

有限资源特许流转若干问题研究

——以《物权法》为视角

黄学贤, 丁 钰

(苏州大学 法学院, 江苏 苏州 215000)

摘要:“公法的私法治理”理论在现代行政法中呼声日高, 原先公权力味道甚浓的有限资源特许在现实中已经开始了二级市场的流转。《物权法》规定了矿业权、取水权等特许的用益物权属性, 为该部分特许的流转发展提供了法律空间。创造社会价值、使有限资源发挥更大效能是允许这些特许进行流转的目的所在。法律积极引导、政府有效监管与尊重私权利主体意思自治相结合, 有限资源特许的流转必将走上良性轨道, 为扭转我国环境资源紧张带来福音。

关键词: 特许流转; 矿业权; 取水权; 排污许可交易

中图分类号: D920.0 **文献标识码:** A **文章编号:** 1001 - 5124 (2009) 02 - 0134 - 06

2007年3月通过的《中华人民共和国物权法》是一部划时代的法律, 它不仅仅是民法领域的一件盛事, 也是我国行政法领域的一件盛事。^[1]该法律多次展示了行政权和物权的多重复杂关系, 也暗示着笔者所言的“公法的私法化治理”的端倪, 但是此命题展开后有许多问题值得探讨。本文仅基于《物权法》第一百二十三条的“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、捕捞的权利受法律保护”与《行政许可法》第九条的“依法取得的行政许可, 除法律、法规规定依照法定条件和程序可以转让的外, 不得转让”之规定, 对我国部分行政许可的流转性进行分析。

一、廓清可流转的“行政许可”范围, 展示合法流转意义

(一) 对可以进行流转的行政许可的范围界定

2003年的《行政许可法》原则上是禁止行政许可的转让, 只有法律、法规规定依照法定条件和程序可以转让的除外。而2007年的《物权法》第一百二十三条则明确了特许的用益物权属性, 为法律法规允许特许转让提供了法律准备。

哪些类型的行政许可可以进行流转呢? 首先, 流转是一个私法上的概念, 包括转让、抵押等, 其客体必然是可以进行流转的物或权利。《物权法》将海域使用权、探矿权、采矿权、取水权、养殖权和捕捞权等依据行政机关颁发的特许而获得的权利确认为用益物权, 就意味着这些权利本身是私权, 不能因为其通过公法程序取得而否定其私权性。故而得出, 只有那些本质属于私权属性的行政许可才具备流转的可能。其次, 根据一般民法原理, 涉及人格身份的私权是不可转让的, 所以排除带有人身或人格属性的行政许可进行流转的可能, 从而最终得出可进行流转的行政许可应当仅仅局限于特许这一部分, 而现实意义是, 目前立法即《物权法》也仅仅是以列举的形式肯定了海域使用权、探矿权、采矿权、取水权、养殖权和捕捞权这几个特许的用益物权属性。

因此, 笔者认为, 可流转的行政许可的范围应当以具有私权财产属性的特许为限。

(二) 特许进行流转合法化的意义

1. 财产属性——对特许性质的再认识。一直以来对行政许可的性质存在这样那样的争论, 主要

收稿日期: 2008 - 09 - 24

第一作者简介: 黄学贤 (1963 -), 男, 江苏杨中人, 苏州大学法学院教授, 博士生导师。

有“特权说”、“解禁说”、“赋权说”、“折衷说”等。1997年郭道晖教授首次从法理的角度将权利理论引入行政许可领域,“确认说”被越来越多的人所接受。^[2]但是对于特许的属性,我们不能一概而论之,因为对于行政许可的五种分类是依据不同许可的属性而来的。既然特许的客体——有限的自然资源、公共资源其所有权是属于国家,就不是私人所有的绝对排他权,“任何组织和个人并不天然享有对国有财产和公共资源天然的所有权和经营权。”^[3]所以赞同把特许的性质定为“赋权”,能够更好地解释为什么特许能够给相对人带来利益,而这种利益是一定的,因为公共资源是一定的,获得特许的相对人总比没有获得特许的相对人较多地占有公共资源,从而形成一定的特权利益,也必然会带来商业和私法上所称的“价值”,也就是我们所称的行政许可的财产性。

行政许可之所以是当今世界各国普遍采用的一种管理社会经济、政治、文化等事务的手段,是因为它是公共利益和个人利益的平衡器。“行政法在设定行为模式时,有意无意地将主体假定为两种利益的代表——行政主体代表公益,相对方代表私益。”^[4]例如,早期的渔业权,由于捕捞的方式比较落后,尚不足以对渔业资源造成严重影响,但当大规模的捕捞方式和行为出现,国家就开始设定渔业权这个概念,对于捕捞行为划定时间和地界,对于捕捞数量进行控制,那么渔业权作为特许之一种,不难发现行政主体对于公益(生态平衡以及自然资源保护)和个人利益(渔民的经济利益)进行的一种权衡。这种权衡的工具就是行政许可。而作为其中的一个重要构成——特许,从经济学角度来看,和效益的直接联系是最密切的。

我国《物权法》已经对国家和集体所有权作了充分界定,在所有权明晰的前提之下,才有特许这部分用益物权进行流转的可能。虽然现在学界没有系统的关于特许进行流转的专门研究,但实际生活中已经出现了采矿许可的转让等实例。转型时期的中国行政、公益和私益、政府和个人,在进行着多方博弈。而博弈的目的只有一个:如何使得各方效益最大化。“法律产生以前是不考虑各种力量是如何对抗,如何博弈的。然而在形成了法律规范之后,假定这个规范是合理的,用这个规范去调整此后的纠纷,引导此后的博弈过程。”^[5]按照这样的思路,在《物权法》颁布之前的少量事实如果不作为考察对象的话,那么,《物权法》实施后的同类事实就得在《物权法》的框架内进行考察,承认和引导有限资源特许的转让、抵押、入股等流转形式。

2. “稀缺”——法经济学角度分析特许流转的价值。“稀缺是西方经济学中的一个基本概念,是指在人们得到需要的所有商品和劳务方面存在局限性,即超越免费供应仍存在寻求时,就称这种商品稀缺。”^[6]特许就是一种“稀缺”。

首先,有限资源的所有权是国家。“如果私人拥有所有的土地和资源,则最大化每种资源的现在价值是符合所有者的利益的。而过度消耗资源会降低资源在市场上的资本价值。”^[7]因此各国的有限自然资源的所有权多是界定为公产。关于公产理论的承认,在法国行政法上的理由是:“一是公产所有权就是民法上的所有权;二是把公产的公共使命看成是一种存在于所有权以外的役权,是不正确的。”^[8]以上说明了有限资源所有权的国家属性的必要性和重要性。而我国《物权法》也以明确的形式规定了国家所有权的内容。

其次,在明确了国家对有限资源的所有权后,我们发现自然资源使用往往带有浓烈的公法色彩,通过特定相对人的申请,将这些自然资源的使用作为一种特许许可给符合条件的申请人,如上文所说,这是一种赋权的许可,是一种授益性行政行为。享受特许的人就有使用该有限资源的独占优势,这就是本节开头所说的“稀缺”。在西方经济学中,稀缺是相对于人们无穷的欲望而言的,资源是稀少短缺的。稀缺被用来描述资源的有限可获得性,人的欲望是无限的,但资源是有限的,相对于无限的欲望,有限的资源就是稀缺。稀缺是经济物品的显著特征,人们必须通过交换来获得“稀缺”而又有巨大价值的商品。“流水不腐,户枢不蠹”,只有在交换中才能达到人们需求的动态平衡,也只有流转中才能实现资源的优化配置。

3. 引导、促进、协调——特许流转合法化的目标。流转关系是自然资源法调整的一个重要对象,

法经济学告诉我们,法律制度是一种公共产品,是人们长期选择的结果。哈耶克也曾经说过:“法律是博弈的结果。”^[9]那么在市场化呼声日益高涨的今天,在“公法私法化”的浪潮中,我们无可否认人们对于利益最大化的追求。假设一个特许的相对人获得了某矿区的采矿权,由于经年累月经营不善,且技术条件相对落后,造成了矿产资源的浪费,影响了自身的效益,甚至间接影响到生产安全,如果法律禁止该特许的相对人对其所拥有的采矿权进行转让,那么无论是个人利益(效能最大化)还是公共利益(自然资源的合理利用,公共安全)都得不到良好的实现。这时候,资源利用的有效性就需要一种机制,用以推动该使用权能够移转给能更有效利用它的人。通过法律肯定特许的流转就是这样的一种机制。

1991年诺贝尔经济学奖得主、新制度经济学的代表人物科斯说:“合法权利的初始界定会对经济制度运行的效率产生影响。权利的一种安排会对其他安排产生更多的价值。”^[10]法律承认人们的物质利益,必然会激励人们去创造更多的物质利益;法律确认和保护产权,必然会激励人们为效益的目的而去流转财产、进行交易。

新中国成立后一直到20世纪80年代,我国的自然资源法律虽然经历了很大的变化和变迁,但计划经济下,政府垄断所有的资源,权利主体的变更往往也是通过行政命令方式进行。市场失去了自由,全能的政府必然导致管制资本的浪费。“于是,政府的行政权力开始有计划地在社会各个领域撤退。”^[11]政府先后通过《土地管理法》《农村承包土地法》等逐步建立起农民土地承包经营权;又通过《民法通则》和自然资源相关行政法规规定了相关自然资源的物权类型;2007年举世瞩目的《物权法》颁布,对于确立和保护产权,鼓励自然资源要素市场化起到了极大的推动作用,也对长久以来行政权和物权关系的纠葛做了清楚的界定。

但是,对于有限资源特许的流转,目前涉及到的行政法规多是禁止或者限制的。《渔业法》第16条规定,捕捞许可证不得买卖、出租和其他形式非法转让,不得涂改。而1996年的《矿产资源法》及其配套法规虽然解除了探矿权、采矿权不得转让和买卖的禁令,但仍然没有解禁不得出租和不得抵押,具体流转形式也不明确。^[12]国务院制定的《取水许可制度实施办法》第26条规定:转让取水许可证的,由水行政主管部门或其授权发放取水许可证的部门吊销取水许可证,没收其非法所得。应当基于《物权法》的有关规定以及市场经济日益成熟的发展趋势而对有关法律加以修订。

二、对于典型特许流转可行性的简要分析

(一)“龙王”只有一个?——水权现状的危机和应对

根据《宪法》及《民法通则》《物权法》和《水法》的相关规定,水资源属于国家,实行严格的公有制。国家对水资源的开发利用实行取水许可制和有偿使用制。也就是说,“龙王”只有一个——国家。而事实上,水权国家所有的概念虽明确,但是事实上归地方掌握和所有,水权模糊的现象还很严重。水资源外部界限明确,而内部权利模糊。个别地方政府不能从水资源配置的大局利益出发,一味强调地方利益,结果造成水资源的严重浪费。“如何实现水资源的最好的资源配置”就不得不引起人们的思考。

2000年11月发生在浙江东阳、义乌两市的中国第一起水权交易引起了广泛反响。两地政府经过多轮协商,义乌市以一次性出资2亿元买断了横绵水库每年49999.9万立方米水的永久使用权,被称作是“中国水权理论的实践重大突破。”^[13]有的人认为我国的水权市场已经形成了,有的人认为存在很大隐患。笔者认为,这次交易是两地政府进行的,并不是完全意义上的民间水权许可交易。如果水权是国家所有,那么地方政府享有的到底是水资源的所有权还是使用权?如果地方政府享有的是水资源的所有权,那么这样的交易只能是两个政府间的关于水资源再配置的交易。民间的取水许可交易仍然是禁止的。所以综上所述,笔者不认为这意味着“中国水权交易市场的建立”,市场化的禁区依然没有被打破。

虽然水权交易市场我们初定为准市场(因为其本身的特殊性,不能实行完全的市场化,必须强

调政府监督),但不是完全由政府操纵市场,操纵交易本身。这里不得不涉及到本节开头提到的“水权内部模糊”的问题。由于“国家”是一个抽象的概念,最终享受国有资源所有权,进行占有、使用、收益的是地方政府或者个别部门,往往发生政府“寻租”的恶性循环。由此我们强调由中央统一实行水资源的合理配置,协调好水资源分布不均,有效分配水资源,严格明确所有权的国家属性,以法律的形式给予取水许可民间交易充分肯定。当前阶段不宜全面放开水权市场,可以一步一步引导水权交易,达到民间直接用水的市场化配置。水资源和土地资源一样,是有限的自然资源,既然土地承包可以进行流转,那么水资源的流转的积极意义也应当得到充分肯定。

(二) 矿山上的呼唤——矿业权的迷思

1986年10月1日《中华人民共和国矿产资源法》生效后,结束了多年的无偿开采制。1997年该法修改后,我国矿产资源产权制度向着市场经济方向前进了一大步。然而我国的矿产资源现状是怎样的呢?“目前我国综合利用搞得比较好的国有矿山仅占30%左右,部分进行综合利用的国有矿山为25%,完全没有进行综合利用的占45%,全国20多万个集体、个体矿山基本上不搞综合利用。据专家估算,我国矿产资源的综合回收率平均不超过50%,总体上综合利用率约为20%。”^[14]全国近20万的矿山企业中,仅不到两成的矿山企业是通过市场机制取得,其他均是通过行政方式取得。^[15]产权主体不清,大量行政干预和权力寻租,导致行政审批的滥用与腐败。

转观之二级市场,即矿业权流转市场,法律允许矿业权进行有限流转后烂矿、尾矿一度得到好转,但具体方式不明确,所谓“有条件转让”的制度性设计始终不见统一规范。对于当下的矿业权问题,笔者有以下思路:(1)交换排查各地的矿业企业,原授予特许的矿业行政机关不得参与本辖区内的安全排查;(2)将《矿业资源法》第10条关于探矿权的展期规定作以下修改,即规定展期次数的上限;(3)明确矿业权流转的形式;(4)提高矿产资源补偿费率。

(三) 最有可能流转的许可——排污许可交易

以上探讨的是有限资源的用益物权属性上的流转,排污许可流转则是个例外。因为排污许可权的流转是一种纯权利的流转,而不是物权的流转。它的产生也是人类对于环境治理的一种新型模式,笔者将其列入特许流转的范畴之内,原因如下:(1)排污许可是政府规制对于环境保护而作出的一种特许;(2)1970年美国通过的《清洁空气法》将二氧化硫排放许可市场化进行法律上的制度化,为其他各国政府治理环境污染提供了可行的模式;(3)2001年国家环保总局与美国环境保护基金会签订了合作项目,在中国进行二氧化硫排污许可交易的试点,从90年代初到本世纪,国家环保总局分别在上海、山东、山西、河南、天津等地进行了二氧化硫排放许可交易的试点,积累了一定的经验,并且表明了中央政府对于排污许可交易支持和指导的立场,为日后大规模进行排污许可交易提供了可能。^[16]

排污许可进行流转的意义可以经过以下一个经济学模式的演绎:

对于企业来说,收益大于成本,就可以为了获利继续生产,只要污染成本大于处罚成本就不会积极采取治理措施。那么如何使得企业利益和公共利益达到平衡呢?

假设 V 为一家企业的总利润, P 为商品价格, Q 为产量, W 为生产成本, S 为环境污染而支付的罚款, Z 为企业寻租的成本, C 为治理环境污染的成本。

当 $C < Z < S$ 或者 $C < S < Z$ 时,企业的选择是 $V = PQ - W - C$ 。

反之,则可能是 $V = PQ - W - S(Z)$ 。

从环境保护的角度出发,我们当然希望企业能够选择积极治理污染。再假设国家给予的排污总量一定,初始分配给同等企业的排放额度一定,积极治理污染的企业就能够在许可范围内排放而达到自己的经济利益,而不积极治理污染的企业就会使用完自己的原始额度,如果进一步排污的话,必然面临高额的行政处罚。这时候如果从别的企业买进交易额度来缓解自己的排污压力也面临着要支付一定的转让费。为什么这个看似给超额排污者“一条生路”的制度能够最终起到总量治理、遏制

环境污染的作用呢?

试想,如果我们禁止排污许可权的交易,总有超出自己额度排放的企业,他们解决自身困境的方法在这个公式中寻找的话只有向政府寻租,通过行贿或者其他手段隐瞒真相或者骗取超额排污许可。每个企业的决策者都有自己的考虑,都懂得在与政府博弈的过程中要得到自己利益的最大化,排污许可权交易这一制度就是一个最优选择,它能够使企业尽可能周详地考虑到治理污染的成本和利润的关系,尽可能对超额排污进行价值威慑,也能通过充分市场化尽可能地降低政府寻租的可能。

“使污染治理的社会成本内部化”,而不是加重外部治理即政府的财政负担,是该特许有限市场化的旨在。目前排污许可交易仍在试点,成绩显著,但也暴露出不少的问题,比如市场规制的成熟,统一标准始终难以出台,各省各地区制定标准存在地区差异,不利于统一治理,等等。有人这时联想到制定新法,我们认为在现行法律框架内,不宜操之过急,继续有计划地进行试点。笔者坚信,排污许可权交易必将成为最具影响力的特许交易,必将给其他特许交易提供宝贵的经验。

三、特许流转方式的探讨

(一) 具体流转方式例举

1. 一次性转让。参照土地承包经营权和建设用地使用权的流转方式,一次性转让是常见的用益物权的转让方式。转让应当向登记机关申请变更登记,基于一次性转让的法律事实,新的特许权人即取得了原特许权人的用益物权。矿业权、取水权、渔业权等作为生产要素与货币进行交换符合市场经济的需要。

2. 入股出资。《中华人民共和国公司法》明确规定,土地作为生产要素可以出资。参照土地所有权公有的特性,出资的土地属性也是属于用益物权,《物权法》规定的具有用益物权属性的特许同样可以作为出资,作价入股。鉴于矿业权,取水权等国家授予特许的权威性,作价入股的可靠性相应较高。建议《公司法》和相关特许专门法律能够增加诸如矿业权、取水权、渔业权等特许可以入股的相应规定。

关于排污许可特许能否入股,笔者的观点是,由于设立排污许可交易的初衷是为了治理环境污染而引入的私法治理模式,并非为了获得市场效益,故排污许可的流转方式仅仅局限于转让,其他方式都不恰当。

3. 抵押。鉴于特许的可靠性,无论是矿业还是水业,特许用于担保抵押,特许企业间融资贷款更容易实现,转而有利于改善生产条件,提高资源的利用率。建议《物权法》能够更好地完善特许的抵押权规定。

除了上述三种方式以外,租赁能否作为流转方式?我们考察有限资源特许的性质,可以得出它本身就是一种有偿的租用。租用如何再次租赁?其最终归属还是转让。如果法律允许租赁则会导致使用权不明,造成混乱,所以禁止特许的租赁。

(二) 对特许流转的立法期待

1. 区别对待各种不同特许,根据不同特许的特点制定相应法律法规。由于特许牵涉到资源利用和公共利益,结合目前我国经济多元化的发展,统一各种特许的流转方式是不恰当的。比如矿业特许就应当实现“严进,宽出”,理由是矿业生产有严格的安全和技术要求,初级分配即授予特许的时候一定要严格把关,而二级市场进行流转的时候,只要不涉及公共利益和国家安全,特许相对人可以按照私法要求以意思自治来决定自己的缔约对象;而排污许可的特许在初次授予的时候,则应当本着公平公开,条件相同的企业获得的排污许可量应当一视同仁,进入到排污许可交易所进行二次交易的时候,则为了控制个别企业垄断排污许可交易量,国家应当严格控制交易价格。可见两者的处理模式是完全不同的。

2. 加强特许的事后监管,对流转前后的相对人都要进行有效监督。当代政府已不再是那个事无巨细都要问津的“硬父爱主义”政府,而是有限放宽,逐步提升人民自治水平的“软父爱主义”的政

府。人们做出的选择并不总是能反映他们的愿望和偏好,不成熟或者不自愿都能阻碍愿望的实现。^[17]私主体往往无法预见在多大程度上损害了公共利益,也往往无法预见在多大程度上获得经济利益而不损害他人,政府在此时扮演的角色就是利用其宏观视角引导各个私主体的行为模式。在特许流转的过程中尤其要重视行政主体的引导。比如矿山企业特许每年要进行生产安全检查,矿业权特许流转应当由行政主体制定格式合同,做好流转后的变更登记备案。

参考文献

- [1] 应松年. 行政权和物权之关系研究——主要以《物权法》文本为对象[J]. 中国法学, 2007(5): 66-73.
- [2] 杨海坤. 跨入21世纪的中国行政法学[M]. 北京: 中国人事出版社, 2000: 328-330.
- [3] 江必新. 论行政许可的性质[J]. 行政法学研究, 2004(2): 1-5.
- [4] 崔卓兰, 吕艳辉. 行政许可的学理分析[J]. 吉林大学社会科学学报, 2004(1): 32-39.
- [5] 林来梵. 剩余的断想[M]. 北京: 中国法制出版社, 2007: 95.
- [6] 曲振涛, 杨恺钧. 法经济学教程[M]. 北京: 高等教育出版社, 2007: 147.
- [7] MURRAY N R. 权力和市场[M]. 刘云鹏, 译. 北京: 新星出版社, 2007: 69.
- [8] 王名扬. 法国行政法[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1997: 317.
- [9] GRAHAM R. 博弈论导引及其应用[M]. 柯华庆, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2005.
- [10] 张文显. 法理学[M]. 北京: 高等教育出版社, 2005: 422.
- [11] 章剑生. 现代行政法面临的挑战及其回应[J]. 法商研究, 2006(6): 47-53.
- [12] 张文驹. 矿产资源开发中的财产权关系[J]. 中国国土资源经济, 2005(3): 4-7.
- [13] 胡鞍钢, 王亚华. 从东阳—义乌水权交易看我国水分配体制改革[J]. 中国水利, 2001(6): 35-37.
- [14] 雷涯邻. 我国矿产资源安全现状与对策[EB/OL]. (2006-08-02) [2008-02-08] <http://finance.sina.com.cn/economist/jingjixueren/20060802/19202786570.shtml>
- [15] 刘灿. 中国的经济改革与产权制度创新研究[M]. 成都: 西南财经政法大学出版社, 2007: 200-201.
- [16] 罗丽. 美国排污权交易制度及其对我国的启示[J]. 北京理工大学学报: 社会科学版, 2004(1): 61-64.
- [17] 林来梵. 法律与人文[M]. 北京: 法律出版社, 2007: 21.

A Study of the Issues of the Franchised Circulation of Limited Resources ——From the Perspective of Property Law

HUANG Xue-xian, DING Yu

(*School of Law, Suzhou University, Suzhou 215000, China*)

Abstract: There is an increasing urgency for “Private Management of Public Law” in the area of Modern Administrative Law. The franchising of limited resources has been in circulation in the secondary market, though it was controlled by the public power before. The Property Law provides the legal foundations for such franchised rights as the watering right and the mining right, and hence for their franchised circulation. The purpose of such a franchised circulation is to create social value and make more efficient use of limited resources. Active legal guidance, effective supervision and management by the government combined with the respect for the self-governing intended by private rights subjects will lead to the circulation being on the right track, which will in turn help to reverse the situation of insufficient natural resources supply in China.

Key Words: franchised circulation; the mining right; the watering right; trading in emission permitting

(责任编辑 骆良钢)