

# 论温室气体排放权的财产权属性

刘明明

(山东科技大学 文法学院, 山东 青岛 266590)

**摘要:**关于温室气体排放权的性质有两种观点:认为温室气体排放权仅仅是进行温室气体排放的资格或许可,是政府的一种新型管制工具;或者,认为温室气体排放权是一种特殊的财产权利。立法实践中,温室气体排放权基本上被视为一种政府管制的工具。从生态系统服务的视角看,温室气体排放权其实是对生态系统服务的获取权,应当作为一项财产权利。根据新型财产权的观点,温室气体排放权是国家为了解决气候领域的公地悲剧而创设的具有公法和私法双重属性的管制性财产权。

**关键词:**温室气体排放权;管制工具;财产权利

**中图分类号:**DF46      **文献标志码:**A      **文章编号:**1008-5831(2013)03-0107-05

清晰地界定温室气体排放权的法律性质,在确保政府和公私企业对法律的安全性和确定性有稳定的预期,为排放权交易提供安全保障和信心以及提高市场的流通性和效率等方面,具有重要的作用。根据马修(Matthieu)和夏洛特(Charlotte)的研究,界定温室气体排放权的性质至少对回答以下几个问题具有重要意义<sup>[1]50</sup>:第一,温室气体排放权能否被撤回或者取消,撤回或取消是否应当对原来的温室气体排放权持有者进行补偿?第二,温室气体排放权能否被抵押或者像信用证券一样流通使用?第三,如果温室气体排放权持有者无力清偿债务并进入破产程序,温室气体排放权应当如何处理?第四,温室气体排放权的使用和买卖是否应当征收增值税?鉴于此,笔者拟对温室气体排放权的性质进行理论探讨。

## 一、管制工具抑或新型财产权:温室气体排放权定性的纷争

关于温室气体排放权的法律性质,学术界大致有两种观点:其一,认为温室气体排放权仅仅是进行温室气体排放的资格(authority)或许可(permit),是政府的一种新型管制工具(instruments sui generis);其二,认为温室气体排放权是一种特殊的财产权利<sup>[2]228-256</sup>。其中,由于各个国家的法律制度背景不同,将温室气体排放权视为一种财产或财产权利的观点又进一步分为五种,即公权利(an administrative or public right)、私人财产权(a private property right)、金融或证券工具(a security or financial instrument)、商品(a good or commodity)、货币(currency)<sup>[3]575-596</sup>。在以上两种观点中,越来越多的学者倾向于支持温室气体排放权应当作为一种新型财产权的观点。

**收稿日期:**2012-04-26

**基金项目:**教育部人文社会科学研究青年基金项目“温室气体排放控制法律制度研究”(11YJC820071);教育部人文社会科学研究青年基金项目“我国林业碳汇交易立法研究”(12YJC820012);司法部2012年度国家法制与法学理论研究项目“碳金融监管法律制度研究”(12SFB3037);山东省社会科学规划项目“差别生态责任研究”(10BFXJ01)

**作者简介:**刘明明(1981-),男,山东潍坊人,山东科技大学文法学院副教授,法学博士,主要从事环境与资源保护法学研究。

尽管学术界越来越多地认同温室气体排放权应当作为一种新型财产权,但是在有关温室气体排放管制的国际和国内立法实践中,对温室气体排放权的法律性质持不同的态度。《京都议定书》以及《欧盟排放交易指令》(EU emissions trading directive)都对温室气体排放权的法律性质保持沉默,即“没有界定温室气体排放权本身是什么,只是规定温室气体排放权持有者可以做什么”<sup>[3]571</sup>。如《联合国气候变化框架公约》在其《京都议定书》执行手册中将一个温室气体排放权界定为“排放1公吨二氧化碳当量(按照全球增温潜能计算)的许可”<sup>[4]</sup>。《欧盟排放交易指令》第3条a款规定:“一个配额(allowance)是指在规定的期间内排放1公吨二氧化碳当量,该配额仅当以履行本指令的要求为目的时方有效,并且应当按照本指令的规定进行交易。”<sup>①</sup>并且在第12条和第19条中规定了温室气体排放权(欧盟配额,EUAs)中所包含的四个要素:一个人可以持有配额(第19条第1款);配额可以在欧盟范围内交易,也可以与其他配额经过认证的国家进行交易(第12条第1款);配额可以用来执行排放许可(第12条第3款);配额可以通过取消而灭失。尽管如此,欧盟除了将配额作为一种可交易的工具外,没有界定配额的性质以及所有权,特别是没有明确配额是否可以作为一种金融或证券工具或者商品<sup>[1]48</sup>。欧盟委员会在最初提交的《排放交易指令》(emissions trading directive)议案中,曾经认为温室气体排放权的法律性质为行政授权(administrative authorization)。但是,在该议案提交到欧盟理事会和议会之前,委员会的法律部门认为为了坚持辅助原则以及尊重各成员国法律体系的特点有必要反对将此观点纳入到议案中。因此,欧盟仅规定了排放交易的目的是为了促进以经济有效的方式实现温室气体减排,而将温室气体排放权的定性以及交易规则制定等事项留待各成员国自行决定。美国众议院于2009年7月通过了《清洁能源与安全法案》(clean energy and security act),该法案明确规定了排放配额不是财产。该法案第311条规定:“排放配额(emission allowance)和任何抵消信用额度(offset credit)或者其他工具均不构成一项财产。本法以及其他法律不得解释为限制或者取消美国政府(包括依据成文法授权行动的环保局)终止或者限制配额、抵消信用额度

以及期间抵消信用额度的权力。”该规定与美国《清洁空气法》中对于二氧化硫排放配额的定性如出一辙。《清洁空气法》第403条f款中对二氧化硫排放配额的性质作出如下规定:“依据本章分配的配额是对依法排放二氧化硫的有限的行政授权(a limited administrative authority)。此种配额并不构成一项财产。本法的任何规定都不能解释为对政府终止或限制此类授权的限制。本章有关配额的规定不能解释为影响受管制单位或污染源适用或遵守本章的其他规定,包括有关国家空气质量和州执行计划的规定……”法国于2004年4月15日颁布了执行欧盟第2003/87/EC号指令的排放交易条例,该条例将配额界定为非物质商品(an immaterial good),自从配额发放之日起配额持有人可以在国家注册的账户中持有该非物质商品<sup>[1]50</sup>。西澳大利亚于2003年制定了《碳权利法》(carbon rights act)。该法将土地及其之上的植被由碳吸收和储存所产生的无形利益视为土地所有者对土地所享有的一种新型的权利——碳权利<sup>[5]</sup>。碳吸收和储存是温室气体减排的重要措施,在碳排放交易中,碳吸收和储存(碳汇,carbon sink)可以产生碳信用(carbon credit)或抵消(offset)。尽管西澳大利亚的《碳权利法》仅仅是将温室气体排放权的一种形式——碳信用或抵消确认为财产,但是,此种做法在当前国际国内立法中具有重大的开拓意义。

从温室气体排放管制的立法实践看,《京都议定书》和欧盟排放交易计划只是通过管制创造了温室气体排放权并规定了温室气体排放权的取得、交易以及消灭规则,并没有对温室气体排放权的法律性质作出进一步的规定,而将温室气体排放权的性质界定问题留给了市场上的私主体探索。美国之所以不将配额界定为财产,是为了避免一旦配额贬值或被政府收回后承担赔偿责任<sup>[1]53</sup>。另外,如果将政府创造的温室气体排放权界定为财产,那么私人财产权将会为温室气体排放权持有人提供稳定的预期和保障(例如可以利用宪法上的征收条款避免政府对碳单位的任意没收),从而政府完全控制温室气体排放权的自由,灵活性将会受到限制。因此,很少有立法确立温室气体排放权的财产性质,在立法实践中,温室气体排放权其实是作为一种政府管制的工具而被利用。

①Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council, Article 3(a).

## 二、温室气体排放权应当作为一种财产权：生态系统服务的视角<sup>②</sup>

1997年 Robert Costanza 等人在《自然》(Nature)杂志上发表了《世界生态系统服务价值和自然资本》一文,首次系统地对全球生态系统服务与自然资本的价值进行研究,测算出全球生态系统服务功能每年的总价值为16~54万亿美元,平均为33万亿美元,是1997年全球GNP的1.8倍<sup>[6]</sup>。2005年3月30日,联合国《千年生态系统评估报告》(MA,2005)正式发布,该报告对“生态系统服务功能”给予了极大的关注,提出生态系统服务功能是指人类从生态系统中所获得的效益,生态系统为人类提供各种效益,主要包括供给功能、调节功能、文化功能以及支持功能。生态系统服务(Ecosystem Services)是指人类直接或间接从生态系统得到的利益,主要包括生态系统向经济社会系统输入有用的物质和能量、接受和转化来自经济社会系统的废弃物,以及直接向人类社会成员提供各种服务,如提供清洁空气、清洁水等自然资源以及旅游、休闲、娱乐、审美、科学研究。

大气、土地、森林、水等生态系统可以吸收和储存温室气体,其所提供的气体调节和气候调节等生态系统服务,对于将温室气体浓度稳定在不至于对人类产生重大或不可逆性影响的水平上至关重要。然而,此类生态系统服务是一种典型的公共物品,具有非排他性和非竞争性。任何企业或者个人向大气中排放温室气体都无需支付任何成本,生态系统服务的价值没有体现到企业生产和私人社会生活的成本中。也就是说,“大气提供的吸收和储存温室气体的自然服务没有得到限制,并且使用此项服务无

需购买,因此此类服务不能够体现为价格”<sup>[3]571</sup>。在农业文明社会和工业文明社会的早期阶段,人类的温室气体排放活动与生态系统服务供给之间尚能保持平衡。在此阶段,公共物品(生态系统服务)与人类的需求之间不存在矛盾,因此政府没有必要对公共物品的利用加以管制。但是,随着工业社会的发展,由于人类不受限制而且免费地向大气中排放温室气体,致使过度地消耗生态系统服务,超过了大气环境容量,最终酿成“公地的悲剧”——全球变暖。全球变暖的应对需要政府干预生态系统服务(公共物品)的获取行为。正如布罗姆利所言,“每个人都能自由进入就意味着没有人拥有财产”<sup>[7]</sup>。正是由于生态系统服务处于既无人所有又无人管理的状态,每个人都能无需投入成本地自由利用,从而导致“公地悲剧”的发生。限制对生态系统服务的自由进入,即限制温室气体排放,是解决全球变暖的最佳途径。而财产权一直被作为避免“公地悲剧”的首要选择<sup>[8]129</sup>。生态系统服务作为无形且有重要价值的公共资源,政府可以通过创设财产权来限制或管理生态系统服务的获取行为。一般来说,政府干预生态系统服务获取行为的方式有传统的“命令-控制”方式和基于市场的管制方式,其中排放权交易是基于市场的管制方式中的一个重要工具。不管是传统的“命令-控制”模式还是排放权交易方式,都离不开财产权这一工具,有所区别的仅是财产权的类型和配置方式<sup>[9]</sup>。在单一的“命令-控制”模式下,政府享有生态系统服务的财产权,温室气体排放主体只是政府管制的对象,其所进行的温室气体排放仅是政府授予的一种行为自由,不具有财产权的性质;而在排放权交易模式下,政府作为公共资源(生态系统

<sup>②</sup>国内对排污权性质的研究中,有的学者从环境容量(资源)使用权的视角论证排污权是一种特殊物权。认为环境容量是一种公共资源,具有有用性和稀缺性,并提出环境容量的“物化”,进而论证排污权是对环境容量的使用权。参见邓海峰《排污权:一种基于私法语境下的解读》(北京大学出版社,2008年版,第63-104页);王小龙《排污权交易研究:一个环境法学的视角》(法律出版社,2008年版,第42-65页)。笔者认为从环境容量(资源)使用权的角度论证温室气体排放权的法律性质有所不妥。一方面,因为“环境容量(资源)”的概念有待商榷。有的学者认为环境容量资源是指大气、水、土壤等不直接进入生产过程的环境要素,但可以通过容纳、降解、消化生产过程中产生并输入自然系统的异物,维持自然系统正常功能来辅助生产过程的资源。参见张智玲、王华东《矿产资源生态环境补偿收费的理论依据研究》(《重庆环境科学》,1997年第1期,第30页)。有的学者认为环境容量资源与环境容量为同一个概念,是指在一定环境质量目标下环境可容纳污染物质的最大量。参见李克国主编《环境经济学》(中国环境科学出版社,2005年版,第112页)。有的学者认为环境容量本身就是一种资源,环境容量的这种资源属性是环境权益的利益源头,最能体现环境权益的特殊性所在。参见社群《环境法融合论:环境·资源·生态法律保护一体化》(科学出版社,2003年版,第107页)。据目前所搜集的资料来看,国外只有环境容量(environmental capacity)的概念,并没有环境容量资源的概念。笔者认为,环境容量只是一个数量概念,并不具备承载权利(权利客体)的可行性。环境所具有的容纳和降解污染物的功能,是生态系统服务功能的一类。而所谓的环境容量资源(“环境容量”和“资源”的合成词)其实际所指是生态系统服务的一种。因此,生态系统服务应当作为排污权或温室气体排放权的权利客体。另一方面,排污权交易与温室气体排放权交易存在很多不同。排污权交易仅指政府分配的排污配额的交易,而温室气体排放权交易不仅指排放配额的交易,还包括公私主体通过CDM和JI等机制创造的消减信用、抵消单位的交易(如森林碳汇,一种森林生态系统服务)。基于以上两方面的原因,笔者从生态系统服务的视角探讨温室气体排放权的法律性质。

<sup>③</sup>下文中所涉及的“生态系统服务”均指自然资源、环境所提供的气体调节和气候调节等有关温室气体的生态系统服务。

服务)的分配者,将生态系统服务的获取权赋予市场主体,这种权利具有可支配性、可转让性、有用性、稀缺性等财产权属性<sup>④</sup>。上述西澳大利亚在《碳权利法》中,将土地及其植被所具有的碳储存功能所产生的温室气体抵消单位视为土地利益的一部分,并规定了碳权利的取得、交易和消灭等规则,已经从立法上确认了土地生态系统服务(碳吸收和储存)的财产权属性。因此,从生态系统服务的观点看,温室气体排放权其实是对生态系统服务的获取权,应当作为一项财产权利。

### 三、温室气体排放权应当作为一种财产权:新财产权的视角

在古典财产权结构中,人类对财产权的规定长期模拟自然状态,并受到带有罗马法印迹的布莱克斯通“绝对权”和“有体性”理论的影响。“财产权通常都被理想化地定义为对物的绝对支配,财产界定的标准也被相应设定为物质属性、绝对支配和所有权中心三点:财产与具体的物相联系,财产体与财产权相等同,财产权利集中体现于所有者的所有权”<sup>[10]</sup>。但在进入现代商业社会和福利时代后,财产权的形式和种类骤然增长,出现了非物质化的财产、通过私人合意改造出的新财产、政府公权力制造出的新财产等,这被美国的一些法学家称为“权利的爆炸”。布莱克斯通的概念已经彻底过时,它已经被一种新的财产概念所取代<sup>[11]38</sup>。当代财产权已经出现了一种颇为分散的状态,就种类而言财产权不再局限于传统私法领域的物权、债权、知识产权,而是表现为各种具有经济价值的权利的总和<sup>[12]</sup>。这种新财产是非物质的,它不是由一束绝对的或固定的权利所构成,而是由一束依情况而受到限制的权利所构成<sup>[11]38</sup>。这类新财产权介于纯粹公权利和纯粹私权利之间,是一种混合性的权利(hybrid property)<sup>[8]164</sup>,也有学者称其为管制性财产权(regulatory property)<sup>[13]</sup>。财产权并不必然体现为一种对私人既得实体财产的法律确认,而更多地表现为法律直接赋予主体一定的利益范围。在现代社会,政府通过特许的方式创设财产权利已经成为普遍现象,财产权的整个形式和内容是由国家定义的。财产权的体系是开放和包容的,现代社会的财产权已经不再仅仅表现为私法上的权利体系,只要是国家正式赋予的财

产性权利,均为实质意义的财产权<sup>[14]</sup>。

以市场为中心的环境管制的实施对财产权概念产生了显著的影响。其中,在防止污染和自然保护的环境管制措施中,重要的一个工具就是由政府创设的可交易的类似财产的权利<sup>[8]163</sup>。国家的环境保护措施不可避免地要以财产权利为基础,因为针对“公地悲剧”的所有解决方案都需要在之前自由进入或无人所有的资源之上设定财产权<sup>[9]103</sup>。当采用“命令-控制”型管制制度时,国家在环境公共物品(生态系统服务)上设定公共财产权。当创设可交易的温室气体排放权时,国家则设定一种兼具公法性质和私法性质的财产权:国家首先根据大气环境容量对生态系统服务设定公共财产权(总的排放配额),然后再将排放配额(温室气体排放权)分配给私人,并允许私人对排放进行排他性的占用、使用和处分。之所以说温室气体排放权具有公法属性,是因为其存在和运行都依赖于国家的管制<sup>[8]164</sup>,是国家基于管制目的创设的温室气体排放权,并且温室气体排放权的取得、交易和消灭都受到国家的管制。有学者称,温室气体排放权市场是一个许可市场(permit market)<sup>[15]</sup>。之所以说温室气体排放权具有私法属性,是因为温室气体排放权具备有用性、可交易性、可支配性、排他性等财产权的本质属性<sup>[16]</sup>。

综上所述,温室气体排放权应当被定性为一种新型财产权或者管制性财产权,是特许物权或准物权的一种。将温室气体排放权定性为财产权,可以给配额、抵消单位或者信用的持有者提供稳定的预期和安全保证(特别是避免国家的任意没收),更加有利于激励市场主体积极参与温室气体减排投资,以便更好地发挥温室气体排放交易制度的优势。但是,“财产是法律的一个创作,财产并不来源于价值,虽然价值是可以交换的,但是许多可交换价值被有意损害后却得不到补偿”<sup>[11]40</sup>。应然与实然往往相差甚远,真正在法律上将温室气体排放权明确规定为财产权不得不考虑政治因素的影响。立法者在决定是否将温室气体排放权作为财产权时,不得不考虑其决定是否会对政府创设、收回或者取消配额的灵活性产生影响以及确定为财产权后政府面临的压力和经济负担。“实际上,决定一种利益是否是财产的

<sup>④</sup>这类类似于政府为了避免公共土地被过度使用,而将公共土地进行权利分割,赋予每个私主体有限的土地使用权利,以保证公地的可持续利用。只是公共土地是有形的公共资源,而生态系统服务是无形的公共资源。See Justin Savage, Confiscation of Emission Reduction Credits: the Case for Compensation under Taking Clause, winter Virginia Environmental Law Journal, 231-240(1997).

因素并不是逻辑上的,而是政治上的”<sup>[11]40</sup>。

参考文献:

- [1] WEMAERE M, STRECK C. Legal ownership and nature of kyoto units and EU allowances [C]// FREESTONE D, STRECK C. Legal aspects of implementing the kyoto protocol mechanisms. New York: Oxford University Press, 2005.
- [2] SAVAGE J. Confiscation of emission reduction credits: the case for compensation under taking clause[J]. Virginia Environmental Law Journal, winter 1997;227 - 271.
- [3] BUTTON J. Carbon: commodity or currency? The case for an international carbon market based on the currency model [J]. Harvard Environmental Law Review, 2008 (32): 571 - 596.
- [4] 刘明明. 论促进山东半岛蓝色经济区建设的财产权路径——以温室气体排放权交易为视角[J]. 山东科技大学学报:社会科学版,2011(6):69 - 75.
- [5] HEPBURN S. Carbon rights as new property: the benefits of statutory Verification [J]. Sydney Law Review, 2009 (6): 239 - 271.
- [6] COSTANZA R. The value of the world's ecosystem services and natural capital [J]. Nature, 1997 (387):253 - 260.
- [7] 布罗姆利. 经济利益与经济制度——公共政策的理论基础[M]. 陈郁,译. 上海:上海三联书店,2006.
- [8] ROSE M. The several features of property: of cyberspace and folk tales, Emission trades and ecosystems[J]. Minnesota Law Review, 1998 (11):129 - 171.
- [9] COLE D. Clearing the air: four propositions about property rights and environmental protection [J/OL]// YANDLE B. Grasping for the heavens: 3 - D property rights and global commons. http://www.law.duke.edu/journals/10DELPHYandle.
- [10] 冉昊. 财产含义的辨析:从英美私法的角度[J]. 金陵法律评论,2005(春季卷):23 - 31.
- [11] 万德维尔德. 19世纪的新财产:现代财产概念的发展 [C]//王战强. 社会经济体制比较,1995(2):35 - 40.
- [12] 梅夏英. 财产权构造的基础分析[M]. 北京:人民法院出版社,2002.
- [13] WIENER J. Global environmental regulation: instrument choice in legal context [J]. Yale Law Journal, 1999 (108):657 - 765.
- [14] 李爱年,胡春冬. 财产法与环境保护:普通法的一个视角 [J]. 重庆大学学报:社会科学版,2007(2):95 - 105.
- [15] YANDLE B. Grasping for the heavens: 3 - D property rights and global commons [EB/OL]. [2012 - 04 - 25]. http://www.law.duke.edu/journals/10DELPHYandle.
- [16] KRIER J. Marketable pollution allowances [J]. University of Toledo Law Review, 1994,25:449 - 454.

## On Property Nature of Right to Emit Greenhouse Gases

LIU Mingming

(College of Humanities and Law, Shandong University of Science and Technology, Qingdao 266590, P. R. China)

**Abstract:** There are two points of view on the nature of right to emit GHGs: a new type of regulatory tools or a special property right. In the legislative practice, right to emit GHGs is mainly deemed as a tool for governmental regulation. From the perspective of ecosystem services, right to emit GHGs is the right to access ecosystem services, and should be treated as a property right. According to view of new property rights, right to emit GHGs is a regulatory right of public and private attribute to address the tragedy of commons in climate domain.

**Key words:** right to emit GHGs; regulatory tool; property right

(责任编辑 胡志平)