

排污权私法取得机制研究

邓海峰*

习惯上学界认为法律权利是规定或隐含在法律规范中，实现于法律关系中的主体以相对自由的作为或不作为的方式获得利益的一种手段¹⁾。申言之，权利是一种法律允许的自由，尽管这种自由附加有一定的限制，但它却得到了法律的充分尊重。每一个真正的权利就是一种自由，在内容上它表现为权利主体的意志自由和行动自由，在范围上它等量于义务主体的“不自由”，在效力上它体现在法律对一切义务主体自由的强制和干涉²⁾。权利的功能和其所具有的强制色彩向我们昭示出这样一条原理，那就是明确的权利来源和清晰的权利界限是构建任何法律权利的基础和原点。因为它不仅关系到权利主体的行为模式，更涉及到义务主体的行动安全。以物权性法律权利面世的排污权，在性质上具有绝对权的属性，这使其义务主体具有了不特定性。为此，要维护权利归属秩序的稳定并顾及交易安全的需要，对排污权制度层面的设计应首先以明确权利来源和明晰权利界限为最要，而这高度浓缩在了对排污权取得制度的创设之中。

一、对传统排污许可授受模式的质疑

由于中国至今尚未确立排污权，因此政府对社会生活中的排污行为主要是借助发放排污许可证的模式来进行调整的，也就是说，在中国代行排污权设定与取得职

* 法学博士，现为清华大学法学院讲师，清华大学环境资源与能源法研究中心秘书长

1) 张文显：《法哲学范畴研究》（修订版），北京，中国政法大学出版社2001年版，第309页。

2) 公丕祥主编：《法理学》，上海，复旦大学出版社2002年版，第196—197页。

能的是排污许可证制度，即学者通常所称的排污权的初始分配。按照国家环保总局的界定，排污权的初始分配是指环境保护部门在当地污染物排放总量控制的前提下，根据各污染源排放状况及经济、技术的可行性等，经排污单位的申请，核准污染单位和污染物允许排放量，对不超出污染总量控制指标的单位，颁发《排污许可证》，对超出污染总量控制指标的单位，颁发《临时排污许可证》，并限期治理，排污者必须在颁发许可证后才能进行排污活动的总称³⁾。由这一定义我们可以看出排污权的初始分配具有如下几项特征：首先，此种初始分配是一种行政权主导的分配模式，在本质上属于行政许可的范畴，即在法律一般禁止的情况下，行政主体根据行政相对人的申请，通过颁发许可证或执照等形式依法赋予特定的行政相对人从事某种活动或实施某种行为的权利或资格的行政行为⁴⁾。其次，初始分配行政法律关系的发生是基于排污单位的申请。再次，行政机关在排污权初始分配过程中所依据的标准是各污染源排放状况及经济、技术的可行性⁵⁾。通过对上述特征的分析，我们认为传统的排污许可授受模式具有较大的局限性，应予完善。

首先，此种模式的效率低下，且易引发行政专横、滋生腐败现象。众所周知，排污是与人类生活和生产活动紧密伴生的一类自然生理现象和社会运动过程。它如同吃、穿、住、行一样必不可少，又成为联结生产、分配、交换和消费的行为桥梁。因此，可以说排污需要和排污行为是人类社会中最为普遍的一类社会现象，将此种社会现象全部纳入行政主体的施政对象既无必要，也没有可能。勉强推行行政主导的排污行为模式除了导致社会生活效率低下之外，还易引发行政专横、诱使腐败丛生，实在得不偿失。

其次，此种行为模式的作用结果有欠周延，无法涵盖排污权取得方式的全部类型。此种依排污单位申请引发的排污许可证授受法律关系的当事人是行政机关与申请单位。如果不考虑行政许可的国家强制色彩和行政机关社会事务管理者的职能，而仅将其视为国有资源所有权人化身的话，那么这种排污许可证的授受关系实际上

3) 国家环境保护局编：《排污收费制度（试用）》，北京，中国环境科学出版社1997年版第260页。

4) 姜明安主编：《行政法与行政诉讼法》，北京，北京大学出版社，高等教育出版社2000年版，第182页。

5) 参见李爱年、李宗恺等：《总量控制区域排污权的初始分配方法》，《中国环境科学》，2000年第1期，第68—69页。

就相当于一个合同的订立过程。其本质属性就是民法物权（或准物权）领域中的“排污权的设定取得。”如果在中国只允许依此种方式取得排污权，其结果显然是否定了排污权可依原始取得（如劳动）和其他继受取得方式得以产生的可能性。这无论是在理论上，还是在实践中都是荒谬和难以接受的。事实上，经济学界对于诸如环境资源一类的公共物品的供给方式早有探讨，并分别形成了以庇古税为代表的政府供给学派和以科斯环境产权为代表的市场供给学派⁶⁾。经过多年的实践，今天的学者们已对这两种学说的适用条件有了较为清晰的认识。以庇古税理论为基础的政府供给机制适用于经过充分竞争之后而形成的高度发达的市场经济社会⁷⁾。因为只有在这种经济氛围中，不同的市场主体才真正具有平等的法律地位，各种政令才有可能依靠政府的公信力和市场主体的法律意识来保障实施。而以环境产权理论为基础的市场供给机制则适用于前市场经济社会或准市场经济社会⁸⁾。因为在这种经济环境中，竞争机制尚未完全形成，因此很难得出不同市场主体已经具有了平等经济地位的结论。这样，要想保证各项政策措施都能够达到公平的实施结果，就必须借助于市场所独有的利导机制来激励竞争，以克服因主体地位失衡而产生的各种弊害。尽管中国自上个世纪90年代以来已经开始实行市场经济体制，但就总体而言其发展水平并不高，“大政府小社会”的典型准市场经济特征十分明显。而且政府的行政管理体制，特别是环境行政管理体制仍没能完全摆脱计划经济的影响。上述基本国情使得以庇古税为代表的政府供给机制无法在中国寻得适宜的制度生存空间。正是基于此我们才主张引入环境产权理论来协助打开目前在排污权供给问题上的困局，而这显然需以对中国现行的排污行政管理授权模式进行检讨为制度前提。

再次，此种模式所依据的授权判断标准不具有科学性，且无法解释排污权的真正权源。按照前述定义，行政机关判断是否授予排污单位排污许可证的标准是“各污

6) See Tietenberg, T. H, *Emissions Trading: An Exercise in Reforming Pollution Policy*, 3rd ed. (Washington: Resources for the Future Inc, 1992), p214.

7) 市场经济十分发达的法国、德国和日本基本采用以庇古税理论为基础的政府供给机制来解决其各自的环境资源供给问题便是这一结论的明证。参见[日]阿部泰隆、淡路刚久：《环境法》（日文版），东京，有斐阁1995年版，第258页；Code de L' Environnement, Edition Dalloz, 1993-1994, p.796, p.802；《德国环境保护法——法规》，江伟钰译校，香港，香港华艺出版社1993年，第107页。

8) See Coase. Ronald, "The Problem of Social Cost," *Journal of Law and Economics*, vol. 3, (1960), pp.1-44.

染源排放狀況及經濟、技術的可行性。”在這一標準中，“各污染源的排放狀況”是一個事實判斷，且處在不斷的發展變化之中⁹⁾，不符合作為判斷標準的確定性要求。同樣“污染源的经济、技术可行性”也是一項極具彈性的標準，運用不同的測算方法會得出完全不同的結果，因此也不具有科學性。依據上述標準作為排污權授受的判斷基礎只能夠初步回答是否授予排污權這一問題，而無法回答為什麼要授予排污權及不同排污權類型產生的根據何在等有關排污權權源的問題。因為這一標準忽略了排污權在本質上所具有的民法准物權的權利屬性，忽略了民事權利取得原則在排污權產生和授受過程中的作用及其在協調權利衝突、解決利益紛爭方面的意義。事實上，行政授權模式的上述缺陷只有通過明晰排污權的私法取得原則，才有望得以彌補。因為一方面，取得原則的明確有助於拓寬排污權的取得路徑，使千軍萬馬爭搶行政授權資源的局面得以緩解，並在有效激發市場機制克服行政管制缺陷潛質的同時，促成排污權取得模式的多元化。另一方面，取得原則的明確還可為依公法規範授受排污權的具體行政行為提供一個相對客觀的判斷標準。這樣，行政主體就可以參照諸項取得原則來實施授權行為，從而一舉扭轉過去授權標準模糊、授權行為武斷、授權結論欠缺公信力的被動局面，真正實踐依法行政的莊嚴承諾。此點裨益對於中國的行政體制改革而言，顯然更具現實意義！

最後，由於行政授受模式所具有的以時間為基礎的一維性和單向性，使其只能以授權先後為標準機械地調處不同排污權之間的權利衝突和利益紛爭，這直接導致了對基於不同目的或不同效力而產生的排污權在價值位階上的混亂和保護方法上的機械與單一。

據此，我們認為傳統的以行政主導為主要特征的排污許可授受模式已不能適應當代社會的需要，應採用公、私法相結合的模式，以對“排污權私法取得”的研討為突破口對其加以揚棄，建立以私法取得為基礎、以公法取得為補充並兼顧公、私法優勢互滲需要的排污權取得（初始分配）制度。

9) 參見李愛年、胡春冬：《排污權初始分配的有償性研究》，《中國軟科學》，2003年第5期，第17—18頁。

二、排污权的私法取得方式

作为一种具有公权色彩的私权，排污权在权利属性上所表现出来的两面性，同样也影响到了它的取得方式，亦即排污权可分别以公法规范和私法规范为据而得以创生。鉴于本文的主旨是从私法的角度对排污权制度加以建构，因此在下文中我们将主要探讨排污权在私法规范指引下的取得问题。在私法视域内，排污权的取得方式，基于观察角度的不同可以作出不同的划分。就取得方式的性质来看，可以将排污权的取得归纳为原始取得与继受取得，前者为不以他人已有之排污权为据而逕行取得排污权利的方式，而后者则恰好与之相反。此外，作为后者的继受取得还可以进一步细化为设定取得与移转取得；就取得方式的原因来看，可以将其归纳为基于法律行为而取得和基于法律行为以外的原因而取得¹⁰⁾，具体内涵分述如下：

（一）基于法律行为而取得

在理论上，基于法律行为而取得排污权的情形涵盖了前文所述继受取得的两种亚类型，即设定取得和移转取得。

1. 设定取得

通过此种方式取得排污权的途径是订定以创设排污权为目的和内容的合同。所谓排污权设定合同是指环境容量资源所有权人（国家）与期望对该项资源加以用益的人订立的以创设排污权为目的和内容的合同¹¹⁾。在该合同满足法律关于物权变动形式要件的规定和有关环境保护的强制性规定后，合同中的环境容量资源所有权人的相对人便取得依该合同所创设的排污权。

10) 钱明星：《物权法原理》，北京，北京大学出版社1994年版，第44—46页。

11) 在德国此类合同被称之为物权合同或物权契约。参见陈华彬：《物权法原理》，第520页。

2. 移转取得

移转取得是最为典型的继受取得形式，原因在于依此种方式取得排污权须以他人已享有并自愿让与已有的权利为前提。由于排污权是一种具有物权属性的财产性权利，具有流通性，因而其可以成为权利让与的标的。排污权人一旦将其所享有的排污权让与受让人，受让人便继受原权利人的法律地位并取得排污权。具有权利让与性质的排污权移转，其履行后的法律后果会产生物权的变动，但此种权利变动需以满足法律对物权变动的形式要求和有关的环境保护强制性规定为前提。

(二) 法律行为以外的其他取得路径

1. 继承和承继

尽管排污权被有些学者称之为公法物权，但其所具有的财产权属性并不能据此而被否定。因此当作为自然人的排污权人死亡时，其所享有的排污权可以作为遗产由其继承人继承当无疑义。同时，当法人或其他权利主体作为排污权的权利人时，在其分立、合并的场合，亦应允许其权利义务的承受人承继其所享有的排污权。自然人依继承法律关系取得的排污权于继承开始时当然取得，但非经登记不得处分；法人或其他权利主体承继的排污权自该主体向登记机关办理变更登记之时起依法取得。

2. 时效取得

前文已言，排污权具有财产权的属性，即为财产自得取得时效适用的余地。一般认为，因时效而取得排污权的，于登记后即生取得之效力。关于在排污权取得过程中，时效原则的适用规则，本文将在排污权取得原则部分详述，于此不赘。

3. 依法律规定取得

排污权是一种以其客体环境容量所栖生的水体、土地、森林和大气等物质载体

为基础而生成的不动产物权。基于不动产物权的取得可以由法律直接加以规定的法制传统¹²⁾，排污权的取得亦可直接缘于法律的规定。由于排污权目前在中国尚未成为一项法定权利类型，因此遍访中国《水法》、《水污染防治法》、《大气污染防治法》、《土地管理法》、《森林法》均未发现直接规定排污权取得的法律条文。但中国《水法》第48条第1款及《取水许可制度实施办法》第3条、第4条有关法定水权的规定，已开创了具有不动产物权属性的准物权依法律规定而直接取得的先例。由此推知，同属准物权的排污权也应有依法律规定而直接取得的可能。

笔者在上文中详细分析了目前中国排污权授受模式的不合理性并在此基础上提出了排污权私法取得路径的初步构想。然而上述构想仅仅是在宏观层面提出了排污权依私法路径实现初始化的一种可能性和上位理论基础，这对于建构诸如排污权这种对权利行使方式和实践条件具有较高操作性要求的手段性权利而言是显然不够的。因此上述问题的解决还有赖于对排污权私法取得原则等具体问题的探究，受本文主旨和篇幅所限，笔者将通过他文作出回应。

12) 参见[日]高岛平藏：《近代物权制度的展开与构成》（日文版），日本，成文堂1969年版。转引自陈华彬：《物权法原理》，第513—521页。

摘 要

传统的以行政主导为主要特征的排污许可授受模式已不能适应当代社会的需要，应以公、私法取得方式相结合的立法理念，构建排污权初始化的制度基础。理论上排污权的私法取得方式可归纳为基于法律行为取得和基于法律行为以外的原因取得两种模式。它们与公法取得方式的互补和结合是排污权初始化制度的理想状态。

关 键 词 排污权、取得机制、研究