

排放权交易的正当性思辨

——基于欧美实证经验分析

倪蕴帷*

目次

- | | |
|-------------------|-------------------|
| 一、引言 | (一) 排放权作为私有权利的正当性 |
| 二、排放权交易的理论背景与发展现状 | (二) 排放权基于功利主义的正当性 |
| (一) 排放权交易的理论背景 | (三) 排放权初始分配模式的正当性 |
| (二) 排放权交易的发展现状 | 四、结语 |
| 三、排放权交易的正当性质疑 | |

摘要 构筑于科斯定理与外部性理论的排放权交易机制强调市场的规制功能。然而,环境政策是包含着多元、多层次价值序列的复合系统,经济学角度的社会成本分析不足以为其提供完全的正当性。就排放权交易机制而言,对私权的过度强化可能导致偏离公共目的,总量控制特征和不同分配模式也会使政策收益与负担不均衡地分布于群体之间。排放权的功利主义特征和内部构造中的固有矛盾,已在欧美实践过程中产生诸多不良反馈。环境公共政策包含了广泛而深刻的生态及社会价值,这些多角度的价值目标不能从经济层面得到完整表达,资源配置就无法涵盖公共属性的每一层意旨。在进行环境制度设计时,不仅需要成本效益的分析,还应纳入法学理论、法学价值和公正层面的考量,如此才能真正实现经济效用与生态、社会效益的和谐统一。

关键词 排放权交易 科斯定理 混合财产权 功利主义 污染者付费原则

一、引言

排放权交易(emissions trading)自经济学家戴尔斯(Dales)在其著作《污染、财富和价格》中被

*南京审计大学法学院讲师、法学博士。

提出以来,已被广泛地运用于污染排放治理领域。^{〔1〕}这种交易机制以“科斯定理”为基础,强调市场的规制功能,通过排污主体或其他人之间进行配额交易,实现减排成本效益最大化。碳排放交易作为排放权交易中最为瞩目的政策实践,经过数十年发展,在全球形成了多个较为成熟的市场体系,包括欧盟碳排放交易体系(European Union Emissions Trading Scheme, EU ETS)和美国区域温室气体行动(Regional Greenhouse Gas Initiative, RGGI)等。中国共产党第十八次全国代表大会报告提出大力推进生态文明建设,“积极开展节能量、碳排放权、排污权、水权交易试点”。2011年10月,北京、上海、广东等七省市获准开展碳排放交易试点,截至2016年7月,累积交易额超过31亿元人民币。习近平在《中美元首气候变化联合声明》中表示,我国将于2017年启动全国碳排放交易体系。国家发改委亦出台了一系列政策性文件,提出在2017年将1万家企业纳入全国性碳市场,覆盖6类行业的15个子行业。

然而,与国内紧锣密鼓的制度建构相反,全球各大区域排放权交易市场热度持续转冷,相关问题也不断显现。根据世界银行的统计资料,2015年全球主要碳市场价格从1美元/tCO₂e到13美元/tCO₂e不等,其中,85%的碳市场定价少于10美元/tCO₂e。按目前碳市场定价水平,排放权交易制度暂时难以发挥市场的反作用机制。^{〔2〕}作为中国碳交易制度设计的重要参考,美国芝加哥气候交易所(CCX)由2008年的最高值7.4美元/tCO₂e跌至2009年的几美分/tCO₂e,并于2010年停止交易,宣告美国唯一一个全国性碳市场的终结。^{〔3〕}国内试点省市的碳交易价格也呈现出不同程度的降幅,如深圳市的平均交易价格从2014年的70.29元/吨下跌至2016年的28.37元/吨。除了这些经济上的不良反馈,更深层次的担忧来自对排放权交易制度的正当性质疑。激进的观点将碳排放市场视为新一轮的“碳殖民”,并认为清洁发展机制(CDM)等类似项目已对巴西原住民的生活环境造成严重破坏。^{〔4〕}同时,排放权交易基于总量控制的特点,也被认为可能会导致环境污点(hot spots)和碳泄漏(carbon leakage)等现象。

反观国内研究成果,主要集中在经济学、环境科学领域。法学领域的论著或是介绍立法背景,或是进行体系设计,却少有在制度内核层面上的思辨。“尽管可以在排放权交易中看到明显的成本收益,但我们对它的环境效能和公正问题仍旧一无所知。”^{〔5〕}排放权交易以整体社会成本降低作为正当性的依据,这种完全基于功利主义和市场机制的考量会否忽略其生态与社会效用?例如,排放权作为一项财产权,存在公共目的与私人运作之间的割裂,私利追逐可能导致最终偏离公共利益。又例如排放权的总量控制特征和不同分配模式,会使政策收益与负担非常不均衡地分布于群体之间,从而造成环境不公正。事实上,由于担心集中排放地区会产生汞沉积加剧,美国环保署(EPA)的汞金属排放交易法规被十余个州起诉至巡回法院。^{〔6〕}2012年加入排放权交易的《加州全球变暖解决方案法》(Global Warming Solutions Act,以下简称“AB 32法案”)也明确要求防

〔1〕 J. H. Dales, *Pollution, Property & Prices*, University of Toronto Press, 1968.

〔2〕 World Bank and Ecofys, *State and Trends of Carbon Pricing 2015*, World Bank, 2015, p.24.

〔3〕 参见王毅刚等:《碳排放交易制度的中国道路——国际实践与中国应用》,经济管理出版社2011年版,第266页。

〔4〕 Heidi Bachram, *Climate Fraud and Carbon Colonialism: The New Trade in Greenhouse Gases*, 15 *Capitalism Nature Socialism* 9(2004).

〔5〕 Jody Freeman & Charles D. Kolstad, *Prescriptive Environmental Regulations Versus Market Based Incentives*, in *Moving to Markets in Environmental Regulation: Lessons from Twenty Years of Experience*, Oxford University Press, 2007, p.14-15.

〔6〕 *New Jersey v. EPA*, No. 05-1097 (D.C. Cir. filed Mar. 29, 2005).

止基于市场的排放权交易机制对特定群体的失衡影响。^{〔7〕}效率与公正是社会制度评价的一体两面,两者相互交融、相互作用,对环境政策而言后者不容忽视。^{〔8〕}排放权交易的利弊得失由多种因素决定,本文试图从权利构造和环境正义等角度,结合法学理论与实证经验,对其正当性进行再思考。

二、排放权交易的理论背景与发展现状

(一) 排放权交易的理论背景

在美国环保署的立法文件中,排放权交易与总量控制交易(cap and trade)通常被视为同义词交替使用。基于总量控制的排放权交易是指,由政府部门设定一个明确的排放总量目标(cap),再将该总量细化为若干份单位排放配额,在交易期开始时分配至各排放源。配额代表可量化的污染物排放权利,排放污染物必须有相应数量的配额冲抵。当排污主体实际排放量超出时,可从市场上购买相应配额,当排污主体通过减排或更新设备等方式使实际排放量少于配额时,则多余的额度可出售以营利(trade)。^{〔9〕}这种基于市场的规制机制(market-based regulation)区别于传统的命令与控制机制(command and control regulation)——后者主要通过行政机关的强行规则,对私人行为进行调控。基于市场的规制手段所需政府监管成本更低、对市场的扭曲程度较低、企业选择空间更大,对实现政策目标具有更大效率和可能性。^{〔10〕}排放权交易通过市场机制优化资源配置,被认为具有实现减排效益最大化,刺激排污技术创新等优势。

经济学将环境问题的产生归结于经济活动的负外部性,^{〔11〕}而解决负外部性主要有两种理论:一为庇古税,主张以税收的方式使环境成本体现在价格之中;^{〔12〕}一为科斯的产权理论,认为通过界定清晰的产权,市场机制会使外部性内在化。^{〔13〕}戴尔斯将科斯定理运用于水污染领域,提出将符合治理目标的水污染排放量作为许可份额,允许排污者之间进行有偿交易。^{〔14〕}鲍莫尔(Baumol)和奥茨(Oates)在对碳税收费方案的研究中,得出与产权理论相似的结论,即市场手段可以降低政府定价的行政成本。^{〔15〕}蒙哥马利(Montgomery)用数理经济学的方法,证明建立不同的许可市场均衡,可以使总体协调成本最低,这是排放权交易制度优于传统排污收费体系的原因。^{〔16〕}蒂坦伯格(Tietenberg)通过对多种情形下指令控制系统的成本问题进行分析,认为基于市

〔7〕 California Health & Safety Code, § 38562 (b) (2); § 38570 (b) (1).

〔8〕 Maxine Burkett, *Just Solutions to Climate Change: A Climate Justice Proposal for a Domestic Clean Development Mechanism*, 56 Buffalo Law Review 48(2008).

〔9〕 Robert W. Hahn & Gordon L. Hester, *Marketable Permits: Lessons for Theory and Practice*, 16 Ecology Law Quarterly 368 - 369(1989).

〔10〕 W. D. Montgomery, *Markets in Licenses and Efficient Pollution Control Programs*, 5 Journal of Economic Theory 395 - 418(1972).

〔11〕 外部性指个人或企业没有完全承担其决策成本或不能充分享有其决策收益。如果给他人带来的是福利损失,为负外部性;给他人带来的是福利增加,为正外部性。

〔12〕 A. Pigou, *The Economics of Welfare*, Macmillan, 1920.

〔13〕 R. H. Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 Journal of Law and Economics 1 - 44(1960).

〔14〕 J. H. Dales, *Land, Water, and Ownership*, The Canadian Journal of Economics 791 - 804 (1968).

〔15〕 W. Baumol & W. Oates, *The Use of Standards and Prices for Protection of the Environment*, 73 Swedish Journal of Economics 42 - 54(1971).

〔16〕 Montgomery, *supra* note [10], at 395 - 418.

场的规制体系可激励企业根据边际治理成本来选择减排手段,从而大幅节约总成本。他随后全面评述了美国排放权交易计划与理论发展,认为其意味着排放权交易机制的基本成熟和定型,并逐步开始运用于实践活动。^[17]

从经济学的角度可以看出,正当化排放权交易的最核心理由在于降低环境治理的社会总成本。排放权交易理论的兴起建立在对以庇古税为代表的一系列政府管制措施的批判之上,认为它们难以有效反映外部成本的变动,具有经济上的不效率。^[18] 排放权交易机制则通过市场信号引导,可以有效缓解政策制定中的信息不对称,并对排放源形成减排压力和权利交易的双重激励。然而科斯定理的前提条件是交易成本为零,现实世界中产权界定、契约谈判可能产生诸多成本,基于市场的环境治理模式因而遭到一些新制度经济学家的质疑。实证经验亦表明政府需要为秩序监管和价格调控付出高昂的行政成本,在美国加州南海岸空气管理局于1994年开展的“区域清洁空气诱因市场”(RECLAIM)项目中,实际排污量由企业自行申报加以核定,经济上的诱因反而引发了严重的造假现象。^[19] 在欧盟的ETS碳市场中,配额的结构性过剩致使碳价呈现长期低迷状态,立法者不得不引入多种方案进行调控,这同样说明了排放权交易作为一项市场机制的不纯粹性。在这样人为建构的政策市场中,社会总成本相比传统命令与控制机制是否降低、降低多少,排放权交易的支持者所强调的效率功用于现实中是否存在,未必有一个清晰而确定的答案。

效率问题是排放权交易产生的原因及理由,却并非本文关注的重点。经济学理论偏重外部性矛盾的化解,偏重整体社会成本的降低,但环境利益并不能从经济价值中得到完整表达,任何一项环境权都是多元、多层次的复合系统。^[20] 环境资源作为一个公共产品,属于人类整体的“共同利益”,^[21]还承载着生态功能与社会效用。一味强调市场机制的配置作用,不仅会在其内部产生公私利益偏离的结构性矛盾,亦难以在环境政策的整体效果上得到圆满评价。

(二) 排放权交易的发展现状

美国作为排放权交易理论的发源地,也是最早进行立法实践的国家。1990年《清洁空气法修正案》(Clean Air Act)在20世纪80年代政策实验的基础上,建立了酸雨计划,第一次正式实施针对二氧化硫大气污染的排放交易制度。^[22] 美国RECLAIM项目,针对辖区内NO_x和SO₂进行总量控制交易,但因其效率性、污染热点与环境正义等问题广受争议。^[23] 2003年成立的芝加哥气候交易所(Chicago Climate Exchange)是全球第一个自愿性温室气体减排交易系统,由于在第二期末尾已无法形成一笔交易,最终为洲际交易所(ICE)收购。2009年由以纽约州为首的10个州启动的“区域温室气体行动”(RGGI),是以发电业为对象的二氧化碳排放总量管制交易机制。但因为初期限额过高,影响了市场的有效性,被迫于2012年修订规则清理配额。^[24] AB 32法案包含了抵消

[17] Thomas H. Tietenberg, *Emissions Trading, An Exercise in Reforming Pollution Policy*, Resources for the Future, 1985.

[18] David M. Driesen, *Is Emissions Trading an Economic Incentive Program? Replacing the Command and Control/Economic Incentive Dichotomy*, 55 Washington and Lee Law Review 289, 296-297(1998).

[19] Richard Toshiyuki Drury et al., *Pollution Trading and Environmental Injustice: Los Angeles' Failed Experiment in Air Quality Policy*, 9 Duke Environmental Law & Policy Forum 260(1999).

[20] 参见李炯:《区域碳排放权市场制度及运行模式研究》,中国社会科学出版社2016年版,第43页。

[21] Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment, Principle 18.

[22] Clean Air Act, Subchapter IV, 42 U.S.C. § 7651.

[23] Richard Toshiyuki Drury et al., *supra* note [19], at 251.

[24] Jonathan L. Ramseur, *The Regional Greenhouse Gas Initiative: Lessons Learned and Issues for Congress*, Congressional Research Service, 2016, p.9.

性的补偿机制(offsets),可通过相关项目抵消减排义务。^[25] 由于担心排放权交易引发的环境不公正,法案起草机构 CARB 被多个环保机构诉至法院。

欧盟于 2005 年启动的 EU ETS 是全球第一个,也是最大的一个多国家排放交易计划。欧盟排放交易体系由三阶段组成,目前已进入 2013 至 2020 年的第三阶段。它从初始的分权化治理逐步收紧,总量分配模式由第一、二阶段的国家区别分配转向区域间统一分配,分配模式也从祖父式的免费分配向全行业的拍卖分配过渡。^[26] ETS 包含了抵消性的灵活履约机制,使《京都议定书》下 CDM 项目产生的 CERs 可补偿使用,同时建立了银行存储(banking)和借贷(borrowing)机制,从第三阶段开始允许跨期储备。^[27] 由于配额的过度分配,EUA 价格几度跳水,欧盟排放交易体系的实施状况并非一帆风顺。欧盟委员会预估欧盟在 2005 至 2020 年间的年平均经济增长率为 2.4%,据此推算年度碳排放总量为 2 470 百万吨二氧化碳当量,但受全球金融危机、欧洲主权债务危机和移民潮的冲击,2009 至 2011 年间欧盟每年的碳排放总量只有 1 900 百万吨左右。^[28] 对未来的错误预期致使配额分配严重过量,并引发碳市场的长期低迷,可见政府失灵现象仍然存在。此外,一些研究者也开始对其高昂的运行成本、分配模式的不效率以及抵消机制的真实效果提出质疑。^[29]

其他一些主要的排放权交易体系还包括英国排放交易体系(UK ETS),澳大利亚新南威尔士温室气体减排体系(NSW GGAS),日本自愿排放贸易计划(JVETS),印度节能证书交易计划(PATS)等。从运行情况来看,绝大多数排放权交易体系都呈现出较高的初始成本、较为低迷的初期交易量、配额总量过度分配、交易价格持续下跌等现象。^[30] 在对 8 个排放权交易制度进行比较分析后,索尔库(Sovacool)进一步总结道:“排放权交易可能存在固有缺陷……它并非环境治理的万能灵药。”^[31] 尽管排放权交易作为经济学理论是简练而明晰的,但在实践过程中会受到多种因素影响,如政治波动、人为的市场操纵、经济周期的冲击等,因而大部分交易体系都需要中期调整与修正。有学者据此指出,现有排放权研究虽值得称赞,但因其方法论上的局限性并不能得出坚实而确定的结论。^[32]

2013 年起,中国已在七个省市启动了碳交易试点。七个试点横跨中国东、中、西部地区,区域经济差异较大,制度设计体现出了一定的区域特征。深圳的制度设计以市场化为导向,湖北注重市场活跃度,北京和上海注重履约管理,而广东重视一级市场,重庆采用企业配额自主申报

[25] Philippe Brisson et al., *California's Cap-and-Trade Regulations: Design Elements and Outstanding Issues*, World Climate Report, 2011, p.3.

[26] Richard N. Cooper, *Europe's Emissions Trading System*, Harvard Project on Int'l Climate Agreements, 2010, p.2-5.

[27] D. Ellerman & P. Joskow, *The European Union's Emissions Trading System in Perspective*, Pew Center on Global Climate Change, 2008, p.8.

[28] “Information provided on the functioning of the EU Emissions Trading System, the volumes of greenhouse gas emission allowance auctioned and freely allocated and the impact on the surplus of allowances in the period up to 2020”, COM 416 Final, Sec 481 Draft, 2012.

[29] Ben Schiller, *Europe's CO₂ Trading Scheme: Is It Time for a Major Overhaul*, Yale Environment 360, April 28, 2011, https://e360.yale.edu/features/europes_co2_trading_scheme_is_it_time_for_a_major_overhaul.

[30] Benjamin K. Sovacool, *The Policy Challenges of Tradable Credits: A Critical Review of Eight Markets*, 39 Energy Policy 575(2011).

[31] *Ibid.*, at 583.

[32] Freeman & Kolstad, *supra* note [5], at 15.

的配发模式。^[33] 碳市场的成本收益及环境效益仍待实证研究和时间的检验,但目前已出现一些不良症状,如碳价的大幅降低、配额流动性持续不足等。截至2014年7月,北京市碳二级市场配额成交量仅占年度配额总量的3.22%,天津为0.12%,上海为0.97%。这些问题的产生难免让人对排放权交易的效率性心生疑问,而本文将从另一个视角,立足于法学理论与公正维度观察其生态和社会效用。在结合域外实证经验的基础上,本文对排放权交易可能存在的弊端予以辨析,以期为我国本土制度建构提供一些有益的参考。

三、排放权交易的正当性质疑

(一) 排放权作为私有权利的正当性

何谓权利?萨维尼的意思说认为权利系个人意思所能支配的范围,耶林的利益说强调权利是法律所保护的利益。^[34]“权利的功能在于保障个人的自由范围,使其得自主决定、组织或形成其社会生活,尤其是实践私法自治原则。”^[35]私权利的核心即是在法律框架内对私利的自由追逐,虽然晚近有所有权社会化之趋势,但特殊情形下的限制与约束并不影响其私人目的、私人享有、私人运作的主旋律。然而“排放权”的产生是基于应对全球环境恶化的迫切需要,是针对政府失灵的政策工具选择,它始终服务于人类社会的生存价值与公共利益。产权交易仅是为实现这一目的的私法机制,通过人为制造市场稀缺性,将私利追逐与社会效益尽可能地重叠在一起。国内学者将排放权视作准物权、用益物权、债权、环境权、发展权、行政许可等,^[36]都没有看到排放权这一公法为体私法为用、公私混合的本质特征。正如科尔(Cole)所言,排放权交易制度中的产权属于部分私有化、部分公有化的混合财产权。^[37]而更深层次的问题随之产生——人的趋利性会使公私利益在此处发生怎样的割裂?私人利益的不断扩张又会否影响公共利益的实现?

鉴于定义上的困难,绝大多数排放权交易体系都对排放权的法律属性语焉不详。美国《清洁空气法修正案》第403条f款规定配额不构成财产权(property rights),^[38]但立法并未明确它的性质,只是从便利主义出发使其能够流通和交易。有观点认为这是为了缓解为污染赋予权利的道德质疑,^[39]更贴近实用的理由则是环保署可终止或限制配额,而不用担心因“征收”产生的合宪性与补偿问题。^[40] RGGI和AB 32法案同样回避了对配额性质的立法规定,例如加州空气资源委员会

[33] 参见[美]马乔希、杜丹德、侯安德:《排放权交易:推出成功的碳交易体系》,载保尔森基金会网,<https://www.paulsoninstitute.org.cn/wp-content/uploads/2015/09/5-Emissions-Trading-CN-final1.pdf>。

[34] 参见王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第94页。

[35] 见前注[34],王泽鉴书,第95页。

[36] 参见邓海峰:《环境容量的准物权化及其权利构成》,载《中国法学》2005年第4期,第59—66页;王明远:《论碳排放权的准物权和发展权属性》,载《中国法学》2010年第6期,第92—99页;叶勇飞:《论碳排放权之准物权属性》,载《浙江大学学报(人文社会科学版)》2013年第6期,第74—81页。

[37] Daniel H. Cole, *Pollution and Property: Comparing Ownership Institutions for Environmental Protection*, Cambridge University Press, 2002, p.45-46.

[38] 1990 Clean Air Act Amendments, 42 U. S. C., § 7651b(f).

[39] M. Gehring & C. Streck, *Emissions Trading: Lessons from SO_x and NO_x Emissions Allowance and Credit Systems, Legal Nature, Title, Transfer, and Taxation of Emission Allowances and Credits*, 35 Environmental Law Reporter 10221-10222(2005).

[40] Daniel H. Cole, *Clearing the Air: Four Propositions About Property Rights and Environmental Protection*, 10 Duke Environmental Law & Policy Forum 113(1999).

将配额认定为“履约工具”，不构成财产或财产权。^{〔41〕}《欧盟排放交易指令》仅把配额定义为一个交易单元，欧盟各国的国内法转化中，英、德、荷兰、挪威等国将其视为商品（commodity），但这也不是法学概念上的定义。^{〔42〕}中国碳交易试点各省市的《试行办法》对排放权的法律属性一样讳莫如深，国家发改委制定的《碳排放权交易管理暂行办法》第47条将其定义为“排放温室气体的权利”，但对它的权利属性及内涵没有做清晰的阐释。上述立法例的模糊定义固然有诸多功能性的原因，但更为根本的缘由来自排放权内部构造中的矛盾。

第一层矛盾是公共目的与私人目的的错位。排放权交易的设计原理在于使公私利益相重叠，企业为追求配额市场的利润，对节能减排具有内在动力，这种内在动力在理想情形下与环境治理的利益取向是一致的。通过创设排放权，使私人在污染环境追求经济价值的同时，能兼顾社会整体的环境效能。哈佛大学教授迈克尔·桑德尔（Michael Sandel）对此的抨击是，为环境污染赋予权利属性会向社会传达错误的价值讯息。同样是上缴一定数额之金钱，定性为处罚或权利，差别重大。“游客乱丢一只空酒瓶应处以100美元罚款，富有的游客认为这代表可以100美元的代价随意乱扔，难道他将罚款等同于费用的观念没有错误吗？”^{〔43〕}弗雷（Frey）也指出排放权交易机制相对于碳税，更容易对人内在的减排动机产生道德上的“挤出效应”（crowd out），^{〔44〕}“这种过错是可接受的”这一暗示会产生潜在的成本。^{〔45〕}当排放权机制的激励相容不满足个人将规则内化为偏好的要求时，激励相容的目的就无法实现。^{〔46〕}

实用主义者或许会认为上述基于道德伦理的批判过于空洞，但现实中“随意乱扔”带来的潜在成本并非纸上谈兵，最为直接的表现来自类似CDM项目的抵消性补偿机制（offsets）。所谓补偿机制是指采取排放权交易项目以外的减排措施来抵消相应比例减排量的机制，在EU ETS、RGGI、AB 32体系中都得到了广泛运用，其前身是《京都议定书》下的清洁发展机制（CDM），^{〔47〕}中国碳交易试点省市也在一定条件下允许以核证自愿减排量（CCER）代替配额。有研究认为CDM项目已引发新一轮的“碳殖民”，对利润的盲目追逐使许多企业在发展中国家大量种植单一作物，不仅造成当地生态系统的严重破坏，这些作物的减排有效性亦没有经过科学上的严密论证。^{〔48〕}例如，挪威企业在乌干达开展的Tree Farms AS碳汇项目被认为造成了当地水质污染，以及对13个村落八千多原住民的驱逐。^{〔49〕}在比较和总结27个国家共计75项林业补偿项目之后，兰德尔-米尔斯（Landell-Mills）和波拉斯（Porras）指出现有研究没有关注CDM机制的社会效应，当地群落往往会

〔41〕 Subchapter 10 Climate Change, Article 5, Section 95820(c), Title 17, California Code of Regulations.

〔42〕 Hitomi Kimura, *Definition of Credits: Comparative Study between Japan and EU*, submitted paper for Conference “Institutions for providing global environmental goods”, Refgov, Global Public Services, 2006.

〔43〕 Michael Sandel, *It's Immoral to Buy the Right to Pollute*, The New York Times, Dec. 15, 1997, at A2.

〔44〕 心理学认为，外在激励因素会改变内部动机。正面激励增强了内部动机，为挤入效应（Crowd-in Effect）；负面激励削弱了内部动机，为挤出效应（Crowd-out Effect）。

〔45〕 Bruno S. Frey, *Morality and Rationality in Environmental Policy*, 22 Journal of Consumer Policy 406(1999).

〔46〕 参见[美]凯斯·R.孙斯坦：《自由市场与社会正义》，金朝武、胡爱平、乔聪启译，中国政法大学出版社2002年版，第347页。

〔47〕 CDM机制指附件一国家通过在发展中国家进行具有温室气体减排效果的项目投资，以核算的减排量作为其履约方式。《京都议定书》（1997）第12条。

〔48〕 Bachram, *supra* note [4], at 9.

〔49〕 Leo Peskett & David Brown, *The UN Framework Convention on Climate Change*, 4 Verifor Comparative Case Study 10(2006).

遭受很多负面影响。^[50] AB 32 法案的补偿机制也被环保团体因质疑其有效性而诉至法院。^[51] 人的趋利性使私人目的不可能与公共目的完全重合，“公地悲剧”表明两者从根本上是对立的，即便再精致的总量控制机制亦不能将这种对立抹去。当用权利化的方式披上合法外衣，内部动机会被进一步压缩，“随地乱扔”现象便成了常态。

排放权内部构造中的第二层矛盾是公共运作与私人运作的错位。排放权是公私混合的权利形态，排放权市场是人为界定产权、行政机关监管运行的政策市场，这就导致其运作模式上必然出现公私力量间的碰撞。一方面，私人运作要求不断扩大权利中的私属性，另一方面，政府为实现公共效益、防止市场失灵需要加强配额管制与调控。实践中最典型的冲突体现在 EU ETS 系统内各国对配额的事后调整规则上。与大多数成员国不同的是，德国在 2007 年的《分配法》(Zuteilungsgesetz)中采用了大量的事后调整手段，如在排放装置关闭运行或实际生产力低于年平均产量 60% 等情形可撤销已分配的配额。^[52] 比利时的弗拉芒地区立法则规定在装置关闭时不终止配额效力，^[53] 英国政府在 Corus 公司转售炼钢厂的争议案件中也认为配额属于私有财产，即便封存排放装置仍可以保有和出售。^[54] 在欧洲初审法院对德国分配草案的裁决中，欧盟委员会明确表示“不允许事后调整，是因为配额市场的运作依赖于稳定和可预期的分配计划”。^[55] 但初审法院却认为委员会误解了《排放交易计划指令》，事后调整没有违背排放交易的本质。^[56]

以上两种截然相反的观点体现了排放权内部公私运作的矛盾，EU ETS 为缓解碳价的长期低迷不得不引入强有力的配额管控措施，但对私权的过度干涉又会引发市场恐慌，进而动摇产权交易的根本。“财产权越缺少保障，越不完整，潜在的买方就越不可能购买。”^[57] 科尔以租赁权为例，指出其价值低于所有权是因为租赁权的期限和安全性受到更多限制。“受限制的排放权的价值远低于绝对的排放权，如果受到太多限制，它的市场价值可能跌落至零，且整个市场也会因此消失。”^[58] 排放体系下的市场机制要求不断丰满的私权构造，如此才能形成有效的稀缺性和内在激励，而人为建构的配额制度又需要公权力进行长期自我修正与调整。因此排放权悬而不决的法律属性、难以确定的公私成分，是由其内部构造中的矛盾所引发的固有困境。

事实上，排放权交易的英文为 emission trading，直译应为“排放交易”。国内有称排污权者，有称排放权者，在英文论著中却几乎没有 emission rights 这样的表述。国外学者也大多不认为排放限额构成一项财产权，如科尔指出：“排放限额本身不是财产权，但不能据此否认某人对其享有的财产利益。”^[59] 国内译法赋予其权利属性，称之为排放权，可能是受经济学中“产权”概念的影响。

[50] N. Landell-Mills & I. Porras, *Silver Bullet or Fool's Gold?*, International Institute of Environment and Development, 2002, p.71 - 109.

[51] *Citizen's Climate Lobby v. Cal. Air Res. Bd.*, No. 12 - 519554, slip op. at 11 (Cal. Jan. 25, 2013).

[52] Zuteilungsgesetz 2007, § 9 - § 14.

[53] Michael G. Faure & Marjan Peeters, *Climate Change and European Emissions Trading*, Edward Elgar Publishing, 2008, p.194.

[54] Sabina Manea, *Instrumentalising Property: An Analysis of Rights in the EU Emissions Trading System*, PhD thesis, The London School of Economics and Political Science, 2013, p.79.

[55] Michael G. Faure & Marjan Peeters, *Climate Change and European Emissions Trading*, Edward Elgar Publishing, 2008, p.201.

[56] Case T - 374/04, *Federal Republic of Germany v. Commission of the European Communities*, 2004.

[57] Cole, *supra* note [37], at 48.

[58] *Ibid.*

[59] *Ibid.*

科斯、波斯纳的法经济学理论使法学与经济学的边界日趋模糊,产权因此常与物权、所有权、财产权相混用。然而大多数经济学理论并未赋予产权明确的特征,而仅将其作为一个填满对人性义务的使用权的大杂烩。^{〔60〕}在排放权交易机制中,产权更加强调的是排放限额的可交易性,而非物权的支配性与排他性。对支配性、排他性的弱化,来自排放权机制的内在要求,使公共利益的介入与配额的政府管控成为可能。规定为交易单元或商品的做法,虽然回避了法律属性的定义,却与产权这一概念至为契合。国内学界的多数观点试图将排放权纳入私权利或物权的框架之下,没有观察到其结构内部弱化排他性而公私混合的特征,因而无法得出准确有力的结论。

那么应当如何定义排放权?目前有如下几种学说可资借鉴。第一是赖希(Reich)的新财产权说,指由政府供给所创造出的财产权。^{〔61〕}这种财产形态如特许权、专营权、公共服务、补助金等,存在对私人独立性的侵蚀。^{〔62〕}传统上一般将财产权归于私法领域,公权力的干涉仅在特殊情形下成立,但随着国家管制与政府供给的增长,由公权力直接制造出的财产形态日益重要。第二是以科尔为首的部分学者所提倡的混合财产权,指对公共产品的部分私有化。政府将有限的环境资源使用许可或权利授予私人,使私人对其具有法律上的部分控制力,但这种部分控制力仍受制于政府保留的公共权利。“排放权不是一个永久的私人财产权,而是被授权的混合财产权,且可被政府限制及终止。”^{〔63〕}第三是萨克斯(Sax)提出的环境公共信托理论,将私人信托关系运用于环境资源领域。萨克斯认为环境资源是全体公民的共有财产,公民通过信托的方式将其委托给政府管理。政府作为受托人,负有为全体公民及后代的公共利益进行环境资源管理的义务,且仅在为实现信托目的和受益人利益的情形下有权处分信托财产。^{〔64〕}此外,还有观点将排放权视为工具性权利等。^{〔65〕}

精致而完备的定义并不可能完全解决排放权中公私背离的内在矛盾,将环境资源赋予稀缺性也不能涵盖其公共属性的每一层意旨。科斯第二定理认为在费用大于零的现实世界,不同的权利界定会影响制度效率。但经济模型无法将生命健康的固有价值涵摄于其中,即便存在完美的排放权定义,环境政策的生态及社会效用也未必能得到完整实现。在实践中,对私权利的过度强化可能导致偏离公共目的,公私成分的划分也会影响市场机制的运行效率。因此如何确定合理的公私比例,如何避免和监管“随地乱扔”现象,对于排放权交易制度的政策功效具有重要意义。

(二) 排放权基于功利主义的正当性

“夫凡人之情,见利莫能勿就,见害莫能勿避。”^{〔66〕}人趋利避害的特性,成为边沁法哲学思想的基石。他认为对快乐的追求和对痛苦的回避是人类行为最深层次的动机,也是终极目的所在,因此对法政策而言唯一的评价标准便在于是否增进了“最大多数人的最大快乐”。^{〔67〕}这种构筑在苦乐原理之上的后果论被称作功利主义,“如果一个社会的主要制度如此安排,以致使作为所有个人总和的满足

〔60〕 Thomas W. Merrill & Henry E. Smith, *What Happened to Property in Law and Economics?*, 111 *Yale Law Journal* 385(2001).

〔61〕 Charles A. Reich, *The New Property*, 73 *The Yale Law Journal* 733 - 787(1964).

〔62〕 *Ibid.*, at 734 - 737.

〔63〕 E. Woerdman, *Tradable Emission Rights*, in J.G. Backhaus ed., *Elgar Companion to Law and Economics*, Cheltenham; Edward Elgar, 2005, p.375.

〔64〕 Joseph L. Sax, *The Public Trust Doctrine in Natural Resource Law: Effective Judicial Intervention*, 68 *Michigan Law Review* 475 - 565(1969).

〔65〕 Manea, *supra* note [54], at 226 - 247.

〔66〕 《管子·禁藏》。

〔67〕 Jeremy Bentham, *A Fragment on Government*, London, 1776.

达到最大净余额,那么这个社会就是正当地组织起来的,从而也就是正义的”。^[68] 排放权交易机制以优化资源配置、降低社会整体的环境治理成本为其正当化依据,同样带有明显的功利主义色彩。^[69] 总量控制要求在某一区域设定一个总体排放目标,而评价排放权体系的成效则是看该目标是否实现,简言之,区域内整体环境状况的改善即是此处“最大多数人的最大快乐”。然而环境利益不仅属于公众,也属于个人,每一个个体都对其生存环境享有不容置疑的基本权利。功利主义强调个人利益与社会、公共利益的一致性,但在排放权交易体系中,整体的环境效能并不一定能平均体现于每一个个体之上,多数人的幸福可能会以牺牲少数人的代价来成就。某一地区的污染状况无法从总量控制中得到评价,市场机制的运行就可能致污染源向该处积聚,形成环境污点与碳泄漏等现象。

基于对公正性的质疑,美国的排放权交易体系自实施以来,便不断遭到学者、环保组织甚至州政府的抨击。如前所述,2005年因美国环保署将汞金属作为污染物纳入排放权交易体系中,该法案被十余个州起诉至巡回法院,^[70] 纽约州州长也随后明令禁止汞金属的排放交易。2012年CRPE机构代表数家环保组织起诉美国环保署,指责其制定的排放权交易体系违反民权法案,使环境负担不公正地分布于有色群体。^[71] AB 32法案也注意到了可能产生的环境污点现象,明确要求防止基于市场的排放权交易机制对特定群体的失衡影响。^[72] 有学者指出,以上对总量控制机制的反思皆立足于美国法发展出的环境正义原则(Environmental Justice)。^[73] 环境正义原则要求在环境法律政策的制定和执行中,全体公民不论其种族、收入、原始国籍或教育程度,都应得到公平对待,^[74] 这与强调整体社会效用、降低减排总成本的排放权交易制度相去甚远。正如罗尔斯所言,正义不允许为了部分人享有更大的利益而剥夺其他人的自由,也不允许为了达到利益最大化而牺牲少数人的权利,因为这些自由或权利是不可侵犯的。^[75]

那么,排放权交易是否会引发环境污点现象?所谓环境污点是指污染物在某个地区的局部积聚与集中,由于排放权机制允许不同排放源之间交易配额,同时不限制该污染物的地区排放量,理论上可能使部分减排成本较高的排放源大量购买配额以实现超额排放。像二氧化碳这种混合于大气层中的污染物不会对地区环境产生区别性影响,但温室气体排放过程常伴有更危险的次级污染物,如苯、汞、微粒、挥发性有机化合物等,因此仍被认为可能诱发环境污点现象。^[76] 同时,重度污染的工厂往往集中在经济不发达地区,尽管区域总排污量降低,这些不发达地区的污染状况也会进一步恶化。^[77] 对此经济学者认为,依照经济学理论重度污染工厂的边际减排成本更低,同样减少一单位

[68] John Rawls, *A Theory of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, 1971, p.22.

[69] Carolyn Merchant, *Environmental Ethics and Political Conflict: A View from California*, 12 *Environmental Ethics* 45-68.

[70] *New Jersey v. EPA*, No. 05-1097 (D.C. Cir. filed Mar. 29, 2005).

[71] *Coalition for a Safe Environment v. Cal. Air Res. Bd.*, Complaint under Title VI of the Civil Rights Act.

[72] California Health & Safety Code, § 38562 (b) (2); § 38570 (b) (1).

[73] Lea Lambert, *Trading Rights for Greenhouse Gases: The Dilemma of Cap-and-Trade and Environmental Justice*, 24 *George Mason University Civil Rights Law Journal* 207.

[74] James P. Lester et al., *Environmental Injustice in the United States: Myths and Realities*, Westview Press, 2001.

[75] Rawls, *supra* note [68], at 28.

[76] Alice Kaswan, *Decentralizing Cap-and-Trade? State Controls Within a Federal Greenhouse Gas Cap-and-Trade Program*, 28 *Virginia Environmental Law Journal* 351(2010).

[77] Alice Kaswan, *Reconciling Justice and Efficiency: Integrating Environmental Justice into Domestic Cap-and-Trade Programs for Controlling Greenhouse Gases*, *Ethics of Global Climate Change*, 2011, p.240.

排放量的成本应当小于轻度污染工厂,因此会产生冷却效应(cooling effect)而非环境污点。^[78] 福利(Fowlie)等在分析 1999 至 2005 年的数据后指出,排放权机制相对于传统行政命令并没有使污染更集中于某一地区。^[79] AB 32 法案起草者 CARB 的评估报告也认为地区空气污染积聚几乎不可能发生。^[80]

理论上的观点各执一词,现实情形却不容乐观。在美国 RECLAIM 项目中,减排配额被四家石油公司(Unocal, Chevron, Ultramar, GATX)大量购买,以避免更新高昂的汽油回收设备,而这些设备本可以用于吸收传输石油至海岸油库时所泄漏的有毒气体。由于这几家石油公司的厂区集中在惠灵顿、圣佩德罗和埃尔塞贡多地区,使原本应由大面积区域分散承担的污染,因排放权交易机制集中于这几个地区之中。^[81] 在这几个环境污点区域,75%至 90%的人口为有色人种,且其中绝大多数为拉丁裔。对比 RECLAIM 的施行区域,整个南加州空气管制区中的有色人口仅占 36%,因此 RECLAIM 项目被认为加重了弱势族群的健康风险,造成了严重的环境不公正。^[82] 为何部分研究成果对环境污点持否定意见? 阿德尔曼(Adelman)教授认为,可能的原因是这些研究观察的区域范围过大,他通过对微观范围的污染数据的观察发现了众多潜在环境污点。例如以超过 20 磅空气毒物每天为标准,他预测了超过 1390 家厂区会产生污染积聚效应。^[83]

碳排放由于其特殊性,是否引发环境污点尚存疑问,但排放权交易体系并不以温室气体治理为限。中国《大气污染防治法》第 15 条和《水污染防治法》第 18 条明确规定采取总量控制制度,上海市闵行区也早在 1987 年就开始了水污染物排放权交易的政策实践。截至 2011 年,全国成立的环境交易机构已达 19 家,交易指标种类包括 SO₂、COD、NH₃-N、NO_x、TP 等水、电力和大气污染物。对这些地方排放权交易试点的研究主要集中在政府监管、价格机制、市场运行效率等方面,却没有学者对其可能诱发的环境污点现象做实证分析。排放权机制基于总量控制的特点,强调实现整体减排成本降低这一“最大快乐”,地区环境状况无法体现在评价体系之中,市场机制的运行就会导致污染源分布的不均匀性。对于功利主义而言,正义的分配是能产生最大快乐的分配,它更关心的是快乐的最大净余额而不是这些快乐在不同个体间的公正分配。用罗尔斯的话说,“功利主义没有认真对待人与人之间的区别”。^[84]

污染源可能在排放权系统内的某处积聚,也可能在系统外积聚,在系统外的积聚被称作碳泄漏现象。所谓碳泄漏(carbon leakage)是指气候政策提高了污染产业的生产成本,使碳密集型产业向减排标准宽松的国家或区域转移,^[85]不单指碳交易时也被称作排放泄漏(emission leakage)。碳泄漏发生的渠道包括竞争力驱动型泄漏、生产投资泄漏和能源市场泄漏等。排放权交易体系所

[78] Dallas Burtraw & Sarah Jo Szambelan, *U.S. Emissions Trading Markets for SO₂ and NO_x*, Resources for the Future Discussion Paper No. 09-40, 2009, p.8.

[79] Fowlie et al., *What Do Emissions Markets Deliver and to Whom? Evidence from Southern California's NO_x Trading Program*, 102 *American Economic Review* 45(2012).

[80] California Air Resource Board, Supplement to the AB 32 Scoping Plan Functional Equivalent Document 16, 2011.

[81] Drury et al., *supra* note [19], at 253.

[82] Drury et al., *supra* note [19], at 254.

[83] David E. Adelman, *The Collective Origins of Toxic Air Pollution: Implications for Greenhouse Gas Trading and Toxic Hotspots*, 88 *Indiana Law Journal* 302(2013).

[84] Rawls, *supra* note [68], at 27.

[85] R. Cowart, *Addressing Leakage in a Cap-and-Trade System: Treating Imports as Sources*, Regulatory Assistance Project White Paper, 2006, p.1.

带来的市场激励不一定是正面的,短期内大部分企业改进减排效率的能力有限,就有可能通过提高产品价格或转移生产要素等手段保持利润不变。^{〔86〕} 区域间明显的碳价差,会使排放源向低价区积聚,从而造成环境不公正。从实证角度而言,现有研究通过一般均衡(CGE)模型测算出的碳泄漏率估计值在3%—30%不等。大部分文献的模拟结果显示碳泄漏程度不高,不足以抵消减排政策的效果,也有一些学者预估的比率超过50%,^{〔87〕}甚至超过100%。^{〔88〕} 例如魏斯哈尔(Weishaar)等通过对相关数据的比较分析,指出RGGI第一阶段的运行确实产生了一定程度的碳泄漏现象。^{〔89〕} 多数经济学上的结论虽认为碳泄漏不会导致整体排放量增加,但系统外排放转移所引发的环境公正问题仍应予以足够的重视。

排放权交易机制的功利主义特征所引发的污染积聚效应,如何通过内部修正加以消化? 第一种方法是结合传统的命令与控制机制形成安全网(safety net)。为了更公正地分配气候政策负担,所有企业首先应按照行政法规将排放量降低到一定程度,然后才有资格参与排放权市场。在这种制度构造中,强行命令占主导地位,排放权交易是为实现更高减排可能性所附加的机制。^{〔90〕} 第二种方法是设置交易条件,向高污染地区出售排放权原则上被禁止,同时鼓励在高污染地区开发抵消性补偿项目。交易条件的实施可通过个案审查或事先拟定的方式,前者要求行政机关根据地区情况核准交易,后者则根据实证信息预先拟定污染积聚区域。禁止交易可替换为增加交易费用的形式,或在初始分配中提高单位配额起拍价,如此能够抑制高污染地区的交易意愿。^{〔91〕} 第三种方法是使用政府财政提供行政补贴。行政补贴相比上述两种方法被认为对排放权系统的干扰最小,不会因追求环境正义而大幅增加制度成本,对运行效率的影响也相对较低。这一部分资金通过配额拍卖获得,并在严格监管之下用于高污染地区的减排项目。^{〔92〕}

基于社会总成本考量的总量控制特征是排放权交易机制的核心和正当化依据,也是它的“阿喀琉斯之踵”。市场机制的运行可以使减排资源优化配置,也可以使政策负担不公正地分布于群体之间。据研究,中国已有170个“癌症村”,范围涵盖25个省份,绝大多数皆因工业污染积聚导致。^{〔93〕} 环境利益不仅包含着经济价值,还包括广泛而深刻的生态及社会价值,功利主义的局限性所引发的环境正义问题不容忽视。然而修正方案需要高昂的政府成本,并有可能削弱市场有效性,在行政手段的不断侵蚀之下,排放权交易机制的筋骨血肉又会剩下多少? 效率优先,对环境政策而言未必成立,实践中如何分配公正与效率的制度成分需要谨慎斟酌。

〔86〕 J. Reinaud, *Issues behind Competitiveness and Carbon Leakage: Focus on Heavy Industry*, IEA Information Paper, International Energy Agency, 2005.

〔87〕 参见张文城、彭水军:《不对称减排、国际贸易与能源密集型产业转移——碳泄漏的研究动态及展望》,载《国际贸易问题》2014年第7期,第99—100页。

〔88〕 Susanne Dröge, *Tackling Leakage in a World of Unequal Carbon Prices*, *Climate Strategies*, 2009, p.17.

〔89〕 Stefan E. Weishaar et al., *Carbon Leakage in the Regional Greenhouse Gas Initiative*, University of Groningen Faculty of Law Research Paper Series No.06, 2014, p.8.

〔90〕 J. Andrew Hoerner, *A Golden Opportunity: Strengthening California's Economy through Climate Policy*, *Redefining Progress*, 2006, p.3-5.

〔91〕 California Market Advisory Committee, *Recommendations for Designing a Greenhouse Gas Cap-and-Trade System for California*, 2007, p.10.

〔92〕 Alice Kaswan, *Environmental Justice and Domestic Climate Change Policy*, 38 *Environmental Law Reporter* 10306(2008).

〔93〕 参见董丞妍、谭亚玲、罗明良等:《中国癌症村的聚集格局》,载《地理研究》2014年第11期,第2115—2124页。

(三) 排放权初始分配模式的正当性

美国大法官斯卡利亚(Scalia)曾言:“几乎所有(经济上的)法令都会使社会中部分人受益,而另一部分人的利益受损。”^[94]排放权交易体系将环境价值这一公共资源权利化,人为地赋予其稀缺性,必然发生经济利益在群体间的移转,而选择何种分配方案对于这种移转的正当性而言便显得尤为重要。所谓排放权的初始分配是指在排放权交易框架体系内,依照选定的分配原则和方式,在排放主体间进行配额分配的各种法律关系的总和。一般而言,排放权初始分配方案可分为无偿分配与有偿分配,绝大多数国家、地区包括中国碳排放试点省市在制度运行初期都选择了无偿分配模式。这与环境法中的一项重要原则——污染者付费原则(polluter pays principle, PPP)相悖,尤其是无偿分配中的“祖父规则”(grandfathering),会使基准期排放量较高的企业获得大量意外收益(windfall profits),存在财富从公众向污染者转移的可能。而学界一致主张的拍卖模式也不乏反对之声,如对企业过于严苛并诱发高度的碳泄漏现象,这在 AB 32 法案中也有所体现。初始分配模式的选择兼具效率与公平的考量,前者已在众多经济学文献中得到评估,但其正当性的证成仍需基于法学理论和公平层面的思考。

从司法实践的角度而言,绝大部分现有排放权交易体系都选择了免费分配的模式。在 EU ETS 体系的第一、二阶段,超过 95% 的配额实行依据祖父规则的免费分配,其原因是为了降低制度初期来自碳密集型企业的政治阻力。但为解决超额分配和寻租问题,从第三阶段起 20% 左右的配额开始进行拍卖,并预计在 2027 年采取全面拍卖的模式。^[95] 新西兰排放交易体系(NZ ETS)实行全部基于祖父规则的免费分配,日本的东京都排出量取引制度(TCTP)同样采用了无偿分配模式。作为极少数的例外,美国 RGGI 强制减排交易机制在运行之初配额拍卖比例便超过了 90%。^[96] 中国碳排放试点省市的现行分配方法虽各有不同,但都以免费分配为主。例如北京、天津等都采用了免费分配、一年一发的形式,其中根据历史排放或基准线法确定配额额度则在不同行业间略有区别。广东实行免费分配与有偿发放相结合的模式,2013—2014 年控排企业、新建项目企业的免费配额和有偿配额比例为 97% 和 3%。深圳实行预分配加后期调整的方式,但配额仍是一次性免费发放。据立法文件的分析,上述排放权交易体系采无偿分配的主要原因是为减少政策推行阻力,实际上却使企业在这一法律变革中获得巨额利润。正如索雷尔(Sorrell)所指出的,祖父条款违背了污染者付费原则的核心要义。^[97]

污染者付费原则最初由经济合作与发展组织(OECD)于 1972 年提出,其目的是分配污染防治措施的成本,来鼓励稀缺环境资源的合理利用并避免国际贸易和投资的扭曲。经过数十年发展,该原则已逐步成为各国制定环境法的一项基本原则,并出现在越来越多的国际条约和措施中,如《里约环境与发展宣言》第 16 条与《欧洲共同体条约》第 174 条等。欧洲法院也在数个判例中援引此条原则进行裁判。^[98] 污染者付费原则被认为是所有环境法原则中最“经济的”,^[99] 因为它首先

[94] City of Columbia v. Omni Outdoor Advertising, 499 U.S. 365, 377(1991).

[95] L.H. Goulder et al., *Impacts of Alternative Emissions Allowance Allocation Methods under a Federal Cap-and-Trade Program*, 60 Journal of Environmental Economics and Management 161 - 181(2010).

[96] J. Bushnell & Y. Chen, *Allocation and Leakage in Regional Cap-and-Trade Markets for CO₂*, 34 Resource and Energy Economics 647 - 668(2012).

[97] S. Sorrell & J. Sijm, *Carbon Trading in the Policy Mix*, 19 (3) Oxford Review of Economic Policy 427(2003).

[98] 参见罗汉高、李明华:《欧盟“污染者付费原则”的新进路——基于欧盟成本回收和负担分配的判例法》,载《环境保护与循环经济》2015 年第 2 期,第 21—22 页。

[99] M. Faure, & D. Grimeaud, *Financial Assurance Issues of Environmental Liability*, in M. Faure, Deterrence, Insurability and Compensation in Environmental Liability, Springer, 2003, p.33.

是作为一项经济原则产生,并逐步被转化为法律原则以使政策决断公平化。因此,污染者付费原则一方面包含效率内涵的经济性成分,另一方面具有公平分配环境成本的法律价值。^{〔100〕}对排放权无偿分配的经济学分析多有论著,但从公平角度而言,免费分配模式使污染者在承担机会成本的同时获得了资本收益,这与要求企业承担治理成本的污染者付费原则相悖。污染者不购买配额,国家没有增加财政收入,企业作为污染者却实际上免费得到了一项具有市场价值的资产,使环境资源这一公共财富从公众向污染者转移。^{〔101〕}总量上限带来的成本不仅小于这一部分资本收益,并可通过产品价格转嫁于消费者之上,最终使污染者获得环境资源权利化所产生的全部利润,而让消费者为其付费。因此在《欧盟排放交易指令》通过之前,欧洲议会就曾对第10条即免费分配条款做出过如下评论:“由于不包含成本,该方案……不符合污染者付费原则。”

这一评论也得到了实证分析的支持,多份研究报告指出控排企业在EU ETS体系运行过程中获得了程度不等的意外收益。例如,赛姆(Sijm)等分析认为比利时、法国、德国、荷兰的发电厂在90%免费配额比例的情形,年意外收益约为53至77亿欧元。^{〔102〕}马特斯(Matthes)指出在第二阶段免费分配的比例下,德国四家大型电气企业的年意外收益高达每家12亿至22亿欧元。^{〔103〕}开普勒(Keppler)和克鲁西亚尼(Cruciani)的结论是欧盟电力企业在第一阶段至少获得了超过190亿欧元的年意外收益。^{〔104〕}工业领域的污染者同样在免费分配模式下获得了高额利润,据马丁(Martin)等估算,EU ETS的第三阶段至少会让工业企业产生67亿欧元的年意外收益。^{〔105〕}布鲁恩(Bruyn)等认为在2005至2008年阶段,炼油厂与钢铁厂的年平均意外收益约为14亿欧元。^{〔106〕}基于无偿分配模式的排放权交易机制使企业获得远高于减排成本的资本收益,实际上从污染者付费转向消费者付费、公众付费,分割公共财富也颇有几分“圈地运动”的意味。从这个意义上说,有偿分配才能真正实现污染者付费原则的宗旨,而政府通过定价出售或拍卖收入进行再分配调控,可以使环境政策的经济负担更为公平地分布于社会群体之间。

但是,无偿分配模式并非没有理论和法价值上的支撑。根据历史排放量或排放绩效确定的排放权既往占有分配规则,是对历史利益与当前利益的承认,这种祖父规则代表了先占法理的延伸。^{〔107〕}私人财产权的初始配置不仅有经济学上的论证,早在启蒙运动时期,便有诸多思想家如霍布斯、洛克、卢梭等基于政治哲学与法哲学上的思辨,而通过优先占有取得财产权的先占从罗马法

〔100〕 H.C. Bugge, *The Principles of “Polluter-Pays” in Economics and Law*, in E. Eide & R. Van den Bergh eds., *Law & Economics of the Environment*, Juridisk Forlag, 1996, p.53.

〔101〕 Edwin Woerdman et al., *Emissions Trading and the Polluter-Pays Principle: Do Polluters Pay under Grandfathering?*, 4 *Review of Law and Economics* 583(2008).

〔102〕 Jos Sijm et al., *CO₂ Cost Pass Through and Windfall Profits in the Power Sector*, 6 *Climate Policy* 49-72(2006).

〔103〕 Felix Christian Matthes, *Windfall Profits of German Electricity Producers in the Second Phase of the EU Emissions Trading Scheme*, Briefing Paper for World Wide Fund for Nature Germany, 2008.

〔104〕 Jan Horst Keppler & Michel Cruciani, *Rents in the European Power Sector Due to Carbon Trading*, 38 *Energy Policy* 4280-4290(2010).

〔105〕 Ralf Martin et al., *Industry Compensation Under Relocation Risk: A Firm-Level Analysis of the EU Emissions Trading Scheme*, London School of Economics, CEP Discussion Papers, 2012.

〔106〕 Sander de Bruyn et al., *Does the Energy Intensive Industry Obtain Windfall Profits through the EU ETS?* Research Commissioned by the European Climate Foundation, Delft, 2010.

〔107〕 Jonathan Remy Nash, *Allocation and Uncertainty: Strategic Responses to Environmental Grandfathering*, 36 *Ecology Law Quarterly* 809, 811(2009).

以来便被赋予了正当性。在目前尚未实现污染物零排放的情形下,生产活动不可避免地伴随着污染排放,企业为遵守环境强命令投入了人力物力,实际上取得排放一定量污染物的隐性权益。当建立排放权机制后这一权益便被定型化,特别是提高排放权内部私有化或物权成分时更具备承认先占的空间,这符合洛克“劳动者应享有劳动附加之物”的思想,同时也是对企业前期生产经营和投资减排设施的尊重及认可。污染排放既然是经济生活不可避免的副产品,若采用全部有偿分配的模式,对企业就过于苛刻。^{〔108〕} 污染者付费原则仅要求污染者承担预防和治理费用,环境税和环境法规也不需要企业对每一笔污染排放付费。采全面有偿分配意味着企业不仅要为总量控制下的排放削减付费,还要为剩余的全部排放量付费,^{〔109〕}这显然是一种超越时代发展进程的严苛责任。

以经济学的视角,拍卖分配可以使配额价格真实反映减排的社会边际成本,因而大多数结论都以拍卖为优。但高比例拍卖模式过度强调企业的社会义务,仅凭效率层面的理由不足以提供完全的正当性。拍卖还会受市场势力(market power)的干扰,^{〔110〕}以及因大幅提高成本诱发严重的碳泄漏现象。^{〔111〕} 因此,全面无偿或有偿的方案都不足取,从美国学界和立法的最新动向来看,部分有偿部分无偿的混合模式得到了青睐。美国国家能源政策委员会(NCEP)提出1比1的免费分配与拍卖比例,第110届国会的数项提案要求在2035年实现52%的拍卖份额。加州碳排放交易体系AB 32法案同样体现了这种思想,其分配原则一方面规定排除意外收益,另一方面要求确保市场的流动性,避免不当的短期经济影响。具体分配模式将免费分配与拍卖相结合,且区别对待不同行业,工业领域主要以免费分配为主,而电力行业则提高配额拍卖比例。^{〔112〕} 正如加州空气资源委员会所阐述的那样,拍卖对于排放权的初始分配极其关键,但免费分配对保持整个体系的灵活度和可塑性而言同样重要。^{〔113〕}

空气本无价,将其凝结成权利,与之相伴的是巨额的经济利益。如何确定这些经济利益的归属,不仅需要经济学上的分析,还需要基于法价值和分配正义的思辨。现行碳排放试点省市所采用的免费分配方案与污染者付费原则相悖,会导致公共财富向私人流转。而高比例有偿模式又过度加重企业负担,课之以不合时代的严苛义务。“当我们质问某项制度是否正义时,我们是在探求这项制度分配利益与责任的方式……”^{〔114〕}政策利益分配的正当性若不能确定,排放权交易体系的正当性便值得怀疑了。因此,采何种比例的初始分配方案,是将公共资源权利化的排放权制度不可回避的问题。

〔108〕 Gilbert Metcalf, *Paying for Greenhouse Gas Reductions: What Role for Fairness?* 15 *Lewis & Clark Law Review* 393, 397(2011).

〔109〕 Daniel A. Farber, *Pollution Markets and Social Equity: Analyzing the Fairness of Cap and Trade*, 39 *Ecology Law Quarterly* 22(2012).

〔110〕 N.C. Dormady, *Market Power in Cap-and-Trade Auctions: A Monte Carlo Approach*, 62 *Energy Policy* 788 - 797(2013).

〔111〕 J. Jensen & T.N. Rasmussen, *Allocation of CO₂ Emissions Permits: A General Equilibrium Analysis of Policy Instruments*, 40 *Journal of Environmental Economics Management* 111 - 136(2000).

〔112〕 Bushnell & Chen, *supra* note [96].

〔113〕 Recommendations of the California Market Advisory Committee to the California Air Resources Board, *Recommendations for Designing a Greenhouse Gas Cap-and-Trade System for California*, June 30, 2007.

〔114〕 [英] 布莱恩·巴里:《正义诸理论》,孙晓春、曹海军译,吉林人民出版社2004年版,第452页。

四、结 语

环境问题与基于财产权的解决之道受制于特定时空、特定社会条件下的经济、制度、技术及生态状况,那些认为某一种私人财产权体制能够解决所有公地悲剧的想法只能是指雁为羹。国内对排放权交易机制的研究往往陷于对自由市场的盲目崇拜、对私有化的无条件接受和对传统政府管制手段的过度批判。经济学角度的观点将社会总成本降低作为排放权机制更为优越的理由,但往往忽略了因时空维度和制度背景所产生的执行成本,在次优的现实世界“‘成本更低’的政策体制未必成本更低”。^{〔15〕} 而即便存在效率性上的优势,对于环境政策这一包含多层次价值序列的复合系统而言,并不足以成立充分的正当性证明。“占支配地位的经济模式涉及一套固定的价值判断”,^{〔16〕}但生态及社会产品的效用却无法被经济模型涵摄于其中。就排放权交易体系而言,对私权的过度强化可能导致偏离公共目的,总量控制特征和不同分配模式也会使政策收益与负担不均衡地分布于群体之间。环境公共政策包含了广泛而深刻的生态及社会价值,这些多角度的价值目标不能从经济层面得到完整表达,资源配置就无法涵盖公共属性的每一层意旨。本文名为“质疑”,却并非对排放权交易机制的全盘否定。而是指明在进行制度设计时,不仅需要成本效益的分析,还应纳入法学理论、法学价值和公正层面的考量。综合各学科的研究优势,把握好效率与公平的制度成分,如此才能真正实现经济效用与生态、社会效益的和谐统一。

Abstract The emission trading mechanism based on Coase Theorem and Externality emphasizes the regulatory function of the market. However, the environmental policy is a complex system containing multiple and multi-level value sequences, and the social cost analysis from the economic point of view is not enough to provide full justification. As for the emission trading mechanism, the excessive reinforcement of private rights may lead to deviation from public purpose, and the total emission control characteristics as well as different distribution modes will also unbalance the income and burdens of the policy among different groups. The utilitarian features of emission trading and the inherent contradictions in its internal structure have produced a lot of adverse feedback in the process of European and American practice. The environmental policy contains extensive and profound ecological and social value, if the multi-angle value cannot get a complete expression from the economic aspect, the allocation of resources will not be able to cover all the connotations of public attributes. When designing the system, not only the cost-benefit analysis, but also the legal theory, the legal value and the justice should be taken into consideration, so that the harmony of economic, ecology and social utility can be realized.

Keywords Emission Trading, Coase Theorem, Hybrid Property Right, Utilitarianism, Polluter Pays Principle

(责任编辑:高琪)

〔15〕 Cole, *supra* note [37], at 69.

〔16〕 [英] 迈克尔·S. 诺斯科特:《气候伦理》,左高山、唐艳枚、龙运杰译,社会科学文献出版社2010年版,第204页。