

# 分配行政与民事权益

## ——关于公法私法二元论之射程的一个序论性考察

王天华

**【摘要】**在我国现行法下,存在着大量的行政法创设民事权益的现象。这一现象可以用分配行政的观念来理解:行政的现代性(利害关系错综复杂)要求,以公共性为媒介的利害分配需通盘权衡;我国国情的特殊性使这种通盘权衡具备了广泛的现实性。例如,矿业权等用益物权是在分配自然资源,集成电路布图设计专有权、植物新品种权等知识产权是在分配智力成果,排污权是在分配环境容量。由此可以发现,公法私法二元论已经不足以理解我国现行法,甚至会导致某些解释论的扭曲。至少在实体法层面是如此。时至今日,公法私法二元论的射程基本上投射为行政诉讼的射程。

**【关键词】**公法私法二元论;分配行政;国家所有权;行政裁决

**【作者简介】**王天华,北京航空航天大学法学院教授。

**【原文出处】**《中国法律评论》(京),2020.6.83~96

**【基金项目】**本文受中央高校基本科研业务费专项资金资助。

### 一、问题:行政法与民事权利

民法典是一部权利法,其主线是民事权利。<sup>①</sup>值得注意的是,民法典所列权利清单中,有相当的部分与行政法有关。例如,《民法典》第329条作为用益物权加以规定的“依法取得的探矿权、采矿权、取水权和使用水域、滩涂从事养殖、捕捞的权利”,第876条作为知识产权加以规定的“集成电路布图设计专有权、植物新品种权”等。这些民事权利,或者由行政法规创设(如集成电路布图设计专有权、植物新品种权),或者为私人经行政许可取得(如采矿权、取水权和使用水域、滩涂从事养殖、捕捞的权利),或者其行使乃至存续受行政法的严格限制甚至决定性调整(如采矿许可的撤回所意味的采矿权的丧失)。从公法与私法的关系角度,对行政法与民事权利的关系加以追问,是一个存在已久却鲜有研究(特别是从公法学的角度)的基础性课题。

这个基础性课题包含一系列问题。例如,(1)行政法规(或者更广义地,行政法规范)能否创设民事权利?(2)行政法规(或者更广义地,行政法规范)所创设民事权利,如果未经民法典(在此之前,未经物权法等法律)的列举、即未进入民事法律的清单,是否为“真正的”权利?(3)如果一项民事权利,其成立、行

使、消灭都系于甚至取决于行政法(公法),那么其性质是私权还是公权?<sup>②</sup>(4)行政法(公法)为什么会如此深入地与民事权利(私法)交错在一起?等等。

### 二、现象:行政法创设民事权益

民法典发布后,方新军教授对上述问题中的(1)和(2)进行了回答“只有民事法律明确以‘权’字命名的才是权利,其他都是单纯的利益保护的问题”;“‘民事权利’当然指的就是民事法律规定的权利,不包括公法上规定的权利”。<sup>③</sup>这一回答的法律上的理由存在于立法法。《立法法》第8条规定:“民事基本制度”只能制定法律。<sup>④</sup>尽管本法第9条规定:“本法第八条规定的事项尚未制定法律的,全国人民代表大会及其常务委员会有权作出决定,授权国务院可以根据实际需要,对其中的部分事项先制定行政法规”,但在方教授看来,“行政法规不能创设民事权利,只是有可能成为保护他人的法律,从而成为保护某种利益的法律依据”。<sup>⑤</sup>

从公法与私法的关系角度来看,方新军教授的这个回答让我们联想起公法私法二元论。因为,在方教授看来,行政法规之所以不能创设民事权利,不仅仅是因为行政法规在民主正统性上无法替代法律,还因为它是公法,而非民事法律。这一点体现在

方教授以立法法为据、为行政法规创设“受法律保护的利益”所附加的两个严格的条件上:第一,须经全国人大及其常委会的特别授权;第二,只能是过渡性或试行性的,即最终还是要制定法律、使利益转化为权利,且该等法律特指民事法律。<sup>⑥</sup>结合《立法法》第65条第3款的规定,<sup>⑦</sup>这个断然的回答作为法律解释有着极强的说服力。至于“民事法律”这个特指所带有的问题,即如何区分民事法律与非民事法律(如《矿产资源法》是否为民事法律?),则可以通过“同一部法律可能既包含民法规范又包含行政法规规范”这样的逻辑来处理。但是,在公法学中,公法私法二元论早已成为批判或反省的对象。从公法学的这一理论倾向来看,方新军教授这个断然的回答,需要进一步追问:第一,由行政法规创设且经民法典列举的民事权利,按照“权利保护的形式主义解释方法”属于“真正的”权利,但其中是否包含着这样的实例:行政法规对它们的创设并未满足上述严格的条件?若有这样的实例,那么,是将之归结为行政法规制定程序的瑕疵,还是承认行政法规创设了相应的民事权利(民法典只是确认了它)?第二,由行政法规创设但未经民法典列举,或者由规章以下的行政规范性文件创设的“民事权利”,按照“权利保护的形式主义解释方法”并非权利,而只是“民事权益”(受法律保护的民事上的利益)。但是,作为公法规范的行政法规为什么要创设民事上的利益并赋予其私法保护性?也并非自明的问题。第三,从权利保护的角度来看,对于特定民事权利而言,权利的成立要件与消灭要件其实是等值的。那么,有没有这样的情况:法律规定了民事权利的成立要件,但行政法规乃至规章以下的行政规范性文件却在法律实施之后规定了该权利的消灭要件?更直接地说,行政法规乃至规章以下的行政规范性文件对法律规定的民事权利的这种决定性调整是否有违权利法定主义?

关于第一个问题,笔者找到了两个实例。

第一个实例是“植物新品种权”(《民法典》第123条第2款第7项、第876条),由《植物新品种保护条例》(1997年3月20日国务院令第213号发布)创设。从该条例的文本来看,无法确认其制定是全国人大及其常委会授权的结果,也无法检索到相关的授权决定。事实上,《立法法》是2000年7月1日起施行的,从时间上看,基本上可以断定:《植物新品种保护条例》创设“植物新品种权”,未经全国人大及其常委

会的特别授权。不过,该条例发布一年多后,1998年8月29日,全国人大常委会作出了《关于加入〈国际植物新品种保护公约(1978年文本)〉的决定》。这个决定有余地解释为对《植物新品种保护条例》的授权决定,但即便如此,授权于事后的事实也是无法否定的。第二个实例是“集成电路布图设计专有权”(《民法典》第123条第2款第6项、第876条),由《集成电路布图设计保护条例》(2001年4月2日国务院令第300号发布)创设。与《植物新品种保护条例》类似,从该条例的文本本身,无法确认其制定是全国人大及其常委会授权的结果,也无法检索到相关的授权决定,而其时《立法法》已经施行。

关于第二个问题,有排污权和“中药品种保护权”两个典型实例。

排污权既非法律创设,亦非行政法规创设。其产生过程毋宁是,在没有任何法律依据的情况下,<sup>⑧</sup>经过多年的行政实践,逐步在全国范围内摊开,并在司法实践中获得认可。例如,上海市环保部门早在20世纪80年代,就开始了工业污水排污权交易“试点”;<sup>⑨</sup>国家环保局自1993年开始,在包头、柳州、太原等城市试行SO<sub>2</sub>和烟尘的排污权交易“政策”。<sup>⑩</sup>此外,“国务院有关部门”自2007年起,在天津、河北、内蒙古等11个省(区、市)组织开展了排污权有偿使用和交易“试点”。这一系列试点或政策最终结实为《国务院办公厅关于进一步推进排污权有偿使用和交易试点工作的指导意见》(国办发[2014]38号,以下简称《指导意见》)。《指导意见》出台后,财政部、国家发改委、环保部制定了《排污权出让收入管理暂行办法》(财税[2015]61号),各地方政府也跟进,先后出台了多部政府规章和数十部规章以下的规范性文件,对排污权的初始分配与交易问题加以规整。<sup>⑪</sup>在司法实践中,也存在大量的裁判,主要是民事裁判。<sup>⑫</sup>特别是2016年以来,案例数量有一个爆发性增长。

相较而言,“中药品种保护权”的权利“地位”并不牢固,虽然它有《中药品种保护条例》(1992年10月14日国务院令第106号发布,2018年9月18日国务院令第703号修订)这部行政法规作为依据。例如,在著名的“江苏鹏鹞药业有限公司与海南亨新药业有限公司等不正当竞争纠纷案”中,一审判决与二审判决出现了尖锐的分歧。一审判决认为:“中药品种保护专属权”是仅属于获得该保护权企业的权利;它“对于生产同品种中药,但不具备同品种保护权的

产品,是绝对排斥,禁止生产和销售的”;鹏鹞公司无视国家禁止性法律法规的规定,生产和销售原告的中药品种,使该期限内应当独占市场的亨新公司的产品受到冲击,侵害了原告的中药品种保护专属权利,构成侵权。<sup>⑮</sup>而二审判决认为:“《中药品种保护条例》制定主要目的是为了控制中药生产低水平重复,实际是中药生产的市场准入制度,并非创设知识产权制度,……本案当事人为生产、销售中药品种药物发生纠纷,不属于民事纠纷,应当请求国家有关行政部门处理。”<sup>⑯</sup>这种分歧还延伸到了庭外。同为本案二审审判员的周冕法官和韦晓云法官分别撰文,表达了不同意见。周冕认为:本案一审判决是正确的,因为“中药品种保护权是一种知识产权,是行政法规《中药品种保护条例》中的民法规范所创设的一种新型民事权利”。<sup>⑰</sup>韦晓云则认为:中药品种保护制度是“中药生产的市场准入制度”,“主张中药品种保护专属权没有法律依据,也不符合知识产权的性质特征”。<sup>⑱</sup>从笔者掌握的材料来看,关于“中药品种保护权”的权利性,或者说,关于《中药品种保护条例》的解释,案例数量有限,且法院尚未形成统一立场。<sup>⑲</sup>

尽管如此,从《中药品种保护条例》的规定来看,“中药品种保护权”仍然可能意味着受保护生产特定品种中药的企业对未受保护但生产同品种中药的其他企业,享有某种民事权益,且该民事权益为行政法规所创设。第一,若受保护生产特定品种中药的企业只有一家,则意味着该企业因受中药品种保护而获得了在保护期内的垄断性市场地位(所谓独家生产权)。这种垄断性市场地位是因行政法的保护而获得的,这没有问题,但它在行政法上是“受法律保护的利益”(受该行政法规的目的志向性保护,从而构成行政诉讼原告适格的基础)还是反射性利益,在民法上能否成为追究其他企业的侵权责任(停止侵害与赔偿损失)的基础,则可以讨论。“郑州康某医药开发有限公司诉辅仁药业集团医药有限公司等侵犯商业秘密纠纷案”一审判决对原告的此种请求作出的判示,包含着将之理解为民事权益的余地。<sup>⑳</sup>第二,《中药品种保护条例》第19条规定:“对临床用药紧缺的中药保护品种的仿制,须经国务院药品监督管理部门批准并发给批准文号。仿制企业应当付给持有《中药保护品种证书》并转让该中药品种的处方组成、工艺制法的企业合理的使用费,其数额由双方

商定;双方不能达成协议的,由国务院药品监督管理部门裁决。”这里的经批准仿制,与专利实施的强制许可(《专利法》第50条、第57条)以及集成电路布图设计的非自愿许可(《集成电路布图设计保护条例》第25条、第28条)构造相同。这意味着,若专利实施强制许可所发生的“合理的使用费”与集成电路布图设计非自愿许可所发生的“合理的报酬”是一种民事权益,则受保护中药品种的经批准仿制所发生的“合理的使用费”也应是一种民事权益。<sup>㉑</sup>

关于第三个问题,以《自然保护区条例》为依据对矿山企业实施的“政策性关闭”是一个适例。

1986年制定的《矿产资源法》第17条规定:“非经国务院授权的有关主管部门同意,不得在……国家划定的自然保护区……开采矿产资源。”而1994年制定的《自然保护区条例》第11、12条则确立了自然保护区分级制度,规定自然保护区分为国家级和地方级;并在此基础上,第26条“禁止在自然保护区内进行……开矿、采石、挖沙等活动”。仔细推敲会发现,后者实际上对禁止开矿的自然保护区的范围进行了扩大:地方级自然保护区也不得开矿。因为,将地方级自然保护区(省级人民政府批准,报国务院有关部门备案)涵摄于《矿产资源法》第17条规定的“国家划定的自然保护区”,在语义上有明显的障碍。而在法律实践中,有的地方政府曾经在相当长的一段时期内,允许在地方级自然保护区开矿。待上级的“环保督察”或“专项检查”下来,才会对相关的矿山企业实施“政策性关闭”。例如,在“淄博市博山区瓦泉寨矿业有限公司、淄博市博山区人民政府行政确认”案中,原告(矿山企业)的采矿许可证(2009年取得)所涉采矿区与鲁山省级自然保护区(2006年批准晋升)核心区、缓冲区高度重合,但直至2017年,被告(博山区人民政府)才决定对原告实施“政策性关闭”,因为此前收到了十部委联合下发的“专项检查”通知,并受到了省政府的环保督察。<sup>㉒</sup>“江油荣峰矿业有限公司与江油市人民政府资源行政管理案”的情况与此类似。<sup>㉓</sup>尽管在这两个案件中,原告所争议的都是“行政补偿”问题,但在本文的语境中,这种“政策性关闭”背后所意味的地方政府的矿业权政策、行政法规与法律三者之间的整合性问题,以及这种整合性问题对于矿业权的权利性而言所具有的意义,才是值得高度关注的。

从以上的追问与调查来看,方新军教授提倡的

“权利保护的形式主义解释方法”作为《立法法》的解释很有说服力,且在价值论上让笔者这个公法学者颇多共鸣,但我国的法律实践情况复杂,“存在”与“当为”之间存在相当大的落差。如果我们不想把“植物新品种权”和“集成电路布图设计专利权”的创设作为宪法实施的问题(笔者倾向于将《立法法》理解为“一部宪法性法律”)来处理,那么将之理解为“行政法规创设的民事权利”的适例就是一个选项。同时,排污权和“中药品种保护权”以及矿山企业的“政策性关停”现象意味着,不仅仅是行政法规,甚至规章以下的行政规范性文件都在以创设或消灭民事权益的方式去实现行政目的。

本文暂且将该现象表述为“行政法创设民事权益”。从该现象来看,本文开头所列之问题群,不仅(1)和(2)需要进一步讨论,(3)和(4)也有待追问。从这几个问题之间的相关性来看,对问题(4)“行政法(公法)为什么会如此深入地与民事权利(私法)交错在一起?”的解答尤为紧迫。

### 三、工具:分配行政的观念

为什么行政法规甚至规章以下的行政规范性文件会以创设或消灭民事权益的方式去实现行政目的?这个问题是解答上述问题(4)的关键。关于这个问题,笔者找到的解释工具是“分配行政”的观念。

行政法学通常会从行政活动的目的与方式角度对行政进行分类,形成“给付行政”“规制行政”“筹措行政”等概念。通过这种分类,可以获得一种“中观”视角,便于就不同类型的行政活动或不同的行政法部门展开高效的法学思考,如在组织、程序、实体规则等方面,分别对“给付行政”“规制行政”等进行类型化的观察或建构。但“分配行政”(verteilende Verwaltung)不是这种中观视角。施密特·阿斯曼(Eberhard Schmidt-Aßmann)指出:“所谓分配行政,并非与秩序行政、给付行政并列的另一个(行政法)部门,而是将秩序化与给付的现象囊括起来,嵌入连通管系统的一种思考……它是私人间分配斗争的表现,但这种分配斗争不是通过私法秩序中的手段,而是以行政的决定来终结的……古老的双极行政关系扩张为三极或者多极法律关系”。<sup>④</sup>施密特·格莱瑟(Schmitt Glaeser)也指出:传统的(国家与市民间的)行政法关系,业已为“与行政有关、在行政‘之下’的市民相互间的诸关系”所补足和重构;市民相互间的诸关系通常是多样地组合起来的利害关系,其特征在

于利益(利害)的不一致;“分配行政由此而成为‘利益调整的平台’”。<sup>⑤</sup>从这两段阐述来看,“分配行政”是与现代行政任务的变迁相适应的,(在不严谨的意义上)宏观的、事关行政的现代性的一种理论观念。如果说传统行政法主要是解决公益与私益(国家与私人)之间冲突的“抵触法”,那么现代行政法则是以公共性为媒介的私益间的“分配法”。<sup>⑥</sup>

重要的是,作为“分配法”的行政法,不仅要在公益与私益之间进行权衡,而且要在私益与私益之间进行权衡。这是时代变迁将人们编织进日益复杂而紧密的利益网络的结果。如果说公益与私益(国家与私人)之间是纵向关系、私益与私益(私人与私人)之间是横向关系,那么在利益网络相对简单的时代,国家要维护与增进公益,在相当多的场合,仅需点对点地调整纵向关系即可;而在利益网络高度复杂化的当下,不仅各种横向关系错综复杂,而且这些错综复杂的私益又以错综复杂的形态、方式与公益(国家及其机关)发生纵向关系,点对点甚至点对点地调整纵向关系已经收效甚微。例如,垃圾处理是一项行政任务,它服务于环境保护(公益);但垃圾焚烧厂的选址、建设与运营却涉及垃圾焚烧企业与电力企业(如果垃圾焚烧厂采用焚烧发电技术的话)、与周边居民乃至全体市民的关系。在横向上,企业关心的是经营活动能否顺利开展,周边居民关心的是各种污染(大气、水、噪声等)乃至房价的涨落,其他市民关心的则主要是从垃圾围城的状态中解脱出来。而在纵向上,企业要面对各种许可、监管乃至处罚,周边居民可以通过参与环境影响评价表达自己的意愿、通过投诉或举报乃至提起民事诉讼或行政诉讼来维护自己的合法权益,其他市民则可以在相关立法中提出公众意见。如果目光再加以扩展,如垃圾焚烧前端的垃圾运输乃至垃圾分类等,则会将更多的人与组织包括机关牵涉进来。

现代行政所面对的这种利害关系的错综复杂性意味着,以公共性为媒介的利害分配需通盘权衡。横向的归民法、纵向的归行政法这种思考方法,已经不敷实践之需。这是“分配行政”的观念得以形成,公法与私法的协同受到重视,也是我国行政法规甚至规章以下的行政规范性文件会以创设或消灭民事权益的方式去实现行政目的的根本原因之所在。

当然,我国有特殊性。这种特殊性至少表现在:第一,我国采用的是“生产资料的社会主义公有制”

(《宪法》第6条),改革开放前曾长期实行计划经济,更早的时期经历过社会主义改造。这种制度框架与历史过程意味着,与外国相比,我国政府(国家)掌握了更多的东西。第二,改革开放以来特别是实行社会主义市场经济以来,“非公有制经济”(《宪法》第11条)的发展以国家的松绑、分配、保护乃至培育为条件。这意味着,从政府与市场的关系角度来看,我国政府(国家)无疑是“强政府”,甚至从其本身的目的志向性来看更像是一个经营者,与奥托·迈耶提出的“企业国家观”颇多契合。<sup>②</sup>第三,我国的国家权力结构,强调的是立法机关与行政机关的“分工合作”,这造成国务院制定行政法规的立法权限因范围不明确而相当宽泛,<sup>③</sup>规章乃至规章以下的行政规范性文件也在以“试点”等形式创设一般规范的状况。其背后还有社会学要因,如全国人大及其常委会的立法工作,相对于改革开放的迫切需求而言,有一定的滞后性。<sup>④</sup>这种状况在《立法法》2015年修改后也没有实质性变化,如全国人大及其常委会授权国务院就法律保留事项制定行政法规的要件仍然是“根据实际需要”(第9条)。

我国的上述特殊性意味着,分配行政的观念尤其适于我国。因为我国政府(国家)掌握了更多的东西,承担了更多的任务。事实上,在提出分配行政的观念的德国和日本,分配行政一语多用于描述和分析给付行政;<sup>⑤</sup>而从我国的特殊性来看,其适用范围会有一个极大的扩展。

#### 四、尝试性梳理:行政在分配什么?

如上所述,为什么行政法规甚至规章以下的行政规范性文件会以创设或消灭民事权益的方式去实现行政目的?这个问题可以用分配行政的观念来回答:现代行政所面对的利害关系错综复杂,维护和增进公益需要对横向的和纵向的利害关系进行统筹调整(以公共性为媒介的利害分配)时,行政目的的实现与横向的利害关系(私益与私益)的调整发生相关性。简言之,行政法创设民事权益的实质是,以横向的利害分配实现行政目的。

以横向的利害分配实现行政目的,这本身是一种权衡。这种权衡既可能出现于行政过程(行政法规甚至规章以下的行政规范性文件的制定),也可能出现于立法过程。如上所述,在我国当下行政过程与立法过程的分野本身有时并不清晰。这意味着,本文开头所列问题之(4)“为什么行政法(公法)会如此

深入地与民事权利(私法)交错在一起?”,也可以用分配行政的观念来理解。

那么,在现行法下,那些与民事权益交错在一起的行政法是在分配什么呢?

#### (一)自然资源

《民法典》第329条作为用益物权加以规定的“依法取得的探矿权、采矿权、取水权和使用水域、滩涂从事养殖、捕捞的权利”,有两个共通的特征:第一,与自然资源(矿产资源、水资源、水域、滩涂)的“国家所有权”(《宪法》第9条、《民法典》第247条)有关;<sup>⑥</sup>第二,权利的取得基于行政许可。这两个共通特征使这些权利的法律性质一直有争议,尽管《物权法》早在2007年就已经将之定性为“用益物权”。下文将探矿权、采矿权统称为矿业权,并以其为例,尝试着用分配行政的观念,对其构造加以分析。

关于矿业权的法律性质,私法学者的共识是:兼具“公权性”与“私权性”;公权性来自上述两个特征所意味的公法对它的调整。<sup>⑦</sup>对此,有公法学者提出了不同意见。例如,王克稳教授认为:包括矿业权在内的“自然资源特许使用权是一种完全不同于私法物权的一种物权”,即“公法上的物权”;因为“其派生于具有公权性质的国家所有权、依特许许可的方式取得、权利的行使附随公法上的特别义务以及承担公法上的法律责任”。<sup>⑧</sup>从王克稳教授的理由来看,其与私法学者的分歧起因于对“国家所有权”的性质有不同理解。民法典在物权编所有权分编规定了矿藏的国家所有权(第247条),显系将之定性为民事权利。而包括王克稳教授在内的公法学者,多不认为矿藏的国家所有权是一种民事权利。<sup>⑨</sup>

那么,矿藏国家所有权的“非民事权利性”与矿业权的民事权利性(私权性)是否不能两立呢?

从分配行政的观念来看,两者完全可以两立,即矿藏的国家所有权的本质是一种公法上的支配权——是公权力而非公权利,以确保国境内的矿藏(自然的造物)服务于全体国民(全民)为目的,排斥其他国家和国内任何非国家主体对矿藏的支配——“禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏矿产资源”(《矿产资源法》第3条第3款)。当然,矿藏作为客体有不特定性,但国家可以通过设定一个一般性禁止,即确立勘查、开采矿产资源的行政许可制,来对矿藏这个有不特定性的客体行使其支配权即公权力——“勘查、开采矿产资源,必须依法分别申请、经批准取

得探矿权、采矿权,并办理登记”(《矿产资源法》第3条第2款)。对符合条件者解除这个一般性禁止、赋予其矿业权,其实是:经审查,由该“人”勘查或开采特定矿藏有利于确保矿藏服务于全民这个目的——“保障社会主义现代化建设的当前和长远的需要”(《矿产资源法》第1条)。(《矿产资源法》等对矿业权人资质条件的要求,对勘查与开采过程的规制,都服务于这一目的。从计划经济时代的“行政授权+无偿取得+不得流转”,到社会主义市场经济下的“行政许可+有偿取得+可以流转”,这一制度变革也是服务于这一目的——“通过市场来调节和配置矿产资源,最终使国家最大限度地享受到了矿产资源所有者的经济利益”(将全民从矿产资源的收益最大化)。<sup>④</sup>计划经济时代的做法,助长了乱采滥挖、越界开采和严重浪费矿产资源的现象,<sup>⑤</sup>显然不利于这一目的的实现。而作为实现这一目的的手段,“行政许可+有偿取得”是纵向的分配,“可以流转”则是横向的分配,后者体现矿业权的民事权利性。

这样理解的好处是:第一,可以绕开以下三个解释学难题:(1)“客体不特定的所有权”,(2)“(作为所有权的)国家所有权→行政许可(而非民事法律行为)→矿业权(民事权利)”,(3)“未取得采矿许可证擅自采矿→行政处罚+刑罚(而非侵权责任)”;第二,可以避免用“公法上的物权”等概念去指称矿业权,从而确保矿业权的民事权利性,与多年来的司法实践保持一致。

值得注意的是,日本也曾经在1905年《矿业法》(明治38年3月8日法律第45号,通称“旧矿业法”)中规定:“未采掘之矿物(含废矿及矿渣)概属国有。”(第3条)对此,美浓部达吉的解释是:“法律在此虽然写着‘概属国有’的字样,亦不能将其解为民法上的所有权之意,而应解为公法上的支配权。矿业许可就是这种国家公权的赋予行为。”“(矿业权的)公法性质,不如渔业权之显著。所以法律只将其关于矿业许可及取消的事项规定为行政上的争讼事项,而关于矿业权之范围的争执,则仍归法院管辖。”<sup>⑥</sup>这一解释符合当时日本的法律实践,其所面对的法律框架与我国当下也相差仿佛。而在1950年,日本旧矿业法被废止;新《矿业法》(昭和25年12月20日法律第289号)第2条规定:“赋予采掘和取得未采掘之矿物的权利的权能属于国家。”在结果上采纳了美浓部达吉的观点。

综上,矿业权的民事权利性作为自然资源的一种横向分配,遵从确保矿藏服务于全民这一行政目的。这是立法者在《矿产资源法》中表达的权衡。

至此,前述之矿山企业的“政策性关闭”问题,也获得了可理解性。就是说,1986年《矿产资源法》第17条规定的“非经国务院授权的有关主管部门同意,不得在……国家划定的自然保护区……开采矿产资源”,实际上是同法在资源开采与环境保护这两个公益之间进行的又一次权衡(在“国家划定的自然保护区”内原则上后者优先)。由于这一权衡表现为矿业权的消极要件,所以其意味是:公益之间的横向分配同时也是公益与私益之间的纵向分配。《自然保护区条例》第26条对开矿行为的进一步限制,即不仅国家级自然保护区不得开矿,地方级自然保护区也不得开矿,是其对《矿产资源法》第17条所表达的权衡的“续造”。“续造”的合法性不仅系于价值判断的内容是否与被续造的规范相一致,而且系于续造者是否有权作出续造。就此而言,我们可以从《矿产资源法》第17条中读出:国务院授权的有关主管部门有权在资源开采与环境保护这两个公益之间进行权衡,据此对公益与私益(矿业权)进行分配。显然,国务院也应当有这种权限。所以,不能认为《自然保护区条例》第26条违反《矿产资源法》第17条。

至于矿山企业的“政策性关闭”所意味的地方政府对《自然保护区条例》第26条的(曾经长期的)不执行,则应当归结为法治政府建设的问题。可以推断,之所以会出现这种问题,是因为地方政府总是要在环境保护与增加利税(财政目的)之间进行权衡,只不过这种权衡并非《矿产资源法》所预定。

## (二)智力成果

《民法典》第876条规定的“集成电路布图设计专有权、植物新品种权”,在范畴上属于知识产权,而且是在世界范围内得到广泛认可的两种知识产权。这意味着,这两种权利的法定化体现了普遍性,而以行政法规将之法定化则属于特殊性。

知识产权的客体是智力成果,是否赋予智力成果以知识产权本身是一种权衡:赋予,则会激励其创造者创造新的价值,从而激励社会整体的创造力;不赋予,可以让整个社会共享该智力成果,却使该智力成果的创造者乃至社会整体的创造力丧失相应的激励。所以,知识产权与其他民事权利相比,有着显著的法定性;知识产权制度本身有着显著的政策性。

在国际上,知识产权的成立采属地主义;各国法律制度中知识产权成立的条件难易不同。在国内法中,知识产权有保护期或保护期限,且保护期内获得保护的条件是向主管部门或审批机关缴费。这些制度设计都体现了知识产权制度的政策性。

更为重要的是,集成电路布图设计的使用有“非自愿许可”制度(《集成电路布图设计保护条例》第25条)、植物新品种的实施有“强制许可”制度(《植物新品种保护条例》第11条)。在这两种制度下,行政机关可以以国家利益或公共利益为由,违背权利人的意志,让他人分享其智力成果。这是一种典型的以公共性为媒介的利害分配。尽管该他人应当支付“合理的报酬”或“合理的使用费”,但双方就数额协商不成的,由行政机关裁决;对裁决不服的,向法院起诉(《集成电路布图设计保护条例》第28条、第29条,《植物新品种保护条例》第11条)——如前所述,这里的起诉当指行政诉讼。这意味着,报酬或使用费数额的权衡在行政过程与行政诉讼(而非民事诉讼)过程中展开;权利人与该他人之间的横向分配有公共性(纵向分配)。

相较而言,“中药品种保护权”有着显著的特殊性,正如其客体本身。《中药品种保护条例》将中药保护品种分为两个等级,两个等级的保护期限有显著区别:一级分别为三十年、二十年、十年,二级为七年;一级可延长,且延长次数未见限制,而二级是“在保护期满后以延长七年”。(第12条、第15条、第16条)。之所以有这种区别,是因为两个等级的保护方式和保护客体有差异:“被批准保护的中药品种,在保护期限内限于由获得《中药保护品种证书》的企业生产”(第17条)适用于所有两个等级,但“处方组成、工艺制法”,由“生产企业和有关的药品监督管理部门及有关单位和个人负责保密,不得公开”(第13条第1款);向国外转让的,“应当按照国家有关保密的规定办理”(第14条)这种保护仅限于一级。在中药一级保护品种专享的这种保护中,生产企业对“处方组成、工艺制法”的保密毋宁是一种义务,对国家的义务。不难看出,中药一级保护品种的“处方组成、工艺制法”作为“中药品种保护权”的客体,是一种国家秘密而非商业秘密。<sup>⑤</sup>或者更严密地说,它不是作为商业秘密,而是作为国家秘密受行政保护的。应当认为,中药一级保护品种在保护期限上所受“优待”,正是源于其“处方组成、工艺制法”的国家秘密性。

而一级与二级保护品种所共享的保护,则类似于一种“专营地位”(《反垄断法》第7条),即论者所说的“市场准入”。<sup>⑥</sup>立法者之所以赋予这种专营地位,是为了“控制中药生产低水平重复”“提高中药品种质量”。<sup>⑦</sup>换言之,这种保护是国家纯粹以公益为目的对中药企业进行的筛选和扶持(在中药市场中给予其特殊地位),被选中企业的专营地位(私益)只是公益的反射。即便获得保护的企业只有一家,其垄断性市场地位也只能是行政保护的反射,难言“独家生产权”。前述案例(见注释①)中法院的判断在结果上是正确的,但其说理需要商榷。因为,从《中药品种保护条例》的保护意图来看,认为“独家生产权”被侵害的企业,既无权提起行政诉讼请求法院撤销“侵权”企业所获得的行政许可(特别是中药品种保护),亦无权提起民事诉讼追究“侵权”企业的侵权责任,而只能以举报等方式请求行政机关对无许可的“侵权”企业进行查处。

综上,“中药品种保护权”的权利性存疑,不论是作为公权还是作为私权。《中药品种保护条例》保护的是中药本身,中药品种保护所意味的对中药生产企业的筛选、扶持是为了公益,而非特定中药生产企业的利益(私益);中药一级保护品种的“处方组成、工艺制法”不同于集成电路布图设计和植物新品种,其所受到的特殊保护,并非基于知识产权考量(将之视为智力成果,在此基础上在激励创造与共享智慧之间权衡)。归根结底,是因为中药品种的“处方组成、工艺制法”作为智力成果有特殊性。<sup>⑧</sup>

当然,《中药品种保护条例》第19条规定的“经批准仿制”,涉及仿制企业就被仿制中药品种的“处方组成、工艺制法”向被仿制企业支付“合理的使用费”;如前所述,该问题与企业之间的横向分配有关,本身是一种民事关系;“合理的使用费”当是一种民事权益。但是,与集成电路布图设计的非自愿许可和植物新品种实施的强制许可类似,行政法规就此所预备的纠纷解决方式是当事人协商+行政裁决,而非民事诉讼。<sup>⑨</sup>无须赘言,这是考虑到被仿制企业(权利人)与仿制企业之间的横向分配有公共性(纵向分配)。

### (三)环境容量

如前所述,排污权起于多年前的行政实践,并行稳至今;近年来,更是在司法实践中得到了广泛的认可。与之相较,法学对排污权的法律性质至今争议不绝。大体上有如下几种观点:物权说(用益物权或

准物权)、<sup>③</sup>公法上的物权说、<sup>④</sup>作为环境容量利用权的新型财产权说、<sup>⑤</sup>作为自然资源使用权的新型财产权说、<sup>⑥</sup>环境义务说、<sup>⑦</sup>客观事实说。<sup>⑧</sup>这几种观点中,物权说影响较大,新型财产权说正在扩大影响,大有成为通说之势。

本文无意与既存观点争论,而是试图以分配行政的观念,结合排污权交易制度,对排污权的构造加以解读。事实上,排污权概念本身与排污权交易制度是无法剥离的。就此而言,以下三点认识有前提性意义。

### 第一,环境≠自然资源。

《环境保护法》第2条:“本法所称环境,是指影响人类生存和发展的各种天然的和经过人工改造的自然因素的总体,包括大气、水、海洋、土地、矿藏、森林、草原、湿地、野生生物、自然遗迹、人文遗迹、自然保护区、风景名胜区、城市和乡村等。”“影响人类生存和发展的……自然因素的总体”是这个定义的关键,符合环境一词的“主体+空间”语义。也就是说,对于人类这个主体而言,环境是“自然因素的总体”,包括但不限于自然资源。更严密地说,自然资源对于人类而言,是一类环境要素,而非环境本身;人类可以支配自然资源,却无法支配环境。

这意味着,讨论排污权,不需要也不应当去援引自然资源国家所有权(《宪法》第9条、《民法典》第250条)——自然资源国家所有权的意味如前所述。尽管排污行为损害自然资源时,作为结果责任可能会发生侵权责任问题(参见《环境保护法》第64条)。

### 第二,环境容量在法律上的表现是总量控制。

生命总是要排污的,但我们不会把生命活动本身视为排污行为。这意味着,“排污”是人类历史发展到一定阶段后的一个实践性概念。更直接地说,家庭生活也需要排污(各种生活垃圾、污水等),但我们不会就家庭生活规定一种排污权。<sup>⑨</sup>因为,生活排污不会“影响人类生存和发展”,毋宁是人类生存的必然与必需。所以,排污权必然以排污行为在量上达到一定程度为前提,这个“一定程度”与环境容量概念有关,它是人类活动(特别是排污行为)的方式与规模足以让环境难堪重荷,且人类的理性对此有足够认知时才产生的概念。

环境容量作为一个自然科学概念,是指环境的纳污限值。科学的进步已经使我们可以将该限值量化,从而从事实层面证明“包括环境容量在内的各种

环境要素在特定条件下具有相对的可支配性”。<sup>⑩</sup>但是,环境容量作为一个法律或法学概念,则必然包含评价的要素,即从“人类生存和发展”角度对环境的纳污限值进行价值判断。排污权交易制度是一种法律制度,环境容量在这一制度中,必然包含环境容量确定者(主要是各级政府)的价值判断。总量控制中的“总量”即环境容量的法律表达。

### 第三,总量控制下的排污许可是排污权之源。

取得排污权意味着获得了排污许可,但未经许可排污却并不必然违法,如登山者在野外树丛中大小便。未经许可但并不违法的排污行为,或者是人类生存必然与必需的那些生活排污,或者是国家(法律)认为不需要规制的非生活排污(自由)。未经许可即被评价为违法,甚至被追究法律责任(行政处罚等)的排污行为,特指“实行排污许可管理的企业事业单位和其他生产经营者”的特定排污行为(《环境保护法》第45条第2款)。国家(法律)考虑到此类排污行为对于环境容量的意义及其本身的法律性质,基于国家的环境保护责任,对其设定了一般性禁止;排污许可即这种一般性禁止的解除。获得该解除的企业事业单位和其他生产经营者,实施相应的排污行为不再被评价为违法,不会被追究法律责任。企业事业单位和其他生产经营者可以通过这种容许,合法地排污并开展活动特别是经营活动。这些活动可以带来利益,由此,排污许可成为人们的欲求对象(稀缺性),从而具备了成为交易对象的可能性。当国家允许交易排污许可时,“排污权”概念就诞生了。

基于上述三点前提性认识,本文认为:排污权是国家以市场机制对环境容量进行分配(排污权的有偿取得)和再分配(排污权交易)的产物;排污权本身是排污许可(公法)的市场化(私法化)。从权利的法律性质角度对这一认识加以表述,即排污权既非权利(right)亦非特权(privilege)更非自由(liberty),它只是可交易的(排污)许可(license)。因为,排污许可是排污权交易的标的;无论是交易前还是交易后,排污许可对于被许可者(排污权的权利人)而言,都只是以国家对特定排污行为的容许为条件的一种法律上的行为能力。将这种法律上的行为能力说成“权利”,只是服务于其可交易性的一种表述方法。若驾照可以交易,那么完全可以将驾照表述为“驾车权”。

众所周知,排污权交易现象的产生与制度经济学、与科斯定理有关。经济学是关注人类活动的“动

因”的,不像传统法学那样,通常仅关注“当为”。以市场机制对环境容量进行分配的好处也是不言自明的:使减排获得激励;使国家对总量控制中的“总量”进行动态调整更为方便和顺畅。

附言一句,以分配行政的观念理解排污权,排污权的法律性质本身基本上只是一个说明方法的问题(当然,说明方法本身有合理与不合理之别)。因为,对于有排污需要的企事业单位和其他生产经营者而言,只要被允许和划算,他就会购买排污权以便开展相应的活动,特别是经营活动。这也是排污权既未列入物权法,也未列入民法典,但这并不妨碍司法实践中大量发生排污权交易相关民事案件的根本原因之所在。

### 五、公法私法二元论的射程——代结语

本文以民法典列举了相当多的与行政法有关的民事权利为线索,对行政法与民事权利的关系进行了尝试性追问。根据本文的调查,在我国现行法下,不仅是行政法规,甚至规章以下的行政规范性文件都在以创设民事权益的方式去实现行政目的,如植物新品种权、集成电路布图设计专有权、排污权、中药品种保护权等。按照方新军教授提出的“权利保护的形式主义解释方法”,这些民事权益中,有的(如排污权)是否堪称“权利”不无疑义,有的(植物新品种权、集成电路布图设计专有权)是否应当理解为是行政法规所创设可以商榷。本文赞同方教授的立法法解释,故而采用了“民事权益”这个相对模糊的指称。

本文还尝试着以“分配行政”的观念,对这些行政法创设民事权益的现象进行理论说明,即行政的现代性(利害关系错综复杂)要求,以公共性为媒介的利害分配需通盘权衡;我国的特殊性(国家掌握了更多的资源,承担了更多的任务)使这种通盘权衡具备了广泛的现实性。例如,矿业权等用益物权是以矿藏服务于全民为媒介分配自然资源,集成电路布图设计专有权、植物新品种权等知识产权是基于激励创造与共享智慧之间的权衡分配智力成果,排污权是为更好地保护环境而以市场机制分配环境容量。中药品种保护权比较特殊,它是为了保护中药为目的对中药企业进行的筛选和扶持,但采用的分配工具是公法上的“专营地位”而非民事权益,故而其权利性存疑。

从本文的上述考察来看,公法私法二元论已经不足以理解我国现行法,甚至会导致某些解释论的扭曲。至少在实体法层面是如此。例如,关于矿业

权,以矿业权是民事权利为立足点,将自然资源国家所有权理解为国家的民事权利,造成了一系列本可避免的解释学难题。又如,关于排污权,从排污权是民事权利出发,追问其权利的法律性质,引发了生产性极为有限的聚讼纷纭。对中药品种保护权的讨论与此类似。

这一点也体现在立法上,因为立法是当时当地法律思想的集成。《民法典》在物权编所有权分编规定矿藏、水流、海域、森林、山岭、草原、荒地、滩涂、无线电频谱资源、野生动植物资源……“属于国家所有”(第247条、第250-252条),同时在物权编通则分编规定“依法属于国家所有的自然资源,所有权可以不登记”(第209条第2款),显然是将这些国家所有权统统作为民事权利来理解和对待的。这在理论上不耐推敲。坦率地说,(立法过程中)私法学与公法学的隔膜难辞其咎。

需要指出的是,可以用分配行政的观念来理解的行政法创设民事权益的现象,本文无法穷尽。同时,以公共性为媒介的利害分配不仅有方向上的问题(横向与纵向),还有权衡过程或曰阶段上的问题,如立法过程、行政过程、诉讼(包括民事诉讼)过程。以实定法素材对这些过程进行描述和分析,可能会发现更多的公法与私法重叠、协同、交错乃至交融等现象。日本学者美浓部达吉在20世纪30年代指出了“私法的公法化”,<sup>①</sup>而在我国当下,既可以看到“私法的公法化”(如集成电路布图设计使用的“非自愿许可”等制度,以及其中的关于“合理的报酬”等的行政裁决),又可以目睹“公法的私法化”(如排污权)。克服公法私法二元论是我国私法学与公法学共同面对的课题。

当然,这并不意味着公法私法二元论已经完全失去存在意义。因为,我国还有行政诉讼制度(程序法)。换言之,时至今日,公法私法二元论的射程基本上投射为行政诉讼的射程。

#### 注释:

①王利明:《民法典令人瞩目的体系创新》,载《北京日报》2020年8月10日,第13版。

②参见崔建远:《论争中的渔业权》,载《法商研究》2005年第6期;王克稳:《自然资源特许使用权之论》,载《公法研究》2012年第1期。这两篇论文分别出自私法与公法学者之手,其观点呈现出耐人寻味的对比。前者认为渔业权是私权即民

事权利；后者则认为渔业权、探矿权、采矿权等“自然资源特许使用权”是一种“完全不同于私法物权的”“公法上的物权”。

③方新军：《权利保护的形式主义解释方法及其意义》，载《中国法律评论》2020年第3期，第63页。

④方新军教授的论证中包含一个小前提，即“民事权利属于民事基本制度”。可能是由于缺乏制度平台，何谓“民事基本制度”？相关解释论尚未充分展开。至少，笔者没有检索到通说。不过，有裁判明确指出：“本院认为，民事权利义务属于民事基本制度”。[“黑龙江天融旅游客运有限公司与明水县客运公司服务合同纠纷申请案”民事裁定书，最高人民法院(2012)民申字第515号]

⑤方新军：《权利保护的形式主义解释方法及其意义》，载《中国法律评论》2020年第3期，第65页。

⑥方新军：《权利保护的形式主义解释方法及其意义》，载《中国法律评论》2020年第3期，第63、65页。

⑦《立法法》第65条第3款规定：“应当由全国人民代表大会及其常务委员会制定法律的事项，国务院根据全国人民代表大会及其常务委员会的授权决定先制定的行政法规，经过实践检验，制定法律的条件成熟时，国务院应当及时提请全国人民代表大会及其常务委员会制定法律。”

⑧《环境保护法》(1979年试行，1989年、2014年修改)、《水污染防治法》(1984年施行，1996年、2008年、2017年修改)和《环境保护税法》(2016年施行，2018年修改)都未规定排污权，《排污费征收使用管理条例》(2003年施行)和取代它的《环境保护税法实施条例》(2018年施行)这两部行政法规也没有相关规定。

⑨当时的《上海市黄浦江上游水源保护条例》(已失效)第7条规定：“在水源保护区和准水源保护区内，污染物排放总量控制指标可以在区、县范围内综合平衡。”正是在这一规定下，上海市环保部门认可并支持排污指标在企业间的流转，于1987年在闵行区促成了中国第一例排污指标转让。参见赵贺：《排污权交易的理论与实践——结合上海排放权交易》，载《上海综合经济》2002年第1期，第10—11页。

⑩张曼、屠梅曾：《排污权交易制度在中国的应用探析》，载《科学·经济·社会》2002年第4期，第47页。

⑪规定了排污权的政府规章有《成都市排污权交易管理规定》(2012年6月13日成都市人民政府令第175号发布，2019年12月19日成都市人民政府令第204号废止)；《沈阳市排污权有偿使用和交易管理办法》(2017年7月29日沈阳市人民政府令第66号发布)。规章以下的规范性文件中，《兰州市初始排污权分配确权管理办法(试行)》(兰州市政府2016年12月30日发布)有代表性。

⑫2020年10月23日，笔者在“北大法宝”键入“排污权”，检索到251件“民事案例”；键入“排污权交易”，检索到56件“民事案例”。

⑬广西壮族自治区桂林市中级人民法院(2003)桂市民初字第70号。

⑭广西壮族自治区高级人民法院(2004)桂民三终字第11号。

⑮周冕：《论中药品种保护侵权的民事责任——以一起中药品种保护侵权纠纷案为例》，载《法律适用》2005年第3期，第82页。

⑯韦晓云：《中药品种知识产权保护的实质》，载《人民司法》2005年第9期，第68页。

⑰否定“中药品种保护权”之权利性的裁判有“延边敖东制药厂诉无锡健宏药业总公司侵害中药品种保护权案”一审判决，江苏省无锡市中级人民法院(1995)锡经初字第5号。肯定“中药品种保护权”之权利性的裁判有“青海金河藏药药业有限公司诉青海久美藏药药业有限公司案”一、二审判决，青海省西宁市中级人民法院(1999)宁民初字第40号；青海省高级人民法院(2000)青民终字第31号。

⑱《中药品种保护条例》第17条规定：“被批准保护的中药品种，在保护期内限于由获得《中药保护品种证书》的企业生产。”

⑲“(原告)未提交证据证明其就地黄润口服液向国家卫生行政部门申请中药品种保护并取得《中药保护品种证书》，康某医药提交的现有证据不足以证明其对地黄润口服液享有独家生产权，康某医药认为被告未经其允许生产地黄润口服液侵犯其权利的主张本院不予支持。”河南省郑州市中级人民法院(2011)郑民三初字第63号。

⑳《专利法》第57条和第58条、《集成电路保护条例》第28条和第29条所预备的纠纷解决方式是当事人协商+行政裁决+“向人民法院起诉”。尽管这些法条没有明言所谓“向人民法院起诉”是指行政诉讼还是指民事诉讼，但其要件部分有“对……裁决不服的”表述，在语义上当指行政诉讼。但笔者未检索到生效裁判以为佐证。重要的是，为什么是行政诉讼而非民事诉讼？作为立法论，这些法律规定本身可以讨论。

㉑山东省高级人民法院(2020)鲁行终第788号。

㉒四川省绵阳市中级人民法院(2019)川07行初字第53号。

㉓Schmidt-Abmann, Dasallgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee und System: Insbesondere zur Bedeutung von Rechtsform und Verfahren im Verwaltungsrecht(1982), S. 18-23. 转引自山本隆司『行政上の主観法と法関係』有斐閣2000年247页。

㉔山本隆司『行政上の主観法と法関係』有斐閣2000年248页。

㉕山本隆司『行政上の主観法と法関係』有斐閣2000年256页。

㉖奥托·迈耶曾经以“企业国家观”描述行政国家现象：在今天，国家已经进入社会生活之中，在私人之间、与私人同样地、但采取与私人不同的方法处理其事务，为了实现这一目的，国家准备了人或物的各种手段，用这些手段与人民发生各种关系，通过这些活动对人民的生活和经济加以助长或者利用。国家是一个伟大的企业(Anstalt)，其目的在于公共福祉，即以实现公共利益所必需之所有便宜为目的而被设立和管理

的伟大企业(盐野宏『オツト・マイヤー行政法学の构造』有斐阁1962年83頁以下)。

②7 参见刘松山:《国家立法三十年的回顾与展望》,载《中国法学》2009年第1期,第33—34页。

②8 参见林宜灿:《立法与行政之间的授权立法——授权国务院立法制度研究》,载《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2018年第5期,第95页。另外,关于中国法中的“法律试行”,参见季衡東『超近代の法——中国法秩序の深層構造』ミネルヴァ書房1999年218頁以下。

②9 参见[日]太田匡彦:“行政分配的构造与程序”,鲁鹏宇译,载《公法研究》2016年第2期,第233页。

③0 不过,与“使用水域、滩涂从事养殖、捕捞的权利”相关的水域、滩涂,存在集体所有的情况(《渔业法》第11条第2款)。

③1 参见崔建远、晓坤:《矿业权基本问题探讨》,载《法学研究》1998年第4期,第83页;李显冬、刘志强:《论矿业权的法律属性》,载《当代法学》2009年第2期,第107页。

③2 王克稳:《自然资源特许使用权之论》,载《公法研究》2012年第1期,第18页。

③3 参见肖泽晟:《宪法意义上的国家所有权》,载《法学》2014年第5期;李忠夏:《宪法上的“国家所有权”:一场美丽的误会》,载《清华法学》2015年第5期;张力:《国家所有权遁入私法:路径与实质》,载《法学研究》2016年第4期。

③4 李显冬、刘志强:《论矿业权的法律属性》,载《当代法学》2009年第2期,第104页。

③5 孙宏涛、田强:《论矿业权的流转》,载《中国矿业大学学报(社会科学版)》2005年第3期,第61页。

③6 [日]美浓部达吉:《公法与私法》,黄冯明译、周旋勘校,中国政法大学出版社2002年版,第161—162页。日文原书刊于1935年(美濃部達吉『公法と私法』日本評論社1935年)。

③7 《中医药法》第43条第3款规定:“国家对经依法认定属于国家秘密的传统中药处方组成和生产工艺实行特殊保护。”《中医药行业国家秘密及其密级具体范围的规定》(国家中医药管理局和国家保密局,1990年5月17日起生效)将“在国际市场上具有一定竞争优势或潜力的中药生产关键工艺技术及药物配方”列为“秘密级事项”。

③8 高建美、宋晓亭:《中药品种保护制度之法律职能》,载《科技与法律》2016年第6期,第1046页;韦晓云:《中药品种知识产权保护的实质》,载《人民司法》2005年第9期,第68页。

③9 韦晓云:《中药品种知识产权保护的实质》,载《人民司法》2005年第9期,第68页。换言之,《中药品种保护条例》第1条(“为了提高中药品种的质量,保护中药生产企业的合法权益,促进中药事业的发展,制定本条例”)中的“保护中药生产企业的合法权益”,只是一种宣示性表述,并不意味着该条例的立法目的在于保护中药生产企业的利益。朴素地说,“保护你但不是为了你”,何况“保护的并不是你”(中药品种≠中药生产企业)。

④0 与西药相比,中药的特点在于:很多中药品种的处方组成、工艺制法是古籍上早有记载的,不具有新颖性和创造性;中药大多为复方,多种药物混合在一起可能发生复杂的化学反应,难以用科学的手段从制剂中分析出原始配方和制造工艺,更难以还原为明确具体的化学结构式;“中药组方一旦公开,就要冒他人从组方中提取活性成分制成新药的风险”,等等。这导致中药与知识产权保护本就不具有亲和性。参见韦晓云:《中药品种知识产权保护的实质》,载《人民司法》2005年第9期,第64—65页。

④1 与《集成电路布图设计保护条例》《植物新品种保护条例》不同,《中药品种保护条例》并未在协商+行政裁决之后,预定行政诉讼。参见该条例第19条、第24条。

④2 参见吕忠梅:《论环境使用权交易制度》,载《政法论坛》2000年第4期,第129页;高利红、余耀军:《论排污权的法律性质》,载《郑州大学学报(哲学社会科学版)》2003年第3期,第85页;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64页;于文轩、李涛:《论排污权的法律属性及其制度实现》,载《南京工业大学学报(社会科学版)》2017年第3期,第51页。

④3 王克稳:《自然资源特许使用权之论》,载《公法研究》2012年第1期,第18页。

④4 王社坤:《环境容量利用:法律属性与权利构造》,载《中国人口·资源与环境》2011年第3期,第31页。

④5 李义松:《论排污权的定位及法律性质》,载《东南大学学报(哲学社会科学版)》2015年第1期,第98页。

④6 巩海平、周莹莹:《“排污权”权利属性的辨析》,载《西部法学评论》2019年第6期,第40页。

④7 邱邦、白冰:“排污权不是权利——评《国务院办公厅关于进一步推进排污权有偿使用和交易试点工作的指导意见》”,载《温州大学学报(社会科学版)》2015年第1期,第39页。

④8 在“龙先法与谭德玉相邻关系纠纷上诉案”[湖南省常德市中级人民法院(2014)常民三终字第149号]中,被告修砌的自建房围墙妨碍了邻居(原告)设置排水排污设施,原告提起民事诉讼,以被告所建围墙侵害其排污权为由,请求法院排除妨害。法院按相邻权纠纷进行了处理。

④9 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64页。参见王社坤:《环境容量利用:法律属性与权利构造》,载《中国人口·资源与环境》2011年第3期,第30页。

⑤0 《国务院办公厅关于进一步推进排污权有偿使用和交易试点工作的指导意见》(国办发[2014]38号)明确提到“充分发挥市场在资源配置中的决定性作用”。

⑤1 参见[美]霍菲尔德:《基本法律概念》,张书友译,中国法制出版社2009年版,第26页以下,特别是第51—52页。

⑤2 [日]美浓部达吉:《公法与私法》,黄冯明译、周旋勘校,中国政法大学出版社2002年版,第233页以下。