

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

任洪涛

(海南大学法学院 海南海口 570228)

内容提要:我国自提出碳达峰、碳中和的目标以来,如何构建全国统一的碳排放权交易市场已成为自上而下的关注焦点。目前立法、学界、实务部门对碳排放权法律属性的认知仍然是一团“迷思”,这已经成为创设碳排放权交易制度面临的首要问题。现有的公私法学说已然很难完美的解释、说服和指导碳排放权交易的实践。碳排放权在市场交易过程中本质上是一种数据交易,宜将碳排放权的法律属性界定为“数据产权”。为尽快构建全国统一的碳排放权交易市场,严格而常态化的监管制度是规范和保障碳排放权交易市场良好运行的现实路径。

关键词:碳排放权 法律属性 数据产权 法律监管

DOI:10.16092/j.cnki.1001-618x.2022.06.005

自我国政府提出“双碳目标”以来,碳排放权法律属性不明已成为制约碳排放权交易市场发展的重要因素。由于碳排放权向上关系到我国在国际社会作出减排目标的兑现,中间则作为碳排放权交易市场机制的唯一标

的,后端还与财务、税收、司法等领域紧密相联。因此,碳排放权的法律属性若长期“悬而未决”,最终会阻碍“双碳目标”的顺利实现。幸而《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)的起草者们有前瞻性的眼光,虽

作者简介:任洪涛(1984—),男,蒙古族,陕西韩城人,海南大学法学院副教授、博士研究生导师,海南大学生态文明法治研究中心秘书长。

本文为2018年度国家社科基金青年项目“生态修复性司法模式及其实践路径研究”(项目编号:18CFX072)的阶段性研究成果。2018年度海南省哲学社会科学规划课题“海南自贸区(港)建设中的生态修复法律责任问题研究”(项目编号:HNSK(QN)18-13)的阶段性成果。

然该法典仍未直接规定碳排放权,但对目前的部分条款进行审视,通过基本的法理可以推断出碳排放权具有较强的私权属性,同时发现该法典已为碳排放权作为一种新型权利预留了足够的法律空间。为此,以《民法典》相关条款为视角对碳排放权法律属性进行注解,不失为一种新颖的研究路径。

一、我国碳排放权公私法律属性的争论与再认识

碳排放权的法律属性是碳排放权交易制度中的基础性法律问题。国内学术界以公法、私法为两大阵营,对碳排放权法律属性的争论从未停歇。虽然各方观点见仁见智,但实践中已呈现出逐渐从以公权属性为主向以私权属性为主进行过渡的趋势。这也说明了私法在碳排放权交易制度中起到了不可替代的作用。

(一) 碳排放权法律属性的公法检视

以公法为视角对碳排放权法律属性进行研究的学者,主要持有行政规制权说和发展权说两种观点。第一,行政规制权说认为,由于大气环境资源自古以来一直被认为难以进行所有权归属的有效分割,故从未被划归为私人所有权的调整范围,也无法作为私人财产的客体。^①政府只能针对大气环境容量排放的行为实施相应的管理权,且通常表现为行政许可的方式。从实践中有关配额管理的规定来看,碳排放权的行政法色彩远远大于民法的色彩。行政规制权说的优势在于:一方面虽然大气环境治理具有一定程度的不确定性,但是政府从管理的角度来说具有很大的灵活性足以应对这种不利的局面,且为行政机关执法提供了充分的法律依据。另一方

面,由于碳排放权可以作为一种资产进行交易,对企业来说存在“唯利是图”的可能,该种学说可以很大程度的规避出现公共资源私有化的倾向,更加注重对公共利益的保护,还能进一步推动能源技术的革新。第二,发展权说认为,大气环境容量是一种法律事实,碳排放权实质上是对大气环境容量的使用。从人类发展的角度来看,大气环境容量也是地球可以容纳全球人口生存和发展所需的温室气体的总量。在现有的科学技术条件下,人类完全不排放温室气体几乎不可能,但完全放任人类肆意排放,最终会导致大气环境容量缩减而不断频发气候灾难事件。为此,2015年12月12日,近200个缔约方在巴黎气候变化大会上通过了影响全球未来气候变化的新协定。缔约各方一致同意将努力尽快实现温室气体排放达峰,21世纪下半叶实现温室气体净零排放的目标。可以说,各国国内的碳排放权实质上是对巴黎协定创设的减排目标所形成的全球碳排放空间的再次分配。

虽然碳排放权的公法属性深刻地揭示了碳排放权的归属和定性,但也存在着一些不足。一方面,行政规制权说与基本的法理及法律规定存在着根本上的矛盾。虽然碳排放权呈现的公法属性可以实现行政管理的灵活性,也可以避免公共资源陷入私有化的问题,但并不意味着政府管理碳排放权时可以任意打破公共利益和私人利益的边界,行政行为必须在法律规定的限度内行使相应的权利。如行政许可应当是一种基于行政相对人申请的行政行为,行政机关在依法审查行政相对人从事特定活动的资格后,准予申请人从事特定活动的行为。若从行政许可的法理、规

^① Gerald Torres, “Who Owns the Sky?” ,Pace Envtl. L. Rec. ,19(2001) 522.

范上来看,首先,行政许可是一种依申请的行政行为,而碳排放权的初始取得并非依申请,而是重点排放单位作为被管控企业而天然获得的碳配额。即使重点排放企业初始配额不够使用时,其碳排放权也是通过在二级市场交易转让取得。其次,行政许可往往是需要缴纳一定的费用才可以从事特定的活动,而碳排放配额基本是一个免费可排放的额度^②,并不需要缴纳费用,即便二级市场交易转让的碳排放权的费用也不是行政许可费用,这两项费用的性质明显相悖。另外,法律、法规未明确规定的情形下,行政许可是不可以转让的^③,然而现行碳排放权交易转让的法律依据却是国务院规章和地方省、市政府制定的规章,这与《行政许可法》的相关规定也不一致。虽然碳排放权的行政许可否定了其具有财产权的属性,但是碳排放权交易的二级市场每天却“活生生”的上演着碳排放权交易转让的活动。碳排放权的公法属性一定程度上限制了我国着力推进构建全国统一的碳排放权交易市场的制度。

另一方面,公法属性学说中的发展权观点存在着天然的弊端。首先,发展权直观表现为对环境容量的利用,权利内容过于抽象,实践中缺乏可操作性,简单将碳排放权等同于发展权不一定妥当。若将碳排放权作为发展权衍生的权利,到底是一种实体性权利还是权利主体参与环境事务管理的一项程序性权利?面临着诸多尚未解决的难题。况且发展权是权利主体为生存发展享有利用适宜、

良好环境资源的权利,而非因碳排放导致污染破坏生态环境的权利,两者在内涵和外延上有一定的冲突。其次,碳排放权与发展权在行权方式及目的上有很大的不同。如发展权的行权方式大多借助的是救济权,具有消极性、被动性的特点,而碳排放权的行权则以积极主动为特点。控排企业积极的减排行为,本质上并非处于环保的“良知”,而是源于其减排成本低于排放成本,可从多余的减排中获利^④。另外,由于大气环境容量的不确定性、大气环境损害结果的延期性等,碳排放造成气候变化后果法律责任在“因果”上呈现出不对应的关系。虽然环境容量利用权体现了对大气环境资源空间占用的道义要求,但是将该观点放在实际运行过程中的效果却大打折扣。

(二) 碳排放权法律属性的私法检视

以私法为视角对碳排放权法律属性进行研究的学者,主要持有用益物权说和准物权说两种观点。认为碳排放权具有物权的法律属性主要在于,一方面是大气环境容量随着经济社会的发展越来越稀缺,已经不再是纯粹的公共物品,合理利用大气环境容量是应对气候变化的必然选择,有必要通过法律手段进行规制,而物权化是实现资源最优化配置的有效路径。另一方面是借助一定的科学技术手段,大气环境容量已经呈现出可感知性、可确定性、可支配性的特点,实践中将大气环境容量作为客体进行分配具有现实的条件和基础。

^② 参见《碳排放权交易管理办法(试行)》第15条“碳排放配额分配以免费分配为主,可以根据国家有关要求适时引入有偿分配。”

^③ 参见《行政许可法》第9条“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。”

^④ 王燕、张磊《碳排放交易法律保障机制的本土化研究》,法律出版社2016年版,第15页。

第一,用益物权说认为,碳排放权的客体是温室气体,虽然不是典型的有体物,但是具备了“物”的使用和收益的特征,因此可以将碳排放权纳入用益物权的范畴,而且用益物权属性可以强化碳排放权后天生成的财产属性,也更有利于碳排放权交易市场的构建与完善。虽然行使碳排放权一定程度上会受到政府的干预和控制,但这并不影响其用益物权的本质属性,这仅是实践发展的必然要求和结果,不能因此改变其私法的性质。第二,虽然准物权与传统物权存在诸多相似之处,但准物权学说却认为二者并不等同。随着社会的发展变迁,一些不完全符合物权性质但是仍然适用物权理论的权利被称为准物权。准物权是对一组动态变化、性质有别的权利的统称,^⑤其外延随着时代发展而不断扩张。但是碳排放权是类似于水权、矿业权、渔业权和狩猎权等以实现对自然资源使用和收益的权利,往往是以行政许可为前提,其行使很难脱离公法的限制。还有,碳排放权为实现在二级市场的合法交易就必须建立在以政府核定的大气环境容量总量的前提下才行。

虽然碳排放权具有物权属性得到了大多数数学者的支持和肯定,但也不乏与物权基础理论有着一定的冲突,亟待通过以后的立法修订进行解决。首先,物权是指权利人依法对特定的物享有直接支配和排他的权利,由此碳排放权应当是自然人、法人可以直接支配和排他使用的权利,但大气的自然属性又决定了其很难被某个特定权利主体所独自占有、控制和支配,因此碳排放权实际上是政府有关部门对碳排放额度分配所形成的一种权

利,很难认定为一种独立排他性私权。其次,碳排放权与物权保护原则也存在着根本上的矛盾。因为国家只有在紧急情况下才有权对公民的财产进行征收、征用,而在现行的碳排放权交易制度下,政府对碳排放配额的分配与清缴有着绝对的主导权,若把碳排放权认定为一种物权类型,政府对碳排放交易的干预则会受到很大的限制,或者在干预过程中缺乏最直接的法律依据。虽然碳排放权日益物权化也成为学界的主流观点之一,但是碳排放权到底属于物权的哪一种类型则仍没有定论。实际上,碳排放权及其交易理论是建立在英美法系的理论之上,是与英美法系领域中的财产权概念相通。然而现在将碳排放权移植到大陆法系特色明显的我国,其背后的理论衔接和逻辑体系是否能够完全自治是一个不得不面对的现实。另外,因为碳排放权的物权化本质上是将其作为一种财产来对待。碳排放权的财产化会导致公共资源变成私人商品,并且企业污染的行为一定程度上将被认定为所谓的“权利”,而不是过错,这最终会因碳排放权分配而导致公平正义问题不断涌现。

二、《民法典》相关条款对碳排放权私权属性的梳理与证成

我国《民法典》最大的亮点是将“绿色原则”^⑥确立为我国民事活动的基本原则,彰显了鲜明的中国特色、实践特色和时代特色。如何全面准确适用《民法典》的绿色原则、相关条款,并准确梳理碳排放领域出现的新业态、新权属、新问题,以及尽快健全涉碳排放

^⑤ 崔建远《准物权研究》,法律出版社2003年版,第20页。

^⑥ 《中华人民共和国民法典》第9条规定“民事主体从事民事活动,应当有利于节约资源、保护生态环境。”

权交易纠纷的裁判规则,将是学者和实务部门亟待解决的新课题。

(一)《民法典》对碳排放权私权属性界定的影响

1.《民法典》“绿色原则”的指引。2021年1月1日起施行的《民法典》对碳排放权最直接的影响是对其法律属性的定性,特别是第9条“绿色原则”贯穿于整个民事活动过程中,也将对碳排放权的保护及其交易机制起到指导作用。绿色原则不但拓宽了民法的调整范围,还将绿色发展理念融入到了制度层面,实现了《民法典》总则编、物权编、合同编和侵权责任编等相关法律制度的有机结合和全面覆盖,这为进一步完善碳排放权的立法奠定了理论支撑和实践空间。

第一,在民事主体从事民事活动方面,《民法典》第9条明确了绿色原则的调整范围和效力属性。凡是具有独立从事民事活动资格的自然人、法人和非法人组织,在从事包括排放污染、消耗资源、影响生态等有环境影响和意义的活动时,绿色原则对其法律行为均有要求,并产生影响行为的民法效果。第二,在通常情况下,绿色原则的要求是强制性的,若违反相关要求则将给行为人带来不利的法律后果。绿色原则本身并未明确不利后果的具体情形,但根据法理可推断出导致法律行为无效或不生效,甚至构成侵权或妨害等法律责任。第三,由于节约资源、保护生态环境的效果受到很多复杂因素的影响,因此不宜作为强制性规范,所以绿色原则就是要求主

体的民事行为要尽可能地对环境产生较轻的损害程度,尽量做到“无害”。另外,绿色原则还将节约资源、保护生态融入进物权规则,如在物的利用方面,《民法典》第326规定,用益物权人行使权利应当遵守合理开发利用资源、保护生态环境的规定等。

绿色原则条款实质上就是要求行为主体应当合理、高效地利用自然资源,预防、减少和治理污染,保护和改善生态环境。人类工业文明发展至今,人类过度破坏和透支的问题一直没有得到有效解决。在人类过度排放温室气体与气候变化的因果关系越来越确定的情形下,尽快加强大气环境资源的规范管理,对全球温室气体进行总量控制,具有现实的紧迫性。为应对气候变化的现实需要,用“绿色原则”理念引导排放主体进行减排活动,若通过该行动排放主体还能够获得一定的收益,那么则更能激发减排活动。总之,绿色原则为碳排放权法律属性的确定提供了原则指引和制度铺垫。

2.《民法典》分编规定的相关表述。虽然《民法典》对碳排放权法律属性的界定上没有明确的规定,但不能否定的是,该民法典已经明确了探矿权、采矿权、海域使用权、取水权、捕捞权等权利的用益物权属性。且第323条^⑦已将动产纳入到用益物权的客体范围,并且还巧妙的预留了可以通过特别法的方式来设立动产用益物权的新类型。^⑧所以,碳排放权可以被看作是建立在国家环境资源所有权之上的定限物权。^⑨大气环境容量作为一种

^⑦ 《中华人民共和国民法典》第323条“用益物权人对他人所有的不动产或者动产,依法享有占有、使用和收益的权利”。

^⑧ 最高人民法院民法典贯彻实施领导小组主编《中华人民共和国民法典物权编理解与适用》(下),人民法院出版社2020年版,第599-600页。

^⑨ 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》,载《政治与法律》2022年第2期。

制度化的“物”,可以为权利主体占有、使用和收益。根据第326条、第327条规定^⑩,国家虽然作为大气环境资源所有权人,但在碳排放权人的配额和权利范围内,不得干涉用益物权人,同时还要保护和补偿权利人的利益。大气环境治理过程中尤其要注意对“多元”和“极限”的把握,在经济新常态下,建立市场化、多元化生态补偿机制显得尤其必要。^⑪

碳排放权具有私权的法律属性是较为科学的。第一,从碳排放权的主体方面看,企业作为碳排放权的权利主体,在碳排放权交易市场上是至关重要的参与者,越来越多的企业正在加速进入碳中和赛道,最根本的目的还是为了“追本逐利”。只不过企业是通过权利交易的方式来解决因生产带来的负外部性问题,在权利交易的过程中,市场会选择最优配置,从而降低成本,最终实现成本效益的最大化。第二,从碳排放权的客体方面看,碳排放权建立在以大气环境容量为客体的基础上具有先天优势,因为大气环境容量已经具有确定性、有用性和可支配性的特点,故有成为法律上的“物”的条件,同时也能充分体现碳排放权的权利价值。第三,从碳排放权的权利内容上看,碳排放权是受到一定公权力限制的私权,如虽然权利主体享有转让、设置权利质押、注销等权利,但是在行使碳排放权时也必须接受和配合管理部门的相关规定。虽然《民法典》在碳排放权的问题上存在较大的

立法空白,不过依靠解释论的方式能解决部分的实际问题,但是一味依靠解释论来推断碳排放权的法律属性并不是最优路径,仍需要以立法论方式填补立法空白。

(二)《民法典》关于碳排放权规定预留的法律空间介评

碳排放权最初源于经济学的产权概念,产权确认是我国碳排放权交易市场良性健康发展的重要任务,为此,首先需要明确碳排放权所固有的、本质的法律属性。虽然《民法典》还未对碳排放权及其交易作出具体的制度安排,但用解释论的方式将碳排放权纳入民法范畴也亦非不可。如从第126条^⑫可推断出,即使没有明确的法律规定,碳排放权权利主体仍然享有合法的民事权利和利益。因此,借助《民法典》所预留的法律空间,未尝不是明确碳排放权私法属性的一条新路径。

然而,目前仍然有部分学者否定碳排放权私法属性,最重要的原因是认为存在法理逻辑上的漏洞和矛盾。按照物权的逻辑体系,无论碳排放权被看作用益物权还是准物权,都是一种物权,因此,应该是先有自物权,自物权产生他物权,无母权则无他物权。因此,碳排放权的母权应该是大气环境容量所有权。但是对大气环境容量所有权是否存在?又归属于谁?这一问题的回答关系和影响碳排放权作为用益物权或准物权在以所有权理论为核心的物权体系中能否成立。根

^⑩ 《中华人民共和国民法典》第326条“用益物权人行使权利,应当遵守法律有关保护和合理开发利用资源、保护生态环境的规定。所有权人不得干涉用益物权人行使权利。”第327条“因不动产或者动产被征收、征用致使使用益物权消灭或者影响用益物权行使的,用益物权人有权依据本法第243条、第245条的规定获得相应补偿。”

^⑪ 陈向阳《碳排放权交易和碳税的作用机制、比较与制度选择》,载《福建论坛(人文社会科学版)》2022年第1期。

^⑫ 《中华人民共和国民法典》第126条“民事主体享有法律规定的其他民事权利和利益。”

据我国《宪法》第9条和《民法典》第250条^⑬规定,我国自然资源的所有权除法律规定归集体所有以外,其他都属于国家所有。因此,大气环境容量作为碳排放权的母权,其所有权也应当归国家所有。不过,由于大气环境容量具有全球一体性、无形性、流动性等特点,难以实质性的划定出所有权,其排他性和支配权在现实中也无法实现,便造成碳排放权母权缺失的法理漏洞。我国目前也并没有对此进行事实性的立法。

不过,通过拓展物权体系的方式来解决因当下经济发展变革过快造成制度滞后的问题,也符合社会制度演进的正当逻辑。虽然也有学者坚持认为物权体系的无限扩张,会使得物权成为名副其实的“口袋权”,从而对传统的权利体系造成较大冲击和破坏。^⑭但自罗马法以来,物权类型并非一成不变,反而是随着社会经济发展的变化而拓展演变的。还有学者以《民法典》第116条^⑮规定为由,认为法律才可以规定物权的种类和内容,坚持认为物权法定原则应当遵守,碳排放权也概莫能外。为了保障民事活动的交易安全,遵守并坚持物权法定原则固然没错,但若一概忽视民事交易在有公示的情形下,仍不允许以习惯形成新的物权的方式可能不是最优之举。反之,民事交易在有公示的情形下,若允许以习惯形成新的物权不但可以填补当下法律漏洞的空白,还可以起到兼顾交易安全的作用。

碳排放权是否违反物权法定原则的分歧,实质反映的是学界多年来对物权法定原则和物权法定缓和原则的理论之争。物权法定主义是指物权的种类、内容是由法律统一确定的,当事人不能依自己的意思自由设立和变更。该原则遭到质疑和诟病最多的是原则本身所具有的僵化性。随着社会经济形态的发展与变迁,人类对财产的价值追求早已不单一的限于“所有”方面,而更多的是渴望充分发挥物的经济效用方面。实际上,《民法典》部分条款已经一定程度上肯定了物权法定缓和主义的精神,从第10条^⑯便可推出该法典已经确立了习惯在民事领域中作为补充性的法源。例如,为了缓和物权法定的僵化和市场制度创新之间的矛盾,《民法典》虽然未明确规定让与担保,但是在第388条中已经将担保合同的范围扩大到具有担保功能的合同,该条被认为是让与担保的立法渊源,这便实际上承认了让与担保作为一种新型的担保物权类型。因此,通过缓和物权法定原则,能够有效弥补由于立法者认知、立法技术局限性等因素所带来的立法缺陷的后果。

当然,物权法定缓和原则毕竟会给传统物权体系带来冲击,应当谨慎有限适用。鉴于国内关于碳排放权的制度实践已经有十多年的运行经验,且碳排放权的制度设计对大气环境资源有积极的保护意义,具有环境公共利益的属性,具备习惯法的基本适用条件。

^⑬ 《中华人民共和国宪法》第9条“矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源,都属于国家所有,即全民所有;由法律规定属于集体所有的森林和山岭、草原、荒地、滩涂除外。国家保障自然资源的合理利用,保护珍贵的动物和植物。禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏自然资源。”《中华人民共和国民法典》第250条“森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源,属于国家所有,但是法律规定属于集体所有的除外。”

^⑭ 邹雄、安启航《排污权性质的法理辨析》载《福州大学学报(哲学社会科学版)》2020年第6期。

^⑮ 《中华人民共和国民法典》第116条“物权的种类和内容,由法律规定。”

^⑯ 《中华人民共和国民法典》第10条“处理民事纠纷,应当依照法律;法律没有规定的,可以适用习惯,但是不得违背公序良俗。”

因此,碳排放权制度可以纳入“习惯法”的范畴,一方面通过加强《民法典》习惯法法律渊源的地位,来缓和物权立法在碳排放权制度中的欠缺考量;另一方面应尽快通过立法解释,将大气环境容量纳入《民法典》第324条中的“自然资源”范畴,进而完善将碳排放权明确纳入到第329条用益物权的范畴。总之,从我国社会经济的历史经验来看,碳排放权的私权属性更能激发社会的经济活力,也能促进碳排放权交易市场的良性发展。

三、碳排放权的法律属性宜定性为一种“数据产权”

中国率先提出的“双碳目标”,将对全球各国提升减排目标、强化减排行动起到了引领性作用。碳排放权交易法律制度的建立和完善是保障“双碳目标”顺利实现,也是推进碳排放权交易的法治化进程。

(一)“双碳目标”背景下碳排放权的目的性回归

科学和法律的交汇终将以立法的形式进行体现,没有法律理性的科学理性是盲目的,没有科学理性的法律理性又是空洞的。^①由于碳排放权是一种多层次的权利内容,无论将碳排放权的法律属性定性为用益物权、准物权、行政规制权或发展权中的哪一种,都难以厘清碳排放权、碳配额、碳排放指标等相关概念,更难以释明碳排放权的法律属性为何。为此,通过回归碳排放权立法初衷,借助立法的价值理性,从而提出碳排放权法律属性宜定性为“数据产权”,以此作为现有主流理论的新注解。

第一,人类社会的永续发展是“双碳目标”的立法宗旨。碳排放不仅仅关乎人类发

展,甚至也关乎着人类的生存。而包括大气在内的环境资源是人类社会一切发展所必需的生产要素,因此,合理利用大气环境资源极为重要,是人类社会发展的基础性条件之一。从现有关于碳排放权的法规来看,碳排放权交易制度的设计从配额到交易、从特许到监管均在于控制碳排放而不是禁止碳排放,这也表明碳排放权的设立初衷还是为了人类社会的发展为目的。人类永续发展的理念最早来源于1987年世界环境与发展委员会(WCED)的一份报告,该报告要求“满足全体人民的基本需要和给全体人民机会以满足他们要求较好生活的愿望”,^②该报告提出了在资源开发、技术开发和投资方向统筹协调的价值理念。人类社会永续发展将人与自然共生共存作为基本价值诉求,体现了人与自然和谐的科学科学发展观。人类社会永续发展虽落脚于“发展”,但更强调“永续”,主张在发展过程中不断追求、创造并实现价值。

尽管不少学者通常将立法目的等同于立法宗旨,但立法目的更多展现的是工具理性的一面,而立法宗旨则展现的是价值理性的一面,两者在本质上有着根本性的差别。人类社会的永续发展从立法目的来看,最直接包含的是碳减排的目的。从碳减排和人类社会永续发展的关系上来看,碳减排是直接的、实然性的方式,而人类社会永续发展是终极的、应然性的目标。在联合国环境规划署(UNEP)发布的《2020年生产差距报告》中显示,全球为了实现“碳中和”目标,应当在2030年前每年减少不同幅度的燃料使用,其中,化石燃料需要减少6%、煤炭需要减少

^① 秦天宝《整体系统观下实现碳达峰碳中和目标的法治保障》载《法律科学》2022年第2期。

^② Cro Harlem Brundtland, et al. eds., Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future, World Commission on Environment and Development, Aug. 1987, p. 54, 57.

11%、石油需要减少4%、天然气需要减少3%。我国面临的现实是能源消费已经于2020年开始便位于世界第一,超过全球总量的1/4,CO₂排放占到全球排放量的1/3。^①而且我国向来是一个富煤贫油少气的国家,随着经济社会的高速发展伴随着对能源需求的依赖也越来越强,尤其是以煤为主的能源结构在短期内无法改变。从“碳达峰”到“碳中和”的过渡期来看,美国有43年、德国有60年、日本有37年,而中国仅有30年。^②令我们不得不面对更尴尬的现实是国内的碳排放尚未达峰,如何从“碳达峰”到“碳中和”便成为了碳减排目标最直接的任务和使命。

第二,碳排放权交易市场建设是“双碳目标”实现的制度保障。市场机制是降低碳减排成本的有效路径。碳排放权交易的制度设计早先来源于环境负外部性的经典理论。“公地悲剧”向我们揭示了“环境资源”作为一种公共物品,具有非排他性和非竞争性的特征,并且通常以免费的方式或者较低的价格向公众提供。最终的结果便是个体无限制地占有、消费环境资源,导致该环境资源走向枯竭,从而引发“公地悲剧”的后果。全球的过度碳排放引发的气候变化、全球变暖等现象便是典型的环境负外部性问题。关于如何解决环境负外部性的问题,庇古(Pigou)主张政府通过征税等手段进行解决,而科斯(Coase)则主张引入产权理论进行解决,这两者虽然路径不同,但都是基于外部效应内部化的思路提出的解决方式。征税是国家最古老的行政活动之一,也是政府通过对市场的干预

来实现“双碳目标”的有效手段,体现了行政规制的色彩。而清晰的产权界定有助于降低交易成本,提升效率;如果产权不清或者产权无法得到充分保护,就会导致资源被过度消费、破坏。^③特别是,目前在碳排放领域创设碳排放总量限度、明晰单位碳排放权的权属及其初始分配规则的体系下,一个以法律拟制为基底的交易市场便应运而生。因此,利用市场和产权界定来解决环境资源外部性的方法成为碳排放权交易的重要理论基础之一。

为确保“双碳目标”的顺利实现,虽然利用碳排放权交易市场作为资源配置的引导已成为优选方案,但首先是需要对碳排放权与碳排放配额关系的制度统筹与衔接。碳排放权和碳排放配额同样作为碳排放权交易制度的核心要素,两者的关系应从多元的视角来进行甄别。从实践角度来看,碳排放权是一种特殊的权利,碳排放配额则是碳排放权的一种载体和凭证;而从基础法律关系的角度来看,碳排放权的权利内容包括碳排放权的持有、交易、担保融资等,义务内容包括碳排放权的支付对价、核减、清缴等,因此,碳排放配额成为了碳排放权权利义务所指向的对象,即成为碳排放权的客体。另外,碳排放配额分为一次分配和二次分配,前者是指政府在总量控制的前提下依照法定程序将碳排放配额首次分配给企业;后者是指企业在政府严格管制下有限度的交易碳排放额。^④碳排放配额的一次分配应当充分考量适当性,因为这对碳排放权交易市场的形成具有决定性

^① BP, BP Statistical Review of World Energy 2021, Whitehouse Associates, 2021, pp. 10-12.

^② 陈迎、巢清尘等《碳达峰、碳中和100问》,人民日报出版社2021年版,第89-92页。

^③ See R. H. Coase, The Problem of Social Cost, The Journal of Law and Economics, 1996, p. 13.

^④ 陈真亮、项如意《碳排放配额制度的比例原则检视及优化进路——基于三个碳交易立法文本的规范分析》,载《学术交流》2022年第3期。

的作用,也关系到二次分配与交易的开展与实施。由于碳排放权不能为法律规定的现有权利所囊括,且在权利体系中也不存在碳排放权的上位概念,为便于理解和解构该权利,可将碳排放权的法律属性重新进行考量和界定。

(二) 碳排放权定性为“数据产权”属性的理由

自《京都议定书》提出采取以市场机制进行温室气体减排以来,各缔约国都在积极努力推行碳排放权交易制度。但管理者对现有碳排放权法律属性的理解还停留在公私法两个方面,这在一定程度上抵消了碳排放权市场交易的制度优势。因此,需要对碳排放权的法律属性重新进行解读。

第一,碳排放权交易市场分为碳配额分配的一级市场和碳配额交易的二级市场,而碳排放权在这两个市场的内涵和外延有所不同。在一级市场法律关系中,政府免费将大气环境容量合理的分配给控排企业,此时的碳排放配额是一种行政许可性质,碳排放权显然不具有私法的属性。但是,进入二级市场法律关系中,数据则成为碳排放权法律表达的唯一载体,在控排企业进行清缴、交易过程中被赋予了财产权的属性。^③因此,我国立法需要立即纠正以往的做法,即碳排放权应只适用于二级市场领域,至少不能再使用“碳排放权”的概念来指代一级市场法律关系中具有行政许可性质的“碳排放配额”。因为按照我国的法律体系理论,市场可交易的权利一定是具有私法性质的,而长期将具有私法性质的权利在两个市场之间混淆使用的做法,必将引发诸多的法律纠纷和问题,还会给碳排放权交易市场的运行带来很大程度的

困扰。

第二,碳排放权是具有商品属性的新型标的资产。在一级市场法律关系中,管理部门会根据国家温室气体排放控制的要求,结合考虑经济增长、产业结构调整、能源结构优化、大气污染物排放协同控制等因素,分配给控排企业具体的碳排放份额。若控排企业的排放需求大于初始分配的份额,则需要在二级市场向其他主体购买相应的碳排放权,以完成管理部门下达的减排量的目标。此时,碳排放权具有类似于股权、期权等权利的资产属性,在市场交易过程中转化为相应的货币价值。但是碳排放权与其他权利不同的是,其从创设初衷到运行实践,自始至终都承载着保护和改善环境的目的,并非单纯的以利益增值的目的在市场流通和变现。因此,碳排放权在二级市场的交易过程中,实质上仍然是将环境公共产品的“负外部性”成本进行“内部化”的过程。这也说明了它具有作为新型标的资产的潜力和条件。

第三,碳排放配额在碳排放交易市场具有拟制性,应当定性为一种数据。我国“双碳目标”在每个阶段的任务和重心有所不同,这意味着碳排放配额的总量也是处于不断变化之中的。简言之,碳排放的配额是我国根据目前的大气环境现状及“双碳目标”所拟定出来的计量标准。从客体形式上看,碳排放配额虽然不是一种有形物,但无论是在一级市场还是二级市场,都体现为在登记系统账户中所登记或流通的数据,成为了一种交易商品。从实质要件上看,权利主体交易的本质上就是一种数据,即经过核证后的减排量数据,而并非是含有碳元素的大气环境容量本

^③ 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》,载《河海大学学报(哲学社会科学版)》2022年第3期。

身。碳排放配额的初始分配关系到控排企业真正落实减排行动的主动性和积极性,还直接影响碳排放权交易市场的构建,以及碳排放制度体系的有效运转。目前,关于碳排放配额初始分配的方式主要包括无偿分配和有偿分配两种,虽然两种方式各有优劣,但从《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(草案修改稿)》的相关规定来看,我国未来将逐步转变为以碳排放配额有偿分配为主的方式。这也恰好说明碳排放配额本身是一个为了方便管理和交易虚拟出来的概念,这个拟制的概念可以作为碳排放权持有和交易的对象,还能够为权利人带来不同的经济价值,唯有将碳排放配额定性为数据才不会面临法理的阻却和法律的冲突。

第四,碳排放权作为“数据产权”的属性已经得到了相关立法的肯定和回应。我国现行部分法律规范中已经引入了“数据”的概念,^④如正在实施的部门规范性文件^⑤就明确规定了碳排放权享有数据登记、交易、清缴和冻结等功能。虽然目前《民法典》第127条^⑥对数据的保护尚未明确具体内容,但也已经作出了依法保护的立法态度,这将为法律进一步认定数据资产具有物权性迈出了伟大的一步。2020年4月9日,自中共中央、国务院《关于构建更加完善的要素市场化配置体制机制的意见》发布,该文件首次明确将数据要素提升为与土地、劳动力、资本、技术等并列的生产要素。该文件还提出“研究根据数据性质完善产权性质”,这是国家首次以中央文件的形式将数据上升到产权的高度,^⑦可见数

据已经成为国家层面关注的重心,同时有关数据确权、数据定价等话题也成为社会广泛关注和讨论的焦点。简言之,碳排放权实际上就是权利主体在碳排放权交易市场中,以合法原因对碳排放交易数据进行占有、转让、注销、核证等的产权行为。将碳排放权作为一种特殊的“数据产权”,更符合碳排放权在数据交易过程中的形式要求,进而通过法定的交易平台对碳排放权进行确权,确保了碳排放权交易市场的规范化,借助市场化机制推动我国“双碳”目标的实现。

四、关于碳排放权数据产权属性的规制路径分析

(一) 推进碳排放权交易监管的高位立法

目前,我国碳排放权交易的立法主要是以国务院、发改委及其相关职能部门出台为主的政策性立法。纵观碳排放权交易制度发达的国家和地区,完备且高阶的立法体系才是保障该制度成功的关键因素。为此,建议我国制定专门立法,并通过立法的形式将碳排放权的法律属性进行明确,同时制定配套的实施细则,以保障碳排放权交易制度尽快走上法治化轨道。

第一,在法律层面,建议全国人大常委会待时机成熟时制定一部调整碳排放权交易的专项法规。碳排放权交易专项法律的长期缺位导致我国碳排放权交易市场发展缓慢,特别是缺乏对碳排放权交易过程中全方位、专项性的指导与规范。全国统一碳排放权交易市场的构建和运行需要立法先行,并且应当确立排放交易标的的法律性质,明确交易主

^④ 我国《合同法》《电子签名法》使用了“数据电文”的概念,《行政诉讼法》中使用了“电子数据”的概念。

^⑤ 参见《碳排放权登记管理规则(试行)》《碳排放权结算管理规则(试行)》。

^⑥ 《中华人民共和国民法典》第127条“法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的,依照其规定。”

^⑦ 赵磊《数据产权类型化的法律意义》,载《中国政法大学学报》2021年第3期,第72页。

体的权利、义务和法律责任,落实监管者的监管权限。碳排放权交易立法有着现实的必要性、紧迫性和可行性。这为构建碳排放权交易市场制度提供了法律依据,也为碳排放权交易市场的有效运转保驾护航。

第二,在行政法规层面,尽快颁布《碳排放权交易条例》。碳排放权交易的专项立法作为碳排放权交易法律规范的总纲,不可能对每一个方面都详细的进行细化规定,为此通过行政法规的立法形式,将碳排放权交易中的某些重要事项进行细化规定,以便实践中具有更强的可操作性。为此,《碳排放权交易条例》的内容更多地应侧重于监管主体、碳排放监测、报告和核证制度、碳排放交易中的权利运行规则等规定。

第三,在部门规章层面,制定配套的实施规范或细则。特别是对碳排放交易机构的监管、企业碳排放信息报告与核查的监管,甚至国家碳排放市场调控等方面进行立法规范也是必不可少的。因为我国目前碳排放权交易的立法向来多注重程序规制,而对相关的实体性规定还比较欠缺,造成了相关法律的可操作性和适用性的不足。为此,及时出台配套的实施规范或细则才是解决问题的关键。

(二) 确立碳排放权交易监管的基本原则

第一,合法性原则。碳排放权交易的监管应当在现行法律框架下运行。政府及其监管部门首要确保权力来源必须正当化,在行使权力时要严格遵守实体法和程序法的规定和要求。简言之,监管部门应清晰界定碳排放的产权归属,对碳排放权的交易行为进行合法、有效的监督。监管部门还应当依据法律规范来制定一系列的规则与标准,在排放

配额的总量控制与分配、交易主体的选择、排放数据的报告与公开、督促企业履约、处罚违规企业等方面进行合法的监管。^{②③}

第二,顺应市场规律原则。碳排放权交易的重要特点是利用市场机制来引导社会主体进行减排。虽然碳排放权交易是控制温室气体排放的一种行政手段,但本质上仍然具有市场经济的特殊属性。顺应市场规律要求政府及其监管部门首要确保市场机制能够充分发挥,并通过市场主体的供求关系与公平竞争来确定排放配额的价格。这可以在很大程度上降低社会主体减排的成本。除非碳排放权交易的市场价格严重过低或过高,或者交易过程有违相关规则,否则监管部门不应该主动进行干预。因此,需要在进行碳排放权交易立法时充分考虑市场因素,通过贯彻市场规律的理念,以实现碳排放权交易市场的良性发展。

第三,风险管理原则。碳排放权交易的监管主要是为了防范碳排放权交易过程中的市场风险,以保护公众利益和维护市场秩序、公平竞争。虽然目前国内外对碳排放权交易风险的定义、种类等还没有形成通说与共识,但从已有研究成果来看,碳排放权交易风险大致分为政治风险、经济风险、法律风险、操作风险、市场风险、信用风险等。^④鉴于本文是在法学视域角度下进行探讨,故在此只对法律风险进行阐述。碳交易领域内的法律风险本质上是由于碳排放权交易法律框架或政策不完善所导致,存在于碳排放权交易体系的各个环节。因此,构建碳排放权交易的监管体系时应当考虑现实的法律风险,在国家

^{②③} 石小叶《碳排放权法律规制研究》,北京邮电大学出版社2017年版,第110页。

^④ 张墨、王军锋《区域碳排放权交易的风险辨识与监管机制——以京津冀为协调视角》,载《南开学报(哲学社会科学版)》2017年第6期。

或地方暂未出台相关的监管法规或法规不健全的情况下,如何借助监管机制以解决相应的法律风险,将是碳排放权交易监管的重要任务之一。

(三) 规范碳排放权交易监管制度

第一,碳排放权交易监管的主体。碳排放权交易监管主体分为政府性的监管主体和社会性的监管主体,二者的监管作用不同,具体类型也不同。其中政府性的监管又分为监督主管部门和职能部门两类,前者是负责统一和全面指导、协调工作的监督部门,后者是在各自职能范围内配合监督主管部门做好监督管理工作的业务职能部门。目前,发改委是我国碳排放权交易的主管机关,政府的财政、价格、金融等部门则是业务职能部门。社会性的监管主体具体是指碳排放权交易所、核证机构等第三方监管主体。由于政府监管的权力受制于法律规定较多,且行政机关行使监督权力应遵循“法有明文规定不得违,法无明文规定不得为”的原则^⑩,政府部门在监管方面显得束缚较多。为此,我国在碳排放权交易市场完善的过程中,尤其应注重培养社会监管的力量。

第二,碳排放权交易监管的职权。首先,市场准入的监管权。碳排放涉及市场准入的制度安排,如参与交易的碳排放企业须向监管机构提供相关的材料、资料,包括碳排放量达到参与交易的最低要求,能够进行监测、核证等证明材料,都是在监管机构核实许可后,才有资格进入到碳排放权交易市场。其次,信息披露监管权。监管机构对碳排放权交易参与方是否遵守信息披露规定进行管理,有助于防范不正当的市场行为。^⑪碳排放权交易主体须规范的披露相关信息,如企业的碳

排放信息、企业的关联信息、突发事件信息、碳排放权交易的监测信息等。再次,调查取证权。监管机构通过相关的调查取证,能够认定碳排放权交易市场中的内幕交易、操纵市场、欺诈客户等违规行为。最后,处罚权。监管机构调查核实市场的违规行为,最终需要通过惩戒的方式让违规主体承担相应的法律责任。为此,监管机构的处罚权包括行政处罚款的决定权、许可证照的吊销权、市场进入的决定权等。

第三,碳排放权交易监管的对象。首先,交易主体及其行为。目前,关于碳排放权交易监管规制的对象主要是纳入到国家配额管理中的控排主体,如一些重点排放单位。当然自愿加入到减排中的单位、投资者、环保团体等也可以成为碳排放权交易监管的对象。针对碳排放权交易主体之间买卖碳排放配额的相关行为,如签订的碳排放权买卖合同,碳排放权的流转登记等行为也可以视为这里的监管对象。其次,碳排放权交易所及其行为。碳排放权交易所是第三方公共交易服务平台,为企业进行碳排放权交易提供规范的、具有信用保证的服务机构。为此,碳排放权交易所本身及其行为必须受到监管。最后,核查机构及其行为。碳核查机构是受政府委托,拥有专业技术,对企业减排情况进行检查的第三方独立机构。碳核查机构的核查工作以及形成的核查报告是主管机关确定下一年度配额总量的重要依据。因此,碳核查机构的核查行为是否合法、合规事关碳排放权分配的公平,也应当纳入到相应的监管中。

第四,碳排放权交易监管的内容。首先,碳监测制度。碳监测制度是确保我国实现碳

^⑩ 胡建森《论公法原则》,浙江大学出版社2005年版,第199-200页。

^⑪ 夏梓耀《碳排放权研究》,中国法制出版社2016年版,第218页。

中和目标实现的必要手段。任何一个碳排放交易市场都需要一个公平、公正、透明的碳监测制度。碳排放权交易市场的有效性、完整性、市场信誉和可信度很大程度上都建立在一个强大、可靠、可信的监测制度的基础上。其次,碳排放权交易价格。碳排放权交易价格主要是由社会平均减排成本所决定的,若碳排放权交易价格时常大起大落,则无法形成一个稳定的碳排放权交易的价格体系,不会对碳排放权交易起到一个价格预期的作用,最终会阻碍碳排放权交易市场的健康发展。不过,政府监管价格应当有所审慎,特别要避免“手伸得过长”,造成对交易主体相关权利的侵害。最后,碳排放交易登记结算制度。记录与登记碳配额的交易注册登记与结算系统是负责碳排放权配额的生成和存放、

完成碳排放权配额的流转、对配额账户进行管理等的平台。建设和维护碳排放交易登记结算系统对碳排放权交易市场的完善具有基础性的价值和意义。

五、结语

我国作为全球的碳排放大国之一,同时也承担着越来越重的减排义务。鉴于我国特有的体制特征、法律体系、产业结构以及当前所处的工业化进程,决定了碳排放权交易市场顺利运行的前提基础是对碳排放权法律属性的准确定位。相信在学界与实务界共同的努力下,将碳排放权的法律属性界定为数据产权,可以克服传统公私法等学说的历史局限性,同时也更符合新时代下碳排放权交易的实际需要,最终会建立起符合国情的碳排放权交易市场制度。

Theoretical Proof and Normative Approach of Data Property Right Attribute of Carbon Emission Right under the Implementation of “Civil Code”

Ren Hongtao

Abstract: Since China proposed the goal of carbon peaking and carbon neutralization, how to build a unified national carbon emission trading market has become a top-down focus. However, at present, the cognition of legislation, academia and practical departments on the legal attribute of carbon emission rights is still a “myth”, which has become the primary problem faced by the creation of carbon emission trading system. The current theories of public and private law are difficult to explain, persuade and guide the practice of carbon emission trading. The article believes that carbon emission rights are essentially a kind of data in the process of market transactions. Therefore, the legal attribute of carbon emission rights should be defined as “data property rights”. In order to establish a unified national carbon emission trading market as soon as possible, a strict and regular regulatory system is the realistic way to standardize and guarantee the sound operation of the carbon emission trading market.

Keywords: carbon emission right; legal attribute; data property right; legal supervision

(责任编辑:刘宇琼)