双阶理论视域下碳排放权的法律属性及规制研究

秦天宝

【摘　　要】碳排放权既蕴含了环境保护及碳排放管控的公法特征，也体现了意思自治及自由协商的私法内涵。在传统“非公即私”的思维桎梏下，碳排放权的法律性质尚存在较大争议，单纯公法属性观抑或私法属性观均难以实现逻辑自洽。可以以德国双阶理论为视角对碳排放权的法律属性予以重构：纵向上，将碳排放权在注册登记之前界定为公法属性，注册登记后原则上视为私法属性；横向上，从制度价值、市场风险、规范体系等角度厘清公权力介入碳排放权交易机制的正当性，彰显碳排放权交易阶段公私法之间的交织与衡平逻辑。基于此，应从构建公私主体协力共治的外部保障机制、明晰涉碳纠纷救济途径之双重进路发展碳排放权制度。

【关 键 词】碳排放权；法律属性；双阶理论

【作者简介】秦天宝，武汉大学环境法研究所教授，法学博士。

【原文出处】《比较法研究》（京），2023.2.122～135

【基金项目】本文系最高人民法院2022年度司法研究重大课题“司法服务保障碳达峰碳中和研究”和国家社会科学基金重大项目“整体系统观下生物多样性保护的法律规制研究”（项目编号：19ZDA162）的阶段性研究成果。

一、问题的提出：碳排放权属性界定之困顿

碳排放权交易制度作为解决气候变化问题、实现“双碳”目标的核心手段，在我国经历了从地方试点到全国推广的发展历程。从2011年国家发展改革委办公厅发布《关于开展碳排放权交易试点工作的通知》批准在7个省市试点碳排放权交易机制，到2017年启动全国碳排放权交易市场，再到2021年生态环境部发布《碳排放权交易管理办法(试行)》，经过十余年的发展，我国碳排放权交易制度逐步改革推进，整体架构日趋完善。

碳排放权是碳排放权交易制度的理论基础与核心。然而，不论是在规范抑或学理层面，碳排放权的法律属性这一核心问题仍未得定论。在规范层面，碳排放权概念基于国际法而产生。“温室气体排放权”的表述首次出现在《京都议定书》中，并于其后被加入议定书的国家在国内法中予以明确。目前，我国法律中仍没有“碳排放权”的明确定义，《碳排放权交易管理暂行办法》和试点碳市场立法均未明确碳排放权的法律属性。①

在学理层面，鉴于碳排放权既蕴含了环境保护及碳排放管控的公法特征，也体现了意思自治及自由协商的私法内涵，学界对其属性界定存在诸多分歧。然而，不论是以行政许可说、环境权说和发展权说为代表的公法属性观，还是以特殊用益物权说和准物权说为代表的私法属性观，抑或是以新财产权为代表的混合属性观，其逻辑推演路径或是未脱离“公私对立”“非公即私”的传统视野和思维定式，或是生搬硬套域外法律概念而未加本土化改造。

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

因对碳排放权法律属性这一基础核心问题未达成共识，也引发了司法实践中的混乱，在一定程度上制约了碳排放权交易制度的实践与发展，影响了“双碳”目标的实现。因此，找到可以衡平公私利益的解释路径，厘清碳排放权中交织的公私法律关系，对于推动我国碳排放权交易制度健康持续发展具有重要的意义。本文试图在双阶理论的视域下，从纵向和横向两个角度重构碳排放权法律属性，并基于此对碳排放权的制度完善提出建议。

二、学理争鸣：碳排放权法律属性的理论分歧及辩思

目前，学界对于碳排放权的法律属性形成了三类主要观点，即着眼于环境保护及碳排放管控目标的“公法属性观”，关注碳交易意思自治及自由协商特征的“私法属性观”，以及在两者基础上形成的“混合属性观”。

(一)公法属性观及其解释路径

1.行政规制说

行政规制说认为碳排放权是一种受到国家管控和支配的排放资格。国家出于环境保护的目的，对部分碳排放行为设立了一般性禁止，而碳排放权实际上是对这种一般性禁止的解除。[②]对于碳排放权利人而言，获得碳排放权即为获得碳排放许可，是可以在合理限度内向大气排放二氧化碳而不被评价为违法的行为能力。将这种法律上的资格或行为能力称之为“权利”，只是服务于其可交易性的一种表述方法。

该学派认为，碳排放权交易实质上就是一套行政管理体制。碳排放权交易虽在外观上是一种市场化的机制，但实际是一套人为设计、精细复杂的行政管理制度。从立法到实施，再到碳市场的建构、运作和管理，均是基于行政管理作出的。

2.环境权说

环境权学说认为碳排放权体现了排放主体可以因自身生产或生活需要适度向大气排放二氧化碳的权利，契合了环境权蕴含的保障环境法律关系主体在具有尊严和健康的环境中合理利用环境资源的内涵。[③]因而，碳排放权在一定程度上包含在环境权中，是其一项重要的内容。

3.发展权说

主张碳排放权属于发展权的学者认为发展权是人权的一种，碳排放权不仅关系到人权的发展，更关系到一个国家与民族甚至是整个国际社会的发展。[④]不论是个人还是国家均享有发展权。对于个人而言，享有基本的生理和生存发展是发展权的内涵。对于国家而言，发展权不仅需要国家自身拥有稳定良好的政治、经济、文化和生态环境，还需要国家对各种自然资源享有自由调配的主权，能够为本国公民创造一个可以利用自然资源实现个人发展的社会环境。碳排放权与国家的生态和经济环境密切相关，也能够体现国家合理分配与调控资源的能力，因此具有发展权的属性。

(二)私法属性观及其解释路径

1.特殊的用益物权说

采此说的学者认为，碳排放权的客体是环境容量，其资源所有权归国家。虽然环境容量本身是无形的物理空间，但根据王利明教授的观点，一个物即使不具有物理上的独立性，也可以交易上的观念和法律标准来确定某物是否具有独立性。[⑤]以此为基点，在一定时间和一定空间的限制条件下，环境容量具有了作为空间之“物”的可行性。

国家通过控制大气环境容量资源的所有权来矫正市场失灵。通常来说，国家通过分配、拍卖等形式将大气环境容量使用权转让给碳排放权利人，实现使用权与所有权的分离。[⑥]碳排放权利人可以根据碳排放登记载明的数额和条件行使碳排放权，这可以理解为对归属于国家的环境容量的占有、使用和收益的权利。[⑦]因此，碳排放权可被视为一种特殊的用益物权。

2.准物权说

准物权并非是性质相同的单一权利称谓，而是由一组性质有别的权利组成。准物权作为权利束，通说认为由矿业权、水权、渔业权和狩猎权等组成。[⑧]准物权说主张，碳排放权客体为大气环境容量，但大气环境容量的载体不符合客体为不动产的用益物权特征。同时因碳排放权产生于行政

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

许可，其目的是为了保护环境，权利行使上也要受更多公法规范的制约，因此在法域划分上不能归于传统的用益物权，而应在物权体系之外，归于准物权范畴。[9]

碳排放权作为准物权的特殊性主要体现在客体的特定性方面。站在解释论的视角，作为碳排放权客体的环境容量仅具有相对的可支配性，需要一定空间和一定时间作为限制条件才能被特定化。此外，碳排放权制度的核心侧重于利用权利客体，追求在无害环境的前提下实现环境容量资源价值最大化。这也必将导致多主体同时对环境容量资源予以用益的情况发生。[10]

(三)混合属性观及其解释路径

部分物权学说的批评者主张借鉴英美法系的新财产理论来解释碳排放权。在英美的财产法制度下，只要法律赋予特定主体的权利即为财产。特定主体对资源的占有、使用、收益的权利是财产权的表现形式。[11]新财产权学说认为，所谓的新财产是指诸如薪水与福利、职业许可、专营许可、政府合同、补贴、公共资源的使用权、劳务等之类的政府福利，一旦政府许可被以法律的形式确定下来，那么该权利便成为权利人的财产，从而可以进行交易。[12]

碳排放权的产生与取得是通过公权力机关的行政许可，这不同于传统财产权通过当事方合意或法律规定的取得方式。公权力的参与使得碳排放权具有了特殊性。实践中，政府一般采取免费分配的方式将特定数额的碳配额发放给控排企业，也有少部分情况下会采用拍卖的形式进行有偿分配。除碳配额外，控排企业取得核证减排量也需要经政府及第三方机构的核定。与此同时，由于碳排放权被国家和政府所赋予的经济价值，使得碳排放权利人能够根据登记载明的额度与方式进行交易等。

在持新财产权学说的学者看来，碳排放权本身既不是纯粹的公权力，亦非纯粹的私权利，新财产权学说的公私兼容性特性能够与碳排放权的公私混合属性相契合。另一方面，将碳排放权视为新财产权符合新财产权侧重的对财产的保护功能：一是保护权利不受公权力的不当侵犯，二是确保政府对权利的公平分配。[13]

(四)难以回避的解释力瑕疵及引发的问题

不论是公法属性观，还是私法属性观抑或混合属性观，都遵循一定的解释路径对碳排放权的内涵进行了阐释。但受限于“非公即私”的思维定式，以及对域外理论的生搬硬套，其解释力不可避免地存在一定的瑕疵。

公法属性观中，行政规制说忽视了私法在自由交易市场中的角色。若存在公权干预即可改变私权属性，则可能就不存在真正意义上的纯正私权。[14]权利的属性不能仅取决于其产生的方式。诚然，行政许可作为碳排放权的来源，是碳排放权制度链条上必不可少的一环，但并不意味着可以被视为碳排放权制度的全部。鉴于我国行政许可法以禁止行政许可转让为原则，若将碳排放权定义为行政许可，那么碳排放权交易环节将面临法理上无法逾越的障碍。环境权说的理论内容则过于抽象，不利于后续碳排放交易机制的构建，因此该学说在国内学界的影响现式微之势。[15]将碳排放权定义为发展权则过于片面。权属界定和私有化是市场运行的基础和保障，而发展权的内涵显然与此并无交集。因此，简单地将碳排放权界定为发展权的观点过于片面，不利于对具有实操属性的碳排放权交易制度的构建和实施提供指引。

私法属性观中，用益物权说的优势在于若能直接适用既有的用益物权理论则较为便利。但其问题在于，用益物权本身是不动产物权，而碳排放权的客体大气环境容量是在解释论视角下通过“技术改造”和“观念革新”而形成的概念，不是传统物权理论中的不动产。因此，碳排放权直接适用现行传统的用益物权理论存在明显不妥。若要采用该学说，现行用益物权理论势必要进行一定的变革。准物权说虽然看到了碳排放权不同于典型用益物权之处，但是准物权本身却没有明确的概念内涵与外延界定，概念过于宽泛。在准物权理论下，只要具备一定的物权特征的权利均可以被纳入其体系中，导致准物权的边界无限扩张，成为一种口袋权。

目前的公私混合属性观则未对域外法学概念进

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

行本土化改造。新财产权学说没有局限于“非公即私”的思维定式中,而是阐释了碳排放权公私兼容的属性特性,这是其与其他传统学说理论相比的一大进步。但与此同时,新财产权说照搬英美法系中的财产权概念,不加以本土化改造就直接适用的做法值得商榷。英美法系的财产权在法理逻辑和概念内涵上与大陆法系并不完全相同,我国是否有适合其生存的法律土壤还值得探讨。

碳排放权的确具有特殊性,一方面有经过行政机关初始分配产生的公法属性,另一方面又有平等主体间通过意思自治进行使用、贮存以及交易的私法属性。由于公益与私益存在重叠,一旦性质定位不准确,则可能会引发技术和道德两方面的危机。在技术层面,碳排放权法律性质的定位不仅影响碳排放权的创设、交易和清缴等法律问题,而且直接关系到它在其他法律部门中的地位。在实践中,碳排放权已经成为国内交易甚至国际交易的客体,碳排放权的法律性质决定了其法律适用、救济方式、碳排放权价值及控排目标的实现。在道德层面,摇摆的法律属性定位会诱发政府的机会主义和排放权人的机会主义这一双重机会主义风险。[16]若过于强调碳排放权的公权属性,则可能会导致政府作为公权力机关存在权利寻租风险,滋生腐败;反之,若过分强调碳排放权蕴含的私法属性,则碳排放权利人容易利用市场信息优势地位,过分追求私益最大化而损害环境公益。

三、公私承接:双阶理论引入和碳排放权的纵向公私划分

以德国行政法上的双阶理论为视角进行的权属研究,可以很好地突破“非公即私”的逻辑定势,为复合型法律权利或制度的属性提供更加周延的解释进路。双阶理论在兼顾公益与私益的基础上,以过程论的视角呈现碳排放权不同阶段的属性特征及内在的逻辑关系,有助于更为准确地界定碳排放权的法律性质。

(一)双阶理论的内涵与适用

随着福利国家的兴起,行政除了可以公权力直接影响私法关系,也可以通过私法形态的行为完成公法任务,这就产生了公私法互相影响与融合的情形。为了规范这种新型的公私融合活动,德国学者创设了双阶理论,以帮助厘清此类错综复杂的公私混合法律问题。

双阶理论是德国学者易普森于1951年针对邦际三边委员会拒绝对某影片提供债务保证,以致该影片无法正常上映所产生的权利救济争议问题而衍生出的。[17]1956年,易普森在《对私人的公法补助》一书中正式提出了“双阶理论”概念。他将过去单一的补助关系区分为两个阶段:第一阶段中,公权力主体依据公法决定是否给付;第二阶段中,公权力主体与私权利主体缔结一个关于如何给付的私法上的契约。双阶理论通过逻辑上的两大拟制阶段,使得具有公私混合属性行政协议在法律救济途径上得以清晰化,不仅有助于保护补贴申请人的权益,而且有助于减少公权力机关在以私法形式完成公法目的时滥权的可能性。

随着行政法学的不断发展,双阶理论的正当性也经历过从动摇到复兴的波折发展。双阶理论诞生后不久,行政私法学派就对双阶理论发起了挑战。行政私法学派秉持公私法严格对立思维,主张将通过考察某一行为适用的准据法性质来确定行为的性质。该学派的代表人物沃尔夫认为双阶理论强行将本属于同一法律关系的两个阶段进行人为划分,这种法律拟制分割也不利于判断前一阶段法律关系瑕疵对后一阶段的影响。[18]然而,到了20世纪90年代,随着民营化进程的加快,提倡公私法相互合作、交互支持的新行政法学在此背景下开始兴起。在新行政法学思潮下,政府在某些特定领域可以使用私法方式推行行政,充分利用公私法各自的优势。在公私法相互融合的时代,将复杂的社会关系按过程论的视角分阶段拆解后分别识别其法律属性进而适用不同的法律规范,明显优于行政私法理论中将公私法重叠适用的方式。[19]新行政法学高度赞扬双阶理论,认为双阶理论正视社会关系的多重属性,通过构建多重法律关系间的层次结构,借助相对成熟的私法手段完成行政目标,能够对公私利益进行全方位法律保护。

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

由于双阶理论实现了公私合作，促使公众福利的最大化，因而在理论界和实务界得到了很大的适用空间。德国法院在公用设施利用、国有土地出让等领域引入了双阶理论，目前仍适用这一理论来处理贷款和担保性质的补贴纠纷。[20]我国台湾地区深受德国法影响，较早引入了双阶理论并在政府采购法领域予以实践和接纳。我国大陆在政府采购领域和国有土地使用权合同领域也一定程度体现了双阶理论之内涵。[21]此外，在生态环境损害赔偿磋商协议、[22]自然资源特许使用协议[23]以及PPP协议[24]等纠纷救济上，也有许多学者主张适用双阶理论，构建混合救济模式。

(二)双阶理论视域下碳排放权属性之重构

我国碳排放权运行可分为排放数据报告、第三方核查、配额分配、买卖交易和履约清缴五步。在双阶理论视域下，碳排放权运行的阶段性非常明显，宜在纵向上被划分为相承接的公权属性与私权属性两阶段。

1.第一阶段：碳排放权的原始取得凸显公法属性

碳排放权的原始取得是在政府或环境主管部门确定碳排放总量控制目标的前提下，由生态环境主管部门对排放主体进行的初次分配。同时，排放主体对获得的碳排放权进行注册登记。为了衡平环境正义与效率，政府需要综合运用行政调查权、行政确认权及行政许可权，对企业碳排放数据进行审定、核查、核证，进而确定重点排放单位，确定管辖行政区域内的碳排放总量，制定碳排放权的分配方案。总量控制目标设定、重点排放单位确定以及碳排放权初始分配等步骤，无不体现了公权力部门发挥职权能动主义，运用行政主导权履行大气环境保护职责。

碳排放权的原始取得是依据相关公法规范进行的，政府运用行政许可权进行碳排放权的初始分配是第一阶段中最为重要的一环。行政许可是在法无授权即禁止的情形下，需要行政相对人依法向行政机关提出申请，行政机关经审查之后，作出准许或不予准许的决定，其中准许的方式可以包括许可证、执照等方式。[25]虽然碳排放配额的发放未经过申请程序，有别于传统的行政许可，但其实质是在总量控制的基础上由政府依照法定的程序进行分配的。在试点地区的实践中，碳排放配额均是由环境主管部门核定并分配给企业，且公权力机关可以对配额持有的上下限作出限制要求，还可根据减排目标的实现情况对已分配的配额进行调整。

碳排放权的原始取得也符合政府对碳排放行为管控的精神。取得碳排放权意味着获得了碳排放许可，但未经许可进行碳排放却并不必然违法，比如个人的日常生活产生的碳排放并不需要申领许可。未经许可即被评价为违法的碳排放行为，特指由政府确定的重点排放单位的特定排放行为。此类碳排放行为一般体量较大，容易超出环境容量的承载力，从而引发负外部性后果。鉴于此，国家作为大气环境保护监管者对其设定了一般性禁止，而获得碳排放许可则是对这种一般性禁止的解除。控排主体在获得碳排放权后实施相应的碳排放行为不再被评价为违法，不会被追究法律责任。[26]

2.第二阶段：碳排放权的使用及流转体现私法属性

美国学者莱西认为，随着福利国家的兴起，经营许可也属于财产的一种，一旦政府许可被以法律的形式确定下来，那么该权利便成为权利人的财产，从而可以进行交易。[27]就排放权而言，原本虚无缥缈的碳排放权通过碳排放权登记，其权属内容被确定了下来。由于碳排放权被公权力机关赋予了经济价值，碳排放权利人能够根据登记载明的额度与方式进行使用、贮存及交易等。

在我国的试点经验中，各地管理办法均允许对碳排放配额进行公开交易及融资。比如，环境主管部门基于调整碳市场价格的目的可以对已分配的配额进行回购；控排企业可以将碳排放权视为资产进行处理，在公司分立时对其进行分割，合并时予以承继；控排企业还可以将排放配额作为担保物探索担保融资等新型金融服务，如配额质押、配额回购等。以上交易及融资活动均说明配额具有物权特征和商品及资产属性。

在这一阶段，碳排放权发生流转、质押等法律关系，体现了实质上的私法属性。具体而言：(1)在涉及

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

到如何转让或质押的整个过程中，双方在市场经济中的地位平等，不存在哪一方凌驾于另一方的情形；(2)有关于碳排放权交易转让及质押的合意，并是双方的真实意思表示，不受公权力干涉和约束；(3)碳排放权交易合同或质押合同体现了双方的权利义务，各方均应依照民法规定履约；(4)碳排放权利人可以通过私法救济途径获得行权保护。

在第二阶段将碳排放权界定为一项私权利，具有重要的价值与功用。一方面，有利于构建标的清晰的碳排放权交易制度，通过将碳排放权归属于私权利，逐渐完善碳金融产品及衍生品体系，以最终实现国内外碳交易市场与品种的对接；另一方面，承认碳排放权的私权特性并对行政干预进行一定的约束和限制，可以降低交易或权利的不确定性风险，有利于充分发挥碳排放权交易的经济价值，赋予权利的对世性、排他性，在有效规制行政权力边界的同时，提高私主体参与碳交易的意愿，实现资源的有效利用，从而实现碳中和目标。

(三)注册登记的双重属性之于前后阶划分

双阶理论强调将复合型法律关系分割为两个阶段，需要针对各类制度的不同属性和特点分别拟制分割的节点。不可否认，阶段划分能够很好地辨识到制度运行过程中复数行为以及多重法律关系，但是也要认识到这种划分是拟制的。例如，在实际的补助案例中，当事人申请补助仅发生一个法律行为，而双阶理论强行将一个外观上单一的法律行为拆分成两个阶段的法律行为，实际上是人为拟制的。人为构造双阶需要遵循一定的原则，但各类制度和权利特点各异，找到可以统一适用的规则显得不切实际。较为合理的做法是对不同的权利或制度运行采用独立分析的模式。学者在对生态环境损害赔偿磋商、自然资源特许使用以及PPP等协议进行双阶构造时，根据制度的不同属性和特点，分别拟制划分的节点。

碳排放权呈现出公权行使与私法自治交织的特征。碳排放权行使环节中最不可忽视的制度链条就是兼具行政管理与权属确认双重功能，能够兼顾公私法属性并将两者结合的注册登记制度。[29]在对碳排放权进行双阶构造时，宜将具有公私双重功能的注册登记作为权利运行过程中纵向公私属性划分的节点。

《碳排放权登记管理规则(试行)》规定注册登记系统记录的信息是判断碳排放配额归属的最终依据。[30]在对于依行政程序由行政机关审核发放碳排放配额获得的碳排放权而言，注册登记程序应成为其取得碳排放权的生效条件，即非经注册登记，不得取得碳排放权。经过登记，行政机关和碳排放权利人之间产生了两种性质的法律关系。一是公法上的行政法律关系，即行政机关作为碳排放行为管理者与作为碳排放行为人的碳排放权利人之间的关系；二是私法领域的民事法律关系，即行政机关作为国家大气环境容量资源所有权人的国家资源管理部门与作为大气环境容量所有权及使用权人的碳排放权利人之间的民事法律关系。

这种情境下，注册登记具有了双重法律意义，客观上能够被拟制为双阶构造中的公私划分节点。其一是公法上的意义，注册登记是行政机关对碳排放权行使进行监督管理的行政必经程序；其二是私法上的意义，注册登记也是一种设权程序，是行政机关对排放权人的授受碳排放权的设权与公示程序。注册登记内容通常应当包括碳排放配额或核证减排量的持有数量和持有状态等技术性条款以及碳排放权利人、核准机关等当事人基本情况。登记之后，权利人对碳配额进行交易及质押时也需要遵循第一阶段中行政许可所设定的限制。

(四)碳排放权前后阶之间法律效力的关联性

碳排放权的两个阶段之间有着如何关联，第一阶段如何对第二阶段的效力产生影响，是构成双阶之间衔接的桥梁。碳排放权在第一阶段中具有公法属性，对其的创设或认许要以公权力机关作出具体行政行为为前提；而在第二阶段中，碳排放权可以在平等主体之间进行流转体现的是私权属性，这就要求其行使以满足私权运行模式为要件。第一阶段法律关系是第二阶段法律关系的前提和基础，没有第一阶段的行政效力就没有第二阶段的交易与履行，第二阶段法律关系又是助力第一阶段公法目标的一

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

种实现手段。两阶段法律关系为逻辑上的层层递进关系,并非孤立存在的。

在碳排放权运行的双阶关系中,第一阶段的行政行为是第二阶段的生效要件,第一阶段的行为决定了第二阶段行为的效力。行政机关作出许可排放的处分之后,碳排放权利人根据注册登记确权内容再进入二级市场进行交易流转。若没有前阶段行为就必然没有后续行为。

如果前置的碳排放权初次分配行为受到审查,那么后置阶段中碳排放权的流转和使用行为也应当进入审查范围。当第一阶段行政行为无效或违法时,第二阶段的民事法律关系效力也要随之失效或变更。[30]若由于排放主体提供不真实或者不完整信息,导致第一阶段的行政行为违法或无效时,则排放主体应承担碳排放权自始无效、当然无效及确定无效的法律后果。反之,若前阶段的行政行为是由于行政机关自身的原因而遭撤销时,其导致的后果不应当由后阶段的私主体承担,也即第二阶段的碳排放权私法行为不应当必然无效,而是可以随之产生变更或终结。[31]

四、公私交融:双阶理论修正和碳排放权的横向公私交织

在对双阶理论的适用与实践过程中,有观点认为以碳排放权交易为核心的第二阶段难以清晰地概述为纯粹的私法性质,也体现了公法要素和内容,民事内容和行政内容相互交融。在这种情形下,如何对双阶理论进行修正,如何界定公法借力私法的边界,如何平衡公私利益冲突仍需要进一步的研究和讨论。

(一)双阶理论的反思与修正

双阶理论在学术研究中也存在着不能解决的问题。根据易普森的双阶理论,第二阶段完全属于私法属性,权利的救济应当按照私法途径进行。[32]但是,学者在对政府采购、生态环境损害赔偿磋商、自然资源特许使用以及PPP等协议研究时,均发现其第二阶段并非完全是私法属性,而是存在某些条款具有公法属性。

事实上,双阶理论第二阶段涉及公法因素是不可否认的,随着行政形式选择自由理论在德国的发展,双阶理论也在后期的实践中不断深化,逐渐由"行政处分+民事合同"模式修正为"行政处分+民事合同"和"行政处分+行政合同"模式。[33]也就是说,第一阶段行政机关决定是否赋权仍是行政行为,适用公法规范调整;第二阶段如何行使权利则要视情况而定,若不涉及行政优益权,则适用私法规范调整;若行政机关在此阶段行使行政优益权对合同履行进行监督和变更,则适用公法规范调整。

双阶构造下的碳排放权,在第二阶段也并非完全私法属性。根据《碳排放权交易管理办法(试行)》的规定,在取得碳排放权后,控排企业若出现以下四种行为时会受到行政处罚:未足额清缴;未及时申报或虚假申报年度报告;不配合核查;通过欺诈、恶意串通、散布虚假信息等方式操纵碳排放权交易市场等其他行为。

实践中,已经出现了企业因篡改排放报告并虚假申报,行政主管机关履行监管职责对控排企业进行行政处罚的案例。2020年12月30日,内蒙古鄂尔多斯高新材料有限公司委托的中碳能投科技(北京)有限公司将2019年排放报告所附的全年各12份检测报告中部分内容篡改后,虚报给内蒙古自治区生态环境厅委托的第三方核查机构进行核查。鄂尔多斯高新材料有限公司通过篡改报告编号、样品标识号、送检日期、验讫日期和报告日期以及删除防伪二维码等方式虚报碳排放报告,使碳排放报告失去了真实性和准确性。内蒙古自治区生态环境厅认为,履行年度报告义务系企业的重要义务,事关后续清缴配额等事项。该公司违反了原《碳排放权交易管理暂行办法》第26条规定的重点排放单位对上一年度温室气体排放的监测、报告义务。依据《中华人民共和国行政处罚法》第23条和原《碳排放权交易管理暂行办法》第41条第1款的规定,内蒙古自治区生态环境厅于2021年6月5日对鄂尔多斯高新材料有限公司下达了环境违法行为责令改正决定书,责令该企业限期改正违法行为。此案是企业在取得碳排放配额后,因没有履行报告核查义务,进而影响了控排义务实现而受到行政处罚的典型案例。

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

(二)公权力介入碳排放权交易机制的正当性

随着功能主义和实用主义思潮在现代社会的逐渐兴起,法律也可以被视为一种解决现代社会复杂问题并满足社会治理目标的应对工具。[34]只要能够达到规制目标,公私法的界限不再泾渭分明,环境公法义务可以通过介入或借力私法的方式得以实现。

在社会功能层面,碳排放权具有社会公益性和生态公用性,其社会功能的实现需要更多地借助公法规范的强制性作用方能实现。我国建立碳排放权交易市场的首要目的是为了应对气候变化,高效达成"双碳"目标。这不仅决定了碳排放权的设定会依据公法规范,也会在一定程度上影响双阶理论视域下第二阶段中碳排放权行使准则。在第二阶段中,碳排放权的贮存、流转和清缴等不可避免地会涉及公共利益,均存在溢出的公法效果,可能对大气生态环境产生负外部性,进而超出私法意思自治的范畴而需要进入公法领域进行规制。虽然有自由市场环境主义者认为若想达到碳减排效果应当充分发挥碳市场的自我调节能力,但实践证明如果将碳排放权交易彻底市场化,会导致政府无法及时调控的问题。一旦出现由于过度分配碳排放配额或经济衰退企业排放量大量减少而导致碳价格过低的情形时,控排企业完全没有动力进行减排投资,碳排放权交易机制就将丧失其对碳排放的调节作用。[35]正因如此,需要公权力介入对碳市场进行管理和监督,从而完成碳排放权交易制度的设立目的。

碳市场作为一种新兴市场,政府有必要对其进行一定的行政规制,以维护市场稳定性并降低交易风险。由于碳排放权交易市场的制度构建尚不完善,存在交易者利用制度漏洞、交易系统漏洞等进行非法牟利的行为。较为典型的有欺诈操纵测量数据、出售不存在或属于他人的碳排放额度、对碳市场投资的环境或财政效益进行虚假或者误导性主张、利用碳市场监管不力实施欺诈或洗钱、通过黑客或网络钓鱼窃取碳排放额度等。因而,在碳排放权交易环节,有必要引入政府充当监管者的角色。首先,政府通过法律法规确立碳排放权的可交易性;其次,政府建立和完善促进碳排放权交易市场;再次,政府监督碳排放行为及碳交易行为;最后,政府通过设立风险管理机制降低交易风险。[36]

规范构建层面也体现了碳市场的运行需要适度的国家干预。对于全国性碳交易市场,我国形成了"1+1+3"的监管规则体系,即尚处于征求意见稿阶段的《碳排放权交易管理暂行条例》,生态环境部于2020年发布的《碳排放权交易管理办法(试行)》,以及生态环境部于2021年发布的《碳排放权登记管理规则(试行)》《碳排放权交易管理规则(试行)》和《碳排放权结算管理规则(试行)》。基于此,我国的碳配额管理机制一方面通过配额发放与管理对企业能排多少碳进行管控,另一方面通过监测、报告与核查机制对企业排了多少碳进行监测,并最终通过履约清缴机制确保对碳排放企业形成有效的管束。

(三)公权力介入碳排放权交易机制的限度

虽然在碳排放权交易阶段存在公法干预私法的情形,但碳排放权利人与交易相对人达成合意仍是该阶段的核心。在合意达成的过程中,行政机关并未以其强势地位进行干涉,碳排放权利人有意思表示的自由,因此碳排放权的私法属性更为凸显。也有学者认为,在我国目前的法制背景下,对民事合同的保护比行政合同更加全面有效,将处于模糊地带的合同定性为民事合同更有利于公共利益的保护。[37]

在碳排放权交易机制中,适度的公权力干预是必要的。在双阶理论视域下,碳排放权的第一阶段中公权力是绝对的主导。政府有权确定重点排放单位,有权确定管辖行政区域内的排放配额总量,也有权制定碳排放权的分配方案,在特殊的情况下政府还可以重新核定碳排放权配额。在碳排放权的第二阶段中,政府主要充当监管者的角色,对市场机制进行适度干预,在维护公共利益的前提下保障碳排放权交易市场机制的运行。

然而,在我国目前的碳排放权交易实践中行政色彩过于浓厚。在某些层面上,政府成了交易的幕后推动者,控排企业更多只是奉行政命令完成任务而已。这种实施方式使碳排放权交易方式的本质遭到一定程度的扭曲,使碳排放权交易本该具有的市

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

场调节功能陷入了沉默。久而久之,控排企业并不能最大程度上体会到碳排放交易机制对自身利益的正向作用,对于碳排放权交易的需求会呈递减之势,从而陷入恶性循环。这种现象是公权力对自身的职能没有一个正确的定位所造成的,也是必须纠正的一个错误倾向。

在碳排放交易过程中,行政机关要充分尊重民事主体的权益,审慎干预交易行为。首先,公权力干预碳排放权交易必须要求以公共利益为前提。行政机关介入碳排放权交易的前提条件是存在公共利益。只有当公共利益和私人利益存在冲突时,行政机关为了实现"双碳"目标,才可以介入碳排放交易。其次,行政机关的行为需要具有预见性,因此公权力的介入行为需要严格遵循法律法规的规定,只有在法律法规规定的情形出现时,行政机关才可以行使行政处罚权或行政裁量权。最后,公权力介入碳排放权交易需要严格遵守程序性规则,在进行行政处罚时严格按照法定的程序进行,听取控排企业的意见,给予其申辩、听证等程序性权利。

在公权力秉持审慎干预原则的同时,控排企业也要充分尊重公权力的适度介入行为。在深圳翔峰容器有限公司与深圳市发展和改革委员会行政诉讼案中,法院认为,深圳翔峰容器有限公司若对深圳市发展和改革委员会对其作出的履约通知不服,则应当向深圳市发展和改革委员会提出对第三方核查结果进行复核,否则,仅凭深圳翔峰容器有限公司单方面异议不构成不完成履约义务的正当理由。

(四)第二阶段中公益与私益的交织与衡平

1.碳排放权的适质性与额度限制

目前,以碳排放权设立权利质权仍缺乏上位法的依据。双阶理论视域下,碳排放权在第二阶段作为一种私权利在法律允许的范围内进行担保融资,必须满足我国民法典对于融资担保的原则性规定。[38]

由于碳排放权在第二阶段中作为私权利,具有以下可以作为权利质权标的的特点:首先,碳排放权具有使用和交换的价值,是一种可以流通的商品,具有财产权的属性。其次,企业在完成清缴义务后,对于通过节能减排等技术投入而富余的碳排放配额可以依法转让。再次,根据前文对碳排放权法律性质的论述,将碳排放权认定为一种双阶性的权利,所以其非属所有权和不动产用益物权,可以作为权利质权的标的。最后,依据物权法定原则缓和化理论,碳排放权可以视为我国民法典第440条第(七)项所规定的"法律、行政法规规定的可以出质的其他财产权利"。碳排放权在第二阶段作为一种私权利,尽管没有被现有的法律所明确规定,但是将其用于质押担保融资并没有违反我国民法典的禁止性规定,将其作为一种新型的质押担保财产,充分发挥其融资功能符合绿色信贷的价值追求。[39]

双阶理论视域下,碳排放权在第二阶段作为一种私权利在法律允许的范围内进行担保融资,必须满足我国民法典对于融资担保的原则性规定。就质押的额度而言,我们可以从相关规定中,看出立法对碳排放权交易的定调是具有限度的可交易性。《碳排放权交易管理办法(试行)》《全国碳排放权交易市场建设方案(发电行业)》《碳排放权交易管理暂行条例(草案修改稿)》均规定排放配额可以交易。其中,《全国碳排放权交易市场建设方案(发电行业)》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"。这说明可交易的配额被限定为排放主体完成清缴义务之外的富余配额,且只有可交易的配额才会具备商品和资产属性。[40]同理,在质押融资方面,只有在完成了减排义务的前提下,控排企业才能对其富余的配额进行金融融资操作。由此可见,碳排放权交易机制中介入了公权力的强力干预。

2.碳排放权司法冻结的可执行性

当前,涉碳司法强制措施具体适用查封、扣押或冻结暂无定论,强制措施的实施也无相关操作指引。从司法机关角度看,查封针对场所、设施或者财物;扣押针对财物;冻结针对存款、汇款等。碳排放权具有同质性、存放于账户,与股票、债券等证券有一定的相似性,因此规范为冻结更为恰当。

在双阶理论视域下,碳排放权在第二阶段为私

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

权利，可以通过碳排放交易市场进行交易。我国民事诉讼法第242条第1款规定，人民法院有权向有关单位查询被执行人的存款、债券、股票、基金份额等财产情况。人民法院有权根据不同情形扣押、冻结、划拨、变价被执行人的财产。碳排放权作为企业资产性的私权利，可以通过冻结、变价等方式进行强制执行，具有可执行性。

实践中也已经出现了将碳排放配额作为司法冻结对象的案例。2021年福建省顺昌县人民法院开展了的全国首例碳排放权执行案，其中就涉及法院对于清缴及偿债的考量。该案例中，福建榕昌化工有限公司因经营需要，向农业银行顺昌支行申请贷款6000万元，后未能按期还款，被起诉至顺昌县人民法院。2021年9月，顺昌县人民法院了解到，该公司仍在正常生产经营，因关联企业联保债务纠纷而陷入多起诉讼，若其抵押财产拍卖成交，将影响企业生产经营。由于该公司尚有因生产技术改造而结余的碳排放配额，顺昌县人民法院作出执行裁定，依法冻结企业未使用的碳排放配额1万单位，并通知其将被冻结的碳排放配额挂网至福建海峡股权交易中心进行交易。

对于碳排放配额执行的时效问题，根据《福建省碳排放权交易管理暂行办法》的规定，重点排放单位应当在每年6月底前履行上年度的配额足额清缴义务。那么依法冻结的配额，在配额清缴完成后，法律效果如何呢？是否还需要法院冻结呢？顺昌县人民法院认为，就福建地区而言，不同类型的碳排放配额其时效并不相同。若配额是企业从市场购得，则配额可以延期使用。若配额是政府免费发放的，与国外多则5年、10年的有效期限不同，国内碳市场规定其有效期往往和履约周期一致，多为1年左右，过了履约周期未使用的免费配额将会被政府收回。针对法院执行期间的配额过期风险，目前还没有明确的规定，有待制度上进一步完善，但是肯定需要符合配额所属碳市场的相关规定。

3.企业清缴履约义务与偿债义务的保障顺序

公私冲突体现最为典型的就是清缴义务与债务清偿的保障顺序问题。就债权人的受偿权而言，法院基于生效裁定、判决，将被执行人名下财产查封、扣押、冻结，以便实现债权人经裁判确定的债权受偿权。查封、扣押、冻结具有司法强制力，登记机构应当依法协助法院执行有关查封、扣押、冻结的裁定。就控排企业对国家的清缴义务而言，碳市场是国家实现碳达峰碳中和目标的重要抓手。根据行政法规、部门规章的相关条款，生态环境部门向企业免费发放碳排放配额，用于企业年底清缴履约，实现其控制碳排放总量的行政管理职能。故就该配额，企业对国家依法负有清缴履约义务。

按照《碳排放权交易管理办法(试行)》的规定，重点排放单位未履行清缴义务仅需支付2万元至3万元，违法成本较低，行政处罚措施所能起到的督促效果非常有限。[41]考虑到全国碳市场40至50元/吨的配额价格，《碳排放权交易管理办法(试行)》规定的罚款甚至低于1000吨碳排放配额的价格，碳缺口较大的企业极有可能以较小成本的罚款为代价逃避清缴履约。此时，若重点排放单位的债权人申请执行碳排放配额，可能导致碳排放权利人无法履行碳排放配额清缴义务的，将涉及优先保障碳排放配额的清缴义务抑或债务清偿的法律问题。

由于碳排放交易制度实施时间较短，相关规定尚未就清缴和债务清偿的顺位问题进行明确规定。实用主义的做法主张从财务角度分类讨论。有偿取得的碳排放权在购买日确认为碳排放权资产，体现于企业财务账中；而无偿取得的碳排放权来源于主管部门初始分配，重点排放单位未支付任何对价，不作账务处理，不在企业财务账上体现。因此，就此无偿取得的碳排放权在强制执行过程中应当优先保障履行清缴义务，并在符合相关规定的情况下，剩余的碳排放配额可以进行交易。同时，有偿取得的碳排放权来源于企业购买，需要支付交易对价，故与企业其他资产无异，不应以企业未履行清缴义务为由而限制其作为被执行财产进行处置，否则不利于债权人合法权益的保护。

从制度价值层面考虑，碳排放权交易制度的首要价值是实现“双碳”目标，次要目的才是作为一种金融产品增加金融市场多样性。因此，行政机关在

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

发放碳排放许可时应当附随设置一些限制性要求，以期兼顾公平与效率。碳排放权利人在第二阶段行使碳排放权时，必须接受第一阶段中取得的行政许可的限定。比如，碳排放许可限定可以自由交易的碳排放权的比例或额度；又或者在碳排放权利人拒不履行质押合同的情况下，仍要以清缴为首要目标等。

五、制度完善：碳排放权纠纷的法律救济及保障机制构建

制度法律属性的辨识也影响着争议解决机制的设计和路径选择。制度运行过程中的权利救济和争议解决也应突破单一救济路径依赖，遵循双阶构造中不同阶段的法律属性，选择恰切的救济方式。同时，为了减少碳排放权纠纷，也需要遵循双阶理论中呈现的公私交融法律属性，构建公私主体协力共治的保障机制。

(一)碳排放权纠纷的多元救济路径选择

由于碳排放权的法律性质被碳排放权注册登记这一拟制节点分为了两个阶段，因此，碳排放权纠纷法律救济的路径选择也应当相应分阶段进行。

1.第一阶段：行政救济模式主导

碳排放权登记之前，主要是行政部门分配碳排放权的过程，具有以公共利益为目的、行使公共权力的特征。由此引发的争议形态，例如碳排放权利人认为行政机关应当分配碳排放配额而未分配，或对于分配的碳排放配额数量等指标存在异议等，属于对行政机关的行政处理决定不服，应由行政法进行规制，适用行政救济程序，碳排放权利人可以申请行政复议或提起行政诉讼。

该阶段的纠纷发生于碳排放权登记之前，此时双方的既有投入较少，更多的属于侵犯碳排放权利人的预期利益等。对于此类纠纷，主要是对生态环境主管部门的行政行为合法性审查。[42]

2.第二阶段：民事与行政救济选择适用

根据双阶理论，碳排放权登记之后，碳排放权利人可以按照登记的内容行使碳排放权，与交易相对人进行碳排放权转让或质押，双方严格按照合同的内容履行各自的义务。在本阶段中，如果只是涉及碳排放权交易合同履行争议，那么适用民事救济途径，当事人可以进行调解、仲裁或民事诉讼。但是，如果涉及行政机关一方运用对碳排放权交易的监督管理权影响合同履行，就属于行政行为，碳排放权利人可以提起行政复议或行政诉讼。

适用民事救济的典型案例有秦岭公司与中民常青低碳科技有限公司(以下简称“中民常青公司”)买卖合同纠纷案。中民常青公司与秦岭公司签订《中国核证自愿减排量合作协议》，约定由秦岭公司按照中民常青公司的要求在四川环交所开户并购入一定数量的CCER，秦岭公司按约持有一段时间后，由被告中民常青公司履行回购义务。由于中民常青公司后续并未按约完成回购，遂被秦岭公司起诉至法院。法院认为双方签订的《中国核证自愿减排量合作协议》约定了碳排放标的物、委托持有、支付收益、回购等，属于无名合同，中民常青公司需要承担合同项下的义务。最终，法院判决中民常青公司根据合同约定接受秦岭公司代持的CCER，并支付委托期限内的委托收益。

秦岭公司与中民常青公司买卖合同纠纷案体现出，因碳排放权交易合同原则上属于民事合同，当作为交易相对人的私主体违约时，碳排放权利人可以对交易相对人提起违约之诉，此时的诉讼属于民事诉讼，原告是碳排放权利人，被告是碳排放权合同的交易相对人，法院可以根据原告的诉讼请求，判决被告承担继续履行、赔偿损失等违约责任。

适用行政救济的典型例子则是深圳翔峰容器有限公司(以下简称“翔峰公司”)与深圳市发展和改革委员会(以下简称“深圳发改委”)的涉碳纠纷。原告翔峰公司2014年度实际碳排放量为6614吨，依照规定应属于碳排放管控单位，其2014年度的实际配额应为1686吨。翔峰公司2014年的实际碳排放量超过了其实际配额，且未能在2015年6月30日前足额履行2014年度碳排放履约义务，也未按照被告深圳发改委的要求补交与其超额排放量相等的配额，违反了规定。被告深圳发改委据此作出深发改罚[2015]1号《深圳市发展和改革委员会行政处罚决定书》，翔峰公司对该行政处罚决定不服，遂起诉至法院。本

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

案中，翔峰公司的实体性申辩理由为：公司在2014年度实际用电量减少，则实际碳排放量应当减少，对第三方核查数量有异议。法院认为，碳排放总量是根据其在某个固定时期内允许排放二氧化碳的总量确定，碳排放配额总量是根据目标排放总量、产业发展政策、行业发展阶段和减排潜力、历史排放情况和减排效果等因素综合确定，故原告翔峰公司关于其2014年度用电量比2013年度减少，碳排放总量也应相应减少的主张，缺乏事实和法律依据，法院不予采信。翔峰公司若对深圳发改委2015年5月20日对其作出的履约通知不服，则应当向深圳发改委提出对第三方核查结果进行复核，否则，仅凭翔峰公司单方面异议不构成不完成履约义务的正当理由。

由于行政部门享有行政权力，行政部门可能会运用行政权力，对私主体采取行政处罚、行政强制等手段，以期更加快速地实现对公共利益的维护。很明显，在翔峰公司一案中，行政机关行使公权力，作出了行政处罚决定，如果私主体认为行政机关的行政行为侵犯了其合法权益的，可以对此行为提起行政复议或行政诉讼。

(二)公私主体协力共治的保障机制

为保障碳排放权交易制度的有效运行，减少碳排放权纠纷，还需要构建公私主体共同参与的外部监督体系以保障公权力与私权利的有效链接。

在宏观层面，健全碳排放权交易的保障体系。一是健全碳排放权交易法律法规，制定相对完善的碳排放权交易政策体系，保障碳排放权交易市场有序发展；二是建立国家级统一的碳金融交易平台，加强碳市场建设，防范和化解市场风险，确保场内交易的安全性和有效性；三是不断完善碳排放权交易监管体系，加大对跨行业、跨市场、跨国界的碳交易的监督管理，倡导公平合理、诚实守信的商业理念，保证碳交易的有序发展。

在微观层面，搭建私主体与公权力机关的沟通渠道。一是完善碳排放权交易信息披露机制。信息对称是碳排放权市场良好运行的前提。碳排放监测、报告和核查制度作为碳排放权交易监管的核心内容，能够确保行政机关掌握控排企业的碳排放情况。同时，行政主管部门也需要将第三方核定的数据及时向控排企业披露，给予其进行行政救济的权利。二是建立控排企业与监管部门的互动机制。广州微碳一案中，正是由于企业在协议交易的方式下，没有实现与平台进行信息互通，引发了后续纠纷。[13]为了防范此类合同相对方违约导致的风险，建议企业将交易双方订立的合同在交易平台备案，并将具体交易细节积极地向交易平台披露。

六、结语

碳排放权及其交易制度作为我国实现“双碳”目标的重要制度构成，旨在充分发挥市场机制的促进作用，提高我国减污降碳和绿色转型的效率。由于碳排放权既蕴含了环境保护及碳排放管控的公法特征，也体现了意思自治及自由协商的私法内涵，其法律属性的辨识一直禁锢于“非公即私”的思维定式中。为破解这种明显的割裂感，通过引入德国法上的双阶理论，将碳排放权的法律属性阶段分割后分别定性，对厘清权利本身的内在逻辑、明晰交易制度设计思路、指导司法实践均具有重要的现实意义。双阶理论下的混合属性说，以碳排放权的制度价值和运行结构为基石，既关注到制度运行中公权力的主导或介入行为，也未忽视交易过程中私法属性凸显的关键问题，同时对公私博弈情形下的价值导向进行了探索。以碳排放权的双阶构造为依据，碳排放权制度应当从突破涉碳纠纷单一救济路径依赖、建立公私主体协力共治的保障机制等方面进行完善。

注释：

①吕忠梅、王国飞：《中国碳排放市场建设：司法问题及对策》，载《甘肃社会科学》2016年第5期，第164页。

②王天华：《分配行政与民事权益——关于公私法二元论之射程的一个绪论性考察》，载《中国法律评论》2020年第6期，第94-95页。

③参见何延军、李霞：《论排污权的法律属性》，载《西安交通大学学报(社会科学版)》2003年第3期，第78页。

④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95页。

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

⑤王利明:《物权法论》,中国政法大学出版社1998年版,第36页。

⑥参见李爱年、程凌香:《排污权抵押贷款法律问题探析》,载《时代法学》2010年第2期,第5页。

⑦参见李霞、狄琼、楼晓:《排污权用益物权性质的探讨》,载《生态经济》2006年第6期,第32页。

⑧崔建远:《准物权研究》,法律出版社2003年版,第20页。

⑨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65-66页。

⑩参见邓海峰:《排污权:一种基于私法语境下的解读》,北京大学出版社2008年版,第85-91页。

⑪丁丁、潘方方:《论碳排放权的法律属性》,载《法学杂志》2012年9期,第108页。

⑫高秦伟:《政府福利、新财产权与行政法的保护》,载《浙江学刊》2007年第6期,第25页。

⑬参见王清军:《排污权法律属性研究》,载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2010年第5期,第750页。

⑭于志强:《论知识产权的私权属性——关于"知识产权的公权化理论"的置疑》,载《法学论坛》2012年第2期,第95页。

⑮王慧:《论碳排放权的法律性质》,载《求是学刊》2016年第6期,第81页。

⑯何登辉:《双阶理论视阈下自然资源特许出让协议的应然定性》,载《内蒙古社会科学(汉文版)》2017年第3期,第92-93页。

⑰参见程明修:《双阶理论之虚拟与实际》,载《东吴大学法律学报》2004年第2期,第165-204页。

⑱何登辉:《双阶理论视阈下自然资源特许出让协议的应然定性》,载《内蒙古社会科学(汉文版)》2017年第3期,第93页。

⑲于文轩、孙昭宇:《生态环境损害赔偿磋商的属性界定与制度展开——以双阶理论为视角》,载《中国地质大学学报(社会科学版)》2021年第2期,第45页。

⑳严益州:《德国行政法上的双阶理论》,载《环球法律评论》2015年第1期,第91-92页。

㉑根据我国政府采购法的规定,虽然政府采购行为具有显著的公法属性,但是政府采购合同适用合同法。在国有土地使用权合同方面,虽然签订土地成交确认书被定性为具体行政行为,但国有土地使用权合同纠纷又被最高人民法院纳入民事审判范畴。

㉒参见于文轩、孙昭宇:《生态环境损害赔偿磋商的属性界定与制度展开——以双阶理论为视角》,载《中国地质大学学报(社会科学版)》2021年第21期,第41-51页。

㉓参见何登辉:《双阶理论视阈下自然资源特许出让协议的应然定性》,载《内蒙古社会科学(汉文版)》2017年第3期,第92-99页;欧阳君君:《自然资源特许使用协议的性质认定——基于对双阶理论的批判性分析》,载《中国地质大学学报(社会科学版)》2015年第4期,第36-45页。

㉔参见尹少成:《PPP协议的法律性质及其救济——以德国双阶理论为视角》,载《政法论坛》2019年第1期,第85-98页。

㉕盖宇静:《碳排放的权属定位研究》,武汉大学2020年博士论文,第20页。

㉖参见王天华:《分配行政与民事权益——关于公私法二元论之射程的一个绪论性考察》,载《中国法律评论》2020年第6期,第94-95页。

㉗丁丁、潘方方:《论碳排放权的法律属性》,载《法学杂志》2012年9期,第108页。

㉘参见邓海峰:《排污权:一种基于私法语境下的解读》,北京大学出版社2008年版,第133页。

㉙《碳排放权登记管理规则(试行)》第3条规定:注册登记机构通过全国碳排放权注册登记系统(以下简称注册登记系统)对全国碳排放权的持有、变更、清缴和注销等实施集中统一登记。注册登记系统记录的信息是判断碳排放配额归属的最终依据。

㉚参见苏海雨:《论行政协议的双阶审查》,载《理论月刊》2018年第8期,第98页。

㉛参见程明修:《双阶理论之虚拟与实际》,载《东吴大学法律学报》2004年第2期,第165-204页。

㉜何登辉:《双阶理论视阈下自然资源特许出让协议的应然定性》,载《内蒙古社会科学(汉文版)》2017年第3期,第97页。

㉝尹少成:《PPP协议的法律性质及其救济——以德国双阶理论为视角》,载《政法论坛》2019年第1期,第91页。

㉞参见[英]马丁·洛克林:《公法与政治理论》,郑戈译,商务印书馆2002年版,第185页。

㉟参见杨本研、方堃:《碳排放权的法律属性研究》,载《环境保护》2021年第16期,第58页。

㊱刘自俊、贾爱玲:《论碳排放权的法律性质——准用益物权》,载《环境污染与防治》2013年第10期,第107页。

㊲叶必丰:《行政法与行政诉讼法》,中国人民大学出版社2019版,第56页。

㊳根据我国民法典第440条的规定,权利质权的标的不

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

仅包括有价证券，还包括股权、知识产权等无形财产权。

㊴于传宾：《碳排放权担保融资法律问题研究》，西南政法大学2018年博士论文，第15页。

㊵郑爽：《碳排放权性质评析》，载《中国能源》2018年第6期，第12页。

㊶根据《碳排放权交易管理办法(试行)》第28条及第40条的规定，重点排放单位应当在规定时限内清缴上年度的碳排放配额；如未按时足额清缴的，由主管部门责令限期改正，处2万元以上3万元以下的罚款；逾期未改正的，欠缴部分由主管部门等量核减其下一年度碳排放配额。

㊷尹少成：《PPP协议的法律性质及其救济——以德国双阶理论为视角》，载《政法论坛》2019年第1期，第93页。

㊸微碳(广州)低碳交易科技有限公司(以下简称“微碳公司”)与广州碳排放权交易中心(以下简称“广碳交易中心”)的涉碳合同纠纷是全国首例碳排放权交易结算案件。微碳公司作为广碳交易中心会员，于2018年6月26日通过广碳交易中心交易账户发出交易指令，交易系统显示微碳公司已经履行236350吨碳排放权的交付义务，而广碳交易中心未将对应的3781600元价款结算到微碳公司账户。虽然广碳交易中心向微碳公司出具交易凭证显示“广碳交易中心已经收到购买方通明公司的资金”，但是实际上通明公司没有按约定于2018年7月31日将资金转入其交易账户，也即没有付款。后微碳公司多次与广碳交易中心及通明公司协商结算或退还碳排放权配额未果，遂引发纠纷。

Legal Nature and Institutional Design of the Right to Carbon Emission from a Dualist Theory

Qin Tianbao

Abstract: The right to carbon emissions displays both the public law characteristics in environmental protection and carbon emission control, and the private law nature in autonomy of will and free negotiation. Consequently, its legal nature has been controversial, especially under the conventional "public versus private" thinking. To address this issue, this study adopts the German dualist theory to define the right to carbon emission as a public law attribute before registration, and a private law attribute after registration. Additionally, this study explores the legitimacy of public power´s intervention in the carbon emissions trading mechanism based on aspects such as institutional value, market risk, and regulatory system, and examines the interweaving and balancing logic between public and private laws during the carbon emissions trading phase. To further improve the carbon emissions trading system, this study suggests constructing external security mechanisms that promote public and private cooperation and breaking the path dependence of single remedies for carbon disputes. By doing so, the carbon emissions trading system can be further refined to enhance its effectiveness and sustainability.

Key words: right to carbon emission; legal nature; dualist theory

 China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/