

对碳排放权性质的分析与思考

启动全国碳排放交易体系，建立起归属清晰、保护严格、流转顺畅、监管有效、公开透明的全国碳排放权交易市场，是利用市场机制控制和减少温室气体排放、推动绿色低碳发展的一项重大制度创新实践。碳排放权一词起源于排污权，由国内学者于1997年首次提出，但迄今为止尚缺乏统一公认的定义。从广义上讲，碳排放权是指主体向大气排放二氧化碳等温室气体的权利，其涵盖范围广泛，性质也由于理论和实践活动涉及领域的不同呈现出多元化特征。本文首先界定碳排放权概念及属性，进而实证分析国内和国际实践，最后讨论碳交易制度下碳排放权的性质、内容和特征，旨在为碳排放权理论研究提供新思路。

一、碳排放权的界定及属性

从法学、经济学、环境学、公共管理学等领域的研究可见，碳排放权的含义主要有发展权和排放权两类。一类是指气候变化国际法下，以可持续发展、共同但有区别以及公平正义原则为基础，碳排放权是代表着人权下的发展权，是为了满足一国及其国民基本生活和发展的需要，而向大气排放温室气体的权利。这种权利是道德权利，而非严格的法律权利。另一类是碳交易制度下的排放权，是指对大气或大气环境容量的使用权。这种使用权可以通过法律规定被私有化，并进入市场进行交易，从而实现全社会低成本控制排放的目的。该语境下的碳排放权是当前理论研究和实践应用的主流，有具体的法律、经

济和财务性质，是本文的研究对象。需要强调的是，西方国家的碳交易政策实践中均没有采用排放权概念，而是实行的排放许可交易。因此本文的碳排放权泛指碳排放总量控制与交易制度下的碳排放权（emission right）、排放配额（emission quota）或排放许可（emission allowance）。

从碳交易理论研究和实践应用看，碳排放权的性质主要表现为法律属性和经济属性。前者是指法律上规定和调整的碳排放权利，它不仅是碳交易制度立法和实践的根本基础，也是碳市场顺利运行的依据和保障，因此是行政管理部门和学界最为关注的。经过法律和制度安排，碳排放权具有可转让性，可进入经济活动领域，又表现出不同维度的经济和财务性质，能够侧面反映市场交易的活跃性和成熟度。

关于碳排放权的法律属性。学术界对此存在多种学说，没有形成共识。其中财产权说（property right，更多运用于英美法系）是以经济学环境产权理论为基础，认为碳排放权是一种环境容量的使用权，由法律规制为企业拥有的私人财产权，持有者对该财产拥有占有、转让、使用和处分等权利。还有研究依据国外法学者提出的新财产学说，认为碳排放权有别于传统财产，属于社会福利、专营许可以及公共资源的使用权等“政府馈赠”，这些政府许可一旦被以法律的形式确定下来，就成为权利人的财产，因此碳排放权是新型财产权。行政权利说认为，碳排放权是权利主体在国家许可的范围内，对属于国家所有的环境容量资源的使用权利。碳排放权须经过申请、批准等许可程序，被政府行政部门控制并对全过程进行干预，碳排放权是行政许可或特

许。物权说分别以大陆法系解释论和立法论思路，研究碳排放权的私权和公私权混合性质，形成了将碳排放权界定为用益物权、准物权、准用益物权、特许物权等多种观点，以前两者影响最大。

关于碳排放权的经济属性。首先，碳排放权具有稀缺性、使用价值和可交易性，具有与普通大宗商品类似的特征，如可以在市场上进行现货交易、具有与普通商品类似的价格形成机制等，因此碳排放权具有商品属性。随着碳市场交易规模的扩大，碳排放权逐渐衍生出具有投资价值和流动性的金融资产，具有金融属性。碳排放权价值来自政府信用，具备良好的同质性，可充当一般等价物，可以向货币一样可存可借，因此具有货币属性或类货币属性。从企业财务报表和政府税收角度都需要将碳排放权纳入会计核算体系。但对于碳排放权的会计确认和计量，目前国内外尚缺乏权威会计准则规定。相关实践和研究主要将其认定为存货、无形资产、金融资产和捐赠资产等类型。美国 SO₂ 排污交易和地方性碳交易制度中将排放许可认定为存货；国际会计准则委员会曾认定其为无形资产，但遭到各方反对，于 2005 年撤销了该规定；将碳排放权列为金融资产是因为它具有与金融工具和资产相似的特征；还有研究认为排放权是政府发放的馈赠资产。

二、国内外碳排放权实证

1、国内碳排放权交易试点

我国 2013 年开始实施的七省市碳排放权交易试点为碳排放权的实证研究提供了丰富的素材。深入分析试点地区的政策制定和交易运行，有助于揭示实践中碳排放权呈现出的性质和特征。

首先，试点地区对碳排放是否是一种权利认识不同。试点地区通过地方立法、规章或者政府文件等法律法规形式，对实施碳交易政策进行了规制。在碳交易政策名称上，北京、天津、湖北、重庆使用了“碳排放权交易”用法，强调碳排放是权利或权益，交易对象是碳排放的权利；上海、广东则采用了“碳排放管理”表述，强调政策目的是对碳排放进行管理，交易对象是排放配额，没有使用权利概念；深圳虽然名称上使用了“碳排放权交易”，但并没有对碳排放权做出定义。

其次，各地区对碳排放权的法律性质缺乏明确规定。认定碳排放为权利的试点地区，将碳排放权定义为“企业在生产经营过程中直接和间接排放二氧化碳的一种权利”（重庆、湖北）或“权益”（北京、天津）。其法律解释应为碳排放权是企业享有的碳排放的权力和利益（权利），或者企业的碳排放是受法律保护的权利和利益，并且碳排放权是资产（权益）。但这没有明确碳排放权的公法或者私法性质，无法确定该权利的法域归属。

第三，碳排放配额具有行政许可特征。“碳排放配额”被试点地区定义为碳排放权的凭证和载体、碳排放额度、或者量化指标，是碳交易的标的。文件规定配额由主管部门核定、分配给企业，并可对已分配的配额进行调整，如停发、核减和奖励，以及收回关停企业的配额等；主管部门对配额持有最大量和持有下限等也有限制要求。这说明发放配额是行政许可过程，配额/排放权具有行政许可特征。但配额的发放未经过申请程序（重庆除外），有别于传统的行政许可。

与此同时，碳排放配额又具有物权特征。各地管理办法规定，政府主管部门为调整碳市场价格可以进行配额回购；企业组织形态变更时可将碳排放权视为资产进行处理，如公司分立时可以对配额进行分割，合并企业可以承继等；鼓励探索配额担保融资等新型金融服务。实践中出现了控排企业以排放配额作为融资担保物从金融机构获得短期融资，如配额质押、配额抵押、配额回购等融资活动（北京、广东、湖北、深圳）。以上规定和配额的公开交易及融资活动又说明配额具有物权特征和商品及资产属性。

综上所述，从碳排放权/配额的政策规制和交易活动看，试点地区呈现出明显的共性和差异性。共性表现在排放配额的行政许可特征，以及交易活动中表现的商品和资产属性，配额呈现出公私权利混杂的性质。差异性表现在对碳排放的权利认识、碳排放权/配额的性质界定、交易和融资活动的活跃度、会计处理等。碳交易试点过程中，相关概念呈现以下逻辑关系：即碳排放权=碳排放配额=行政许可，或碳排放配额=行政许可，或碳排放配额=商品=抵押/质权。

2、全国碳排放交易体系

全国碳排放交易体系已于 2017 年底启动，正处于政策制定和基础建设中。当前全国碳排放交易制度的主要法规依据有：2014 年底国家发展改革委发布的部门规章《碳排放权交易管理暂行办法》（下称《管理办法》），以及 2017 年底国家发展改革委发布的《全国碳排放权交易市场建设方案（发电行业）》（下称《方案》）。另外，碳排放交易法规也在积极制定中，有 2016 年《碳排放权交易管理条例》送审

稿（下称《条例送审稿》）可供参考。从上述法规文件可以初步分析碳排放权的性质特征。

碳排放是一种权利。三份文件均采用了“碳排放权交易”表述，说明在国家层面碳排放是一种权利。《管理办法》第 47 条规定碳排放权为“依法取得的向大气排放温室气体的权利”，但没有明确是依据什么法律。目前国家尚未颁布气候变化相关法律，既有法律中也没有涉及气候资源或大气环境容量使用方面的内容，因此这里的“依法取得”还需明确。《条例送审稿》和《方案》都没有单独定义碳排放权，而前者在第 36 条将权利、配额、配额单位等概念一并确定，即排放配额“是政府分配的碳排放权的凭证和载体，1 个配额代表持有的重点排放单位被允许向大气中排放 1 吨二氧化碳当量的温室气体的权利”。但以上规定依然没有明确碳排放权的法律性质。

排放配额是行政许可。《管理办法》规定排放配额是“政府分配给重点排放单位指定时期内的碳排放额度，是碳排放权的凭证和载体……”。第二章规定排放配额由国家或省级主管部门以免费或拍卖形式分配到省或者企业；企业关闭、停产、合并、分立等情况下，省级主管部门可对其已获得的免费配额进行调整；《条例送审稿》对排放配额及其管理的规定与《管理办法》非常相近。条例起草部门国家发展改革委还依据《行政许可法》，就配额分配新设行政许可等条例相关内容组织召开过公众听证会。综上，碳排放配额需要通过核发程序，它的取得与行使由行政机关决定，属于行政许可，并呈现出碳排放权=碳排放配额=行政许可的性质关系。

排放配额是无形资产。《条例送审稿》既明确了排放配额的行政许可性质，但另一方面又引入了第 11 条对配额权属的规定，即“排放配额是无形资产，其权属通过国家碳交易注册登记系统确认。”无形资产一般指不具实物形态、但能带来经济利益的资产。此规定明确了配额的财产性质，应属于私法范畴。于是条例中呈现出碳排放权=排放配额=行政许可=无形资产的公私权利混杂的性质关系。

排放配额具有部分可交易性。三份法律文件均规定排放配额可以交易，符合《行政许可法》第 9 条要求。但《方案》进一步规定“发电行业重点排放单位需……提交与其当年实际碳排放量相等的配额，以完成其减排义务。其富余配额可向市场出售，不足部分需通过市场购买”。这不仅说明配额可交易性是有限度的，还可推理认为只有交易的配额才会具备商品和资产属性。政府对配额的使用实施了很强的干预，显示出配额浓重的公权属性和有限的私权性质。

3、美国排放交易实践

首先，美国是最早进行排放交易政策实践的国家。无论是排污交易还是碳交易制度，其特点是排放许可交易，而不是排放权交易。美国 1990 年《清洁大气法》修正案建立了国家层面的二氧化硫排污交易制度，首次将理论付诸大规模实践。在应对气候变化领域，虽然缺乏联邦层面温室气体减排机制，但地方性的东北地区的区域温室气体交易计划（RGGI）和加州温室气体总量与交易计划颇具影响。以上三项主要的排放交易机制均建立在排放许可交易基础上，即由国家或地方政府向控排企业发放排放许可(allowance)，不存在排放权概念。

其次，排放许可是可交易的有限授权（**limited authorization**），不是财产权。虽然排污交易理论的核心是将环境容量的使用权财产化，但美国在立法中特别强调了排放许可的非财产权性质。1990年《清洁大气法》修正案明确规定：“本法所规定的一个许可(allowance)代表一种排放 SO₂ 的有限授权，它不构成财产权，本法的其他规定不能视为对美国政府终止和限制这种授权的权力进行限制……”。碳交易领域的法规如出一辙，如 RGGI 规定，“一个 CO₂ 许可代表主管机构向企业发放的可以排放一吨二氧化碳的授权…… CO₂ 许可不构成财产权”；加州温室气体交易计划规定，“主管部门发放的一个排放许可代表排放一吨二氧化碳当量温室气体的有限授权…… 排放许可不构成财产或财产权”。

4、 欧盟等碳排放交易体系

欧盟碳交易体系同样是排放许可交易，而不是排放权交易。其《温室气体排放许可交易指令》规定，企业必须申请获得温室气体排放许可证（permit），方能进行生产和相关排放活动，企业获得具体数量的排放许可（EU Allowance, EUA）可以进行交易。对于 EUA 的法律性质，指令起草过程中曾定义为“行政授权（administrative authorization）”，但考虑到欧盟立法的从属性原则，最终未被采纳，而交由各成员国自行认定。另一方面，由于现货市场不断出现问题，欧盟为加强对碳排放交易活动的监管，于 2014 年通过《金融工具指令》和《金融工具条例》等，将 EUA 界定为金融工具，由此 EUA 现货和金融衍生品均被纳入金融监管体系。虽然欧盟强调该立法目的是

加强碳交易监管，不涉及 EUA 的法律性质或会计处理，但金融工具是指在金融市场中可交易的金融资产，EUA 的私权属性已然明确。

各成员国在界定 EUA 的法律和财务性质上呈现多样化。根据欧盟环保署的技术报告，2008 年时，法国、德国等 9 国从财政法规角度将 EUA 视为商品；荷兰等 8 国视为（无形）资产；瑞典视为金融工具，受金融管理机构管制；希腊等 4 国没有规定法律性质。会计确认方面，意大利等 12 国将 EUA 视为无形资产或金融资产，奥地利等 4 个国家将 EUA 视为商品或存货，还有一些国家没有规定；到 2013 年，有 5 个成员国将 EUA 认定为财产权，匈牙利考虑列为国有财产；4 个国家认定为金融资产，德国等国家认定为商品，但将进行修订。

实施碳交易制度的其他国家还有新西兰等，它们通常将碳单位视为个人财产或资产。新西兰在《应对气候变化修订法案 2009（修订的排放交易）》和修订的《个人财产安全法 1999》将碳排放单位（New Zealand units）纳入个人财产范围，并归为投资证券型资产。澳大利亚碳定价政策相关法律规定，政府分配的碳单位（carbon units）属于个人私有财产，政府影响碳单位价值时须对其持有者进行补偿。韩国虽然没有在碳交易法案中明确排放配额的性质，但在其公司税法的实施指令中将其列为资产。

纵观国际实践，碳交易制度通常以排放许可/排放单位为交易标的，而非碳排放权。对排放许可的法律性质的规定基本分为私有财产和非私有财产两类。欧盟及其成员国、新西兰等多数国家将其纳入私权范畴，政府一旦完成排放许可分配，许可就成为私有财产，受到相

应法律保护，政府无权干涉。若因政策造成该财产损失，还需进行法律补偿。排放配额私权性质的确定促进了碳排放交易市场的发展，助力欧盟碳交易体系成为全球交易最活跃、成熟的碳交易市场，排放配额衍生出具有投资价值和流动性的金融资产，如碳排放期货、期权、掉期等金融衍生品，具有典型的金融属性。而美国出于照顾环保主义者的立场，以及政府调节配额以实现政策目标的需要，从法律上强调了排放许可的非私权属性和政府处置许可的灵活性，但排放许可依然呈现显著的商品和金融属性。

三、对我国碳排放权性质的几点思考

综上所述，碳排放权的概念和性质无论从学术研究还是国内外实践过程中都呈现多样化表现，难以归纳为统一的认识。我国在建设碳交易法律制度过程中，研究确定碳排放权性质、特别是其法律性质时，应特别注意以下问题。

一是碳排放被权利化具有争议性。排污权（pollution right）概念于 1968 年由加拿大经济学家戴尔斯首先提出以来，排污（放）权成为经济学家喜爱的术语。但在环境污染的规制中，法律从来就没有直接规定企业排放的权利。美国、欧盟等众多国家的立法和司法实践中均未规定排污（放）权，而是规定排放数量许可。“马拉喀什协议”中市场机制部分还明文规定“《京都议定书》既没有创立，也没有赋予附件 1 缔约方任何排放量方面的任何权利、资格或权利资格”。

排污（放）是否应该是一种权利，长期以来存在争议。环境保护主义者认为拥有清洁环境应是人类的正当性权利，而污染排放行为是

负面行为，将其规定为正当性权利与道德标准背驰，且本来公有的环境容量资源也不应该被私有化并从中获得利益。有法学者指出，排放权不仅在司法实践中不存在，在法学理论上也难以成立。因为生产和生活活动都会产生排放，是自然法状态下的权利。若将其规定为法律权利，从反证法角度，不受规制的企业以及个人呼吸的排放是否就是违法排放？另外，法律上的权利是指法律保护的权力和利益，但规制碳排放的目的首先是限制碳排放行为，而不是保护企业排放的利益。总之，碳排放不应从法律上肯定和张扬成为一种权利，应更体现义务性质。

二是**碳排放产权化政策的有效性**。排放交易制度的核心是环境容量资源的财产权化，以激励企业低成本减排。但值得深思的是，美国反其道而行之，并没有妨碍政策实现满意的环境效果和活跃的市场交易。以联邦酸雨计划 SO₂ 排污交易为例，虽然法律明确了排放许可的非财产权性质，但政策依然取得了巨大成功。交易制度实施 20 多年以来，SO₂ 排放量从 1990 年的 1570 万吨降至 2015 年的 220 万吨，降幅 86%；2010 年政策净效益高达 1200 亿美元，2020 年将达到 1900 亿美元。也正是因为该政策最初几年就取得显著成效，才催生了《京都议定书》的市场机制和欧盟等区域、国家和地方层面的碳交易制度。

排放许可的非财产和政府授权性质还为管理部门实现环境目标提供了灵活性和控制力。以 RGGI 为例，由于 RGGI 第一期面临排放许可过剩、价格不断走低的问题，主管部门果断将第二期末 2014 年开始的许可总量，从上一年度的 1.6 亿短吨大幅削减至 0.91 亿短吨，

下调幅度 43%；之后又进一步削减各年配额总量，从而维护了碳交易政策的环境效果、提振了市场。相比之下，欧盟碳交易体系第二期和第三期排放许可严重过剩，累计高达 20 亿吨以上，迫切需要大幅度削减配额数量。但部分由于欧盟及其成员国普遍将碳排放许可视为私有财产，使欧盟难以对许可数量进行调整。最终只能推迟拍卖部分许可，过剩的排放许可最终仍将回到市场，难以维护政策的有效性和合理的碳价。

在美国，虽然法律不承认排放许可的财产性质，但还是给予配额持有者充分的安全保护，包括持有者对配额的持有、处置和使用的充分权利，美国环保局也表示将像对待财产权一样对待排放配额，除非出现紧急情况。因此配额交易市场的活跃度并未受到损害。以 RGGI 为例，在排放许可几乎全部为一级市场拍卖分配、而其年度许可总量仅为 0.91 亿短吨的情况下，2015 年，其二级市场的现货交易量和期货量仍分别达到 1.28 和 2.06 亿短吨。相比之下，我国碳交易试点上海市年度配额量约 1.5 亿吨，2015 年交易量仅 294 万吨左右。

三是碳排放权法律性质的复杂性。首先，碳排放权根本上是由行政管理部门设定排放总量控制目标，通过一定的分配原则或方式将排放配额分配给权利主体，本质上是行政许可，是公权性质。权利主体取得配额之后，配额成为可交易的商品，是具有私权性质的资产。因此，碳排放权既有公权性又有私权性。

其次，由于排放权初始分配方式的不同，以及权利主体获得后的用途不同，使它的法律性质存在动态性变化特性。有偿分配的配额和

免费分配的配额的性质是不同的，免费分配的配额签发到企业账户上是行政许可，但通过拍卖等有偿方式分配的配额发放到企业账户就应属于私有财产，政府再进行干预并造成财产损失时需进行补偿。另外，免费分配的配额中，未经过交易进行履约清缴的配额和交易过的配额性质也是不同的，前者的性质自始至终是行政许可，没有产生实际的商品和财产价值，进入市场交易过的配额显然是商品，是私人财产。碳配额的公私混杂性、动态变化性不仅造成在法律上难以界定其性质，也使会计确认面临困难。

四是碳排放物权化的法律障碍。从目前国内外实践看，只有中国将碳排放认定为权利，但对这种权利的认识又存在不同。国家和地方试点法律文件中规定的排放权是向大气排放温室气体的权利，应为自然法权利。而很多法学者认为这种排放权实际上是对大气环境或环境容量的使用权，以此为前提论证排放权的法律确权问题，特别是物权化问题。但是，将大气环境（容量）使用权纳入我国物权法体系目前面临理论和实践障碍。

首先，确定碳排放权的客体存在困难。根据物权法原理，物权的客体主要是有体物，具有独立性和特定性，以满足物权的可支配性和排他性功能。但是碳排放权的客体大气环境（容量），其存续具有时间性、流动性、无形性和极大的不确定性、不可分割性，个体性格难以确定，难以成为物权客体。虽然学者们试图论证大气环境（容量）具有独立性、可感知性、可确定性等物化特征，排放配额作为排放权的凭证可以解决物的可支配性、特定性和独立性问题，但是大气环境

（容量）的客体化尚缺乏完整的理论构建和环境科学的有力支撑，大气环境（容量）是否可以成为权利客体的“物”没有形成定论。

其次，客体的所有权确定有争议。无论将碳排放权界定为用益物权还是准物权，都属于他物权，需要寻找其母权，即碳排放权客体--大气环境（容量）的所有权。由于国家法律对此没有规定，一些学者依据《宪法》第9条、《民法通则》第81条以及《物权法》第48条等，推证国家是大气环境容量的所有者。但是大气环境是共有物，大气环境（容量）存在全球一体性、无形性、流动性和全球大气环境变化的科学不确定性等特征，其所有权的排他性支配权在现实中无法实现，因此没有任何一类主体可以拥有对大气环境（容量）的所有权，目前也没有任何国家的法律作出大气环境资源属于国家主权控制和管辖方面的规定。

最后，物权法定原则带来的立法实践困难。大气环境（容量）使用权无论作为用益物权还是准物权，按照我国物权法定原则，均需要在《物权法》上得到承认和保护。在立法体系中，首先需要在《宪法》和《民法通则》有关条款中明确大气环境容量是一种资源，规定其所有权属。其次在《物权法》中做出概括性规定，若界定为准物权还需要制定特别法对这种权利的具体内容做出详细规定。这不仅需要修订现行法律，还要进行单独立法，法律程序复杂，周期长，是碳排放权确权面临的实际障碍。

通过对碳排放权相关的理论回顾和国内外法律和政策的实证研究可以看出，人们对碳排放权的概念、性质、内容和特征的认识存在偏

差，由此给碳交易法规制度建设带来挑战，亟需学界深入研究和论证碳排放权这个碳交易理论中的核心要素问题，为碳交易政策法规的制定提供科学的理论依据。

（郑爽、刘海燕供稿）

注：本文摘自《气候战略研究》简报 2018 年第 6 期