

文章编号:1005-0523(2013)02-0116-06

## 论排污权初始分配程序规则的建构

晋海,张洪燕

(河海大学法学院,江苏南京 210098)

**摘要:**排污权初始分配本质上是利益的分配,初始分配涉及到环境保护行政管理机关、排污企业、社会公众等多方利益,协调、平衡各方的利益冲突,保证分配的公正是其程序建构的应有之义。在排污权的初始分配程序规则研究中,可以借鉴哈贝马斯的“商谈民主”理论,从现阶段的理论和实践情况入手,通过加强区域合作、完善流域管理和明确公众参与地位作等方面来逐步推进排污权初始分配的程序规则建构。

**关键词:**排污权初始分配;程序规则;商谈民主;公众参与

**中图分类号:**D912.6

**文献标志码:**A

环境保护的实现,不仅需要通过实体规则予以保障,还必须付诸实践,从程序规则的建构上去达成。当前,为应对不断恶化的环境状况,排污权交易制度以其能够有效地融合行政机制和市场机制两者功能的特点,越来越广泛地运用于大气污染、水体污染的防治。总体来说,排污权交易制度不仅可以发挥政府对环境管理中宏观指导的积极作用,有效遏制“市场失灵”,还可以通过市场竞争激励排污企业不断更新生产理念,节能减排。我国现已在江苏、浙江、上海等多个省市开展了排污权交易的试点,并相应出台了相配套的地方规范性文件,理论研究也得以不断更新和加强。但是,现实中排污权交易制度的发展并不平衡,呈现出重交易规则和交易平台等制度的设计轻排污权初始分配规则的建构的特点,初始分配方式大多采用行政计划分配或者搁置进行的方式进行,造成了初始分配程序规则的缺位和公平正义价值的缺失。随着排污权交易制度的不断推进,作为权利生成或被确认的排污权初始分配市场发展的滞后无疑会成为排污权交易制度发展的包袱。因此,研究排污权初始分配程序规则的建构,保证初始分配的公正,具有重要战略意义。

本文的研究思想是从哈贝马斯的商谈民主理论入手,结合社会实践,研究排污权初始分配在具体程序规则设计方面需要注意的问题和相应的路径选择。

### 1 哈贝马斯“商谈民主”及其对构建排污权初始分配规则的意义

#### 1.1 哈贝马斯“商谈民主”的要旨

众所周知,大气、水等环境资源具有公共性,属于公共物品。排污权初始分配本质上是对于公共物品上所包含的公共利益的分配,但是当“公共利益”所附客体“公共产品”出现了使用过度导致了诸多负的外部性影响,即“公地悲剧”时<sup>[1]</sup>,则需协调好各方的分配利益需求,使各方的利益获得最大化。哈贝马斯的“商谈民主”中所强调的协商民主范式无疑能够给我们研究排污权初始分配的程序规则提供新的视角。

协商民主被认为是西方民主理论的重要组成部分,它与自由主义、共和主义的民主形成三足鼎立的局面。哈贝马斯所主张的民主既不同于自由主义的博弈式民主,也不同于共和主义的统合式民主,而是对两者的扬弃、整合和超越。哈贝马斯的协商民主是以交往行为理论为基础而建构的一种民主实现形式,它以

收稿日期:2013-01-20

作者简介:晋海(1968—),男,副教授,博士,研究方向为环境与自然资源法。

交往理性<sup>①</sup>为哲学支撑,以话语为核心内涵,在协商民主得以实现的过程中,人们可以通过真实的、正确的、真诚的话语<sup>[2]</sup>参与到社会生活的各个领域,而这种话语的表达正是协商民主的核心所在。

这种以话语表达为核心的民主在更高层次上提出了一种交往过程的主体间性。他认为只有通过民主、合理、公正的话语规则和程序的制定,保证每一个话语主体都享有平等、自由的话语权利,彻底摒弃以权力的滥用和暴力手段压制话语民主的做法,才能达成“理想现实”的话语环境<sup>[3]</sup><sup>80</sup>。人们通过合理程序来达成共识,确认并保障自己的各种权利,而共识是否正义,关键在于程序。在哈贝马斯看来,所谓“程序的正义”意味着正义是程序的结果,即“什么是正义的”不是先定的,而是通过公民之间的对话、交流、讨论、协商之后所达成的共识决定的,或者是由“多数决定”的民主原则决定的;所谓“实质的正义”则意味着对某些价值(自由、平等或权利等)的承诺,这些价值是普遍的、先在的和确定不移的,而任何政治制度和法律制度都是这些价值的体现和保证。因此,哈贝马斯认为,真正的正义应该是程序的,而不应是实质的<sup>[4]</sup>。即意味着真正的正义是在协商程序中形成的,是程序正当性、客观性和包容性的结果。

诚然,哈贝马斯的商谈理论过于抽象和复杂,不是三言两语能够概括的,在现实生活中难以有效的具体运用,但是,作为一种研究的方法,它的内在精神和潜在气质适当地与我国具体的实践情况相结合,还是有十分重大的借鉴意义。

## 1.2 哈贝马斯“商谈民主”对建构排污权初始分配规则的启示

哈贝马斯的上述理论对排污权初始分配的研究具有重要的启示。在排污权初始分配过程中,分配不是任意的,无序的,应当是在一定的程序规则的引导下完成的。从哈贝马斯的“商谈民主”视角来看,排污权的初始分配过程中应当包含有以下几点,第一点是民主。这里的民主包含两层意思:一是关注排污权初始分配的各个主体清楚意识到他们是相互依存、平等自由的,在面对权利分配时存在共同的关切,经过充分的商谈而展开行动。二是政府制定的分配程序是符合社会利益的;第二点是公民的权利。在排污权初始分配的过程中,不管公民是出于何种动机,都有权并积极的参与到这个分配过程当中,要实现这一状态必须基于公民的权利得到尊重和保护这一前提,公民在这一分配当中必须清楚地意识到自己是不可或缺的、与其他主体或关切者之间是平等的、是为坚守自我利益目标实现的,简言之,就是提高公民保护环境意识,切实贯彻公众参与原则;第三点是民主的过程。哈贝马斯认为,民主的过程是基于商谈理论而来的,是一种公共对话,而不是依靠权力的强制或者政府的偏好。协商民主“离不开民主地构成的意志形成过程与不具有正式形成的意见形成过程之间的相互作用”<sup>[5]</sup>,在充分的公共对话过程中,形成一个利益较为平衡的、可为参与主体接受的公共意志的状态,以影响政策的形成和制定。即在排污权初始分配的过程中,要保证公众话语表达的顺畅,参与论证的机会具有开放性和平等性以及在这一过程中能够得到包容<sup>②</sup>,并贯彻始终。

上述启示,为排污权初始分配的程序规则的建构提供了可供参照的标准。排污权初始分配作为排污权交易制度的一级市场,与之后的以权利交易为核心的二级市场有着很深的牵绊,一级市场的成熟是二级市场良性开展的前提。对于怎么形成稳定而成熟的初始分配市场,哈贝马斯的“商谈民主”理论已经为我们提供了有效的构建路径。

## 2 构建排污权初始分配的程序规则需解决的若干问题

一项制度或者政策的发展,是一个曲折、反复、不断磨合的过程,发展需要的不仅是上位者的推动,还

<sup>①</sup> 哈贝马斯对何谓“交往理性”做出了明确的阐释,他指出:理性“必须看做在实践中生成的,即人作为主体在社会化过程中的后天能力”。他强调,人的理性化是在社会共同体中通过不断学习的学习和适应各种社会规范并自觉地将自身融入其中的过程,而不是一切着眼于利益关系,将利益最大化作为衡量一切的标准工具性理性。参见李龙. 论协商民主——从哈贝马斯的“商谈论”说起[J]. 中国法学,2007(1):31-36.

<sup>②</sup> 在哈贝马斯看来,包容强调的是个人与其他个人之间是平等的,但不能因此而否定他们作为个体与其他个体之间的绝对差异。每个人之间的相互平等尊重就是对他的包容,在包容的过程中既不同化他者,也不利用他者。具体参见哈贝马斯. 包容他者[M]. 曹卫东,译. 上海:上海人民出版社,2001:43.

需要下位者的贯彻,最终达到上行下效的有序状态。排污权初始分配的推进乃至排污权交易制度的推进也是沿着这一过程发展的。在初始排污权的分配过程中,新问题、新情况层出不穷,结合我国的理论和实践进程分析,影响排污权初始分配的程序规则的构建路径形成的主要问题如下。

### 2.1 地区差异致使排污权初始分配存在障碍

一项新的政策落实,一般采用较为稳妥的办法,即所谓的法律经验主义,“先探索,有了实践,当实践充分了以后,把它上升为律,成为制度”<sup>[6]</sup>。我国地域广袤、人口众多的特殊国情,决定了我国排污权交易制度实施的不易,也不利于排污权交易制度的广泛普及,只能先采取地方试点的方式徐徐图之。

当前,地方试点的排污权交易制度的开展不断深入,各个试点根据本地区特点,采取了不尽相同的实施模式,典型如江苏省采取的是自上而下的模式,即在全省范围内通过统一的立法明确规定排污权交易制度,省内各地市再根据省一级的总体规定制定符合本地区的实施细则;浙江省采取的则是自下而上的模式,即由省内的各地市根据本地区的情况便宜行事<sup>[7]</sup>。这两种模式各有千秋,但也容易造成地区间的差异和矛盾:首先,地区经济显著差异是造成各地区排污权初始分配发展程度差异的根源之一。一般而言,经济发展水平较低的省市,无法有效地依靠市场经济来对排污权进行初始分配,只能通过简单的行政计划配置来完成,而经济发展水平较高的省市则能有效地发挥市场动态、高效的作用,使公平和效率能在排污权初始分配的过程中体现。其次,排污权初始分配发展程度的差异又造成了排污总量的难以确定。排污总量的确定是以一定区域的环境容量为基础的,而地区间的环境容量具有公共性和联系性,因此,“自扫门前雪”的初始分配将会不断突破排污总量的底线,使排污权交易制度成为空谈。

### 2.2 环境保护行政管理机关对排污权初始分配的管理混乱

全国范围的排污权交易难以成行和地方试点的各自探索是我国当前排污权交易制度发展的真实写照,反映出在排污权的初始分配过程中,环境保护行政管理机关主要是基于行政区域管理的,然而在行政管理之外还存在许多部门管理,尤其体现在流域水资源的排污权初始分配上。长期以来,我国的流域管理实质上是一种“流域管理、部门管理和行政区域管理相结合”的体制<sup>[8]</sup>。这种做法不仅忽视了流域水资源整体而不可分割的天然属性,还易造成多头管理,权责不清。此外,排污权的初始分配主要是基于地方政府的行政计划指标且其效力限于本行政区域内,而各区域间由于地区差异和环境保护行政管理机关之间的松散联系而缺乏有效地合作。

### 2.3 利益关系错综复杂,公众参与地位不明

排污权初始分配本质上是自然资源的分配过程,而自然资源作为共有、稀缺并有价的资源本身就深受关注,不仅有环境保护行政管理机关、老排污企业,还有社会公众和新改扩建企业,每位关注者都基于各自的立场希望在这块“蛋糕”的分配中获得最大的利益。① 环境保护行政管理机关。初始排污权的分配能够有效的实施有赖于分配规则的合理、正义。在排污权交易的整个过程中,环境保护行政管理机关都发挥着举足轻重的作用,尤其在初始分配方面,其主要角色在于主导整个分配过程,从排污企业的申请、审核到批准,行政色彩十分浓重,同时,其本身还存在利益偏好,在制定分配规则、设计分配程序时难以独善其身。② 老排污企业。排污权的初始分配与企业的发展密切相关,分配的多寡直接影响了企业在生产成本、技术创新上的投入,从而决定了企业在市场竞争中的成败。因此,企业无不希望在初始分配的规则制定和程序的设计运行中有利可图。③ 新改扩建排污企业。这一类企业属于排污权初始分配的潜在受众,即受时间因素制约,在初次分配的当时并不存在,但随着经济的发展,他们也需要获得排污权,尤其是在初始分配的环节中获得排污权,以期能够在公平的条件参加到市场经济的竞争中去,这就需要协调好老新改扩建排污企业之间的分配是否公平合理了。④ 社会公众。社会公众是最为广泛也最不明显的利益关系者,在排污权的初始分配过程中处于弱势地位,他们既不是规则的制定者,也不是权利的主要的获得者,在规则的制定和程序的构建中往往被忽略或者仅拥有形式上的参与机会,缺乏信息的获得和参与条件的支持,导致了公众参与意识低迷或者话语表达收效甚微,进而陷入了无限恶循环的怪圈,公众游离在排污权初始分配的

边缘。

通过上述分析,为有效的解决程序规则构建路径上的这些“拦路虎”,可以利用生态系统的自然规律进行的人工设计,达到高效、和谐的目的,实现环境、经济、社会的统一<sup>[9]</sup>。即需要从加强区域合作、完善流域管理和明确公众参与地位来进行合理的论证和设计。

### 3 排污权初始分配的程序规则的构建路径

#### 3.1 加强区域合作,促进区域排污权初始分配对话机制的建立

我国排污权交易制度的实施具有鲜明的地方特色,一般是在一省或个别市中独立开展的,但是,环境容量资源是统一的有机联系的整体,这就造成了行政区域的可分割性和环境容量的不可分割性的矛盾。因此,需加强区域合作,促进区域排污权初始分配对话机制的建立。对话机制建立的目的在于改变我国行政区域实施排污权初始分配各自为政的局面,使不同行政区域就怎样进行排污权的初始分配,初始分配如何定价等问题进行有效沟通,切实缩小地区差异。2010年10月1日起江苏省开始施行《江苏省太湖流域主要水污染物排污权交易管理暂行办法》,标志着太湖流域的排污权交易工作在江苏省全面启动。在《暂行办法》中,江苏省尝试在太湖流域的各个县市地区开展排污权交易的相关工作,鼓励太湖流域的各市县之间有条件的进行必要的跨区域交易。这一举措意味着打开了原有各市县排污权交易行政区域局限的枷锁,带动了整个江苏省排污权交易的活跃。<sup>①</sup>但是,这里的跨区域仅仅是一省范围内的,而太湖流域连接的还有上海市和浙江省,基于流域的连通性和治理目标的同一性,应当加强三省市的合作,共建太湖流域排污权交易的交流与治理平台。据此,笔者建议,在流域相关或治理目标同一的省市,可以率先的打破行政区域壁垒,进行合作交流,运用商谈原则,建立对话机制的平台,尝试筹建统一的区域或流域管理部门,逐步推进排污权交易制度的发展。

#### 3.2 完善流域管理,明确各环境保护行政管理机关的权责

针对流域管理混乱、权责不清的问题,建立专门的环境管理机关无疑是解决之道。现今我国已在长江和黄河流域建立了专门的水资源保护局,但这个机构的权责还是仅限于监督和协助当地政府的环保工作,并没有被赋予足够权力和地位,这也意味着,该机构对于在本流域内实施的排污权初始分配并不具有实质性的作用力。据此,笔者认为可以从以下两个途径解决这一状况:一是以立法或者修改《环境保护法》的方式在全国按环境要素区域的划分建立专门的环境管理机构,赋予独立的管辖权。二是在地方试点对排污权交易制度进行建章立制的工作中,对涉及流域管理的,由涉及流域的各地市共同进行商讨,在专章中统一规定,明确各自的权责。

#### 3.3 协调利益冲突,明确公众参与的地位

排污权初始分配的过程中交织着众多利益,实质上是各利益的博弈过程,而其中公众处于弱势,为了使排污权初始分配更加公平、合理,将公众纳入排污权初始分配,明确公众的参与地位是十分必要的。具体可以从以下几方面着手。

第一,增强公民参与环境保护的意识。根据商谈原则,以“初始排污权分配”为命题,参与者实践交往理性,言出心声的前提是每一位公民对所生活的环境以及影响到环境质量的因素的关注。现实中,由于政府主导和企业直接参与的特征太过显著,公众在初始排污权分配中处于明显弱势,公民对于排污权的分配可能对所处环境和自身利益造成的影响并不十分明确,公民缺乏参与热情,这直接造成公民参与意识淡薄。正如前文所述,初始排污权的分配是自然资源的分配,如果一个企业分配到的排污权较多,甚至是免费分配,这就意味着该企业的生产成本很低,即使维持现有的污染水平也是可以盈利的,那么,环境状况的恶化不仅没因排污权交易制度的实施而得以缓解反而有加剧的趋势,而污染物的排放又对公众赖以生存的环境以及公众的健康和财产安全产生直接影响,甚至由公众买单,这显然是不公平的。因此,公民的参

<sup>①</sup>《江苏省太湖流域主要水污染物排污权交易管理暂行办法》第18条。

与必不可少,推进排污权初始分配需要除政府、企业之外的第三方的参与,公民应当提高自我参与的意识,明确自己在排污权初始分配中的地位和作用,“通过政治自主和参与民主立法过程来表达自己的意志,确认并赋予自己各种权利。”<sup>[3]126</sup>

第二,保障信息充分公开。能够获得充分信息是有效参与的前提,也是公民参与机制的重要制度保障<sup>[10]</sup>。根据哈贝马斯的商谈理论,一个合理的程序应当是经过充分的协商民主的,也就是在决策机制内和公共舆论领域中都拥有良好的信息沟通、交流和讨论平台,使得决策的形成深受机制内和机制外的共同影响,是综合、平衡、协调各种价值目标的。现实中,信息公开不到位、不及时等现象普遍存在,在排污权初始分配过程中,相关的排污监测数据和其他资料只在排污者和政府部门之间交流,公众根本无法获得并加以使用,更谈何参与。因此,在构建初始分配的程序规则时,应当对信息的公开、信息的传达和信息的反馈方面有所规定。

第三,扩大和保障参与排污权初始分配的机会。按照商谈原则,“一个命题可以得到合理的接受……所有当事人组成了公共领域并都得到了包容;参与者享有同等的交往权力。”<sup>[11]</sup>机会的扩大和保障有利于该命题论证的公平、合理,有利于调动公民参与的积极性,提高公民参与的水平。由于污染物的排放对公众赖以生存的环境以及公众的健康和财产安全产生直接影响,所以必须基于公众利益对代表私人利益的排污行为进行限制。为了更好地保障公众利益,排污权初始分配的程序规则建构应该提供有效的途径让公众参与到初始分配的过程中去。这需要从扩大初始分配的参与主体入手,即将公众纳入分配的过程。在具体的实践中,可以采取广泛式的参与和主体资格参与相结合,比如在规则和程序设计方面,政府可以通过听证、座谈会等形式广泛采集公众意见,使公众的利益诉求在分配之前就得以进入决策机制内,这是一种广泛式的参与;而主体资格式的参与就是赋予一部分公众(环保组织、社区组织)主体资格,使其能在初始分配中分得一部分的排污权,打破排污权初始分配仅是政企博弈的单一局面,这也是公众利益在初始分配中的表现。

#### 4 结束语

排污权初始分配是参与其中的各利益关系的协调与平衡的结果,也是排污权交易制度能够持续发展的基础,关系着环境保护的初衷能否顺利达成。因此,通过加强区域合作、完善流域管理和明确公众参与的地位等方面来构建排污权初始分配的程序规则具有现实的重大意义。

#### 参考文献:

- [1] 胡健毓. 浅析机动车“尾号限行”政策——基于法经济学的视角[J]. 华东交通大学学报, 2011, 28(4): 100-105.
- [2] 马修·德夫林. 哈贝马斯、现代性与法[M]. 高鸿钧, 译. 北京: 清华大学出版社, 2008: 27.
- [3] 任岳鹏. 哈贝马斯: 协商对话的法律[M]. 哈尔滨: 黑龙江大学出版社, 2009: 80, 126.
- [4] 姚大志. 何为正义: 罗尔斯与哈贝马斯[J]. 浙江学刊, 2001(4): 10-16.
- [5] 哈贝马斯. 在事实与规范之间——关于法律和民主法治国的商谈理论[M]. 童世骏, 译. 北京: 生活·读书·新知三联书店, 2003: 382.
- [6] 江平. 从法律实用主义到法律理念主义——中国30年法治进程再思考[EB/OL]. [2012-12-25]. <http://lawinnovation.com/html/zgfx50rIt/270420855.shtml>.
- [7] 陈庆能, 沈满洪. 排污权交易模式的比较研究[J]. 生态经济, 2009(10): 153-155.
- [8] 江海, 李佐品. 巢湖流域生态补偿法律制度框架建设探析[J]. 科技与法律, 2012, 99(5): 15-19.
- [9] 李余华, 郭微微, 王益云. 论社会主义法治化进程中的司法生态建设[J]. 华东交通大学学报, 2010, 27(4): 82-86.
- [10] 楼苏萍. 西方国家公众参与环境治理的途径与机制[J]. 学术论坛, 2012(3): 32-36.
- [11] 哈贝马斯. 包容他者[M]. 曹卫东, 译. 上海: 上海人民出版社, 2002: 47.

## The Procedure Rules for Initial Allocation of Emission Rights

Jin Hai, Zhang Hongyan

(School of Law, Hohai University, Nanjing 210098, China)

**Abstract:** Initial allocation of emission rights is essentially the allocation of the interests concerning environmental administrative organs, sewage enterprises and the public. Hence, it is of great significance to construct the procedure rules for coordinating and balancing the interest conflicts and ensuring the just distribution. In light of Habermas' deliberative democracy, this paper discusses the construction of specific procedure rules about the initial allocation of emission rights based on current theories and practice. It maintains the procedure rules about initial allocation of emission rights can be established gradually through strengthening the regional cooperation, consummating watershed management and making the position of public participation clear.

**Key words:** initial allocation of emission rights; procedure rules; deliberative democracy; public participation

(上接第89页)

- [14] CHEN T H, CHEN M S. Distribution system power flow analysis-a rigid approach[J]. IEEE Transactions on Power Delivery, 1991, 6(3): 1146-1152.
- [15] SHIRMOHAMMADI D, HONG H W, SEMLYEN A, et al. A compensation based power flow method for weakly meshed distribution and transmission networks[J]. IEEE Transactions on Power Systems, 1988, 3(5): 753-762.
- [16] 张学松, 柳焯, 于尔铿, 等. 配电网追赶法潮流[J]. 中国电机工程学报, 1997, 17(6): 382-385.
- [17] 白宏坤, 李干生. 关于电磁环网弱开环方式的探讨[J]. 电力系统保护与控制, 2010, 38(2): 60-64.
- [17] 饶攀, 彭春华. 基于改进微分进化算法的节能减排发电调度研究[J]. 华东交通大学学报, 2010, 27(5): 48-52.
- [17] 苏海军, 杨煜普, 王宇嘉. 微分进化算法研究综述[J]. 系统工程与电子技术, 2008, 30(9): 1793-1797.

## Distribution Optimization of DGs in Distribution Networks Based on Hierarchical Partitioning Model

Peng Chunhua, Qi Yanwei, Chen Shoukun

(School of Electrical and Electronic Engineering, East China Jiaotong University, Nanchang 330013, China)

**Abstract:** It is of vital importance to establish the models of distributed generators (DGs), choose the power flow calculation method and optimize the algorithm for optimizing distribution of DGs in distribution network. The paper firstly introduces the new models of branches with distributed power supply. Then taking the minimization of the losses as the objective, it explores the optimal location and capacity of DGs in the network planning by using the back/forward sweep method and differential evolution algorithm.

**Key words:** distributed generation; power flow calculation; forward-backward sweep method; distribution network