

# 论碳排放权的公法属性

李 剑

(东南大学法学院)

**摘要:**关于碳排放权的法律性质,学界的主流观点是将其界定为民法上的(准)物权或用益物权。该观点试图将碳排放权涵摄进传统民法物权的范畴之中,但仍无法回避将公共资源私有化的道德风险、大气环境容量作为物权客体的不适当以及碳排放权权利基础的匮乏这3个方面的质疑,为此必须转换研究视角。就法律性质而言,碳排放权实际上是一种公法上的权利:在宪法层面,宪法关于环境保护的“国家目标条款”为碳排放权提供了宪法上的规范基础。碳排放权具有国家保护义务的面向,碳排放权制度实际上是国家基于环境保护的“国家目标条款”所进行的一种制度创设,当前则是由作为行政机关的国务院或生态环境部加以实施。在行政法层面,将碳排放权界定为行政许可法上的特许权完全具有理论和规范上的基础,不仅契合碳排放权的法律特征,而且有利于实现对碳排放权从设立到交易的全过程规制,以保证国家环境保护的目标得到实现。作为行政法规,国务院制定的《碳排放权交易管理暂行条例》也可以设定该许可。当然,作为直接关涉碳排放主体权益的制度,碳排放配额的分配要努力实现分配正义,而碳排放权的交易则要努力达成矫正正义。至于碳排放权的可交易性,其规范基础则在于《行政许可法》第9条的规定。

**关键词:**碳排放权;环境权;行政许可;法律性质

## 一、问题的提出:碳排放权法律性质之争

2020年,习近平主席在第七十五届联合国大会一般性辩论上发表重要讲话提出:“中国将提高国家自主贡献力度,采取更加有力的政策和措施,二氧化碳排放力争于2030年前达到峰值,努力争取2060年前实现碳中和。”<sup>[1]</sup>《中共中央关于制定国民经济和社会发展第十四个五年规划和二〇三五年远景目标的建议》更是明确将碳达峰、碳中和作为我国“十四五”规划和2035年远景目标,以履行中国对世界的承诺。为达成碳达峰、碳中和的目标,建立碳排放交易制度成为我国当前采取的重要举措,对此,

我国先后专门制定了《碳排放权交易管理办法(试行)》《碳排放权交易管理暂行条例》,以推进全国范围内碳排放交易市场的建立。然而,相较于政策和立法层面的积极推进,学界对于碳排放的理论研究始终没有为实践提供统一明确的理论指引。其中,碳排放权的法律性质问题备受争议,这也为碳排放权交易制度的建立健全带来了极大的困扰。对此,必须在理论上加以廓清。

事实上,对于碳排放权的法律性质问题,学界并非没有作出回应,相反,诸多学者从不同角度对碳排放权的法律属性进行理论阐释及论证:有学者从民法物权理论出发,将碳排放权界定为一种准物权<sup>[2]</sup>。在此基础上,也有学者认

引用本文:李剑.论碳排放权的公法属性[J].河海大学学报(哲学社会科学版),2025,27(1):52-62.

基金项目:国家社会科学基金一般项目(21BFX047)

作者简介:李剑(1981—),男,博士研究生,主要从事环境法学研究。E-mail:19031762@qq.com

为碳排放权既属于准物权,又具有以国际公约为逻辑起点的发展权的性质<sup>[3]</sup>。其实,也有学者并不赞同“准物权说”,主张将碳排放权界定为一种用益物权,准用益物权的规范制度<sup>[4]</sup>,或者认定为新的“利益”类型<sup>[5]</sup>。当然,也有学者基于公法角度对碳排放权的性质加以界定,认为其属于行政法上的特许权,而不属于民法上的财产权<sup>[6]</sup>,或者从行政规制的角度主张将碳排放权纳入行政法层面加以定位<sup>[7]</sup>。除此之外,有学者意图避免性质界定的片面性,转而从综合的角度将碳排放权理解为一种公私混合的权利<sup>[8]</sup>。学界的以上争论,一方面凸显了学界对于碳排放权研究的热情,以及对碳排放权法律性质界定的学理努力;另一方面也揭示出学界并没有形成一种可以弥合各方争议、极具说服力的观点,这就为碳排放权交易的制度推进带来了理论难题。实质上,以上不同观点都具有理论合理性,只是立足的研究视角不同而已。碳排放权作为一项新型权利,呈现出自觉的、主体意志的和一元性的特征<sup>[9]</sup>。虽然对碳排放权进行准确法律性质定位十分重要,但是采取何种角度和方法对其进行界定则是更为重要的问题。有鉴于此,本研究将以现有研究成果为基础,结合立法的规范依据,对碳排放权的法律性质作出理论上的评析及建构。

## 二、碳排放权私法分析路径之困惑

关于碳排放权的法律性质,学界主流的观点是从民法角度出发将其界定为准物权或者用益物权。实际上,这是一种私法的分析路径,由此得出的结论自然也局限于私法权利的范畴。虽然这种视角和界定具有一定合理性,但也面临道德困境和不周延的问题。

### 1. 公共资源私有化的道德困境

将碳排放权的性质作私法上的认定,无疑需要面对公共资源私有化的道德质疑。碳排放权的准物权或者用益物权的法律性质定位,其经济学基础在于科斯的产权理论,即将大气环境容量资源进行产权化,以实现对大气环境容量资源进行交易的可能性。而市场化机制需要明确的产权界定,由此,碳排放权才有相应的客体存在,碳排放权也才能成为具有类似于财产

权的权利属性。从世界范围来看,“免费”是企业获取碳排放权的主要方式,国家基于对企业的属性、体量等方面的综合考虑,主要通过免费的方式赋予其适当的碳排放配额<sup>①</sup>。这就意味着,国家将本来属于公共资源的大气环境容量,以碳排放权的形式,免费分配给了企业主体。更为重要的是,如果将碳排放权作为私权利对待,则意味着政府如果要对企业的碳排放权进行回收,就需要进行补偿,这让碳排放权的私法属性不得不面对公共资源私有化的道德困境。究其根源在于国家财产属于全民所有,企业以免费方式获得公共资源后,国家欲回收,企业又可从国家那里获得收益,而国家支付的相关补偿实际上却是由全体公民分担。正如学者所言,“依据碳排放权物权说,即便污染企业免费获得碳排放权,如果政府因调整政策而缩减污染企业的碳排放权,那么政府需要对污染企业进行补偿,而政府向污染企业支付的补偿款需要全体纳税人埋单。”<sup>[6]</sup>

不仅如此,各国包括我国所建立的碳排放权交易制度都允许企业将碳排放配额在市场上进行交易,以此获得相应的收益,这一点已明确规定在《碳排放权交易管理暂行条例》之中。从经济学角度来看,碳排放权交易制度的建立通过有价转让的方式,能够促进企业提高环保技术,减少温室气体的排放,促进环境的保护。但是,如果将通过免费获得的碳排放权界定为私权利,允许其进入市场进行交易,就会出现企业无偿获得收益,这不仅存在道德上的风险,更容易诱发利益对权力的俘获,存在权力腐败的风险。

### 2. 大气环境容量作为物权客体的不适当

将碳排放权作私权对待的另一个问题,就难以自圆其说。无论是将碳排放权界定为准物

① 虽然从世界范围看,部分地区对碳排放配额的初始分配经历了从无偿到有偿的变化,但免费分配依然是主要方式。如,欧盟碳排放配额的初始分配方式主要包括免费分配和拍卖两种方式,在欧盟排放交易体系(EU-ETS)第一阶段,95%的初始排放配额免费发放给各企业,剩余5%通过拍卖方式分配。进入第二阶段,免费分配的比例降至90%,拍卖的比例上升到10%。我国《碳排放权交易管理暂行条例》第9条第1款也规定了“碳排放配额实行免费分配,并根据国家有关要求逐步推行免费和有偿相结合的分配方式。”

权还是用益物权,其权利的客体为何,需要加以明确。除此之外,更严峻的问题在于学者所认为的碳排放权的客体能否满足民法上对民事法律关系的客体要求,这也成为民法学者重点关注和解决的问题。

从民法的角度来看,物是“存在于人身之外,能满足权利主体的利益需要,并能为权利主体所支配和利用的物质实体。”<sup>[10]</sup>然而,大气环境容量作为一种人类对于环境的理性认知的范畴,具有高度的抽象性,并不具有物质实体,很难想象其能与传统民法物权对于物权客体的要求相提并论。即便有学者详细论证了环境容量在一定的可感知性、相对的可支配性以及可确定性上,能够满足物权客体的相关特征<sup>[11]</sup>,但这样的判断依然存在模糊不清甚至存在不周延的问题,能否仅仅以这3个特点就可以明确大气环境容量能够成为民法物权的客体,是存在疑问的。换言之,这样的涵摄是否合适、恰当,不无疑问。当然,随着民法物权理论的发展,物的范围不断得到扩张,无形的物也可成为民法上的客体。然而,即使如此,将大气环境容量界定为无形物,也难以让人心服口服。从传统经济学理论来看,“大气环境容量资源具有典型的公共物品属性,不具有明确的产权特征,对该资源的使用也不具有排他性。”<sup>[2]</sup>科斯的理论与其说是一种产权制度的扩张,不如说是一种经济学的拟制,目的是通过经济学上的产权制度将环境保护市场化和经济化,从而达到用经济学的手段促进环境保护的目的。与此相应,作为科斯定理的法律延伸,将大气环境容量物权化,实际上也可以认为是一种法律拟制,而不是从传统民法物权的角度对大气环境容量的一种界定。因此,不能推断出大气环境容量能够成为民法物权客体的结论。

为此,有学者转换思路,严格按照民法物权的客体,特别是民法对物的要求出发来梳理碳排放权的权利客体。碳排放权的客体实际上是能够排放的特定数量的温室气体,从具有存在于人身之外的独立性、能够为人所支配及能够满足人类社会需要、具有价值等属性来综合分析,温室气体虽不能纳入物权理论中典型的有体物范围,属于无体物,但具备“物”的特

征<sup>[12]</sup>。可以认为,这样的界定具有比将大气环境容量作为客体对待更具优势、更加符合民法上对物的界定。即便如此,依然存在以下疑问:一方面,企业获得的碳排放权实际上是一种排放特定温室气体的资格,而不是确定其对特定温室气体享有的准物权或者用益物权。另一方面,《碳排放权交易管理暂行条例》确立了碳排放权交易制度,能够进入交易系统进行交易的是一定额度的碳排放权,而不是特定数量的温室气体。也就是说,转让的是一种资格,而不是作为物的特定数量的温室气体本身。总之,从私法角度将大气环境容量作为物权的客体加以对待是不合适的,同时在制度上也会带来巨大的龃龉。

### 3. 碳排放权权利基础的匮乏

将碳排放权作私法化的处理,还会面临违背碳排放权制度构造背后的国家环境保护义务的公法属性,易引发碳排放权制度的公共利益危机。碳排放权制度具有高度的政策属性,是国家为保护环境所采取的一种制度性创设。因此,考察碳排放权问题,包括其法律性质问题,也应当置于这一宏观框架下进行。

从权利来源来看,作为法律上的主体,自然人具有排放温室气体的权利,这是自然人生存的最基本的条件和需要。因此,从某种程度上来说,排放温室气体是自然人作为人所应当享有的最基本的权利,而不是后天通过立法所赋予的权利。相较而言,企业能否享有如自然人一般先法律性的碳排放权,则是存在疑问的,也值得商榷。但就目前立法规范来看,企业的碳排放权已然成为一种法定权利,其取得是基于立法的授权,具体由政府分配而实现,已不同于应然性权利。之所以通过立法将企业的碳排放权予以法定化并由政府具体分配,实际上出于国家为了公民对生态环境需要的公共利益,体现的是国家对环境保护的义务,而碳排放权制度的创立和实施则只是实现环境保护这一公共利益目的的手段而已。从碳排放权的生成、权利主体资格的确认、碳排放配额的确认到碳排放权交易和核查清缴,无不存在着行政机关的规制身影<sup>[13]</sup>。因此,碳排放权制度体现出浓厚的行政规制的色彩<sup>[7]</sup>。在这一点上,私法角度

的分析是很难洞彻碳排放权制度的底层逻辑的。

国家对环境保护的义务来源,主要基于宪法的规定<sup>①</sup>,对应的实际上是公民的环境权<sup>②</sup>,满足的是公民对良好生存环境的需要,并且具有高度的公法属性。碳排放权的实质内涵,是允许企业向大气排放特定数量的温室气体,而这实际上是对大气环境的一种危害,与公民环境权的需求实际上是相抵牾的。既然如此,又为何允许企业排放一定数额的温室气体?原因就在于经济发展的权衡,是国家在经济发展与环境保护之间所作的平衡举措,由此,其公法属性非常浓厚,实际上,其本质就是公法问题。此时,如果单纯地从私法角度对碳排放权进行权利构造,很容易造成公法问题的私法化,使得国家对环境保护的义务被虚置。因此,从公法的角度塑造碳排放权,符合国家对环境保护的义务背景,也能更好地实现政府对碳排放制度的全过程规制,同时也可完善环境监管制度,进一步明确环境保护相关的各个部门之间的职责和分工<sup>[14]</sup>。

### 三、碳排放权的宪法基础

既然要从公法角度对碳排放权进行分析、构造,就需要首先从宪法层面为其寻找规范基础,这样才能完全因应碳排放权制度背后国家的环境保护义务逻辑。当然,寻求碳排放权宪法基础是诉诸宪法上的基本权利(主观公权利),还是宪法上课予国家的纯粹的客观法义务,需要加以明确辨析,这涉及碳排放权的宪法基础。

#### 1. 碳排放权的国家保护义务面向

不论是《京都议定书》《巴黎协定》还是《碳排放权交易管理暂行条例》,建立碳排放交易制度、设立碳排放权的目的是在于推动温室气体减排,保护生态环境,加强生态文明建设,这是碳排放权创设的政策缘起,也是碳排放权交易制度的目的所在。在我国,环境保护不仅仅是政策极力追求的目标,而且在法律文本中也得到了制度布置,成为一项重要的法律制度。其中,对于环境保护作出统一规范的莫过于作为具有最高效力的宪法,这也是追溯碳排放权

宪法基础的缘由所在。关于环境保护,我国学界主要从两个角度寻找我国《宪法》中的规范基础:一是寻求证立宪法上作为基本权利的环境权<sup>[15]</sup>;二是不诉诸基本权利,而是从宪法课予国家环境保护义务的客观法秩序角度加以切入<sup>[16]</sup>。虽然都是诉诸宪法,但这两种不同路径所遵循的规范逻辑却迥然不同,进而导致碳排放权在宪制结构中的地位也大异其趣。

学者之所以主张环境权作为公民的基本权利,目的在于满足公民对于良好环境的诉求,而这些诉求传统的基本权利是无法涵盖的,同时也是解决环境法合法性的“权利基石”<sup>[15]</sup>。更为重要的是,一旦将环境权作为宪法基本权利对待,则意味着公民可以以此为基础向国家提出具体请求,从而保障其对良好环境的诉求。当然,从条文来看,我国《宪法》并没有确立环境权的概念,而是通过《宪法》序言第7自然段的部分根本任务、第1章总纲中第9条第2款、第10条第5款、第26条以及第3章国家机构中第89条第6项的规定,确立起国家及国务院等国家机关的环境保护义务<sup>③</sup>。而欲从这些条款推导出环境权,则需要满足3个方面的要求:存在一个法律规范;从法律规范中得出另一方的法律义务;该义务所对应的权利主体可以通过被承认的法力或者法律地位去追求自身的利益<sup>[17]</sup>。显然,以上条款都只是规定国家应当履行的环境保护义务,并不能直接推导出环境权的存在。因而,有学者转而从《宪法》第33条第3款的“国家尊重与保障人权”中寻求规范基础<sup>[18]</sup>。这在解释论上是可行的,但也面临一大隐患。正如有学者所说,“虽然通过宪法解释可以为宪法环境权的中国生成找到落脚点,但是此种路径选择具有环境权保护的“碎片化”和不周延性、宪法解释的不稳定性两大局限性。”<sup>[19]</sup>

当然,更为困难的是,即便环境权能够成为

<sup>①</sup>关于这一点,将在下一节“碳排放权的宪法基础”加以重点讨论。

<sup>②</sup>当然,环境权是否成立、其属性为何,在理论上均存在疑问。

<sup>③</sup>这在理论上被称为“国家目标条款”或者“基本国策条款”。

宪法上的基本权利,也无法成为碳排放权的宪法规范基础。原因如下:一方面,两者的价值取向和权利属性不同。环境权的价值取向在于满足当代和后代的公民(自然人)享用良好环境的权利,由此就要求义务人务必要减少对环境的污染和破坏<sup>[20]</sup>。并且,其权利属性为非财产性。碳排放权的价值取向则是允许企业排放温室气体,无疑会对环境造成负面影响,而在权利属性上,碳排放权具有一定的财富减支性,皆属于广义财产权的范畴。另一方面,权利主体不同。从保护集体法益的角度,环境权属于一种集体权利,可由个人行使,而碳排放权的权利主体则为企业,且不属于集体权利。综合以上两点来看,不论环境权能否成为宪法上的基本权利,都无法为碳排放权提供规范基础。实际上,从环境权路径为碳排放权寻求宪法基础实是绕了一个大弯,且在逻辑上也无法保证周延。相反,本研究认为,碳排放权的宪法基础可以直接从宪法上的“国家目标条款”寻求安置,这也非常契合碳排放权所具有的国家政策的浓厚色彩。

上文提到,现行《宪法》涉及的环境保护条款都属于“国家目标条款”,这些“国家目标条款”在内容上规范国家在环境保护方面的基本方向和原则,通过客观法规范对国家各类权力课予不同层次和方面的义务<sup>[16]</sup>。同时,作为“国家目标条款”,其约束国家所有权力,且在内容上并没赋予公民以主观权利。碳排放交易制度本身便是国家为保护环境而进行的一项制度创造。碳排放权是基于国家的制度创设而产生的一种权利,具有极强的政策属性,完全体现了国家在环境保护方面所作出的努力,这和环境保护“国家目标条款”的规范路径是完全相合的。因此,以《宪法》上环境保护的“国家目标条款”作为碳排放权的宪法基础完全可行,其以宏观的视角看待人与生态系统的关系以及人类自身的地位,全面而均衡地构建法律规制体系<sup>[21]</sup>。此外,也可避免以争议较大的环境权作为碳排放权宪法基础所带来的理论脆弱性。当然,虽然宪法上的环境保护“国家目标条款”可作为碳排放权的宪法基础,但具体属于哪条规范?又由何机关履行何种义务?这些问题需

要在宪法层面展开进一步的规范解释。

## 2. 立法形成的制度创设

既然以环境保护的“国家目标条款”可作为碳排放权的宪法基础,那么碳排放权的设立又是如何在“国家目标条款”的宪法基础之下得到展开?这需要进一步在“国家目标条款”的理论关照下进行阐释,进而实现法解释学上的逻辑自洽。

宪法上有关环境保护的“国家目标条款”主要规定在宪法序言第7自然段的部分根本任务,第一章总纲中第9条第2款、第10条第5款、第26条以及第三章国家机构中第89条第6项。其中,部分条款规定的内容属于具体领域的环境保护的国家目标,如宪法第9条第2款属于自然资源方面的内容,第10条第5款规定的是土地的内容,第26条第2款规定的是林木方面的内容。虽然这些条款涉及环境保护方面,但与碳排放权并没有内容上的关联性,因此不能作为碳排放权在宪法层面的规范基础。相反,宪法序言第7自然段中关于国家任务的部分规定以及第26条第1款,则完全可以作为碳排放权的宪法规范基础。宪法序言第7自然段主要是从国家任务的统一规定层面阐述国家的环境保护任务,即“国家的根本任务是……贯彻新发展理念……推动物质文明、政治文明、精神文明、社会文明、生态文明协调发展,把我国建设成为富强民主文明和谐美丽的社会主义现代化强国……”而第26条则只是以具体条文的形式规定,“国家保护和改善生活环境和生态环境,防治污染和其他公害。”可见,这都是从环境保护的宏观角度指明国家的义务,从而保障和实现人民对美好生活的需求<sup>[22]</sup>。因此,完全可以将碳排放权置于其下加以统摄。

既然宪法将环境保护作为国家任务或目标,那么就意味着国家必须以此为出发点,积极作为,毕竟“国家目标就是一种设定国家任务的宪法规范。”<sup>[23]</sup>环境保护的“国家目标条款”不仅仅是一种政治宣誓,更是对国家的一种规范要求,约束国家行为。进一步的问题是,具体由哪些机关采取何种措施以达到宪法上的环境保护的“国家目标条款”。

事实上,国家作为一个政治实体,其任务的

实现必须仰赖各类国家机关,这是因为国家权力的基本实现方式是通过国家机构的功能来实现的<sup>[24]</sup>。宪法上的环境保护的“国家目标条款”实质上就是“宪法对国家开展环境保护的委托,国家权力基于宪法委托负有不同的义务”<sup>[23]</sup>。其中,立法机关是最为关键和核心的国家机构。根据“国家目标条款”的宪法原理,国家目标条款的实践主要依靠立法者加以形成,立法者在此享有高度自由。换言之,基于环境保护的“国家目标条款”的宪法委托,也是“对立法者裁量余地的授权,即立法者在符合宪法秩序的前提下对各类问题做出综合的自由判断——以何种手段和形式来实现环保之目标由立法者自行决定”<sup>[23]</sup>。

从形式角度理解,我国的立法机关主要指的是全国人大及其常委会,以及地方各级人大及其常委会。但是,从《宪法》对于国家机构职权的规定以及《中华人民共和国立法法》(以下简称《立法法》)对于立法权的分配来看,我国的行政机关也分享着部分立法权。因此,环境保护的“国家目标条款”对于立法者的裁量权授予也包括对行政机关立法裁量的授予,只是根据《立法法》的规定,不得抵触上位法。这是其中的一个解释路径。除此之外,还可以从宪法对于国务院职权的规定,导出国务院在环境保护“国家目标条款”下应承担的义务。根据宪法第89条第6项规定,国务院领导和管理经济工作和城乡建设、生态文明建设,这是对新时代背景下社会经济发展路径的优化升级,将生态文明建设融入经济、政治和社会建设的各方面、各环节和全过程<sup>[25]</sup>。同时,这也是宪法课予国务院环境保护方面的职责。可以说,环境保护的“国家目标条款”对于国务院的宪法委托在组织法层面的职权体现。作为行政机关,国务院主要从行政立法和行政执法两个方面履行其环保职能:行政立法方面如同上文所言,是基于宪法和《立法法》的规定而享有的相应的行政立法权;行政执法方面,则是对立法机关制定的法律法规的执行。《碳排放权交易管理暂行条例》作为行政法规,是国务院在宪法环境保护“国家目标条款”的规范下,基于宪法和《立法法》的授权在立法权限范围内进行的行

政立法,属于国务院的立法裁量或者说是立法形成权范围,也是国务院履行其环保职责的重要体现。由此,碳排放权的创设便可以获得宪法上的正当性基础。

至于由生态环境部先行制定的《碳排放权交易管理办法(试行)》,则可以做出如下融贯解释:就具体职权而言,碳排放权作为环境保护事项,主要由国务院部委中的环保部门专司负责。现实中,碳排放交易制度也主要由生态环境部推动。根据宪法和《立法法》的规定,作为行政机关的环保部门,生态环境部享有对于环境保护的部分立法权以及执法权,就立法权而言,其主要是“可以根据法律和国务院的行政法规、决定、命令,在本部门的权限范围内,制定规章”。虽然这是对环保部门立法权的限制,但也意味着国务院环保部门有权在立法权限范围内对环境保护享有一定程度的立法裁量权或立法创设,只是不得与上位法相抵触,并要严格遵循《立法法》第80条第2款的限制,即“部门规章规定的事项应当属于执行法律或者国务院的行政法规、决定、命令的事项。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”。

综上,碳排放权及碳排放交易制度是国务院及生态环境部在宪法上环境保护的“国家目标条款”的规范下,基于宪法和《立法法》授予的立法权,在行政法规或部门规章范围内创设的环境保护措施,是宪法上环境保护的“国家目标条款”和宪法、《立法法》赋予立法权下的一种立法裁量或者说是立法形成权。只要其符合宪法和《立法法》关于立法权配置的规定,就应当尊重其在碳排放权立法的环境保护措施。当然,以上只是解决了碳排放权的宪法基础,至于其具体的法律性质及碳排放权创设的立法权限进一步牵涉行政法层面的内容,需要对此展开行政法规范的检讨。

#### 四、碳排放权的行政许可属性

上文已经为碳排放权寻找到宪法上的规范依据,或者说是为其确立了宪法基础。不过,这

还远远没有理清碳排放权的法律性质,还需在宪法规范的基础上顺着国家的环境保护义务逻辑,进一步从部门法的角度确立碳排放权的法律性质。

### 1. 碳排放权行政许可属性的确定

前已述及,碳排放交易制度实际上是行政机关在宪法课以国家环境保护义务的宪制框架下所进行的一项制度创设。具体来说,是作为行政机关的国务院在宪法规定下,基于《中华人民共和国国务院组织法》《立法法》等赋予的立法权和执法权而采取的环境保护措施。《碳排放权交易管理暂行条例》就是国务院所制定的行政法规,而碳排放交易制度正是基于《碳排放权交易管理暂行条例》的颁布实施得以正式成为国家层面的一项法律制度,碳排放权正是在这一制度下产生的。这就意味着,欲弄清碳排放权的法律属性,必须从法律规范层面加以入手。

本研究一开始就论证了,从私法角度将碳排放权确立为物权、准物权或者用益物权的做法面临着巨大的理论漏洞,无法自圆其说。原因在于,其只关注碳排放权的实现阶段而没有关注碳排放权的来源,而弄清权利的来源,对于明确权利性质具有重要的作用。

从《碳排放权交易管理暂行条例》的规定来看,温室气体排放单位所享有的碳排放权是基于生态环境部门通过制定分配方案进行分配而取得。也就是说,温室气体排放主体所取得的碳排放权不似物权一般来源于法律<sup>①</sup>,而是基于行政机关的分配行为而取得<sup>[26]</sup>,是行政机关政治决策的结果,行政机关在其中发挥着决定性作用。以此观之,将碳排放权确立为基于行政许可而获得的权利更为贴切,这一过程也完全符合行政许可的特性。

根据《中华人民共和国行政许可法》(以下简称《行政许可法》)的规定,行政许可指的是“行政机关根据公民、法人或者其他组织的申请,经依法审查,准予其从事特定活动的行为”,具有事先性、赋权性与解禁性、依法申请、法定性的特征<sup>[27]</sup>。这意味着,只有获得行政机关的许可,相对人才能获得进行相应活动的权利。无论是从许可的主体、许可的授益性、许可

的法定性、事前性等考虑,碳排放权都可以涵摄进行行政许可的范围之内<sup>[6]</sup>。从主体上看,碳排放权的分配主体是行政机关。从内容上看,碳排放权的分配具有授益性,获得碳排放权的温室气体排放主体可以进行交易。从法定性上看,碳排放权的分配需要严格遵循立法规定。从事前性上看,碳排放权的分配也是行政机关的一种环境保护的事前手段。可见,将碳排放权置于行政许可行列并无不当。当然,有学者对此表示反对,认为碳排放权属于行政许可说的观点并不成立,原因在于权利取得方式并非界定其法律属性的唯一依据,碳排放权也不符合行政许可的申请要件,且可无法解释减排主体之间的交易行为<sup>[28]</sup>。这确实击中了将碳排放权界定为行政许可面临的难题,但也忽视了行政许可制度本身的复杂性和包容性,需要从普通许可和特许的区分加以着手。

### 2. 普通许可抑或特许

根据《行政许可法》,行政许可实质上包括了普通许可和特许。普通许可指的是行政机关通过审查确认公民、法人或者其他组织是否具备从事特定活动的条件的活动<sup>[29]</sup><sup>264</sup>,准予符合法定条件的公民、法人或者其他组织从事特定活动的行为。其适用事项主要针对的是《行政许可法》第12条第1项所规定的事项,即“直接涉及国家安全、公共安全、经济宏观调控、生态环境保护以及直接关系人身健康、生命财产安全等特定活动,需要按照法定条件予以批准的事项。”特许指的是“行政机关代表国家向被许可人授予某种特殊权利的活动<sup>[29]</sup><sup>264</sup>。其针对的事项主要是《行政许可法》第12条第2项所规定的事项,即“有限自然资源开发利用、公共资源配置以及直接关系公共利益的特定行业的市场准入等,需要赋予特定权利的事项。”从不同的适用事项来看,特许主要是为了保护稀缺资源,普通许可则是对相对人行使权利或者从事法律没有禁止但附有条件活动的准许。由此可见,对于普通许可,行政机关一般没有裁量权,相对人只要符合条件,就应当准予;而对于

① 这也是不能将碳排放权确立为物权、准物权,或用益物权的原因之一。

特许,行政机关则享有一定的裁量权,即对于符合条件的申请人并非一定要准予,而是可根据自然资源保护的需要在作出决定,这便可化解将碳排放权界定为行政许可所面临的行政许可条件难题。

如要区分碳排放权属于普通许可还是特许,关键在于碳排放权的客体是属于《行政许可法》第12条第1项所规定的事项,还是《行政许可法》第12条第2项所规定的事项。在《行政许可法》第12条第1项所规定的事项中,生态环境保护是可以设定普通许可的重要事项,碳排放交易制度的设立无疑是基于生态环境保护,自然可以将其纳入其中。而《行政许可法》第12条第2项所规定的可以设立特许的事项包括有限自然资源开发利用、公共资源配置及直接关系公共利益的特定行业的市场准入等,目的是保护稀缺资源。如果将碳排放权解释为特许,就需要将碳排放权的设立归入以上事项,且目的在于稀缺资源的保护。

事实上,按照传统的经济学理论,大气环境容量资源具有典型的公共物品属性,不具有明确的产权特征,对该资源的使用也不具有排他性<sup>[2]</sup>。因此,也就谈不上稀缺性,碳排放权也就无需经过行政机关许可。然而,随着生态环境的恶化,保护大气环境成了人类的重要任务,碳排放需要得到限制,大气环境资源容量由此成为重要的事实基础,因而,大气环境容量也就成了稀缺资源,具有竞争性和使用性,这也是科斯的大气环境容量产权理论的由来。尽管不能由此就能完全在理论或制度上将碳排放权作为物权、准物权或者用益物权对待,但在环境保护的目标下,将大气环境容量作为稀缺资源对待则是适当的。所以,将碳排放权解释为《行政许可法》第12条第2项所规定的可以设立特许的事项中的“有限自然资源开发利用或公共资源配置”,在规范上是完全可行的。这就意味着,将碳排放权定性为《行政许可法》上的特许也能实现逻辑上的自洽。但从事项的性质上并不能区分碳排放权究竟属于普通许可还是特许,有必要借助普通许可和特别许可的其他特征予以甄别。

普通许可和特许的一个重要区别在于,普

通许可的性质是“自由恢复”,其前提是法律对自由的限制和禁止。行政许可内容的“所有权”原本就是个人的,其仅仅是行政机关基于社会发展等各种因素的考量作出的解除法律对个人自由的限制或禁止的一种行政决定。相对而言,特许则具有“权利赋予性”,其不是恢复行政相对人原先被法律一般禁止的“自由”,而是行政机关依照法律规定,根据行政相对人的申请所给予其从事某一行为的权利<sup>[30]</sup>,且这项权利往往具有竞争性、排他性、营利性等特点。由这一点可以看出,将碳排放权界定为特许更加符合《碳排放权交易管理暂行条例》中所设立的碳排放权的特征。不仅如此,另一更为重要的特点在于,普通许可诸如驾驶执照、营业执照等因为与申请人的特定身份有关联性,一般不得转让。而与自然资源、公共资源等开发利用的许可,根据《行政许可法》的规定,在符合法律规定的情况下可以进行转让。如果将碳排放权界定为普通许可,则与《碳排放权交易管理暂行条例》中所规定的碳排放交易制度相龃龉,而将碳排放权界定为特许,则不存在规范上的阻碍,能够实现法律体系上的圆融、贯通,也不会窒碍碳排放权交易的市场属性。

即便如此,还需要解决一个重要的规范问题。根据《行政许可法》第14条的规定,无论是针对《行政许可法》第12条第1类事项还是第2类事项,法律可以设定行政许可。尚未制定法律的,行政法规可以设定行政许可。必要时,国务院可以采用发布决定的方式设定行政许可。第15条规定,尚未制定法律、行政法规的,地方性法规可以设定行政许可;尚未制定法律、行政法规和地方性法规的,因行政管理的需要,确需立即实施行政许可的,省、自治区、直辖市人民政府规章可以设定临时性的行政许可。第17条还规定,除此之外,其他规范性文件一律不得设定行政许可。《碳排放权交易管理办法(试行)》作为部门规章,根据《行政许可法》的规定是无权设置行政许可的,特许作为行政许可的类型之一,部门规章自然也无权设定,如欲实现碳排放权的特许性质在规范上的融通,只能将《碳排放权交易管理办法(试行)》在法律位阶方面提升至法律法规层面,方能解决问

题。这也正是国务院颁布实施《碳排放权交易管理暂行条例》的原因所在。

### 3. 碳排放权的分配正义和矫正正义

虽然上文解决了碳排放权的法律性质问题,但并没有解决碳排放权涉及的许可公平、正义的问题。碳排放权制度的重点在于碳排放额度的分配及碳排放交易,这就涉及碳排放额度分配的公平、正义及碳排放交易的正当性。这实际上牵涉碳排放权的分配正义和矫正正义。在此基础上,方能真正实现促进资源开发利用与生态承载力相协调,实现以低碳发展、减污降碳为目标的职责权限、权利义务规范配置<sup>[31]</sup>。

碳排放配额的分配,对温室气体排放主体来说是一项重要的行政措施。这是因为,其决定了碳排放主体碳排放权的内容以及后续的碳排放权的交易,影响了碳排放主体的权益,可以说是碳排放权制度的基础和核心。事实上,碳排放额度的分配也一直是碳排放权制度中的核心问题,而《碳排放权交易管理办法(试行)》和《碳排放权交易管理暂行条例》并没有对此作出明确、细致的规定,由此造成碳排放配额分配等具体制度过于抽象、可操作性差<sup>[32]</sup>。

从法条来看,对于碳排放额度分配,《碳排放权交易管理暂行条例》确立的是双层权力配置:一是由生态环境部制定碳排放配额总量确定与分配方案;二是由“省级人民政府生态环境主管部门会同同级有关部门,根据年度碳排放配额总量和分配方案,向本行政区域内的重点排放单位发放碳排放配额,不得违反年度碳排放配额总量和分配方案发放或者调剂碳排放配额”。在具体分配规则方面,《碳排放权交易管理暂行条例》并没有作出明确规定,而是通过授权的方式赋予生态环境部“根据国家温室气体排放控制目标,综合考虑经济社会发展、产业结构调整、行业发展阶段、历史排放情况、市场调节需要等因素,制定年度碳排放配额总量和分配方案,并组织实施”的裁量权。由此,生态环境部获得制定碳排放额度分配方案的权力。不仅如此,生态环境部所享有的还是高度的行政裁量权。《碳排放权交易管理暂行条例》只是从原则上要求其“综合考虑经济社会发展、产业结构调整、行业发展阶段、历史排放

情况、市场调节需要等因素”,生态环境部由此也获得了高度的政策形成空间。即便如此,生态环境部门也应当最大程度地实现碳排放权的分配正义。

分配正义是由亚里士多德提出的,指的是“表现于荣誉、钱物或其他可析分的共同财富的分配上(这些东西一个人可能分到同等的或不同等的一份)的公正。”<sup>[33]147</sup>当然,分配正义并不是绝对平均,而是因人而异。分配正义的实质是强调“比例平等”“合比例的才是适度的,而公正就是合比例的”<sup>[33]149</sup>,考量因素就是“配得”,即一个具体的人因他的优点和长处所配享的东西<sup>[33]150</sup>。对于碳排放配额的分配也要做如此考量,即基于主体不同,分配配额。然而与传统的分配正义所不同的是,碳排放配额的分配不仅仅追求的是公平,还包括“经济社会发展、产业结构调整、行业发展阶段、历史排放情况、市场调节需要等”。可以说,碳排放配额的分配正义是涵盖碳排放主体权益及经济社会发展、产业结构调整、行业发展阶段、历史排放情况、市场调节需要等”的政策目标,是一项复杂的政策决策过程。生态环境部门在分配碳排放配额之时,需要遵循这些政策目标,这构成其制定碳排放配额总量确定与分配方案的义务和规范约束,否则就构成裁量滥用,有违分配正义。

除此之外,碳排放权还存在矫正正义的问题。亚里士多德所说的矫正正义,是指“在私人交易中起矫正作用的公正。”<sup>[33]150</sup>“矫正的公正又有两种,相应于两类私人交易:出于意愿的和违反意愿的。”<sup>[33]150</sup>出于意愿的交易是一种私人间自愿的交易,是通过市场行为而实现的矫正正义,尊崇双方的意愿;违反意愿的交易则主要指的是通过盗窃、抢劫等不正当的行为所进行的交易,对于这类交易,矫正正义的方式主要是通过司法等公权力的介入加以解决。《碳排放权交易管理暂行条例》专门规定了碳排放权交易制度,并在第15条规定,“碳排放权交易可以采取协议转让、单向竞价或者符合国家有关规定的其他现货交易方式”。这意味着碳排放权交易走的是市场化的路径,是一种出于交易双方意愿的矫正正义,是一种市场环境下

的自愿交易行为。

不过,其中的重点在于,作为特许性质的碳排放权,其是否能够交易需要得到澄清,这涉及行政许可的转让问题。对此,前文已经论述过普通许可因为与申请人的身份、条件有关联,所以不得转让。而对于特许,因为其涉及的是自然资源的开发利用、公共资源的配置等,如果允许转让,可使所利用的资源效益最大化,一般是可以转让的<sup>[31]</sup>。《行政许可法》也作了相应的规定,该法第9条规定,“依法取得的行政许可,除法律法规规定依照法定条件和程序可以转让的外,不得转让”,这为作为特许性质的碳排放权的交易提供了规范基础。只是根据《行政许可法》第9条的规定来看,作为特许性质的碳排放权如欲能够交易,必须有法律法规的规定。从法律位阶来看,《碳排放权交易管理暂行条例》作为行政法规,完全可以为碳排放权的交易提供规范基础,符合行政特许转让的规范要求。

## 五、结 语

要想实现碳排放权制度的顺利建立和实施,必须在理论和规范上解决碳排放权的法律性质问题。当前,学界努力从私法的角度将碳排放权界定为物权、准物权、用益物权的做法,虽然能够部分解决碳排放权交易的理论基础问题,但并不能全方位地贯穿碳排放权的设立、实现等全阶段,并且无法把握碳排放权制度中的公权力因素。事实上,碳排放权制度的设立是基于国家追求生态环境保护的政策目的,其宪法基础在于宪法环境保护的“国家目标条款”,具体表现为国家基于宪法上的环境保护的“国家目标条款”,所应承担的国家对环境保护的义务。基于此,不论是立法机关、行政机关还是司法机关等国家机关,都需要在这一规范义务下履行相应的环境保护义务。可以说,国家环境保护义务的有效履行与实现离不开多种国家权力在生态环境保护中的合理配置与高效运行<sup>[34]</sup>,国务院制定《碳排放权交易管理暂行条例》正是履行环境保护义务的体现。在此基础上,可进一步从行政法角度将碳排放权界定为《行政许可法》上的特许,这不仅契合碳排放权的特征,而且有利于实现对碳排放权制度的公

权力的法律规制,实现碳排放权制度设置的初衷,除生态环境保护目的,真正实现现代环境治理体系所内含的“政府治理和社会调节、企业自治良性互动”要求<sup>[35]</sup>。当然,碳排放权的法律问题还有很多,笔者只是尝试从公法角度为碳排放权奠定规范基础,厘清其在公法上的性质,为制度的进一步实施和完善提供理论智识。

## 参考文献:

- [ 1 ] 习近平在第七十五届联合国大会一般性辩论上的讲话[N]. 人民日报,2020-09-23(01).
- [ 2 ] 杜晨妍,李秀敏. 论碳排放权的物权属性[J]. 东北师大学报(哲学社会科学版),2013(1):27-30.
- [ 3 ] 王明远. 论碳排放权的准物权和发展权属性[J]. 中国法学,2010(6):92-99.
- [ 4 ] 倪受彬. 碳排放权权利属性论[J]. 政治与法律,2022(2):2-14.
- [ 5 ] 张红,陈敬林. 碳排放配额作为碳排放权客体之证成[J]. 学习与探索,2024(1):99-110.
- [ 6 ] 王慧. 论碳排放权的特许权本质[J]. 法制与社会发展,2017(6):171-188.
- [ 7 ] 田丹宇. 我国碳排放权的法律属性及制度检视[J]. 中国政法大学学报,2018(3):75-88.
- [ 8 ] 任晒. 法经济学视野下碳排放权法律性质解析[J]. 环境与发展,2020(5):3-5.
- [ 9 ] 谢晖. 论新型权利的基础理念[J]. 法学论坛,2019(3):5-19.
- [ 10 ] 马俊驹,余延满. 民法原论[M]. 北京:法律出版社,2010:66-67.
- [ 11 ] 邓海峰. 环境容量的准物权化及其权利构成[J]. 中国法学,2005(4):59-66.
- [ 12 ] 叶勇飞. 论碳排放权之用益物权属性[J]. 浙江大学学报(人文社会科学版),2013(6):74-81.
- [ 13 ] 庆丽,杨解君. 基于行政过程论的碳排放权交易市场法律规制[J]. 学习与实践,2024(1):111-120.
- [ 14 ] 王哲. 论环境监管失职罪与环境法的衔接[J]. 中国刑事法杂志,2018(5):67-72.
- [ 15 ] 吕忠梅. 环境权入宪的理路与设想[J]. 法学杂志,2018(1):23-40.
- [ 16 ] 张翔. 环境宪法的新发展及其规范阐释[J]. 法学家,2018(3):90-97.
- [ 17 ] 王锴. 环境权在基本权利体系中的展开[J]. 政治与法律,2019(10):18-24.
- [ 18 ] 王建学. 论生态文明入宪后环境条款的整体性论

- 释[J]. 政治与法律, 2018(9): 68-79.
- [19] 吴卫星. 环境权入宪的比较研究[J]. 法商研究, 2017(4): 173-181.
- [20] 杨朝霞. 论环境权的性质[J]. 中国法学, 2020(2): 280-303.
- [21] 唐璐. 整体生态观下环境法学对传统法学方法的承袭与突破[J]. 法学论坛, 2024(4): 126-135.
- [22] 丁霖. 论法律秩序视角下环境法典总则一般规定的构建[J]. 苏州大学学报(法学版), 2021(4): 15-26.
- [23] 张翔, 段沁. 环境保护作为“国家目标”——《联邦德国基本法》第 20a 条的学理及其启示[J]. 政治与法律, 2019(5): 2-16.
- [24] 杜健勋. 国家任务变迁与环境宪法续造[J]. 清华法学, 2019(4): 181-196.
- [25] 秦天宝. 习近平法治思想关于生态文明建设法治保障的重要论述: 整体系统观的视角[J]. 政法论坛, 2022(5): 3-13.
- [26] 杨解君. 碳排放权的法律多重性——基于分配行政论的思考[J]. 行政法学研究, 2024(1): 96-110.
- [27] 胡建森. 行政法学(第五版)[M]. 北京: 法律出版社, 2015: 302.
- [28] 魏庆坡. 碳排放权益的法律保护——以配额控制为视角[J]. 政法论丛, 2023(6): 123-134.
- [29] 周佑勇. 行政法原论(第三版)[M]. 北京: 北京大学出版社, 2018.
- [30] 章剑生. 现代行政法基本理论(第二版)[M]. 北京: 法律出版社, 2014: 176.
- [31] 吕忠梅. 环境法典编纂方法论: 可持续发展价值目标及其实现[J]. 政法论坛, 2022(2): 18-31.
- [32] 吕忠梅, 王国飞. 中国碳排放市场建设: 司法问题及对策[J]. 甘肃社会科学, 2016(5): 161-168.
- [33] 亚里士多德. 尼各马可伦理学[M]. 廖申白, 译. 北京: 商务印书馆, 2003.
- [34] 秦正. 生态环境法典中人大监督的制度构建[J]. 政法论坛, 2024(6): 49-59.
- [35] 陈海嵩. 生态环境治理体系的规范构造与法典化表达[J]. 苏州大学学报(法学版), 2021(4): 27-41.

### On the Public Law Attribute of Carbon Emission Right /LI Jian (Law School, Southeast University)

**Abstract:** Regarding the legal nature of carbon emission rights, the mainstream view in the academic community is to define them as (quasi) property rights or usufruct rights in civil law. This view tries to include carbon emission right into the category of traditional property right. However, it still cannot avoid the challenge of the question of the moral hazard of privatizing public resources, the inadequacy of atmospheric environmental capacity as the object of real right, and the lack of carbon emission right basis. Therefore, the research perspective must be changed. In terms of legal nature, carbon emission right is actually a right in public law. In terms of constitution, the “national target clause” of environmental protection in the Constitution provides a constitutional normative basis for carbon emission rights. The carbon emission right has the aspect of national protection obligation. The carbon emission right system is actually a system created by the state based on the “national target clause” of environmental protection, and at present, it is carried out by The State Council or the Ministry of Ecology and Environment as an administrative organ. In terms of administrative law, the definition of carbon emission rights as concessions in administrative licensing law has a theoretical and normative basis. It not only conforms to the legal characteristics of carbon emission rights, but also helps to realize the whole process regulation of carbon emission rights from establishment to trading, so as to ensure the realization of national environmental protection goals. As an administrative regulation, the Interim Regulations on the Administration of Carbon Emission Trading formulated by The State Council may also set the permit. Of course, as a system directly related to the rights and interests of carbon emission subjects, the allocation of carbon emission quotas should endeavor to achieve distributive justice, while the trading of carbon emission rights should endeavor to achieve corrective justice. As for the tradability of carbon emission rights, its normative basis lies in the provisions of Article 9 of the Administrative Permit Law.

**Key words:** carbon emission right; environmental right; administrative license; legal nature