

# 水权范畴研究

王小军

(武汉大学法学院, 湖北武汉, 430072)

**摘要:** 建立水权制度的目的是促进水权交易, 即定“源”以促“流”, 因而水权理论建构应遵循的原则是: 凡不能或不宜流通的权利均不应纳入水权范畴。水权即取水权, 是主体从国家所有的水资源中分离一定量之水并取得其所有权的权利。水权不应包括水资源所有权、水资源经营权、水所有权、水环境权。

**关键词:** 水权交易; 取水权; 水资源经营权

**中图分类号:** D922.66

**文献标识码:** A

**文章编号:** 1672-3104(2007)04-0404-05

新中国成立以来, 由于长期采用行政计划手段解决水资源分配问题, 我国没有能发展出成熟的水权理论体系。改革开放后, 随着市场经济秩序的建立, 我国法学研究取得长足的发展, 水权理论的研究开始逐渐进入了学者的研究视野。2000年11月浙江省金华地区发生了我国首例“水权交易”: 东阳市以2亿元人民币将横锦水库每年4999.9万立方米的永久用水权转让给相邻的义乌市。这一交易引起了法学界对“水权”“水权交易”“水交易”等问题的深入思考和激烈争论。“水权”范畴是有关学术讨论的起点和基石, 厘清其内涵和外延, 对于进一步开展水权理论研究、促进学术交流、建立我国可交易的水权法律制度具有重要的意义。

## 一、建立水权制度的目的: 合理配置水资源, 定源促流

人类的生存与发展离不开与外部世界的物质交换, 当外部资源的稀缺性逐渐显现并导致法律主体之间因其利用而引发的冲突频繁发生时, 就需要一套合理、有效的规则体系对资源的所有和利用行为进行规范以“定纷止争”、维护正常的社会秩序与符合人们正义观念的利益分配格局。水权制度的产生亦源于此。

从经济学的角度来说, 水权就是一种产权<sup>[1]</sup>, 其首要功能在于“定纷止争”。在经济学家的视野里, 产权往往和稀缺性紧密相连。如康芒斯就认为: “所有权的基础是稀少性。若是一种东西会非常丰裕, 人人可

以取得, 不必请求任何人或政府同意, 它就不会成为任何人的财产。若是供给有限, 它就会成为私有或公有的财产……”<sup>[2](298)</sup>。也就是说, 只有稀缺性的资源才需要界定产权, 以实现排他性的占有。由于稀缺性, 当某种资源尚不存在产权(或产权处于“虚位”)时, 该资源将成为“公共物品”<sup>①</sup>, 这将导致其过分消耗, 使之迅速枯竭。排他性的产权制度有利于定纷止争, 为资源的利用提供激励从而提高其利用率, 使通过市场机制配置该资源成为可能。在我国, 水正是这样一种稀缺性日益提高的资源<sup>[3](87-88)</sup>。作为世界上最严重干旱缺水的国家之一, 我国以世界上7%的淡水资源, 支撑占世界21%的人口的生活以及工业化。随着经济、社会的发展, 我国的用水量还会持续攀升, 建立界定清晰、符合市场流转规律的水权法律制度已经刻不容缓。

建国几十年来, 我国一直采用“行政计划”手段来解决复杂的水资源分配问题(当然, 现在大多数情况下也是如此)。这种行政指令性计划方法固然不失为一种分配稀缺资源的有效方法, 但却以高昂的政府成本为代价, 并且也难以保证分配结果的公平。当前, 世界上许多国家在对水资源进行宏观调控的前提下采用市场机制配置稀缺的水资源, 从而提高了水资源的使用效率, 取得了良好的经济、社会和生态效果。随着我国水资源短缺形势的日益严重, 农业、工业、生活和生态环境用水之间竞争的加剧以及社会主义市场经济体制的发展和完善, 采用市场这只“看不见的手”配置水资源、使其向边际效益较高的用途转移<sup>②</sup>, 从而

收稿日期: 2007-04-09; 修回日期: 2007-05-15

基金项目: 宁波市哲学社会科学规划项目“美国可交易水权法律制度对宁波的启示”(G07-X04)

作者简介: 王小军(1973-), 男, 陕西临潼人, 武汉大学环境法研究所博士研究生, 宁波大学法学院讲师, 主要研究方向: 环境法。

提高其利用效率已经成为我国水资源管理政策的优先选择。

从法学的角度来看，水权是由国家创设并保护的一项法律权利，在性质上应属于“准物权”<sup>[4](255-363)</sup>。物权与“交易”有着密切的关系，交易实际上就是不同主体为了各自利益而博弈的过程，博弈的结果则是订立一纸契约。可见，交易就是以设定债权债务关系为目的的谈判过程，它（债权的设定过程）在促进物权发展方面发挥着重要的作用。首先，交易客观上要求财产的归属明确，因为归属不明确，财产的交流就无法进行；其次，交换进一步促进了法律主体“物权”意识的觉醒，因为以追求利益更大化为目的的所谓交换，对于没有“物权”意识的主体而言，显然是不可想象的。

在功能层面，“在人类进入近代自由资本主义时期以后，……债权的地位和作用也才凸显出来”<sup>[5](28)</sup>，也就是说近代以后，债权开始在财产权体系中占据优越地位。这也是经济、社会发展的必然要求，因为市场经济的建立和运行，彻底改变了此前奴隶制经济、封建制经济条件下以物权为中心的静态生活，它客观上要求加速物质、资本的流动和周转，从而改变了物权与债权在社会生活中的“主”“从”格局。以前是物权为“主”债权“从”之，而市场经济则将这种格局颠倒了过来：

社会正像一个有机体，物权就像该有机体的骨骼或其他永久的组织，债权则像该有机体的血液或其他临时的组织，时时在静止与运动中交替补充。物权为交易的前提、交易的对象、交易的归宿。惟有存在该前提、对象，债权所要求的财产转移才能进行。同时，也只有债权所要求的财产转移得以畅通无阻，社会的骨骼、财产的积累，才能壮大。……这是一个“物权价值化的时代”，“物权由所有到利用”的时代。在这个时代，债权（指合同债权）是大多数社会财产的表现形式，或者说大多数社会财产都表现为合同债权。债权在财产权体系中居于优越地位<sup>[5](31-32)</sup>。

如果我们将物权看做一种“源”，则债权（主要指合同债权，也就是交易）就意味着这种“源”在不同主体之间的“流”动。近代以来，物权除了具有传统的“定纷止争”功能，其促进债权的功能——即促进通过市场机制配置资源的价值日益突出。水权讨论的源起与上述分析惊人地相似，学者们都认为建立水权制度的重要目的之一即是为了促进水权交易，也就是说，建立水权制度的主要目的是为了促进水权这种“源”在不同主体之间的“流”动，即定“源”以促“流”。这一理念不仅应成为我们分析研究水权概念、

客体及其内容的重要理论起点，而且也应成为检验各种水权学说是否可取的重要标准。

## 二、水权概念的厘清

由于我国的水权制度研究尚处于起步阶段，学术界对水权的概念尚未形成统一的认识，现有如下观点：① 水权是“水的所有权和各种利用水的权利的总称”<sup>[6](95)</sup>；② 水权是“水资源的非所有人依照法律规定或合同约定所享有的对水资源的使用或收益权”<sup>[9]</sup>；③ 水权“包括水资源所有权、使用权、经营权及与水有关的其他效益”<sup>[8]</sup>；④ 水权为“一集合概念，它是汲水权、引水权、蓄水权、排水权、航运水权、竹木流放权等一系列权利的总称”<sup>[4](255)</sup>；⑤ “水权包括水的所有权、使用权、经营权、转让权等。……这里所讲的水权主要是水的使用权”<sup>⑥</sup>；⑥ 水权是指“由水资源使用权（用益权）、水环境权、社会公益性水资源使用权、水资源行政管理权、水资源经营权、水产品所有权等不同种类的权利所组成的水权体系”<sup>[9]</sup>；等等。各种观点林林总总，“水权”成了一个包罗万象的大箩筐，里面塞满了各式各样的“权利”，包括：水资源所有权及经营权、水所有权、水环境权、水资源用益权（汲水权、引水权、蓄水权、排水权、航运水权、竹木流放权等）。但由此可见，大家已有一个共识，即水权应包括用益权。

### 1. 关于水资源所有权

总的来说，上述观点按照其所界定的水权是否包含“水资源所有权”可分为两大类：① 水权是一项包括水资源所有权和使用权在内的权利束；② 水权不包括水资源所有权。上文中笔者已经探讨了水权制度建立的初衷，那就是希望通过定“源”以促“流”，水权概念的建构理应受制于此，因而笔者认为凡是按照法律不能够、或不宜进行市场交易的权利都不应纳入水权的范围之内。我国《宪法》第9条的规定：“矿藏、水流、森林……等自然资源，都属于国家所有”；《水法》第3条重申：“水资源属于国家所有。水资源的所有权由国务院代表国家行使。”可见水资源的所有权固定地属于国家，不能进入市场交易。以“交易”为目的而设定的水权不应囊括水资源所有权，否则，在理论建构方面会面临许多难题<sup>[4](269-273)</sup>。

### 2. 关于水资源经营权

经营权本质上也属于水资源的使用权。水资源的使用按照其是否会导致水资源量的减少可分为两种：消耗性使用和非消耗性使用<sup>[10](261)</sup>。经营权应该属于后者。由于建立水权制度的主要目的在于解决稀缺水资

源的分配问题,既然水资源经营权并不导致水资源的量发生变化(水质的影响属于《水污染防治法》的调整范围,与水法关系不大),所以不宜将经营权纳入水权的范围之内。另外,水权规范的重心在于水权人与非水权人之间的关系,部分地涉及水权人与水资源管理部门之间的关系,而水资源经营权的规范重心则在于权利人与水资源管理部门之间的关系,两者的规范重心也有所差异,不可等同视之。

### 3. 关于水所有权

水权中是否应包括水所有权呢?如果将“水所有权”中的“水”理解为水资源的话,这种观点不当,前已述及,此处不再赘言。如果将“水所有权”中的“水”理解为已经特定化的水,虽然此“特定的水”可以进入市场进行交易,符合建立水权制度来定“源”以促“流”的初衷,但此处的“源”是否应由水权法律制度来界定?

首先,水权制度之所以产生,是因为人们希望通过建立水权法律制度,实现以市场配置稀缺的水资源,从而提高资源的利用效率。而水所有权的客体:“特定的水”归根结底是特定主体从水资源中分离出来的,也就是说,它是水资源经市场配置后的最终表现结果——即水权行使的结果。在市场运行过程中,水权是“水所有权”产生的“因”,而“水所有权”是水权行使的“果”。认为水权包含“水所有权”的观点,混淆了上述因果关系,似不足取。

其次,“特定的水”是人们将无差别的人类劳动附加于水资源上而产生的,成为了“产品水”,也有学者称之为“具体的水”,指“经国家授权或许可从国家所有的水资源中剥离出来的所有权发生转变,归特定人(包括法人)所有的特定的水以及其后转归其他特定人所有的水”<sup>[11]</sup>。这部分水作为水所有权的客体,与其他物权的客体相比,没有任何特殊性可言,也就是说水所有权由传统物权来规范即可。水权是“水权人通过行政许可取得”的<sup>[4](277)</sup>,具有很强的公权性质<sup>[12](854-874)</sup>,其取得、转让均需办理登记手续,水所有权显然不具有这一特征。

水权及其流转法律制度,是市场机制配置水资源的形式之一,而不是全部。实质上,传统的物权法律制度在水资源配置过程中一直发挥着重要的作用,如瓶装水的买卖,只不过这种“法律与社会需要之间的差距过大”<sup>[13](0)</sup>,不能满足日益强劲的经济社会发展和环境保护需要。也就是说,与传统物权法律制度相比,我们需要一种能够在更广阔的领域内对水资源进行更大规模配置的、基于市场机制的法律制度,同时这种制度还应当有利于水资源公益价值的保护,水权

制度恰恰迎合了这种需求。持水权包含水所有权观点的学者显然对这一点缺乏足够的认识。

### 4. 关于水环境权

如果将环境权界定为一种私权的话,通过明确个人的水环境权,可以调动公众保护水环境的积极性,从而保护水资源、维护水环境质量。从这一角度来看,“水权包含水环境权”的观点也不失为一种具有启发性的见解。但目前关于环境权的主体、客体和内容等问题,即使在学术研究层面也远未形成统一的认识,环境权的法定化则是更为遥远的事情。就此而言,认为水权包括水环境权只会使水权问题复杂化。

## 三、水权应为取水权

我们已经从水权这一“权利束”中排除了水资源所有权及经营权、水所有权、水环境权,那么水权应确属水资源使用权无疑了。问题在于“水资源使用权”这一术语含义也很宽泛,崔建运教授就认为“水资源使用权”根据水权行使的形态可进一步具体化为包括汲水权、引水权、蓄水权、排水权等<sup>[4](288)</sup>。水权是否应如此宽泛?

“所谓汲水权,又称抽水权,是指用水人借助一定设施抽取地下水并取得水所有权的权利”;引水权,“指用水人利用分水渠等输水系统引水并取得水所有权的权利”<sup>[4](288)</sup>。根据我国《水法》第2条第2款:“水资源,包括地表水和地下水”。可见,所谓汲水权和引水权都是从水资源中分离水并取得水所有权的权利。两者只是分离水的技术手段不同而已,并无本质区别,所以笔者认为将其合称为“取水权”并无不可。

“蓄水权,是指在地表或地下修建水库等蓄水池,以存蓄水的权利”<sup>[4](288)</sup>。修建蓄水设施的主体可以包括:国家、农村集体经济组织或其成员、法人、个人。国家作为水资源的所有人修建蓄水设施,行使其所有权自不待言。农村集体经济组织修建水库(蓄水设施)应当经过水行政主管部门的批准<sup>①</sup>,并对其修建的水库中的水当然地享有使用权。集体经济组织成员、法人、个人经水行政主管部门批准均可以修建水库<sup>②</sup>,但要使用水库中的水还必须按照《水法》第48条的规定申请取水许可。因而除了农村集体经济组织<sup>③</sup>,其他主体行使所谓的“蓄水权”只会产生以下几个方面的结果:① 水库等蓄水工程的所有权;② 水库等蓄水工程的经营管理权。也就是说“蓄水权”的行使其并不必然导致水资源使用权的产生,蓄水权与水资

源使用权并无必然的联系。所以，认为蓄水权属于水资源用益权的观点似不足取，进而，水权中也不应包含蓄水权。

排水权，“是指用人为方法排泄流动或积存于地表或地下的足以造成危害或可供循环利用的水的权利”<sup>[4](288)</sup>。水权制度的设定是为了解决水资源短缺问题，提高水资源的利用效率。不可否认，当排水的主要目的是为了稀释与输送废物时，排水将导致水资源的质量下降，相对地会加剧水资源的短缺。但在现有法律框架中，水污染的控制归根结底属于《水污染防治法》应对的问题，所以水权与排水权的关系实际上也就是《水法》与《水污染防治法》衔接和协调问题，认为一个“包含”另一个，有武断之嫌。排放废水“会被课以罚款甚至被吊销水权”<sup>[4](289)</sup>更是对现有法规的一种误解，因为对于违法排放废水的企业可能被吊销的是“排污许可证”而不是“取水许可证”。总之，“水权包含排水权”的观点，在理论上会造成不必要的混乱，在实践中可能导致行政主管部门的权限重叠，同时也会使上述《水法》和《水污染防治法》的关系更加紧张，所以，这种观点亦不足取。

另外，对于有学者主张的水权包含“航运水权”“竹木流放权”的观点，笔者也难以赞同。“航运水权”属于对水资源的非消耗性使用，权利的行使不会导致水资源的总量发生变化，仅涉及污染防治问题。“竹木流放权”则一方面同样属于水资源的非消耗性使用；另一方面，我们界定水权的最终目的是要建立交易市场使水权“流动”起来，“竹木流放权”的市场有限，权利流动所带来的收益更有限，界定、保护权利的成本相对却比较高，所以“竹木流放权”的市场化的结果可能是得不偿失。

据此，笔者认为水权其实指的就是“取水权”<sup>①</sup>，是从国家所有的水资源中分离一定量之水并取得其所有权的权利。换言之，水权就是水资源与水所有权之间的转换器：权利人通过行使水权，可从国家所有的水资源之中分离、提取一定量的水，并依法享有其所有权。权利人从水资源中分离、提取水的资格表现为“取水许可”，此“许可”应允许在不同的主体间有偿流动，这样就可以借助市场这只“看不见的手”将水资源配置到利用效率最高的地方去。

由于市场主体是自己利益的最佳判断者，根据科斯定理<sup>②</sup>，在以市场方式配置水资源的情况下，政府只需要作好两方面的工作：一是明确界定并严格保护水权；二是降低交易成本。与采用行政方式分配水资源相比，水权交易制度的成本更低、效率更高。也就是

说，首先，国家应明确水权的边界；其次，国家应努力降低水权的交易成本。

## 四、结语

近几年来，水权研究在我国越来越受到重视。为了学术讨论和交流以及服务于实践，有必要对水权的概念形成相对统一的认识。构建水权制度的目的是为了定“源”以促“流”，即通过明晰水权以求建立水权交易市场，从而利用“看不见的手”有效地配置稀缺的水资源。据此，笔者认为，水权不包括水资源所有权及经营权、水所有权和水环境权，它其实就是取水权，即主体从国家水资源中分离、提取一定量之水并享有其所有权的权利。

目前，我国基本上仍然采用传统的行政手段配置水资源。但对于水权的主要外在表现形式——“取水许可证”已经有了明确的规定，从而为水权交易的制度化奠定了基础。可以预见，随着我国市场经济体制的逐步健全和完善，可交易的水权制度将成为我国配置水资源、提高水资源利用效率的主要途径。

### 注释：

- ① “公共物品”，指不论个人是否愿意购买，都能使整个社会每一成员获益的物品，即对其使用不具有排他性的物品，如国防。见[美]保罗·萨缪尔森、威廉·诺德豪斯：《经济学》，萧琛译，华夏出版社1999年出版，第268页。
- ② 应当承认，“市场”在提高资源利用效率方面具有“计划”所不可比拟的优越性，但市场也不能保证资源分配结果公平，因而，在构建“水权”制度的过程中，如何保证分配结果的尽可能公平，始终是一个重大的课题。
- ③ 汪恕诚：《水权管理与节水社会》，中国水利学会2001年学术年会论文集。
- ④ 参见《中华人民共和国水法》第25条第3款。本条将审批的范围仅仅局限于“水库”，但对于“水库”却没有进行准确界定。如果将“水库”理解为比较大型的蓄水设施，本条的规定比较科学，因为蓄水设施还包括同法第3条中所提到的水塘，如果对所有的蓄水设施均实施监管的话，水权的保护成本将大大提高。
- ⑤ 《水法》并未禁止集体经济组织成员、法人、个人修建水库。同法第26条规定：“国家鼓励开发、利用水资源。”
- ⑥ 事实上，农村集体经济组织修建管理的水库的蓄水，约占到我国总蓄水量的1/4。因此，在《水法》的修订过程中，许多常委对将此类水库完全排除在取水许可制度和水资源有偿使用制度之外已经提出了反对意见。参见乔春阳：《全国人大常委会关于《中华人民共和国水法（修订草案）》有关农村集体经济组织水权问题修改意见的报告》，载于《全国人民代表大会常务委

- 员会公报》，2002 第 5 期。
- ⑦ 参见《黄河水权转换管理实施办法》(试行) 第 2 条第 1 款。
- ⑧ 科斯定理 1: 在交易成本为零时, 产权的初始界定不影响交易的结果; 科斯定理 2: 当交易成本不为零时, 初始产权界定对交易结果具有非常重要的影响。

#### 参考文献:

- [1] 傅晨, 吕绍东. 水权转让的产权经济学分析[N]. 中国水利报, 2001-9-13(3).
- [2] L·R·康芒斯. 制度经济学(上)[M]. 北京: 商务印书馆, 1962.
- [3] 林培英, 杨国栋, 潘淑敏. 环境问题案例教程[M]. 北京: 中国环境科学出版社, 2002.
- [4] 崔建远. 准物权研究[M]. 北京: 法律出版社, 2003.
- [5] 陈华彬. 物权法[M]. 北京: 法律出版社, 2004.
- [6] 肖乾刚. 自然资源法[M]. 北京: 法律出版社, 1992.
- [7] 裴丽萍. 水权制度初论[J]. 中国法学, 2001,(2): 26-29
- [8] 沈满达, 陈锋. 我国水权理论研究述评[J]. 浙江社会科学, 2002, (5): 175-180.
- [9] 蔡守秋. 论水权转让的范围和条件[J]. 城市环境, 2002, (1): 3-8.
- [10] 史蒂文·费里. 环境法: 案例与解析(英文版)[M]. 北京: 中信出版社, 2003.
- [11] 刘斌. 关于水权概念辨析[J]. 中国水利, 2003, (1): 32-33.
- [12] 裴丽萍. 水权若干问题探讨[C]// 物权法专题研究. 长春: 吉林人民出版社, 2002.
- [13] 伯纳德·施瓦茨. 美国法律史[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1989.

## On conception of water right

WANG Xiaojun

(School of Law, Wuhan University, Wuhan 430072, China)

**Abstract:** The purpose of establishing water rights system is to enhance water transference, or to *enhance transfer by ascertaining headstream*. It is the doctrine that we must follow when we construct water rights theory framework: Anything that can not be transferred should not be covered by conception of water right. After precluding the ownership of water resource, the title of managing water resource, ownership of water and right to aquatic ecosystem, the author comes to a conclusion that water right is the right to divert or pump water from the water resource that is monopolized by state, which reserves the owner of the water diverted.

**Key words:** water right transference; right to divert or pump water; the ownership of water resource

[编辑: 苏慧]