

CAMBRIDGE

环境法学研究文库
Series of Environmental Law Studies

汪 劲 总主编

污染与财产权

环境保护的所有权制度比较研究

[美] 丹尼尔·H.科尔 著
严厚福 王社坤 译



Pollution & Property
Comparing Ownership
Institutions for Environmental Protection



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



不同的情形下适用哪种基于财产权的方法。

本书评估了基于公共财产权的方法、基于共有财产权的方法以及基于私人财产权的方法在环境保护中的效用，发现它们都是有用的，同时也都存在着局限。每一种方法都有它的优势和缺陷，在不同的生态、制度、技术以及文化条件下，这些优势或缺陷可能会最大化或者最小化。没有任何一种财产权体制可以被证实在所有的情况下，考虑到政策的各个层面时都优于其他所有的财产权体制。通过案例分析和经验研究，本书认为，污染与财产权之间的关联，最终取决于在某个特定的时间和地点起支配作用的经济、制度、技术以及生态条件。因此，在一个依赖于多种（经常是混合）财产权体制的社会，环境保护很可能会更加有效。

本书适合于高等法学院校和经济院校师生、政府官员以及热心于环境保护事业的人士阅读，也可作为高等法学院校和经济院校的教学参考书。



污染与财产权

环境保护的所有权制度比较研究

[美] 丹尼尔·H.科尔 著
严厚福 王社坤 译



Pollution & Property
Comparing Ownership
Institutions for Environmental Protection



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

北京市版权局著作权合同登记号:图字 01-2008-2767

图书在版编目(CIP)数据

污染与财产权:环境保护的所有权制度比较研究/(美)科尔著;严厚福,王社坤译. —北京:北京大学出版社,2009.12

(环境法学研究文库)

ISBN 978-7-301-16063-3

I.污… II.①科… ②严… ③王… III.环境保护法-对比研究-西方国家 IV.D912.604

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第197621号

书 名:污染与财产权:环境保护的所有权制度比较研究

著作责任者:[美]丹尼尔·H.科尔 著 严厚福 王社坤 译

责任编辑:郭瑞洁

标准书号:ISBN 978-7-301-16063-3/D·2463

出版发行:北京大学出版社

地 址:北京市海淀区成府路205号 100871

网 址:<http://www.pup.cn>

电 话:邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

电子邮箱:law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者:北京宏伟双华印刷有限公司

经 销 者:新华书店

650毫米×980毫米 16开本 17.75印张 270千字

2009年12月第1版 2009年12月第1次印刷

定 价:29.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

译者序

“没有最好,只有更好”

环境污染和生态破坏如今在全世界都是一个备受关注的问题。如何才能有效地防治环境污染和生态破坏?各国学者提出了各种各样的主张。最初,环境污染防治被认为是一个技术问题,一个只要通过技术手段就能够解决的问题。但是后来人们逐渐发现,它不仅是个技术问题,也是一个法律问题,需要以法律制度的形式对利用环境的各方当事人的权利义务进行规范,才能更好地实现环境保护的目标。尤其是在科斯发表了著名的《社会成本问题》一文后,人们逐渐意识到:因为交易成本的存在,合理的财产权界定和分配对于实现社会收益最大化而言是非常必要的,在环境保护问题上同样如此。1968年哈丁发表了《公地悲剧》(*The Tragedy of Commons*)^①之后,如何避免“公地悲剧”^②造成的环境问题就成为学者研究的热点。那么,财产权体制安排与环境保护之间究竟存在什么样的联系?哪种财产权体制安排最有利于克服“自由获取悲剧”从而实现环境保护的目标?这正是本书所致力于回答的问题。本书详尽地分析了各种基于财产权体制的环境保护方法的效用和局限,而本书的结论,既出乎意料之外,又在情理之中。

一、基于财产权的环境保护方法:没有最好,只有更好

作者一开始就指出:最基本的环境保护问题就是通过控制获取和使

① Hardin, Garrett 1968, “The Tragedy of Commons,” *Science* 162: 1243—1248.

② 作者在书中指出:哈丁将“自由获取”与共有财产权混为一谈。事实上,哈丁所说的“共有物悲剧”(tragedy of commons)应当是“自由获取悲剧”(tragedy of open access),共有财产权(common property)甚至还可以作为一种避免“自由获取悲剧”的方法(第15页)。精确起见,译者将在下文以“自由获取悲剧”代替“公地悲剧”。

用,防止过度使用或者滥用“环境物品”,包括清洁空气、水、野生生物等,也就是如何避免“自由获取悲剧”问题。紧接着,作者立刻亮出了让人耳目一新的观点——所有适用于环境保护的方法最终都建立在财产权的基础上。在作者看来,即便是环境管制也是一种基于财产权的环境保护方法。管制给使用环境物品的人施加了一种私人义务,在这个过程中,必然会同时创造一种执行管制措施的公共权利。因此,环境保护中的选择并非是否要适用基于财产权的方法,而是在各种不同的情形下适用哪种基于财产权的方法。这是一个极具震撼性的观点。在我们的印象中,“管制”是一种行政手段,与民法上的“财产权”基本上是风马牛不相及,而作者一针见血地指出了管制和财产权之间的内在联系,瞬间拉近了财产法与环境/行政法的距离,显示了深邃的洞察力。

在第一章中,作者援引了亚里士多德的一个著名论断:“无论何物,只要它属于最大多数的人共有,它所受到的照料也就最少。”(第2页^①)由此,“人们经常认为造成污染以及其他环境问题的首要原因是在自然资源(或者说是‘环境物品’)之上缺乏财产权制度安排。……但是它回避了一个更加根本性的问题:是什么因素导致在许多环境物品上缺乏财产权制度安排?如果缺乏完全的、明确的财产权是由其他因素导致的,那么,缺乏财产权本身就不可能是污染以及其他环境问题产生的终极原因。”(第2页)

通过对理想世界和现实世界中污染与财产权的关系的比较分析,作者发现了缺乏完全的、界定良好的财产权的最终因素:

“正如经济学家所熟知的那样(至少在1960年科斯发表那篇著名的论文以后),并不能在所有——实际上是任何环境物品上都建立完全、明确的财产权,因为界定它们必须付出高昂的成本,有时高得令人无法承受。因此,我们可以合理地宣称,确立财产权的成本,而非缺乏财产权安排,才是环境问题的终极原因。但是这只会把我们带向下一个根本性的问题:为什么有时而非总是设定一种财产权的成本过于高昂?带着这个问题,我们最终找到了我们所讨论的问题的根源:经济、制度、技术以及生

^① 译者注:本序言中的页码均指原书页码,即本书的页边码。

态状况在很大程度上决定了界定和交易环境物品的财产权的成本。污染和财产权之间的关联最终取决于在某个特定的时间和地点起支配作用的经济、制度、技术以及生态状况。”(第3页)

行文至此,作者其实已经点出了本书的结论:既然污染和财产权之间的关联最终取决于在某个特定的时间和地点起支配作用的经济、制度、技术以及生态状况,那么,在这个次优的世界,对于环境保护而言,就不可能有一个普适的、在任何情况下总是最优的财产权体制。在此后的章节中,作者对各种财产权体制在环境保护中的作用和局限的具体分析,只是用来解释、证明这个结论而已。

在接下来的章节中,作者评估了基于公共财产权的方法、基于共有财产权的方法以及基于私人财产权的方法在环境保护中的效用,发现它们都是有用的,同时也都存在着局限。有时候某种财产权体制可能避免了一种自由获取悲剧的发生,但同时又忽视或者加剧了另一种自由获取悲剧的出现(第129页)。作者指出:“不能脱离各种环境保护工具运作的制度和技术背景,孤立地探讨它们的比较效率。在一种制度背景下有效的财产权体制在另一种制度背景下未必有效。”(第70—71页)“每一种方法都有它的优势和缺陷,在不同的生态、制度、技术以及文化状况下,这些优势或缺陷可能会最大化或者最小化。在由一系列因素所构成的某种具体情况下,某种财产权制度可能运作得比另一种更好。但如果换一种情况,这种财产权制度可能就会显得捉襟见肘。没有任何一种财产权体制可以被证实~~在所有的情况下,考虑到政策的各个层面时都优于其他所有的财产权体制。~~”(前言)“这个结论不应当使我们感到惊奇,倒是如果我们发现相反的结论是正确的——有一种产权体制对于避免自由获取悲剧而言永远是普适的、最优的选择,不管在这个注定是次优的世界里各种具体情形是如何错综复杂——我们才应当感到惊奇。”(第19页)

总之,通过案例分析和经验研究,作者证明:污染和财产权之间的关联最终取决于在某个特定的时间和地点起支配作用的经济、制度、技术以及生态状况。因此,在一个依赖于多种(经常是混合)财产权体制的社会,环境保护很可能会更加有效。

最后,作者探讨了当各种财产权体制——主要是公共财产权体制与

私人财产权体制发生冲突时表现出来的“征用”(taking)问题。认为美国联邦最高法院在涉及“征用”的案件中特别关注私人财产权而忽略公共财产权的做法是不合理的。有时看起来像是“征用”的案件,只不过是政府在行使自己的公共财产权而已,根本就不存在对私人财产权的“征用”(第八章)。

二、各种财产权体制在环境保护中的作用和局限

1. 公共财产权/管制体制

由于经常听到“公地悲剧”(事实上是“自由获取悲剧”),因此说公共财产权体制能够在环境保护中发挥积极作用可能会违反很多人的直觉,但作者还是指出:即使是在私人所有权观念如此盛行的美国,联邦政府目前为止还是最大的土地所有者(第20页)。而水资源的公共/国家所有权更加普遍,水资源的个人所有权在全世界范围内都是极其有限的(第21页)。除此之外,政府也经常在地面、地下、水面和水底发现的许多资源上确立公共/国家财产权,例如野生生物、矿产资源等等(第22页)。尽管有些著名学者,例如波斯纳法官,明确反对自然资源的公共所有权,认为其缺乏效率(第23—29页),但作者通过实证研究指出:由于规模经济等因素的存在,公共所有权在某些情况下无论是在生态上还是在经济上都比私人所有权更有效率(第25—29页)。并且,一个显而易见的事实是:环保团体经常把它们取得的私人土地捐献或低价转让给政府。如果像波斯纳法官所宣称的那样,私人所有权在任何时间任何地点都比公共所有权更加可取,那么环保团体的行为就是不可理喻的(第28页)。尽管如此,作者也承认公共财产权的效用是有限的,其突出问题大致说来可以归结为对公共资源管理人的激励问题,这经常导致管理人采取无效率以及对环境有害的管理政策(第39页)。

此外,隐含的基于公共财产权的环境保护方法——命令—控制型管制是世界各国在污染控制领域运用得最广泛的方法。尽管有许多人批评命令—控制型管制效率低下(第40页),并且事实上这种批评也经常是正确的,但作者以美国的《清洁空气法》为例(第72—79页),说明在某些技术限制下,命令—控制型管制比排污权交易更可行。因为如果政府无法

在技术上确定需要减少多少排放量,并且精确地测定企业是否遵守了排放限额,排污权交易就根本无法实施。但是,如果政府命令所有潜在的污染者必须安装可得的污染削减技术设备(例如净气器),它就至少有信心实现某种程度的排放量削减,即便它无法精确地测量到底削减了多少(第71页)。

2. 混合财产权^①

环境保护中的混合财产权体制起源于两个方向。一是对公共物品的部分私有化(这是主要的)。政府可能会将有限的污染和资源使用许可或权利授予污染者/资源使用者,使其对资源具有部分法律上的控制力,同时这种有限的控制力仍然受制于政府所保留的公共权利。这种部分私有化的类型的例子包括发放排污许可证(无论是否可以交易)以及授予私人管理公共土地上的资源的权利。混合财产权体制还可能起源于相反方向的财产让与——从私人财产权转化为混合型的公共和私人财产权。这种有限公有化的例子包括自然保护地役权(conservation easements)的使用,即一个私人土地所有者经常是由于税收的原因,但也可能是出于保持土地不受开发的强烈愿望将防止未来开发土地的权利转让给一些私人非营利组织,例如自然保护组织(Nature Conservation),或者一些经过授权的政府机构(第45—46页)。

早在1974年,美国联邦环保局就已经开始试验可交易的排污权计划,美国1990年的《清洁空气法》修正案正式在酸雨(二氧化硫)项目上建立了排污权交易制度,这些排污权交易体制节约了大量成本,并且取得了显著的成效(第51—57页)。但作者指出:只有在非常有限的情况下,可交易的排污权计划才可能以相对较低的成本达到环境保护的目标(第59页)。因为排污权交易制度要取得成效,至少需要两个条件:一是完善的市场机制,二是精确的点源监测技术(第70—72页)。而有些国家和地区根本就不具备这两项条件,因此理论上更有效率的排污权交易制度在

^① 作者指出:从真正意义上说,所有现存的财产权体制都是混合型的。纯粹的公共和纯粹的私人财产权仅仅存在于经济学家、法学家和政治理论家的想象之中。真实的财产权体制或多或少是公共的或私人的(第45页)。但本书所指的“混合型财产权体制”仅仅指文中提到的特定的混合型财产权体制。

这些国家和地区未必能取得实际成效。

在过去的几十年中,在美国,自然保护地役权的使用频率一直在稳定增长。到20世纪90年代中期,通过这种方法一共保护了超过400万英亩未开发的土地——“比整个康涅狄格州的面积还大”(第64—65页)。使用自然保护地役权来保护未开发的土地成为一种非常流行的机制(第65页)。但是,自然保护地役权严重地依赖于税收法典。在一个财产税和遗产税首先基于土地现有的使用和未使用价值,而非基于市场价值来计算的^①国家,土地所有权人将无法从设立自然保护地役权中获得任何税收收益^①,因此就不会有强烈的激励创设自然保护地役权。此外,由于偏好开发土地的所有者数量显然超过偏好保持土地未开发状态的土地所有者,因此可以预期,自然保护地役权的效用也是相当有限的(第66页)。

3. 私人财产权/非管制体制

对于自由市场环境保护主义者(free-market environmentalism)来说,自然资源的私有化不仅有助于提高经济效率,而且有助于环境保护。并且,他们对“私有化”这个术语的理解非常狭窄:通过彻底的出售或赠与,将自然资源之上的公共权利完全让渡给私人个体、团体或公司(第86页)。

传统的福利经济学将环境问题解释为由于外部性导致的市场失灵的症状。自由市场环境保护主义者也赞同环境问题的确是由市场失灵所导致的,但是当他们进一步追究市场失灵的根源时,他们得出的答案是:环境市场失灵源自于对环境物品的财产权没有完全特定化。政府主导的救济忽略了这个根源,最多只能治标。它们也许能够解决环境外部性的症状,但却无法矫正市场失灵背后的原因。唯一能够做到这一点的途径,同时也是环境问题唯一正确、适当和有效的救济途径,就是完全明确对于环境物品的私人财产权;也就是说,将它们私有化。自由市场环境保护主义者的主要理论武器是“公共选择理论”(public choice theory),认为“政府失灵”导致的环境问题一点也不亚于“市场失灵”。他们还列举了很多政

^① 在美国,财产税和遗产税一般是基于土地价值最高的使用方式来计算的,因此未开发的土地将像它们已经被开发了一样被征税。但是,一旦设立了自然保护地役权,联邦和州的税收法典就不会以该土地的开发潜力来衡量它的价值;土地最有价值的使用方式就将是它目前的未开发或者仅仅部分开发的状态。这将为土地所有者带来相当可观的成本节约(第64页)。

府失灵的例子(第90—93页)。

作者并不否认私有化在环境保护中的积极作用,也承认公共财产权/管制体制确实存在一些问题,但作者指出:上述例子并不能证明将所有环境物品完全私有化在所有情形下都是有效和有效率的环境保护的充要条件。为了证明这一点,自有市场环境保护主义者必须证明私人所有的资源必然比公共所有和管理的资源受到更好的保存和保护。至少,他们必须证明私有化的收益总是超过其成本,包括交易成本。这就要求系统地研究私有化的成本和收益,而这种研究并非是列举一些奇闻轶事就可以取代的(第96页)。

作者告诫我们:历史变迁并非单向地朝着私人财产权的方向发展。财产权有时候也会向相反的方向发展,从更加明确界定的私人权利向更加模糊的关联权利发展。例如,水法的发展就是这样(第108页)。

4. 共有财产权体制

在本书中,共有财产权(common property)被严格限制在其传统含义之内,即由生活在资源周围的私人个体所组成的团体拥有和管理并排除社会上其他团体干涉的财产权。根据这个定义,共有财产权和私人财产权的区别在于所有者/管理者的人数(第111页)。作者指出:在讨论环境保护的财产权问题时,人们总是倾向于将注意力放在公共财产权和私人/个人财产权机制的选择上,而将共有财产权排除在外。这种忽视可能源于将共有财产与自由获取财产相混淆的不幸认识。^①然而事实已经证明,在很长的时期内,共有财产权体制在各种各样的条件下都能够避免自由获取悲剧的出现。就环境保护而言,在满足某些条件时,共有所有权甚至比公共财产权体制和私人财产权体制更加可取(第110页)。

作者介绍了北欧地区的开放田野制度(open field system)、秘鲁与玻利维亚安第斯山脉地区的共有田野农业制度、日本被称为“入会地”(Iria-chi)的共有土地制度以及土耳其卡姆利克礁湖(Camlık lagoon)和艾伦亚(Alanya)地区的共有渔业制度,认为它们都在相当长的时期内避免了自由获取悲剧的出现(第112—120页)。但作者又告诫我们:共有财产权体

^① 这种不幸的混淆也许应当怪罪于 Hardin。参见本序言注2。

制可能在保护了某种商品资源的同时,损害了环境物品,或者在保护了某种环境物品的同时,损害了另外一种或几种环境物品(第129页)。

通过对各种财产权体制在环境保护中的作用和局限的分析,作者抽象出了在何种情形下适用何种财产权体制的一般理论:“最优的财产权体制是在特定的情况下,能够以最低总成本达到外生(exogenously)设置的社会目标的体制。”(第17页)“总成本是排除成本和协调成本的总和。排除成本是指对财产所有人而言,为了限制(其他人)进入并使用其资源而设立边界并执行的成本;协调成本是指与解决集体行动困境相关的成本。”(第131页)

作者指出:每一种基于财产权制度的工具都有明显的优点和缺点。私人/个人财产权体制通常能使协商成本最小化,但是其排除成本通常比其他财产权体制要高。此外,基于私人/个人财产权体制的环境保护制度可能出现对折现率(discount rate)、时间范围(time horizon)和个体所有者不负责任的偏好的担忧。有时共有财产权体制的排除成本比私人财产权体制要低,并且当面对应当做什么这个问题时,能实现更大范围的社会一致。但是共有财产权体制容易受到所有者团体凝聚力变化的影响。换句话说,在共有财产权体制下,协商成本可能会变得相当高。公共财产权体制能够将决策范围扩展到个人和小团体的偏好之外,当环境物品的社会价值超过它的私人价值时,公共财产权体制可能是适当的。公共所有权能使排除成本最小化以及规模收益最大化。但是公共财产权体制下的环境物品总是会受到潜在的滥用职权和官僚机构不当管理的影响。最后,混合的公共和私人财产权制度,例如可交易的排污许可和自然保护地役权,则同时具有这两种制度的各种优点和缺点(第178—179页)。

那么,在某种特定情形下具体应当选择哪种(或哪几种)财产权体制呢?作者并没有对此作出正面回应,而是冷静地指出:由于能够影响财产权体制绩效的“变量多如牛毛,并且事前的(ex ante)不确定性实在太多,以至于无法可靠地预测哪种方法最有可能运作得最好,除非是在一些最简单,因此也最让人提不起兴趣的情形下。在更有趣和更重要的情形下,社会之所以决定实行某些财产权体制(或者某些财产权体制的混合体)而不是其他体制,是因为环境保护仍然带有社会实验(social experiment)的

性质。”(前言)

因此,“在现实世界中寻求最优的解决方法是徒劳的。在这个现实的世界中并没有最优的环境保护水平,只有根据决策者——无论是私人财产所有者、集体资源使用者、利害关系人、选民、选举产生的官员或者政府官僚——愿意支付的成本所决定的环境保护水平。”(第133页)“只有认识到财产权体制选择是一个复杂的、非常不明确的问题,我们才会在进行财产权体制选择时更多地考虑历史因素或偶然事件,而不仅仅是进行理论推演。”(第136页)

三、他山之石

随着《中华人民共和国物权法》的颁布,关于环境物品,尤其是自然资源的财产权问题再次引起了我国学者和公众的广泛关注。我国现行有关环境物品的财产权体制的规定是否有利于环境保护?我国应当建立什么样的财产权体制才能遏制并逆转日益严重的环境问题?法学界已经有一些敏锐的学者开始意识到财产权与环境保护绩效之间的关系^①,但是大多数文章并未对各种财产权对于环境保护具体有何效用,有何局限进行研究,或者说,没能进行深入研究。而本书的一些结论和研究方法,对于推进我国的法学,尤其是环境法学研究具有重要的借鉴意义。

1. 私有化并非环境保护的灵丹妙药

本书的主要贡献之一,就是打破了人们对于“私有化”的盲目崇拜。

^① 在译者有限的阅读范围内所发现的相关的专著包括:桑东莉:《可持续发展与中国自然资源物权制度之变革》,科学出版社2006年版。相关的论文包括:吴志良:《财产权与环境保护》,载2000年全国环境资源法学研讨会论文集;吴志良:《水权与环境保护》,载2003年中国环境资源法学研讨会论文集(上册);李爱年,胡春冬:《财产法与环境保护——普通法的一个视角》,载《重庆大学学报》(社会科学版)2007年第13卷第2期;吕忠梅:《关于物权法的“绿色”思考》,载《中国法学》2000年第5期;唐忠辉:《论财产权制度的资源保护功能》,载《成都行政学院学报》2007年第3期;唐忠辉,余海燕:《财产权的环境污染防治功能》,载《成都大学学报》(社会科学版)2007年第2期;李启家,唐忠辉:《论财产权的环境保护功能》,载《河海大学学报》(哲学社会科学版)2007年3月第9卷第1期;楚道文:《论物权法的环境关怀——基于〈物权法(草案)〉第七次审议稿的分析》,载《山东大学法律评论》2007年卷;高利红:《物权法的环境保护功能:理念与模式》,载《法学》2003年第9期;于文轩:《物权法相邻关系制度之环境保护功能分析》,载《研究生法学》2007年第3期;孙佑海:《物权法与环境保护》,载《环境保护》2007年第5B期。相关硕士论文包括:唐忠辉:《财产权的环境保护功能研究》,2005年武汉大学硕士学位论文。有意思的是,上述著作或文章很多都已经注意到了本书或者本书作者其他与本书内容相关的论文。

自从社会主义在东欧解体之后,私人/个人财产权已经非常普遍,并被视为个人自由的保障和社会财富的发动机。本书的观点与此并没有不同。“毫无疑问,对于保护特定的环境价值而言,私人财产权经常是一种有效和有效率的手段。”(第 95 页)但是,“当涉及环境保护时,对私人财产权的庆祝至少是不成熟的和乌托邦式的”。“认为单一的社会法律制度——私人财产权体制——能够充分必要地解决所有环境问题不仅是非常不可能的,而且简直就是空想。”(第 178 页)

然而,“现有的许多文献,在有关财产权和环境保护的关系的问题上,都异口同声地假设或主张某种财产权制度是最优的,而不考虑具体情况”(前言)。特别是,许多人都鼓吹“私有化”,认为私有化既然能够解决经济发展问题,也同样能够解决环境问题。冷战结束以后,“私有化”不仅成为一股浪潮,而且日益成为一种意识形态。本书作者并没有被这种简单化的意识形态所迷惑,而是清醒地指出:由于环境物品的特殊性,私有化并不是一剂灵丹妙药,尽管有时候私有化确实能够在环境保护中发挥积极的效用。

许多人认为公有制是导致环境问题的根源之一,而私有化是解决环境问题的主要答案。针对这一观点,作者指出:情况并非总是如此。他举了一些例子:在 19 世纪的英国,私人林地所有者事实上砍光了整个乡村。到 1919 年,英国的森林覆盖率在欧洲各国中是最低的,只有可怜的 3%,70 万英亩。这些滥砍滥伐几乎全部发生在私人所有的土地上。为了解决这个问题,议会在 1919 年创造了一个新的公共组织——森林委员会,购买土地并重新绿化。在 20 年之内(也就是到 1939 年),委员会已经绿化了 172000 公顷土地,将英国的森林覆盖率提高到将近 25%(第 97—98 页)。在美国,政府官僚并没有引发 20 世纪 30 年代的大沙暴(dust bowl);相反,倒是那些被假定为“‘全知全能的’私人企业家”,不顾农业专家的建议,一意孤行地开垦牧场才导致了这个灾难。相似地,在 19 世纪,私人土地所有者(木材公司)砍光了威斯康星州北部的林地(第 98 页)。20 世纪 70 年代博茨瓦纳将原本属于部落共有的牧场私有化之后,牧场的资本回报率降低了 61%(第 97 页)。同时,根据经济学理论,在某些情形下,资源使用者毁灭而非保护资源完全可能是理性的。例如,科

林·克拉克(Colin Clark)已经指出:“当(1)折现率(或者时间偏好)明显超过动物种群最大的繁殖潜力,以及(2)猎取最后一只动物能够立即获得利润”时,“即使是对于一个人资源所有者而言,消灭整个(动物)种群也可能是最有吸引力的政策。”这种结果对于社会来说可能不是最优的,但是私人财产的所有者在作出决定时考虑的是私人收益最大化,而不是社会收益最大化(第16页)。作者指出:由于环境保护方面的规模经济以及私人土地所有者在进行环境保护合作时的交易成本可能非常高^①,在很多情形下,公共产权体制要比私人产权体制更有效率(第99—100页)。

国内的很多学者也明示或暗示地鼓吹私有化。在公有制占支配地位的中国,这种鼓吹是必要的,因为公有制下由于所有者的虚位和缺位导致的环境问题确实非常严重,一定程度的私有化确实有助于解决部分问题,但是千万要注意可别一不小心矫枉过正了。正如我们以前认为公有制能解决一切问题,但现实给了我们血淋淋的教训一样,如果认为私有制是万能的,难免又要重蹈覆辙。

2. 实证的、跨学科的研究方法

环境保护在我国已经从“喊口号”阶段逐渐进入“动真格”阶段。但是我国环境保护的绩效却并不令人满意,例如,“十一五”的约束性环境保护指标的完成情况不甚理想。我国的学术界在很大程度上应当为此承担责任。尤其是法学界,目前的主流方法仍然是对策法学和规范法学^②,热衷于在出现问题后提出对策或者只关心对法条的解释,很少从宏观和微观角度对问题的成因进行系统的理论阐释。仅有的一些理论也大多属于书斋中的理论,追求一些大而化之的“普遍真理”,缺乏对具体问题进行深度阐释的实证分析,导致提出的理论经常成为空中楼阁,无法有效地为实

^① 例如,几乎所有的国家都宣布珍贵、濒危野生动物属于国家所有,如果土地私有,而某些动物需要大片的栖息地,那么,由于私人土地的面积一般都不太大,如果由众多的私人土地所有者之间订立保护野生动物栖息地的协议,交易成本可能会非常高,可能会消除私人从为野生生物提供栖息地中所获得的潜在收益(第100页)。而如果实行公共所有权,就可能产生规模效益和交易成本上的节约。

^② 参见陈瑞华:《社会科学方法对法学的影响》,载《北大法律评论》第8卷第1辑,北京大学出版社2007年版,第202—209页。

践提供指导。例如,现在国内很多人鼓吹排污权交易,认为这是一种解决环境污染问题的办法,但根本不提,或者说,根本没有想过我国目前是否具备实施排污权交易的制度和技术基础。事实上,正如作者在书中所举的例子那样,由于技术(主要是点源精确监测技术)跟不上和制度(主要是市场机制)不完善,在我国目前的条件下排污权交易实施的效果可能相当有限。

有关环境保护的财产权体制涉及各种不同的学科,包括法学、经济学、政治学以及人类学等。不幸的是,学科的快速专业化导致了某个领域内的研究成果被其他领域的学者有意无意地埋没或忽视了。我国学术界之间的“跑马占地”和“老死不相往来”的情形就是最好的说明。当然,缺乏跨学科的研究不仅仅是跑马占地的问題,也可能是缺乏学术能力所致。“非不为也,实不能也。”^①此外,国内学术研究缺乏跨学科、跨专业的合作精神,这种单打独斗的做法很可能没有规模效应。

当然,情况并不总是这样,“仍然有一些学者经常穿行于各种学科界限之间,从一切资料来源中寻找有价值和有用的东西”。(前言)^②本书作者正是这些学者中的一员。作者清醒地意识到,对财产权制度和环境保护的关系进行狭窄的、冥思苦想的法学分析不可能得出有启发性的或者有趣的结论。同时,如果只对环境保扩进行经济分析,而缺乏对法律和其他制度、技术、生态以及文化因素的考虑,很可能无法得出有说服力的、现实的结论。将法学分析和经济学分析结合起来,同时伴之以一些来自人类学的经验教训,简而言之,通过采取一种新制度(new institutional)的方法来解决环境问题,本书的比较制度分析将更有希望被证明为更有说服力、更现实(前言)。

① 现在法学界号称有许多跨学科的研究。但有多少是名副其实的研究,有多少只是提到了“科斯定理”、波斯纳、福柯、韦伯……

② 在我国法学界,近年来在法律经济学、法律社会学、法律与文学等领域已经取得了一些成果,而苏力主编的《法律与社会科学》(法律出版社2008年版)也许可以视为法学界跨学科研究的新起点。

3. 没有定论的结论

本书的结论:对于解决环境问题而言:没有任何一种财产权体制可以被证实在所有的情况下,考虑到政策的各个层面时都优越于其他所有的财产权体制。”(前言)“在这个次优的世界中,我们的目标只能是在各种条件下,以最不可能失败的方式建构这些关系。必须要承认的是,本书几乎没有提供任何规范用于作出这样的决定。第七章提出的基础模型——排除成本+协商成本=总成本——只是提供了一般性的指引。无论如何精心地设计这个模型,第七章已经识别出的各种复杂的因素都将可能使得这个模型成为笑柄。因此,本书更谦虚的目标就是:清楚并现实地勾画出环境保护与财产权制度之间的关系。”(第179页)

这是一个非常符合马克思主义“具体问题具体分析”的结论,我们本来应该感到很熟悉,正如作者所说的那样,“任何人都应当对这个结论感到惊奇”。^①但是,由于我们的学术界习惯于追求“普遍真理”、“毕其功于一役”,这可能又是一个出乎意料的结论。对于这个没有定论的结论,也许有人会因此感到沮丧,觉得作者唠叨了半天最后等于什么也没说。没有定论的结论给我们的第一印象就是没有力度,甚至我们会感到惶恐。对于习惯了提出对策的法学尤其是部门法学研究者来说,在我国的环境问题已经到了生死存亡的关头,我们太需要一个确定的、不容置疑的、唯一正确的答案来指导我们的行动了。

但是,我们必须意识到:“没有答案”本身很可能是一个发人深省的答案。^②正如爱迪生说过的,发现了行不通的路本身就是一项成就。“没有一种最优的财产权体制”这个结论本身,给我们带来的不仅是思想上的震撼,更应该成为我们进行环境保护实践时应当牢记在心的“教训”。很多

① 马克思主义的原理被有意无意地忽视了,也许是出于对于政治教育的抵触心理,但马克思主义哲学很多原理确实很有用。或者说,我们似乎只记得口号式的马克思主义,而忽略了在具体的研究中适用这些哲学原理。但仍然有学者在法学研究中坚持并发展了这种马克思主义。例如苏力:《语境论》,载《也许正在发生——转型中国的法学》,法律出版社2004年版,第233—266页。

② “结论是不愿继续思考下去的一个接口而已。按照 Matz 的定理,所谓结论,就是你懒得继续思考下去的地方。正是从这个意义上讲,结论并不重要,结论只是人们为了退出某一具体研究领域时一个比较有效而体面的战术或策略。”参见苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版,自序部分。