

我国水排污权交易市场构建的法律思考

王建文 李 俊

(河海大学法学院,江苏南京 210098)

摘 要:在新时代生态文明体制改革的背景下,水污染的治理要考虑到经济发展和环境保护两者的平衡,而水排污权交易是一种通过经济手段来治理水污染的政策,能够很好地达到两者的协调统一。我国在 20 世纪 80 年代就已经开始了对水排污权交易制度的探索,近年来更是加快了市场建设的步伐,取得了一定成效。但是,我国水排污权制度依然存在着以下问题:未在法律上明确排污权的地位,地方性立法之间缺乏衔接,行政手段过于浓厚,缺乏有效的监督机制。这些问题严重阻碍了我国水排污权交易市场的发展。在美国、日本等发达国家,水排污权交易市场已非常成熟,为我国的水排污权交易发展提供了可资借鉴的经验。为了促进我国水排污权市场的建设,应该从三方面来完善水排污权交易法律制度:其一,在法律上明确有关排污权的相关概念和地位;其二,加强流域内跨行政区域立法工作;其三,建立行政执法监督、加强公众参与等相关配套制度。

关键词:水排污权交易;域外经验;中国实践;制度完善

中图分类号:D922.68 **文献标志码:**A **文章编号:**1671-4970(2018)03-0085-05

在我国全面加强生态文明建设的背景下,水污染防治既要满足治理水污染、净化水资源的目标,又要考虑到经济发展和环境资源的平衡。而水排污权交易作为当今世界各国实现排节能减排的水污染防治政策手段之一,恰恰可以实现上述目标的有效手段。水排污权交易的质是在水资源容量控制的前提下,通过市场调节来达到水资源容量资源配置的高效率,在达到治理水污染成本最小化目标的同时,又能促进企业提高技术创新,淘汰落后产能,完成企业结构优化。笔者首先分析了我国水排污权交易市场的立法现状,其次对域外水排污权交易制度进行了介绍和经验总结,最后提出了对我国水排污权交易市场的法律思考,以期解决制约我国水排污权交易市场发展的多种问题,为完善我国水排污权交易制度有所裨益。

一、我国水排污权交易立法现状及存在问题

1. 目前有关我国水排污权交易的立法文件

(1) 我国目前关于水排污权交易的法律

2015 年开始执行的新《中华人民共和国环境保

护法》(以下简称《环境保护法》)中,对水排污权交易并没有作出明确的规定,只是规定了国家今后在控制环境污染方面实行重点污染物总量控制制度和排污许可证制度。在 2018 年 1 月 1 日实施的《中华人民共和国水污染防治法》(以下简称《水污染防治法》)中,同样也没有明确水排污权交易,仅仅在对水污染治理方面提出了水污染防治实施总量控制和排污许可制。

(2) 与水排污权交易相关的行政法规、政策及部门规章

2014 年,国务院出台了《关于排污权有偿使用和交易试点工作的指导意见》,首次从国家立法层面明确推进排污权交易制度的发展。其中规定了建立排污权有偿使用制度、加快推进排污权交易等内容,但是遗憾的是,《意见》仅限于规范性文件,并没有能够转化成行政法规。

2015 年,在面对严峻的水污染的形势下,国务院印发了水污染防治计划的通知(以下简称“水十条”),其中的第七条关于切实加强水环境管理内容中,提出了以环保部牵头负责全面推行排污许可制

收稿日期:2018-02-12
基金项目:国家社会科学基金一般项目(14BFX077)
作者简介:王建文(1974—),男,安徽望江人,教授,从事商法、金融法研究。

度,要求在 2015 年底,完成对排污权有偿使用的试点地区发放污染源排污许可证。这两个文件说明,国家已经在重视水排污权交易制度,为我国建设水排污权交易提供了一定依据^[1]。

(3) 地方性法规及实践

上海市是全国最早开展水排污权交易试点的地区。早在 1985 年,上海市为了治理黄浦江的环境污染,制定了《上海市黄浦江上游水源保护条例》。该条例实施细则提出,在控制排污总量的前提下,有条件的企业间可以互相交易水污染排污指标。1987 年,上海市闵行区完成了第一例以水污染排放物为转让指标的交易实践,该有偿转让行为第一次实施了在控制排污总量的前提下,企业之间进行排污权交易的行为,成为我国第一个尝试水排污权交易的地区。

2007 年,太湖蓝藻的爆发,给太湖流域的居民生活带来了严重的影响。面对日益严重的水污染问题,国务院决定在太湖流域开展排污权交易试点,确定浙江嘉兴市为首个试点城市,这标志着我国正式将排污权交易从理论向实践迈进。随后,为了响应国务院的关于建设排污权交易制度的措施,江苏省出台了一系列的地方性法律法规,如《江苏省太湖流域水污染防治条例》《江苏省太湖流域主要污染物排污权交易管理暂行办法》《江苏省排放水污染物许可证管理办法》,同时,苏州、无锡、常州、镇江等市也纷纷成为了排污权交易试点地区。2017 年 11 月 28 日,江苏省人大常委会第三十三次会议上公布了《江苏省太湖污染防治条例修正案(草案)》。该修正案(草案)也明确提到了建立水排污权交易市场的要求。

2. 我国水排污权交易立法所存在的问题

(1) 未在法律上明确水排污权的地位

上文中已经提到,全国人大、国务院都将环境治理,尤其是水污染防治工作放在国家战略层面,在深化环境治理改革过程中也多次提到水排污权交易制度。让人遗憾的是,由国家最新制定的《环境保护法》和《水污染防治法》中,没有明确水排污权这一概念,所以目前在法律层面对水排污权交易的规制依然是处于空白的状态。值得庆幸的是,从各个地方对水排污权的立法及实践来看,各地区已经建立起了相对完善的水排污权地方性法规、规章,而根据我国《立法法》第 64 条的规定,地方政府针对当地的特殊情况在法律或行政法规未作出规定的领域,可以先制定地方性法规^[2]。但是率先制定地方性法规也仅仅是针对当地实际需要的一种变通,在目前水排污权交易试点在全国如火如荼展开的情况

下,即使试点地区取得很大进展,如果不通过全国人大或者国务院制定法律或者行政法规,会导致地方性立法和国家层面的立法无法有效衔接,在缺乏完整的法律体系支撑的状态下,会使得交易市场无法得到有效的法律保障,从而削减交易市场的热情,最终会严重阻碍水排污权交易的发展。

(2) 地方性立法之间缺乏衔接

虽然有关我国水排污权交易的地方性立法已经日趋成熟,但是地方立法之间还是缺乏有效的衔接。就目前地方性立法的现状来看,太湖流域的水排污权交易立法在全国相对处于领先地位,各个省市对于试点地区的立法都较为完善。然而,地方性立法有一定局限性,太湖流域流经浙江、江苏、安徽、上海省市,而每个省、市又根据本地水资源的实际情况制定了各自的地方性法规,这就会出现同一条河流中出现 4 个不同的地方性法规的情况。如果两个不在同一省份的企业在市场上进行水排污权交易,很有可能会出现因两地的法规不一致导致交易双方的合法权益无法同时得到法律的有效保护,最终使得交易失败。

(3) 行政手段过于浓厚,导致水排污权交易市场不活跃

在江苏、浙江、湖南等许多省区,虽然都建立了排污权交易市场,但是真正涉及水排污权交易的企业却不多。其主要原因为,在缺乏上位法的支撑下,各地区都是依靠本地方立法来引导水排污权在市场上进行交易。在其他水排放权交易发展比较成熟的国家,市场建立初期虽然也是依靠政府的引导,但是在完善的法律体系之下,政府在市场的基本框架建立起之后,就从组织者的身份转变成为监督者,让市场充分发挥其资源配置的调节功能,只有在市场秩序出现明显混乱或者是有企业违反法律的情况下,政府部门才会进行干预。而在我国目前的法律体系下,当地政府部门不仅要履行监督的职责,还要制定市场准入规则、决定交易的种类、范围、甚至是交易的价格,政府部门既充当了“运动员”又是“裁判员”,再加之地方性法规随时可能会因为上位法的变动而改变,这些不确定性都可能影响着企业的发展,所以使得大多数想参与交易的企业都持观望态度,长期以来必然导致水排污权交易市场无法开展^[3]。

(4) 缺乏有效的监督机制

环保部在发布《排污许可暂行管理规定》后,又在 2018 年发布了《排污管理许可办法(试行)》,《管理办法》是对《管理规定》进一步深化和完善。两个规范性文件最主要的目的是为了全面推行排污许可证制度。虽然文件中也提到了进一步加强环保部门

对违反有关排污许可证内容的惩处力度,加大对取得排污许可证企业的排污监管,但两者并未针对水排污权交易作出更为具体的规定。在水排污权交易市场中,取得排污许可证是企业间进行水排污权交易的前提条件,而真正容易出现问题的环节是在二级市场中,主要问题如下:企业间是否在交易过程中遵守有关规定?交易完成后,企业是否能够遵守合同约定来定量排污?在违反市场相关规定时,应该如何进行惩处?就目前来看,这方面的法律规定明显过于单薄。

二、域外水排污权交易制度的法律 规制及给我国的启示

1. 美国水排污权交易法律制度与实践

二战后,美国经济迎来迅猛发展,但工业进步的同时也带来了废水、废气等环境污染,排污权交易思想应运而生^[4]。

1977 年美国国会正式通过《清洁水法》后,以《清洁水法》为核心的水污染防治体系便建立了起来。该法中的两三大制度为水排污权建立了法律基础:其一,国家污染物削减许可证制度,即排污者在排放污染物时,必须满足获得水污染物排污许可证这一前提,否则不允许在水域排放任何污染物;其二,污染物最大日负荷总量计划,该计划要求美国各个州对辖区内的水域污染程度进行检测,根据不同水域每日能承受的最大污染量制定计划,最终计算出各个水域每日对不同污染物排放指标的最大负荷量,其三,排污权信用交易制度,该制度是指一个污染源或是污染企业在一定的期限主动减少了污染物的排放,通过环保部门的认定后,最终可以获得排污削减信用,而这种信用是可以在水排污权市场上进行交易的。

美国联邦环保局 1996 年提出了《水体流域交易框架(草案)》,之后又将水排污权交易命名为“水质交易”,最终在 2003 年正式颁布了《水质交易政策》。该政策至今依然是美国治理水污染的主导政策^[5]。水质交易政策是一种能够将水环境容量发挥到高效并且更够保证水质标准的污染源控制方式,当一个企业在当地水域排污超过了法律所规定的指标,如果通过削减排放量或者通过高价向政府购买排放量的方式进行排污,会加大企业的成本,长期如此,不利于企业的发展,与其如此,不如通过水质交易项目来向该水域其他企业购买结余下来的排污额度,以此达到互利共赢的目的^[6]。

2. 日本水排污权交易制度的应用

日本在 1970 年正式将有关水污染防治的法律

统一为《水质污染防治法》,为了保障其实施,同时颁布了一些附属法律,例如《水质污染防治法实行令》《水质污染防治法实施细则》等,有关水排放权交易的内容便来自以上几部法律^[7]。

日本的水排污权交易范围主要以流域内的企业是否建设污水深度处理设施为基础的。日本环境保护部门经考察后发现,如果强制要求流域内的所有企业安装污水深度处理设施,会加大企业的经济压力,也不符合水资源的充分利用;但如果不建设污水深度处理设施,更加会破坏水质,导致严重的水污染。综合考虑之下,政府决定部分企业继续保持一定的排污量,但是必须控制在一定的标准之下,不能肆意排污,并且定期需要支出一定的排污费用和污水深度处理设施的建设费用;另一部分企业开始建设污水深度处理装置,将排出的污染物进行处理,保持水质的高质量,而污水处理设施建设的费用由政府补贴以及未建设污水处理设施的企业按照每年的排污量进行补贴的方式共同构成。这种由政府行政措施和水排污交易市场共同构成的经济调节手段,可以最大程度上的发挥水资源利用率,实现流域内总体耗费少,负担均衡,对企业起到很好的激励效果^[8]。

3. 域外水排污权交易法律制度给我国的启示

(1)上位法与下位法的有效衔接是水排污权交易制度发展的保障

《清洁水法》作为美国治理水污染核心法律,是通过国会颁布的,其中明确了排污权信用交易制度,也就是认可了水排污权交易的法律地位。而《水质交易政策》是由环保部制定的,在法条中不仅直接明确河流中的不同污染物可以交易,更是进一步对污染物交易的种类、成分、数量进行了进一步的规制,同时也对制定了对违规排放或是超标排放的惩罚措施,在法律层面确立了水排污权制度的建立。同样在日本,也是以《水质污染防治法》为核心,以一些附属法律作为具体的实施细则相配合的方式来发展水排污权交易制度的。这种以上位法保障其法律地位,下位法来规定具体事实细则的模式,有利于水排污权交易制度的层层推进,最终使水排污权交易市场得以建立和发展。

(2)尊重市场在资源配置中的决定性作用

不管是美国还是日本,政府在发展水排放权交易市场的引导作用是不可替代的。这种不可替代性不仅体现在法律的制定和具体数据、指标的公布,在推动水排污权交易市场的形成、维护市场秩序以及法律执行的监督方面,也显得非常重要。国外政府都非常重视各级部门之间的配合,在水排污权交易市场建立初期,由最高级别政府颁布法律,对基本水

排污权交易法律体系进行设计;各个地区再根据法律的规定,进行调研和试点的推广,从中不断总结实践经验,制定符合当地流域的具体地区性法规;最后当市场的运行已经处在较为良好的状态时,各级环保部门逐渐开始转换角色,从一个组织者转变为监督者,对交易市场进行事后的监督和管理。

值得注意的是,虽然政府在推动水排污权交易市场过程中起到非常重要的作用,但是水排污权交易是一种依靠市场的自主性机制来治理环境的方式,所以想要市场达到高效、长期的发展目标,还是要充分尊重市场在资源配置中的作用,政府不能对市场进行过多的行政干预。

(3) 重视排污权交易的事后监控和惩处力度

从美国、日本两个国家发展水排污权交易制度的过程中,我们可以看到市场的发展不仅要有活力,更加要讲究秩序。美国联邦政府在制定《水质交易政策》后,公布了一系列的控制指标和指数,而各个州根据《政策》中的数据和指标还要结合当地的河流情况作出更为具体的规划,并且定期公布一些排污指标和数据^[9]。在日本,虽然不是流域内每个企业都要建立深度的污水处理厂,但是就整条河流的水污染容量总量以及各个污染成分所能够承受的指标,政府各级部门也要公布具体的数据。公布这些详细的数据一方面是为了水排污权交易提供技术标准,同时也是为了便于事后的监测。政府部门在事后的监测过程中,一旦发现数据异常,某些流域内的污染物指标超出合理范围,那么环保部门启动应急机制,对取得排污权交易资格的企业进行检查或者是抽查,一旦发现有违规排放或者是偷排漏排的情况,企业将面对巨额罚款甚至吊销营业执照。

三、对构建符合我国国情的水排污权交易市场的法律思考

1. 在法律上明确水排污权相关概念

(1)《环境保护法》中明确排污权

排污权的性质在学界还具有一定的争议,部分学者认为其属于用益物权,还有一部分学者认为其属于准物权^[10]。笔者认为,无论其属于何种性质,排污权的实质是排放污染者在环境保护部门的允许下,向一定区域内排放污染的权利。而排污权交易是指,在一定地区的特定期间,在控制污染总量和政府部门引导的前提下,通过以市场调节和经济政策相结合的方式,鼓励企业在市场中进行排污权买卖。排污权交易制度不仅可以实现企业之间互利共赢,而且能有利于污染治理的制度。目前,水排污权交易已经在各地试点区取得了阶段性成果,地区性立

法也积累了很多经验,将排污权纳入国家立法的各项条件已经基本成熟。《环境保护法》作为我国环境领域的基本型法律,规制了我国基本的环境治理制度,只有在《环境保护法》中确定排污权,才能使排污权具有法律地位,从而在法律上赋予取得排污权的企业或者个人依法拥有占有、使用、收益的权利,为水排污权交易的发展打下坚实的法律保障。

(2)《水污染防治法》中明确水排污权交易制度

目前,我国最新颁布的《水污染防治法》已经明确提出了对与重点水污染物排放实行总量控制制度以及逐步全面落实排污许可证制度。笔者在此建议,在这两个制度建立的基础之上,将鼓励流域间进行水排放权交易直接纳入《水污染防治法》中,明确在各个省市,以辖区内江河、湖泊为单位,建设符合当地实际情况的水排污权交易市场。在《水污染防治法》中明确水排污权交易,一方面,有利于为各个地区在制定水排污权地方性法规提供最直接的法律依据,另一方面,也有利于参与到水排污权交易的企业能够在上位法中直接找到维护自己合法权益的法律武器。

(3)在制定《排污权交易管理条例》过程中明确水排污权交易的具体规定

构建符合我国水排污权交易市场发展的法律体系,离不开对水排污权交易的各项内容加以明确。近年来,有学者呼吁尽快建立《水排污权交易条例》,以此来进一步推动水排污权交易市场的发展。从长远目标来说,笔者对该建议是持肯定态度。但是就目前来看,笔者认为应该首先在《排污权交易管理条例》中明确水排污权的各项内容。一方面,2014年国务院制定《关于排污权有偿使用和交易试点工作的指导意见》的目的就是为了推动排污权交易市场的建立。在该“意见”指导下,各个试点地区确实取得了一定进展,客观上已具备了制定《排污权交易管理条例》的条件。另一方面,排污权交易不仅涉及水环境治理,还涉及大气、土壤等污染物治理,如果在现阶段制定《水排污权交易管理条例》,那么有对于大气、土壤等排污权交易内容也会面临着需要制定相关的管理条例,但在现阶段,我国各项排污权交易大多仍然处在试点阶段,因而制定单独的管理条例尚不具备条件。因此,笔者认为可以在先制定《排污权交易管理条例》中,明确水排污权交易的各项内容,例如交易的主体、交易的客体、交易的内容以及法律责任等,待条件成熟时,再制定单独的《水排污权交易管理条例》。

2. 加强流域内跨行政区域立法工作

最新颁布的《水污染防治法》第5条明确了各

个地方建立河长制,强调了各地区治理水污染的责任;第16条提出,水污染防治应按照流域或者区域统一规划,说明在强化各地区责任的同时,也要加强各地区的协调沟通。笔者认为,每条河流不同流域内污染程度可交易污染指标不同,而不同流域又归属各个省市管辖,所以在特定的河流或湖泊制定地方性立法时,各个地区应该加强沟通,因地制宜地制定出符合流域内的地方性法规,实现流域性立法和地区性立法相结合的模式来推动水排污权交易市场的建立,以此达到分区管理,共同治理的目标^[2]。

3. 建立相关配套措施

(1) 处理好政府与市场的关系,积极引导二级市场的建设

目前,在各级政府的努力之下,许多省、市都已经建立了排污权交易中心,一级市场的建设已经基本完成,但是参与企业与企业之间的二级市场并没有积极开展起来,其主要原因是法律体系不完善,导致政府部门只能通过行政手段来调节市场,使得二级市场不够活跃。因此,针对这种情况,政府应该转变其职能,将重点放在“立规则,当裁判”上。在市场交易过程中,应该注重维护市场的秩序,重点核查企业是否有进行水排污权交易的资格;交易的污染物指标是否符合标准;而在交易价格、数量方面,应该充分尊重市场规律,由企业供求双方协商决定,充分发挥市场“看不见的手”的功能,最终逐步形成二级市场的价格机制。同时,应该制定一些优惠措施和补贴政策,鼓励符合条件的企业来进行水排污权交易,使市场“看不见的手”和政府“看得见的手”功能协调发挥,激活二级市场交易。

(2) 建立政府和社会共同监督机制

随着国家近年来加大对环境监测能力的资金投入,我国水污染环境监测的技术水平整体上已经有了很大的提高,政府环保部门对环境监测的覆盖范围也越来越广,但是依然和西方发达国家存在着差距。针对我国目前水排污权交易市场上监督机制不足,应该从以下两个方面入手。第一,提升环保部门精细化管理,不仅要对企业进行水排污权交易的市场准入加强审核,更要加强水排污权交易的事后监督,尤其是对通过市场获得排污权指标的企业的监督,要采取定期检查或者是抽查的办法,来监测其是否按照交易时双方合同中约定内容来排污,是否有乱排、超排的行为。第二,对有超排、乱排行为的企业,应该加大处罚力度,因为建立水排污权交易制度的目的是合理利用水资源的情况下治理环境,若企业利用水排污权交易制度来乱排、超排,其性质尤为恶劣,理应受到更加严格的处罚。

当然,仅靠政府环保部门来监督水排污权市场是远远不够的。环保部门是规则的制定者,又是唯一的监督者,权力会失去制衡,因而应建立水排污权交易信息公开制度,引导社会共同监督。媒体对于水排污权市场之中违法违规的事件,应该及时曝光,向社会公布;对于行政执法人员徇私枉法,亦应及时揭露。社会公众应该主动关注政府信息公开的内容,对有异议的内容申请复议。只有全民参与监督,才能引起人们对环境保护的关注,提高每个人对环境保护的责任感,这也是建立水排污权交易制度的重要意义之一。

参考文献:

[1] 余红,蔡青. 构建我国水排污权交易的法律规制研究[J]. 西南石油大学学报(社会科学版),2016,18(2):66-73.

[2] 戴忱,闵庆文,杨素娟. 太湖流域排污权交易的实践与立法问题探析[J]. 资源科学,2011,33(2):253-258.

[3] 张炳,费汉洵,王群. 水排污权交易:基于江苏太湖流域的经验分析[J]. 环境保护,2014,42(18):32-33.

[4] 滕海键. 试论20世纪60—70年代的美国环境保护运动[J]. 内蒙古大学学报(哲学社会科学版),2006,38(4):112-117.

[5] UNITED STATES ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY. Water quality trading policy[R]. Washington DC: National Service Center for Environmental Publications,2003.

[6] 李小平,程曦,靳立明. 美国水质交易政策及其对上海的启示[J]. 环境污染与防治,2006,28(12):925-929.

[7] 汪劲. 从日本水污染防治立法,探讨我国《水污染防治法》的修改[J]. 上海环境科学,1995(7):12-14.

[8] 山崎凉子. 日本城市水系统政府管理及与中国的比较研究[D]. 天津:天津大学,2007:61-62.

[9] 陈昊,刘扬. 美国水质交易政策与上海市水污染物排污权交易市场发展的探讨[J]. 上海环境科学,2016(4):155-158.

[10] 高利红,余耀军. 论排污权的法律性质[J]. 郑州大学学报(哲学社会科学版),2003,36(3):83-85.

(责任编辑:许宇鹏)

