为我国碳排放权交易规则的制定、解释和完善提供操作指引。

一、碳排放权属性定位的理论争议

当前,学术界对碳排放权的法律属性形成了多种学说,主要包括“私法属性说”“公法属性说”及“混合属性说”,每种学说均有其内在的理由和逻辑,但也存在解释力方面的瑕疵。

(一)“私法属性说”

持“私法属性说”的学者主张碳排放权本质上属于一项民事权利,其中典型学说主要有“准物权说”“用益物权说”“新型财产权说”。

持“准物权说”的学者依据传统物权法理论的“主体—客体”法律逻辑体系,强调从主体角度进行价值判断,^②范围从早期的经济价值逐步扩展,当前环境要素在获得物权客体资格上已无障碍。但这种自然资源客体只有在行政授权范围内才能被权利人享有,故被称为“准物权”,^③主要包括矿业权、狩猎权、渔业权和水权。基于排污权的客体理论逻辑,有学者提出将大气环境容量视为碳排放权的客体。^④在《公约》基础上,《京都议定书》通过为附件一国家设置强制减排目标的间接量化限制了这些国家使用大气环境容量的自由。循此思路,国际层面上对国别大气环境容量的划分为碳排放权准物权属性的界定提供了理论基础。

持“用益物权说”的学者主要有两种观点:一种观点是承认准物权“环境容量”的物的属性,认为碳排放权通过制度设定实现对国家环境容量资源的占有、使用和收益;^⑤另一种观点是将一定数量的温室气体作为碳排放权的客体,通过制度设定实现权利主体对特定数量温室气体的占有、使用和收益等。^⑥上述两种观点在逻辑上具有一致性,皆论证碳排放权客体具有独立之价值属

① 参见《北京市碳排放权交易管理办法(试行)》第 25 条、《天津市碳排放权交易管理暂行办法》第 38 条、《重庆市碳排放权交易管理办法(试行)》第 33 条、《湖北省碳排放权管理和交易暂行办法》第 52 条。

② 参见邓海峰:《环境容量的准物权化及其权利构成》,《中国法学》2005 年第 4 期。

③ 参见崔建远:《准物权的理论问题》,《中国法学》2003 年第 3 期。

④ 参见王明远:《论碳排放权的准物权和发展权属性》,《中国法学》2010 年第 6 期。

⑤ 参见倪受彬:《碳排放权权利属性论——兼谈中国碳市场交易规则的完善》,《政治与法律》2022 年第 2 期。

⑥ 参见叶勇飞:《论碳排放权之用益物权属性》,《浙江大学学报(人文社会科学版)》2013 年第 6 期。

性,其交易的需求和价值主要体现在减排主体之间,辅之碳交易制度设计以赋予减排主体对客体直接的支配力和排他力。但上述两种观点在客体认定上存在差异,前者以大气环境容量作为碳排放权的客体,后者则将一定数量的温室气体视为碳排放权的客体。

持“新型财产权说”的学者认为碳排放权是政府为保护生态环境而进行的一种积极干预,是对生态环境功能的经济价值化和商品化,属于当代政府通过法律创造的新型财产。因为碳排放权虽然在取得与行使方面类似公法上的行政许可,但是其权利交易方面具有很强的私法属性,兼具公权和私权属性,所以不宜将其纳入现有法律框架,而应通过单行立法予以规制。^①也有学者提出碳排放权属于新型数据财产权,碳排放配额作为无体物,主要以数据形式在减排主体账户之间进行登记或流通,属于经核实后的减排量数据,^②其价值体现在权利人可以获得经济利益。

(二)“公法属性说”

“公法属性说”从碳市场监管者的角度出发,基于市场规制的目标和效率,将碳排放权界定为一种行政行为。在坚持行政性质基本定位的基础上,基于不同视角“公法属性说”又可以细分为“行政规制权说”和“行政特许权说”。

持“行政规制权说”的学者认为碳排放交易制度是国家应对全球气候变化的政策工具,无论是排放配额的发放、交易和清缴的监督抑或是碳市场的登记、审查、报告,还是碳市场的产权激励、价格调控和履约保障,都是政府行使公权力的过程,而减排主体应“履行”清缴配额的义务。^③政府分配碳排放权的行为只是赋予了减排主体使用大气的权利,这是政府创设的向大气层排放一定数量温室气体的权利,因此减排主体持有的碳排放权实质上属于一种规制性财产,对该财产政府享有最终的管理和支配的权力。这种学说摒弃了上述私法属性学说所秉持的物权或财产理念的内核,避免因将碳排放权财产化导致公共资源变成私人商品而引发的道德问题,并且也否定了减排主体碳排放的权利属性,从而更好地实现应对气候变化的目的。同时,碳排放交易制度具有负外部性,如“碳泄露”、^④限制减排技术的发展和應用以及与其他环境政策的协同等,这需要政府采取其他措施提升应对气候变化的有效性。对碳排放权的救济,持“行政规制权说”的学者认为减排主体可以借助行政许可、行政处罚和行政诉讼等方式进行权利救济。

持“行政特许权说”的学者根据行政许可法关于行政许可的基本规定,认为碳排放权是由政府创设的,配额分配、减排主体的确定以及配额价格的调控均受到政府的直接影响,基于行政权对碳排放权的干预,应以“行政特许权”来界定碳排放权。^⑤除了规范依据,“行政特许权说”可以避免“物权说”所面临的道德诟病——排污企业有将公共资源私有化的嫌疑,也可以为监管者调控碳排放权政策提供便利,以避免对减排主体进行财产补偿。

(三)“混合属性说”

持“混合属性说”的学者认为碳排放权并非单一属性,而是呈现出公权与私权的混合性,代表

① 参见王国飞、金明浩:《控排企业碳排放权:属性新释与保障制度构建》,《理论月刊》2021年第12期。

② 参见任洪涛:《民法典实施背景下碳排放权数据财产权属性的法理证成及规范进路》,《法学杂志》2022年第6期。

③ 参见张辉、冯子航:《碳交易制度中碳排放权的行政管控性》,《环境保护》2021年第16期。

④ 参见刘勇:《气候治理与贸易规制的冲突和协调——由碳边境调节机制引发的思考》,《法商研究》2023年第2期。

⑤ 参见王慧:《论碳排放权的特许权本质》,《法制与社会发展》2017年第6期。

学说主要包括“准物权+发展权说”“环境权+财产权说”。

持“准物权+发展权说”的学者认为,由于对大气环境容量资源的开发使用是人类生产生活所必需的,因此碳排放权是以大气环境容量为客体的一种新型权利,兼具准物权属性和发展权属性。^① 在前述“准物权说”基础上,持“准物权+发展权说”的学者还认为大气环境容量是一种公共物品,各国均有权使用该资源发展本国经济,《公约》及《京都议定书》对大气环境容量在各国之间进行了分配,体现了碳排放权作为发展权的内涵和目的。碳排放权的准物权属性强调其私权色彩和经济属性,发展权属性则强调其公权属性和限制性,两者之间是辩证统一的关系。

持“环境权+财产权说”的学者主张碳排放权是对大气环境容量资源生态机制和经济价值的利用,兼具环境权属性和财产权属性。^② 一方面,碳排放权具有向大气层排放温室气体的意涵,个体呼吸、企业和其他社会组织使用大气环境容量资源都属于行使碳排放权;另一方面,由于《公约》及《京都议定书》设立碳排放权制度旨在控制温室气体排放,进而实现大气环境资源的可持续利用和环境保护的终极目标,因此碳排放权本质上具有环境权属性。借助英美法上的新型财产权概念,持该说的学者认为由于政府通过许可将碳排放权赋予私主体,该权利便成为私主体的财产,既可用于清缴也可用于交易,故碳排放权属于新型财产权。碳排放权的环境权属性与财产权属性反映了大气环境资源的生态价值和经济价值,两者统一于碳排放权客体生态价值的实现。

二、碳排放权法律属性定位的反思

上述诸种学说依循不同的推演路径,分别对碳排放权的法律属性进行了阐释,皆有合理之处,但各自解释力均存在一定的逻辑瑕疵与论证不足。

(一)“私法属性说”的逻辑瑕疵

持“私法属性说”的学者注意到了减排主体作为最主要的碳市场主体和排放权持有者,需从私权层面提供充足的法律保障。持“准物权说”的学者注意到了碳排放权对大气环境容量资源利用的价值追求,碳排放权的客体界定为自然资源也符合“他物权客体上的所有权即为他物权的母权”的路径和方法,^③虽然在法理和逻辑上具有一定进步性,但是仍旧面临一些理论困境。(1)国际层面的大气环境容量划分已无可能。《京都议定书》下“时间表”+“强制减排”时代已经落幕,^④《巴黎气候变化协定》(以下简称《巴黎协定》)开启了全球气候治理“国内驱动”模式,^⑤为凝聚共识而将当前主权国家国内驱动的气候政策体系合理化,^⑥对减排涉及的经济、科技、技术等方面的问题在短期内则很难有所突破。^⑦ (2)非实物态的大气环境容量不属于我国法定的自然资源范畴。《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)第 9 条虽然明确了矿藏、水流属于国家所有,森林、山岭、草原、荒地和滩涂有国家和集体两种所有形式,但是其所列举的自然资源类型具

① 参见王明远:《论碳排放权的准物权和发展权属性》,《中国法学》2010 年第 6 期。

② 参见丁丁、潘方方:《论碳排放权的法律属性》,《法学杂志》2012 年第 9 期。

③ 参见崔建远:《水权与民法理论及物权法典的制定》,《法学研究》2002 年第 3 期。

④ 参见魏庆坡:《后巴黎时代气候变化制度与国际贸易规则的协同研究》,《河北法学》2019 年第 6 期。

⑤ 参见陈红彦:《碳中和目标下全球气候治理的竞争转向与中国对策》,《法商研究》2023 年第 3 期。

⑥ 参见袁倩:《〈巴黎协定〉与全球气候治理机制的转型》,《国外理论动态》2017 年第 2 期。

⑦ 参见魏庆坡:《后巴黎时代气候变化制度与国际贸易规则的协同研究》,《河北法学》2019 年第 6 期。

有特定化特点,内涵和外延相对有限,并未涵盖所有为人类所利用的自然资源,大气环境容量作为非实物态自然资源,并未被列入《宪法》第9条自然资源的范畴。(3)大气环境容量上不可以设定国家所有权。稀缺性和特定化是形成自然资源所有权的两个要件,^①大气环境容量资源虽具稀缺性但如何呈现出稀缺性则是一个难题,同时大气环境容量在当前技术条件下无法被特定化。

就“用益物权说”而言,第一种观点虽然承认准物权“环境容量”的物的属性,但是也面临大气环境容量资源所有权瑕疵问题,第二种观点将特定数量的温室气体作为客体,“他物权客体上的所有权即为他物权的母权”,碳排放权作为用益物权属于他物权,逻辑上需要明确特定数量的温室气体的所有权主体。首先,温室气体因能够吸收红外线辐射从而捕获并保持大气中的热量,故具有一定价值,但过度的温室气体将会导致全球变暖,由于正是基于控制温室气体排放目标而创设了碳排放权,因此温室气体对减排主体而言是一种负担而非价值。其次,由于温室气体产生于碳排放权行使后,该特定数量的温室气体在权利人行使之前并不存在,因此逻辑上无法在“尚未存在”的“物”上设定权利。最后,温室气体不具有作为所有权客体的特征。温室气体资源不具有稀缺性,温室气体排放不断增加正是国际社会长期关注的热点问题之一,创设碳排放权正是为了控制温室气体排放;温室气体无法被准确地特定化,如上所述,通过配额分发与核证能够确定碳排放权所对应的温室气体的排放量,但权利本身所对应的客体并非该特定数量的温室气体,因为在逻辑上客体理应在权利确定之前存在,否则在权利设计时就无客体与之对应,从而出现碳排放权无法被权利人使用的情形。此外,由于基于《宪法》第9条的规定,特定数量的温室气体不具有可以设定国家所有权的特征,设立温室气体国家所有权不具有科学性基础,也缺乏正当性,因此“用益物权说”对碳排放权的理解存在某种结构上的偏差。

“新型财产权说”虽然关注到了碳排放权兼具公权属性和私权属性,但是由于现有法律无法为其提供栖息之地,因此主张将其界定为新型财产权。“新型财产权说”与“准物权说”均认可碳排放权属于财产权,^②皆借助财产权体制来解决环境问题,只不过在论证思路和逻辑上存在差异。虽然借助碳排放交易之类的财产权体制能够解决生态环境保护中的“公地悲剧”问题,但是也可能诱发大规模的“经济悲剧”,因为公共资源的财产化会导致私人无节制的贪婪,进而使财富和权力进一步集中到少数人手中。利用碳排放权的财产权体制解决大气环境容量资源问题通常被视为公共资源私有化的制度安排,这又将面临道德层面的挑战。

可以说,“私法属性说”从财产属性保护的角度来定义和设计碳排放权全部的意义和规则是不成功的。理由如下:(1)“私法属性说”从法律上限制政府对碳排放权的干预和控制,以此实现对财产法益的强保护。对减排主体的碳排放权强势赋予“财产”保护,既与公共减排利益相冲突,^③又缺乏基础性的法律理由。(2)将碳排放权界定为财产权利与碳交易环境保护的机理不相符。基于科斯定理和产权理论构建的碳交易强调以明晰产权边界的方式解决外部性问题,^④然而过分强调碳排放权的财产权法律属性从某种程度上赋予了减排主体排除其他主体干涉的权

① 参见张璐:《气候资源国家所有之辩》,《法学》2012年第7期。

② 参见杨博文:《碳达峰、碳中和目标下碳排放权的权利构造与应然理路》,《河海大学学报》(哲学社会科学版)2022年第3期。

③ 参见王彬辉:《我国碳排放权交易的发展及其立法跟进》,《时代法学》2015年第2期。

④ 参见钱弘道:《法律经济学的理论基础》,《法学研究》2002年第4期。

利,^①减排主体“碳排放”权益的过度保护与其对整个社会公共利益的破坏不相称。(3)将减排主体的碳排放权益界定为财产权属性不符合物权法理论体系。当前,单个国家无法排他性地对大气环境容量进行有效配置和管理。温室气体在权利设定之前尚未存在,不存在之物自然无法被设定为权利客体。同时,准物权或用益物权都属于他物权,他物权客体之上的所有权就是他物权的母权。大气环境容量并不属于《宪法》第 9 条和《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第 250 条规定的法律意义上的“自然资源”,目前国家很难对大气环境容量宣示主权和管辖权。^②可以说,所有者缺位制约了碳排放权物权化范式的理论基础。

(二)“公法属性说”的纠偏局限

虽然“公法属性说”关注到了碳排放权行使中“行政权”的影子,无论是配额的发放还是清缴,抑或是对碳市场的监管,监管主体与监管对象之间都并非平等关系,这就决定了两者之间的地位不可能完全平等;但是“公法属性说”过于强调监管者的权限和便利,仍未摆脱或公或私的单一解释路径,暴露出其局限性和片面性。

虽然碳市场制度是政府治理生态环境的工具,“行政规制权说”注意到了碳排放权的来源和目的,并为政府干预碳市场提供了理论依据;但是该说过于强调公法规制的执行力和管理权等价值。事实上,碳排放权不仅包括配额获取和清缴,还包括配额交易,而一旦拥有配额就意味着拥有其所对应的碳排放权。减排主体开展配额交易本质是买卖一种财产性权利、出售方将配额转让给受让方、受让方支付一定价款给出售方的买卖合同行为,且该行为才是碳市场运行的关键和中心环节。^③“行政规制权说”忽视了减排主体在碳市场运行过程中的选择权和自由交易权,忽视了碳交易体系试图借助市场机制实现削减温室气体排放的制度设计目的,背离了监管者与监管对象共同合作减排的初衷。

“行政特许权说”似乎旨在满足政府监管碳市场的职权要求,从效率上看具有理论优越性,但却忽视了碳排放权制度的功能价值,使得气候治理回到了传统环境治理的模式,同时也忽视了特许观念的扩张可能导致行政权滥用的风险。由于行政特许的本质是对自然资源和稀缺资源的分配、出让国家所拥有的财产权,因此被特许权具有较强的财产权特性,当该授权受到侵害时,相关主体无权依据其行政授权向其他人主张民事权利。^④一方面碳排放权是对大气容量资源的分配,另一方面国家并未掌握大气容量资源的所有权,这就陷入逻辑悖论。同时,倘若减排主体的碳排放权遭到第三方侵害,那么作为权利主体的减排主体自然有权向加害人主张民事权利。可见,“行政特许权说”在逻辑和权利属性上对碳排放权解释力有限,无法回应碳排放权的现实需要甚至脱离制度实践。

有鉴于此,“公法属性说”虽然基于碳排放权兼具公权与私权的双重属性,试图破除公私对立的思维定式进而尝试将私法规制纳入公法体系当中,但是对作为重要监管对象的减排主体的权利保护明显不够,与现代环境治理理念变迁脉络明显相悖。通过考察碳市场制度的设计和运行不难发现,减排主体在碳交易市场中的交易排放配额就意味着交易碳排放权,如果将碳排放权笼

① 参见凌斌:《法律的性质:一个法律经济学视角》,《政法论坛》2013 年第 5 期。

② 参见邹雄、安启航:《排污权性质的法理辨析》,《福州大学学报》(哲学社会科学版)2020 年第 6 期。

③ 参见王国飞、金明浩:《控排企业碳排放权:属性新释与保障制度构建》,《理论月刊》2021 年第 12 期。

④ 参见王克稳:《论行政特许及其与普通许可的区别》,《南京社会科学》2011 年第 9 期。

统界定为一种行政规制权或行政特许权,那么减排主体就无权转让该权利。面对碳排放权的多维权利属性,“公法属性说”的局限性及在逻辑上的不自洽无须多言。

(三)“混合属性说”宽泛笼统

“混合属性说”试图突破单一属性的思维定式并努力营造多维属性的全貌图景,通过多个属性的加持解决碳排放权的法律属性问题。“准物权+发展权说”和“环境权+财产权说”都认可碳排放权的私权属性,前者基于准物权的特征,后者则借助英美法上的新财产权理论。两者本质上都认为碳排放权属于一种新型的财产权,只是在认知方面存在分歧,“物权说”寻求在传统物权体系中为碳排放权寻求栖身之地,“财产说”则主张专门立法。^①“准物权说”因面临权利客体缺失而无法界定碳排放的法律属性,“财产权说”则会阻碍政府对碳排放权机制的调整和改革。

持“准物权+发展权说”者从发展权出发认为人类生活和生产必然排放二氧化碳,这是为了满足人类发展和生存的需要,碳排放权因赋予排放的权利而具有丰富的发展权属性。^② 但该说忽视了《公约》及《京都议定书》对碳排放权商品属性的界定,未能深入剖析监管主体对监管对象的监管逻辑,也无法回应碳排放权兼具公法和私法的双重意义,且这种抽象化的界定未能很好地解释碳排放权交易的实践,也不利于碳减排目标的最终实现。

持“环境权+财产权说”者从环境权出发关注环境资源利用权,^③虽然在一定程度上解释了碳排放权与环境权的直接联系,但是“环境权”的界定既无法解释碳排放权的商品属性,也无法回应碳排放权促进减排的机理和功能。气候治理一旦缺失碳排放权交易保护体系,也就无法回应碳排放权制度的现实需要甚至脱离制度实践。

总而言之,“私法属性说”因面临权利客体的缺失而无法界定碳排放权的法律属性,“公法属性说”未能剖析减排主体在碳市场中的自由交易权,忽视了碳排放权含有的排放配额应享有某种客观利益,无法回应法律应对减排主体所持的配额进行相应的保护这一业界和学界的普遍诉求。^④“混合属性说”虽然在承认私权的基础上加入了一些抽象、宽泛以及学理化的属性,但是无法回应碳排放权制度的现实需要甚至脱离制度实践。这些学说尽管都倾向于在监管主体、减排主体以及减排主体之间选择一个维度予以论证,但是都无法从整体上对碳交易兼具公法和私法性质的真实利益形态进行还原。

三、双阶理论视角下碳排放权法律属性的厘定

碳排放权的定位与公共利益密切相关,碳排放权的创设和运行离不开行政权的行使,同时也体现了配额交易当事人主观意愿的一致性。正因如此,碳排放权的法律属性定位需要破除“公法与私法相对立”的理论藩篱,要避免“非公即私”或“非私即公”的单一僵化型思维定式就需要准确考察碳交易市场制度的具体运行过程,运用法学理论与专业知识洞悉碳排放权问题的本质,拨开现象迷雾,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。在此,德国法上的

① 参见王慧:《论碳排放权的法律性质》,《求是学刊》2016年第6期。

② 参见杨泽伟:《碳排放权:一种新的发展权》,《浙江大学学报》(人文社会科学版)2011年第3期。

③ 参见王国飞、金明浩:《控排企业碳排放权:属性新释与保障制度构建》,《理论月刊》2021年第12期。

④ 参见刘明明:《论碳排放权交易市场失灵的国家干预机制》,《法学论坛》2019年第4期。

双阶理论可以为碳排放权法律属性的厘定提供恰当的理论解释和路径分析,能够既在彰显碳排放权独立价值和利益形态的基础上实现逻辑自洽,又可以切实关照社会的现实需求。

(一)机理分析:双阶理论的缘起与适用

在公私法二元对立以及第二次世界大战后行政机关职能扩张的历史背景下,行政机关除了借助公权力影响私法上的法律关系,“还会通过私法形式的法律行为直接执行行政任务”,^①以私法形式行使公权力现象的增多带来了人们对其法律救济问题的忧虑。为解决这一问题,德国学者伊普森于 1951 年首次提出了双阶理论的雏形。随后,伊普森在 1956 年出版的《对私人的公共补贴》一书中对双阶理论进行了系统阐述,从国家干预角度出发,将补贴关系分为决定阶段和履行阶段,前者的根本目的在于实现公共利益,属于公法性质的行政行为,应适用公法进行调整;后者涉及补贴如何发放,属于私法行为,应受私法约束。^②简言之,双阶理论主张将复杂之法律事实拟制为两个阶段,分别适用不同性质的法律规范,旨在对以私法方式行使公权力的行为进行有效规制。

双阶理论有益于保护补贴申请人,也有助于有效规制政府借助私法方式行使公权力的行为,引起了理论界和实务界的广泛关注,经历了从一开始的质疑到肯定与支持的嬗变过程。^③双阶理论之所以受到质疑,是因为:(1)由于双阶理论实质上是人为地将一个统一的事实行为割裂为两个法律关系,与具体生活关系背后的现实利益形态和运作机理并不相符,因此造成法律内部逻辑的混乱。(2)在现实中此两个阶段的公私法适用很难进行明确划分,虽然两个阶段的法律适用是并列的“双轨制”救济,但是实际上第二阶段的行为产生的问题未必就是私法一定能解决的问题,还可能适用公法救济,如行政机关因情势变更情形下作出的行政行为很难适用民事救济方式。(3)两个阶段的行为之间的效力关系的界定似乎未竟成功:有人主张第一阶段的行政行为因第二阶段的契约缔结而“终结”,也有人认为第一阶段的行政行为系第二阶段的契约生效的要件,还有人提出第一阶段的行政行为是第二阶段契约的“交易基础”,另有人主张第一阶段的行政行为是第二阶段的契约的原因。^④(4)双阶理论面临来自“行政私法理论”的挑战,德国学者沃尔夫等提出“修正主体说”,即依据某一具体行为所适用的法律规范来判断该行为是属于公法还是属于私法,强调通过一个法源关系调整一个生活关系。^⑤在公法私法严格对立的思维下,双阶理论基于“利益说”旨在防止行政机关假借“私法”逃脱“公法”约束,却在本质上导致一个生活关系被纳入两个法律关系中的情形,产生了逻辑上的混乱。^⑥

不过,基于风险社会和信息社会的挑战,新行政法主张不应局限于依法行政的定式思维,在依法行政的同时还应注重行政决定的最优性以及法律实施效果,倡导公法与私法合作,打破公权力行政适用公法规范的藩篱,^⑦赋予立法者和行政者享有选择行政形式的自由,当然这种自由要

① 参见郑雅方、满艺珊:《行政法双阶理论的发展与适用》,《苏州大学学报》(哲学社会科学版)2019 年第 2 期。

② 参见严益州:《德国行政法上的双阶理论》,《环球法律评论》2015 年第 1 期。

③ 参见于鹏:《行政协议纠纷适用仲裁研究》,《清华法学》2022 年第 5 期。

④ 参进程明修:《公私协力法律关系之双阶争讼困境》,《行政法学研究》2015 年第 1 期。

⑤ 参见严益州:《德国行政法上的双阶理论》,《环球法律评论》2015 年第 1 期。

⑥ 参见朱虎:《萨维尼视野中的法律关系的界定——法律关系、生活关系和法律制度》,《比较法研究》2009 年第 3 期。

⑦ 参见沈岷:《监控者与管理者可否合一:行政法学体系转型的基础问题》,《中国法学》2016 年第 1 期。

尽量确保“行政正确”。不拘泥于“公私对抗”的新行政法更为务实,不仅承认公法私法有别、注重公私交互合作支持,更强调优化法律的实施效果,这为双阶理论的适用提供了新的正当性基础和理论分析框架,因为以灵活性为主要特征的双阶理论能够正视社会关系的多重属性并对其进行纵向拆解,然后将拆解后的各个阶段纳入不同性质的法律关系中,进而明确各个阶段所适用的法律规范,从而提供更为有效的法律保护。

随着理论和实践的发展,双阶理论也在不断修正,出现了“行政处分+民事合同”模式和“行政处分+行政合同”模式。目前,双阶理论在德国的适用非常广泛,涉及贷款和担保性质补贴、市镇优先购买权行使和国有土地出让等诸多领域。^①在我国,《中华人民共和国政府采购法》(以下简称《政府采购法》)也明确了采购人是公权力主体身份实施采购,其行为必然具有显著的公法属性。《政府采购法》第43条规定“政府采购合同适用合同法”,即表明这一阶段属于私法意义上的民事权利义务关系,由此《政府采购法》也彰显了双阶理论之意涵。当前政府与社会资本合作模式获得了广泛适用,有学者提出借鉴双阶理论将政府与社会资本合作协议签订前后的行为分别界定为行政处理行为和民事合同,以此构建和完善救济机制;^②也有学者借鉴双阶理论对生态环境损害赔偿磋商行为的法律属性进行界定,并提出具体的完善建议。^③

(二)属性厘定:碳排放权的双阶构造

双阶理论摒弃了“非公即私”的思维定式,立足于行政法律关系的复合性,试图基于过程论视角将制度运行划分为不同阶段,通过组合模式构建权利的救济机制,从而有效化解单个复杂生活关系所引发的多重法律纠纷。在急剧变迁的现代社会,随着行政职权的不断扩张和公私法律关系的融合日益增多的趋势,双阶理论的“阶段化思维”兼顾公益和私益的协同保护,^④不仅能够提高行政的整体品质,而且能够给予私主体更好的法律保护,这为复合性法律制度的属性界定提供了逻辑周延的解释视角。以双阶理论蕴含的机理为分析框架,碳排放权的运行过程可以划分为以配额确定和分配为核心内容的第一阶段,以配额交易为核心内容的第二阶段。^⑤针对碳排放权运行的不同阶段,可分别明确其不同的法律属性。

第一阶段的行为发生在配额发放之前,应该属于行政处理行为,彰显出明显的公法属性。温室气体的控制、碳交易市场的构建、碳市场的登记和注册等系统基础工作均体现出行政公权力的主导性,无不体现出鲜明的公权力行使色彩。政府作为减排的主导者,^⑥有履行碳交易市场监管职责的正当性基础。从启动碳交易市场、适格减排主体拥有碳排放权、确定配额总量与分配方法以及发放配额等工作都需要借助行政机关的行政管理权予以展开。2021年3月生态环境部发布的《碳排放权交易管理暂行条例(草案修改稿)》第4条“职责分工”明确规定国务院生态环境主管部门监督管理配额分配、温室气体排放报告与核查,并会同其他部门对碳市场进行监督管理和指导,这表明碳排放权创设的主动权由行政机关保有,也体现出行政主导的单方性和强制性。在

① 参见于鹏:《行政协议纠纷适用仲裁研究》,《清华法学》2022年第5期。

② 参见尹少成:《PPP协议的法律性质及其救济——以德国双阶理论为视角》,《政法论坛》2019年第1期。

③ 参见胡肖华、熊炜:《生态环境损害赔偿磋商的现实困境与制度完善》,《江西社会科学》2021年第11期。

④ 参见郑雅方、满艺珊:《行政法双阶理论的发展与适用》,《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2019年第2期。

⑤ 参见曹明德:《中国碳排放交易面临的法律问题和立法建议》,《法商研究》2021年第5期。

⑥ 参见陈贻健:《共同但有区别责任原则的演变及我国的应对——以后京都进程为视角》,《法商研究》2013年第4期。

这一阶段,行政机关的职权主义和能动特质在追求正义价值与效率价值的平衡中得到充分体现,着重彰显了行政规制意义上的公权力属性。

第二阶段的行为发生在配额发放之后,此时应当以平等自愿交易为原则,适用私法制度来助力公法任务的实现,原则上适用私法规则,特殊情况下可以适用公法规则。首先,碳市场减排主体按照法定程序和要求获得配额后,有权按照平等自愿、意思自治的原则与其他减排主体签订配额交易合同。在合同的履行和违约救济方面,当事方可以按照合同法的相关规定追究违约方的责任,^①此时碳排放权因具有明显的经济属性和商品属性,故而可以进行交易,这时应该适用合同法等私法规则进行调整。其次,减排主体的交易行为受生态环境主管部门等多个行政部门的监督和管理,包括涨跌幅限制、大户报告和异常交易监控等监管制度以确保碳交易安全有序。如果碳市场监管主体未履行配额流转后的财务审计,或存在明显运用行政权力单方面变更减排主体配额数量,^②此时监管主体的行为应属于行政行为,而不是单纯的民事行为,应适用公法(行政法)规则解决。再次,倘若行政机关因减排情势变更或重大公共利益而作出行政行为且对配额价格或收益产生重大影响,即使出现纠纷那么也无法诉诸民事纠纷解决机制,而应依靠行政法解决。最后,配额的清缴实质上是减排主体与监管者之间通过买入或卖出配额来满足上缴额度的行为。《碳排放权交易管理办法(试行)》(以下简称《办法》)第28条和《碳排放权交易管理暂行条例(草案修改稿)》第12条规定,减排主体应在规定期限内向监管者交换排放配额,倘若配额不够则需要到碳交易市场自费购买或向监管者缴纳罚款。此时碳排放权在法律适用上既可能涉及合同法,也可能涉及行政法。

由是观之,以双阶理论为视角,既可以关注碳排放权运行中多个行为产生的多重法律关系,亦可辨识监管者和被监管者在碳排放权运行中多元角色的转变。因此,将碳排放权定性为公私法混合属性更符合碳排放权的本质:在第一阶段,行政机关职权主义的公权行使逻辑充分贯彻,着重强调了具有公权属性的行政许可,^③适用公法规制为妥;第二阶段的行为属于民事合同,原则上具有私法属性,但若监管者存在明显运用行政权时(如交易监管),则应当适用公法规则处理。逻辑上,第一阶段的法律关系是第二阶段的法律关系的前提和基础,第二阶段的法律关系是实现第一阶段目标的方式和手段,呈现出“以私助公”的逻辑样貌,且避免出现“公法遁入私法”之现象,在维护社会公共利益的同时又能有效保护私人利益。

(三)质疑消解:双阶理论适用的反思与调适

当前,双阶理论在诸多领域的适用中遭遇了挑战。但若能不再固守于传统行政法的公私法二元对立的窠臼,借助“修正主体说”和新行政法学思想,也可以清晰地捕捉和理解适用双阶理论来界定碳排放权法律属性的合理性。

首先,碳排放权运行的双阶构造理论在逻辑上能够有效处理配额清缴问题。不可否认,配额发放和配额清缴都具有明显的公法属性,但依据碳交易市场规则,在配额发放给减排主体之前就已经明确了配额清缴的数额,具有明显的行政权属性,^④如《办法》第28条明确规定“清缴量应当

① 参见邓敏贞:《我国碳排放权质押融资法律制度研究》,《政治与法律》2015年第6期。

② 参见田丹宇:《我国碳排放权的法律属性及制度检视》,《中国政法大学学报》2018年第3期。

③ 参见林华:《行政许可条件设定模式及其反思》,《中国法学》2022年第4期。

④ 参见汪燕:《行政许可制度对国家治理现代化的回应》,《法学评论》2020年第4期。

大于等于省级生态环境主管部门核查结果确认的该单位上年度温室气体实际排放量”。从某种意义上讲,这类似一种明确了监管者与被监管者之间权利义务的“行政合同”,如果减排主体履约期限届满未能足额清缴配额则属于对“行政合同”的违反,需要承担缴纳罚款的“违约责任”。

其次,双阶理论中两个阶段的划分是一种理论上的拟制,两个阶段的划分和归类不仅困难且会引发新的问题,^①如对同样事实可能产生不同的认定,进而导致法律救济的复杂化。事实上,碳排放权的运行涉及多重法律关系和多个法律行为,单一属性认定并无可行性,也很难将其归入纯粹的私法或纯粹的公法关系,倒不如将其进行纵向拆解,依据拆解后的各个阶段的不同属性适用恰当的法律规范,建构一种不同层次结构适用不同法律从而有利于实现各方利益的周延保护则不失为一种合理之举。

最后,在碳排放权运行的双阶构造中,第二阶段的行为并非纯粹的私法属性,减排主体配额交易本身也会受到公权力的监管,彰显公法的要素,私法内容与公法内容并非泾渭分明。事实上,第二阶段的配额交易涉及公法因素不可否认,碳排放权的交易和结算都需要在碳交易系统中进行,系统会全程记录碳排放权交易的信息,即行政机关对碳排放权交易和结算享有监督权,^②需要对减排主体持有和变更配额进行确认,这必然要涉及行政权的行使。不过,第二阶段以碳排放权交易为核心,协议订立双方地位平等,意思表示自由,具有明显的私法属性。因此,碳排放权法律属性界定的双阶理论构建能够在一个复合性的法律关系中聚焦真正的核心争议点,通过具体权利义务关系区分公法法律关系与私法法律关系。在我国当前的法治建设进程中,碳排放权交易过程中相关纠纷的性质尚未明确,双阶理论从宏观上将碳排放权的运行拆解为两个阶段,对微观层面的权利救济不失为一种更优选择。

四、完善碳排放权制度的具体路径

在碳排放权制度中,双阶理论的运用有助于通过阶段性拆解明确相关当事人之间的具体权利义务关系,进而区分公法法律关系与私法法律关系并借助不同法律规范解决争议,虽然存在局限性,但是有助于处理碳排放权这一复合性的法律关系。基于碳排放权运行的双阶构造属性,碳排放权制度在规则层面的构建应坚持内部监督和外部监管相结合,并辅之以有效的救济方式。

(一)在内部制约上探索赋权与控权的平衡点

政府构建碳交易市场旨在削减温室气体排放,在此过程中,减排主体获得的碳排放权只是实现减排目标的一种“副产品”,碳排放权问题属于减排制度设计的派生物,^③这是讨论碳排放权属性定位问题无法回避的大框架。“强行政监管性”是碳排放权制度的重要特征,^④碳排放权制度规则的完善首要问题应是内部制约规则的构建。由于碳排放权含有借助私主体实现公共利益的目的,因此为保障公权力在与私主体的博弈中能够实现这一公共利益,需要赋予行政机关必要的

① 参见程明修:《公私协力法律关系之双阶争讼困境》,《行政法学研究》2015年第1期。

② 参见吕忠梅、王国飞:《中国碳排放市场建设:司法问题及对策》,《甘肃社会科学》2016年第5期。

③ 参见任洪涛:《民法典实施背景下碳排放权数据产权属性的法理证成及规范进路》,《法学杂志》2022年第6期。

④ 参见张辉、冯子航:《碳交易制度中碳排放权的行政管控性》,《环境保护》2021年第16期。

职权,同时也要对其予以适当限制,充分权衡和考量各方的利益,实现赋权与控权的最佳平衡。

首先,有必要赋予行政机关配额初次分配(一级市场)行政权限。这既是行政机关创设碳排放权的必要前提,也是为克服碳交易市场本身缺陷和减排主体逐利性的现实需要,还是实现减排目标的必然要求。为追求行政效率并确保碳排放权得到全面有效的保障,应聚焦配额的确定和配额的分配方式等方面。具体表现如下:(1)行政机关对碳排放额度拥有创设权,主要根据国家温室气体排放控制要求,^①综合考虑社会经济发展和排放协同控制等因素,确定排放配额总量和分配方式。(2)行政机关对碳排放额度拥有调节权,根据宏观经济发展的规模、节能减排技术的进步等定期对碳排放额度进行调整。(3)行政机关享有适当行政优益权,有偿发放配额则是以配额为标的物的行政合同,^②行政机关可基于控制温室气体排放的公益性目的有权对行政合同的履行、变更以及解除进行单方调整。

其次,应当对行政机关的监管权进行必要的限制。行政控权的必要性是碳排放权制度旨在实现温室气体减排这一既定目标所决定的。一方面,为防止行政权的滥用,应制订配额总量和分配方法确定的具体规范,依据公平公正原则构建沟通协调制度等保障减排主体的合法权益与合理诉求。另一方面,应明确划分配额确定的总量和分配方法的内容,根据行政职权的内容及其与公共利益相关的程度,明确配额确定和分配中可调整的内容、限制调整的内容与不可调整的内容。其中,配额的数量应属于限制调整的内容,审查费用、配额分配的方法原则上应属于不可调整的内容,不应存在“讨价还价”的空间。

最后,坚持以公共利益为主来确定配额总量和分配方式。碳排放权制度应秉持科学性和专业性、兼顾地区之间的公平性与行业之间的差异性、赋予减排主体申诉和申辩的权利,但前提是要确保减排目标等公共利益优先。^③同时,要避免部门本位主义和地区行业不均衡现象,逐步降低免费配额的比例,结合行业承受力和竞争环境在分配方式上逐步引入拍卖机制,形成一级市场的价格机制。此外,为维护碳交易市场制度减排功能的稳定性,应明确规定清缴配额一旦确定则原则上不能随意变更或解除,除非继续清缴配额将损害公共利益。

(二)在外部监督上构建多元主体共治模式

碳排放权制度的有效运行不仅需要赋权与控权相平衡的内部制约,^④还需要从外部监督上构建政府、企业、社会组织以及公众等多元主体共治的模式,构建和完善外部监督约束机制。

首先,应健全信息公开制度,这是构建外部监督约束机制的前提和关键。除涉及国家秘密外,行政机关在确定配额总量和分配方法过程中形成的关于决策依据、评估标准、分配指南、分配方法和分配方案编制等涉及社会公共利益的重要信息都要及时全面地向社会公开。同时,配额分配是碳交易市场制度设计中与减排主体关系最密切的环节,因此应赋予减排主体对配额分配情况的知情权,并将减排主体的行业领域和分配数量等广而告之,提升配额分配数量的透明度。其次,应构建和完善公众参与机制,充分发挥社会监督作用,不仅要从程序上完善公众参与方式

① 参见陈红彦:《碳税制度与国家战略利益》,《法学研究》2012年第2期。

② 参见崔建远:《行政合同族的边界及其确定根据》,《环球法律评论》2017年第4期。

③ 参见洪冬英:《“双碳”目标下的公益诉讼制度构建》,《政治与法律》2022年第2期。

④ 参见魏庆坡:《碳交易与碳税兼容性分析——兼论中国减排路径选择》,《中国人口·资源与环境》2015年第5期。

和诉求表达机制,^①还应细化利益相关者和环境保护组织参与的途径和规则,全面提升社会大众有关碳交易市场的法治监督意识。最后,要依法健全碳交易市场的自律组织、行政和司法监督机构,探索在立法中构建和完善法治监督的内容,赋予相关组织对碳交易市场进行监督的权利,同时建立有关碳交易市场的法治监督流程、沟通和反馈机制,督促行政机关妥善履行法定职责,从而减少温室气体排放,有效维护公共利益。

(三)在救济方式上突破单一路径依赖

碳排放权法律属性的澄清和辨识直接影响着争议解决的设计思路和路径选择,碳排放权运行的双阶构造虽然能够实现理论上的逻辑周延,但是还需要通过法律救济实践予以检验。双阶属性揭示了碳排放权具有“阶段性”的法律性质,^②碳排放权的权利救济和争议解决也应突破单一路径依赖,依据阶段划分和性质辨识来选择适用相应的救济方式。如此,不仅可以实现理论自洽与制度实践的贯通呼应,还能满足碳排放权制度的运行及其纠纷解决的现实法律需求。

在第一阶段中,赋予减排企业维护自身权益的多元化手段,即确保减排企业行使异议权。虽然配额总量的确定和发放体现了行政权力在减排企业中分配减排责任的主导地位,但是也要综合考虑减排企业的意见和需求、赋予减排企业在方案制定过程中的听证权。配额分配行为属于具体行政行为,由此引发的争议应纳入行政法规范的范畴。^③具体而言,如减排企业认为碳市场行政主管部门的配额分配行为存在瑕疵或违法等,则其既可以向省级生态环境主管部门或国家碳市场主管部门申请行政复议,也可以向碳市场行政主管部门所在地的中级人民法院提起行政诉讼,要求碳市场行政主管部门履行配额给付义务。同时,若配额分配是依据省级生态环境主管部门制定的方案,则减排企业可以一并请求人民法院对该规范性文件进行附带性审查。^④总之,在第一阶段应赋予减排企业听证权、行政复议权和诉讼权,构建多元申诉机制。

在第二阶段中,配额交易更多地体现出私法属性。原则上,碳排放权买卖纠纷是平等市场主体之间订立的以配额为标的物的买卖合同纠纷,应该适用民法典合同编的关于合同订立、成立、履行、变更和违约等规定,假设当事方不履行有效成立的合同或履行不符合规定,应依照民法典合同编的规定承担违约责任。同时,碳市场主管部门在履行配额交易监管职责的过程中与减排企业产生的行政处罚纠纷,减排企业可依据行政处罚法和行政诉讼法来维护自身的合法权益。

此外,对配额清缴行为,要明确行政部门、减排企业以及核查机构等利益相关方的法定义务及违规责任。基于行政部门与核查机构之间的委托关系,核查机构应对核查报告的合法性和真实性负责,否则减排企业有权提起侵权之诉;若是行政部门的原因导致数据失真且减排主体认为其合法权益受到侵害,则减排主体应诉诸行政诉讼来寻求救济。

五、结 语

碳排放权制度作为削减温室气体排放制度中的重要制度安排,旨在发挥私主体在参与温室

① 参见潘晓滨:《碳中和背景下我国碳市场公众参与法律制度研究》,《法学杂志》2022年第4期。

② 参见何登辉:《双阶理论视阈下自然资源特许出让协议的应然定性》,《内蒙古社会科学》(汉文版)2017年第3期。

③ 参见余凌云:《论行政诉讼上的合理性审查》,《比较法研究》2022年第1期。

④ 参见曹鑒:《行政复议制度革新的价值立场与核心问题》,《当代法学》2022年第2期。

气体减排方面的积极性,以总量控制交易的模式降低减排成本、提高减排效率。然而,对于集行政主导、交易机制、公益维护等不同要素于一体的碳排放权制度而言,碳排放权的法律属性的辨识一直陷入私法属性论和公法属性论的论争之中。在此背景下,肇始于德国的双阶理论为碳排放权的法律属性辨识提供了双阶划分的混合属性视角,对厘清《办法》相关规定的正当性基础、阐释制度设计思路、重塑权利救济路径、指导司法实践等具有重要的现实意义。因此,在修正的双阶理论的指导下,以配额发放时间为分界线,将碳排放权的法律属性界定为“行政处理+民事合同”,符合碳交易市场制度设计的原初目的与《办法》规范文本的基调,兼顾了碳排放权运行过程中公权行使色彩和私主体合法权益保护问题。以碳排放权运行的双阶构造为依据,碳排放权制度应当注重内部制约和外部监督相结合,构建多维度救济机制。内部制约方面应坚持赋权与控权平衡,控权与效率兼顾;外部监督方面要建立健全主体多元的监管体系,形成政府、行业组织等多个监督主体共同协调的运作机制;救济制度上要突破单一路径依赖,构建多维度救济体系,以期对碳排放权的制度设计和功能发挥提供恰切的理论基础,进而更好地解释、指导我国碳交易市场的实践,助力实现“双碳”目标。

Abstract: The carbon trading market achieves emission reduction goals by means of cap control and market transactions, and the carbon emission rights system has both administrative leadership to safeguard public interests and private law autonomy through free negotiation, so there is a dispute between “public law attributes” and “private law attributes”. Confined by the mindset of “public—private opposition”, the existing theories do not provide an appropriate interpretation path for the identification of the attributes of the carbon emission rights system. Therefore, it is necessary to reflect on the attribute positioning of carbon emission rights. From the perspective of “public—private collaboration”, based on the German Two—step theory, the allowances circulation stage in the operation of carbon emission rights is established as a legal structure with the attributes of public law at the front and private law at the back; the determination and allocation of allowances is the core content of the second stage. The first stage belongs to administrative processing; the second stage with quota trading as the core content is regarded as a civil contract, thus defining carbon emission rights as an “administrative processing + civil contract” model. Therefore, the improvement of the carbon emission rights system should endow administrative agencies with necessary powers and at the same time appropriately restrict them to achieve the best balance between empowerment and control; build a multi—subject co—governance model and improve the external supervision and restraint mechanism; divide according to stages and nature identification to choose the appropriate remedy.

Key Words: carbon emission rights, carbon emission allowances, carbon market, carbon trading, two—step theory
