

# 美国水权交易制度研究

王小军

(宁波大学法学院, 浙江宁波, 315211)

**摘要:** 水权交易是实现水资源再分配的重要方式。美国水权交易形式多样, 包括水权转换、水银行租赁、干旱年份特权、优先权放弃协议、用水置换、临时性再分配、退水买卖、捆绑式买卖等。水权交易对流域经济、社会和生态具有负面影响, 美国学者对其看法不一。为了减少和避免水权交易的外部性, 美国许多州对水权交易实行严格的行政审批制度, 政府部门从环境影响、对其他水权人的影响等几个方面对水权交易进行严格审查。

**关键词:** 美国水法理论; 美国水权交易制度; 水权交易; 水权再分配

中图分类号: D912.6

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2011)06-0120-07

美国东部实行沿岸权制度, 水资源的再分配由水行政主管部门或法院实施。西部实行先占优先权制度, 主要通过水权(水)市场实现水资源的再分配, 因此美国的水权交易主要发生在西部。水权交易是水资源再分配的方式之一。美国水法中的水权“再分配”是指“水权内容的变化和水权转让”<sup>[1](235)</sup>, 外延大于水权交易。在我国环境法学语境中, 水权再分配等同于水权交易(转让)。

## 一、美国水权交易的形成与发展

美国水法中的水权交易, 是指“下列任何一种形式的水权转移: 权利的让与; 根据合同或选择性合同许可他人对水权的行使”。<sup>①</sup>水权交易最早发生在实行先占优先权的西部地区。根据先占优先权理论, 水权是一种对水资源进行利用和收益的私有性财产权, 其要素之一为有益用水, “用水人只能对用于有益目的的特定水量享有水权”<sup>[2]</sup>, 出让水权将导致原水权丧失有益性, 因此, 水权交易存在法律障碍。1859年加州最高法院首先肯定了水权交易的合法性。在 *McDonald v. Bear River & Auburn Water & Mining Co.* 一案中, 加州最高法院认为: 水(水权)可以像其他财产一样进行买卖。<sup>②</sup>1862年在 *Butte T.M. v. Morgan* 一案中, 加州最高法院进一步发展了水权交易法律规范, 认为水权转

让不应对他人的权利造成损害,<sup>③</sup>从而形成了水权转让中的“不损害他人”规则。

西部的水权交易在 19 世纪及其后的很长一段时间发展缓慢, 并没有形成规模, 成文法也相当滞后。以加州为例, 加州的水权交易在经历了 1977 年干旱之后才逐渐有所发展。为了方便管理、促进交易, 从 1979 年开始, 加州立法机关开始制定一系列法律法规以推动基于自愿的水权转让。但在随后的整个 80 年代, 参与交易的水量很小, 只占到全州总用水量的大约 0.5%。1988 年后, 加州经历了持续 6 年的干旱, 水权交易实践才进入了快车道<sup>[3]</sup>。1991 年 2 月, 加州成立了“旱季水银行”(Drought Water Bank)以求进一步提高用水效率和水资源再分配的科学性, 应对水危机<sup>[4]</sup>。

东部实行沿岸权的各州水权交易实践一直比较滞后。这主要归于两个原因: 一是稀缺性是市场机制发挥作用的前提, 东部水资源相对丰富, 水权交易缺乏内在驱动力。二是沿岸权依附于沿岸土地, 并没有得到清晰界定, 所以单独的水权交易难以实现。20 世纪 90 年代后, 随着沿岸权许可制度的实施, 东部地区的水权交易实践也开始逐步发展起来。

## 二、美国水权交易的形式

美国水权交易的形式复杂多样, 综合起来主要包

收稿日期: 2011-04-29; 修回日期: 2011-09-02

基金项目: 浙江省“民商经济法学”人文社会科学重点研究基地项目“水权制度研究”(Jdc1111)

作者简介: 王小军(1973-), 男, 陕西西安人, 法学博士, 宁波大学法学院副教授, 主要研究方向: 环境法学。

括以下几种。

### (一) 水权转换

水权转换是指水权受让人为出让人的用水设施改造提供资金或其他对价，作为交换，出让人将自己节余水量的使用权转让给受让人。1982年，怀俄明州坎斯泊市与坎斯泊——艾尔科夫灌区达成一项协议：①坎斯泊市代替灌区偿还联邦垦务局大约75万美元的债务；②城市为灌区现有的59英里干渠以及190英里支渠的改进、衬砌工程每年提供15万美元资金，通过这一改造工程，灌区每年可以节余7000英亩英尺<sup>④</sup>的灌溉用水；③坎斯泊市为灌区用水提供每英亩英尺23美元的补助；④坎斯泊灌区将节余水量的使用权转让给坎斯泊市<sup>[5]</sup>。加州大都会灌区与帝国灌区之间的水权交易也属于水权转换<sup>[6]</sup>。水权转换属于长期水权交易，无有效期的限制，它是美国农业灌溉用水转变为城市用水的主要形式。这种水权交易形式在我国的宁夏和内蒙古也得到了政府的大力推广。<sup>⑤</sup>我国目前正处于工业化进程加速阶段，工业用水的边际收益远大于农业用水，通过水权转换可以提高农业用水效率，满足城市日益增长的用水需求，水权转换在我国发展前景广阔。

### (二) 水银行租赁

水银行是美国水权交易实践的一个创举，它遵循银行业调剂余缺的原理实现水资源的丰存匮用。水银行是一个类似于金融银行的中间机构，它从拥有多余水权的用水户购买、租赁水权，并将其出租或出售给需要用水的主体。通过水银行进行的水权交易一般都属于短期交易，附有时间限制。期限届满，水权配置又回复到初始状态。根据我国法学理论，通过水银行的水权交易属于定量之水的买卖即水所有权的转移，并不是水使用权的交易。水银行在美国得克萨斯、爱达荷、加利福尼亚、俄勒冈州都有应用，其他一些州如堪萨斯、科罗拉多、华盛顿等州也建立了类似于水银行的中间机构。

地球上的地表水和地下水通过水循环成为一个统一的整体。在缺水年度，地表水不敷利用时，人们会抽取地下水。反之，在丰水年度，人们可以将富余水注入地下含水层，这样既有利于应对未来年份的降水不足，又可以避免地下水超量开采所可能引发的环境问题。我们可以借用地下储水层作为银行的“金库”以降低水银行的运行成本，俄勒冈州水银行正是基于这一原理而建立和运行的。由于地表水系统具有嵌套性和水流运动的单向性，同时在特定的流域内存在水量平衡<sup>[7](15-20)</sup>，所以，水银行一般以流域为单位设立。

### (三) 干旱年份特权与优先权放弃协议

干旱年份特权和优先权放弃协议都发生在城市与农场主或灌区之间。干旱年份特权指城市在支付了约定的价金后，遇到干旱年份时享有优先利用灌溉用水的特权。根据协议，城市支付价金，作为对价，农场主或灌区在干旱时放弃灌溉水权以保证城市用水。干旱年份特权协议在美国加州、犹他州应用较为广泛<sup>[7]</sup>。优先权放弃协议指用水优先级别较高的用水户同意在干旱时将其用水优先级别置于一项原优先级别较低的水权之下，对方支付价金或其他经济利益的协议。实质上，优先权放弃协议中买卖双方交易的是优先日，而不是各自的水权<sup>[8]</sup>。干旱年份特权与优先权放弃协议非常相似，区别在于：前一协议的客体相对特定，即所转让的用水权是定量的，而后者所涉及的用水量则取决于实际情况。

### (四) 用水置换

在西部的一些州，如犹他、科罗拉多、爱达荷、俄勒冈等州还允许进行用水置换。当先占优先权人的水权不能满足需求，或者权利人希望更好地保护、利用水资源时，在经过水行政主管部门同意并且其水权处分行为不会对其他水权人的利益造成损害的前提下，该水权人可以与其他水权人进行水权交换，转而从对方取水的另一水源地(包括河流或地下水)取用、储存一定量的水，这就是用水置换。通过用水置换，可以减少水的远距离输送量，降低损耗。用水置换这种水权交易形式只适用于实行先占优先权的州，在科罗拉多应用较为普遍。

### (五) 临时性再分配

临时性再分配指附有有效期限(一般不超过1年)的水权交易。当有效期限届满时，水权分配格局又恢复到交易发生前的状态。由于水权交易主要发生在水资源短缺的地区，对于生态环境和其他水权的行使影响比较大，所以法律限制也比较严格。临时性再分配都需要水行政主管部门的审查批准，在不同的州，水行政主管部门审查批准的条件和程序也有所差别。在新墨西哥州，只要水权受让人的用水方式和地点属于有益用水并且其用水对其他水权人的损害程度不大于原水权人，经州水行政主管部门批准，出让人可以将其水权全部或部分地让与他人行使。在爱达荷州，水权人可以将用水资格进行短期(小于1年)出让。在怀俄明，只有原来属于消耗性用水的水权才可以进行临时性转让，并且受让方只能将受让的水用于高速公路、铁路路基建设等临时性用水项目。

### (六) 退水买卖

退水指引自地下或地表水体，经过家庭、市政、工业利用后仍可用于其他目的或经过处理后可以用于

其他用途的水。<sup>⑨</sup>美国城市产生的废水大都要经过必要的处理成为退水,如果运用得当,这部分退水对于水环境和水资源保护无疑具有重要意义。城市退水一般都被就近排放至地表水体。由于市政用水属于消耗性用水,所以市政当局并没有将退水排放到指定流域的法定义务。如果城市退水可以满足其他用水需求、用水人又愿意支付对价,那么退水买卖对于市政当局来讲有利可图。在 *Arizona Public Service Co. v. Long* 一案中,亚利桑那州最高法院就认为城市管理当局签订的退水买卖合同有效。在该案中,亚利桑那州的一些城市如 Phoenix、Glendale、Scottsdale、Tempe 等将市政退水出售给他人用于水运和核发电厂设备的冷却,减少了向咸水河(Salt River)的退水排放。咸水河是杰拉河(Gila River)的重要支流,在该退水买卖发生之前,下游的一些牧场主一直从杰拉河中取水。城市出让退水的行为使后者的先占优先权受到了威胁,于是牧场主们向法院提起诉讼,要求确认协议无效。法院认为,城市出售退水的行为合乎州法的有关规定,肯定了退水买卖这种水权交易形式。<sup>⑩</sup>

### (七) 捆绑式买卖

在美国西部,虽然先占优先权可以与用水土地相分离而单独转让,但有些情况下,这种转让仍然难以令潜在的受让人满意。为了防止水权交易中的投机行为,一些西部州采用“附从规则”对水权交易加以限制。根据“附从规则”,对于为特定土地利用而设定的水权,法律视其为该土地的附属物,在当事人无明确约定的情况下,水权随土地的转让、租赁、继承而转移;对于可以与土地相分离而出让的水权,受让人所继受水权的优先日视为水权转让协议生效之日。单独水权交易的价值将大打折扣,因为水权买受人购买水权的目的在于满足水资源不足时的用水需求,优先日太晚的水权在缺水时同样得不到保障。“附从规则”可以有效防止“占用水多、利用水少、余则出售牟利”的投机行为。

由于“附从原则”的限制,为特定土地利用而设定的水权难以移作他用,而用水人购买可以与土地相分离的水权时又面临很高的风险,这不利于促进水权交易,不利于提高水权分配的适应性。捆绑式买卖则可以有效地解决这一问题。捆绑式买卖,指通过购买用水土地而获得水权。表面上,捆绑式买卖的交易标的是土地,但由于水权附着于地权,所以买受人在获得土地所有权的同时也获得了附着于该土地上的水权,并且优先日不变。由于买受人购买土地的主要目的在于获得水权而不是地权,所以水权一般被用于其他用途而不是灌溉。捆绑式买卖主要用于满足城市用水需

求。在美国西南部,这种水权交易形式适用较多。如亚利桑那州的凤凰城、麦萨市(Mesa)、图森市(Tucson)以及加州的洛杉矶市都通过这种方式获得了大量水权<sup>[9]</sup>。

此外,水权交易的形式还包括购买灌区的股份。由于美国西部各灌区都拥有大量水权,通过购买灌区股份,城市可以取得对于灌区经营活动的影响力,从而间接地获得水权。由于水权交易具有很大的外部效应,所以各州都通过行政审查的方式加强管理以尽量减少其环境、经济和社会影响。

## 三、水权交易的管理

美国各州都要求水行政主管部门对水权交易进行审查和批准,水管部门主要从以下几个方面进行审查。

### (一) 生态影响

水是生命之源,水权交易特别是永久性水权交易对于区域生态具有重要影响,美国各州都要求水行政主管部门对于水权交易的潜在生态影响进行重点审查。水权交易对于环境的影响主要包括以下几个方面:①水权内容的空间变化对下游地区的影响。如取水地点、用水土地以及输水方式的改变,都会影响到水的蒸发、渗漏,可能提高用水消耗率,减少水的自然回流量,影响下游水量。②用水方式的改变对水量的影响。③用水时间的影响。用水人的用水目的不同,用水时间也可能存在差别,如农业灌溉用水具有很强的季节性,工业用水量则常年恒定,从农业灌溉到工业用水的水权转让会让改变河流流量的正常波动,加剧枯水期的旱情<sup>[10]</sup>。对水权交易生态影响的控制主要通过环境影响评价程序进行,费用一般由水权交易的出让人承担。

### (二) 不损害他人原则

所谓“不损害他人原则”,指水权交易不得对其他水权人造成损害<sup>[11]</sup>。水权交易尤其是可能导致消耗性用水量提高的水权交易会使得回流量因蒸发、渗漏、利用等原因大幅减少,会威胁到优先级别较低的水权或下游水权的行使。允许水权交易的各州都在制定法中规定:水权交易不得损害其他水权的行使。<sup>⑪</sup>水权交易是否会损害他人的合法权益,可以通过交易过程中的公告和异议程序进行认定。

### (三) 对跨流域和跨州界水权交易的限制

水资源具有系统性,由地表水系统和地下水系统组成。地表水以流域为单位,同一流域的各级支流在

水量传输方面关系密切并不与其他流域发生关系。地下水系统也具有类似的地域性，地表水通过渗透补给地下水，地下水通过排泄等方式也可以形成地表水，两者密不可分<sup>[7](15-33)</sup>。跨流域(或地域)的水权交易会导导致流域水文条件发生变化，破坏流域水量平衡，对流域内生态环境造成不利影响。因此，美国各州都对跨流域水权交易设定了比较严格的审查程序。如佐治亚州将区域内的地表水体划分为14个流域、地下水划分为6个地域系统进行管理<sup>[12]</sup>，规定流域内用水优先于跨流域水权交易<sup>[13]</sup>，这意味着在流域内用水需求未得到满足之前，不允许进行跨流域的水权交易。

在1982年的 *Sporhase v. Nebraska ex rel. Douglas* 一案中，美国联邦最高法院认为：在州际商业贸易中，地下水权的法律地位与其他商品相同。<sup>⑥</sup>因此，各州有关地下水权交易的法律必须符合联邦宪法第1条第8款第3项的规定，<sup>⑦</sup>不得基于保护地方利益的目的对地下水权交易进行限制。事实上，由于水权交易会影出出地方所在地的生态环境、经济、就业、税收甚至包括居民的生活质量，基于自身利益的考虑，各州一般都采取各种可能的措施限制跨行政区域的水权交易。例如，在俄勒冈州，跨州的水权交易必须取得州议会(Oregon Legislative Assembly)的同意，并符合州用水行政许可制度的规定<sup>[14]</sup>。科罗拉多州在1983年以前禁止任何形式的导致地下水“出口”(export)到其他州的水权交易，此后，这一限制有所放松，但同地表水权交易一样，地下水交易也必须通过严格的审批程序。不仅在州层面存在限制，加州一些县(county)也在地方规章中对跨行政区域的水权交易设定了限制条款<sup>[3]</sup>。

#### (四) 紧急状态时的干涉<sup>[15]</sup>

佐治亚州法律规定：在极端水资源短缺可能危及公众健康和安、对水生态环境可能造成严重危害的条件下，州环境保护署可以采取必要的紧急措施，对水权的具体内容进行修改，即使农业用水也不能幸免。在紧急状态下，环保署必须首先采取措施保证生活用水，其次是农业用水。<sup>⑧</sup>

除此之外，政府还可以作为市场主体直接参与水权交易，对水权市场施加影响。例如为了保护河流生态环境，政府可以购买水权并让这些水保留在河道或水体中以改善水环境质量<sup>[16]</sup>。在美国水权理论语境中，水权内容即取水地点、时间、用水目的以及用水量的变化也属于水权交易，所以有些州还确定了特别的“交易”原则对此类水权内容的改变进行规范，以保护公共利益和提高水资源的利用效率。如在 *Orr v. Arapahoe Water & Sanitation Dist.* 一案中，科罗拉多州

最高法院就认为：水权交易(用水目的由农业用水改为工业用水，水权人没有变化)存在量的限制，即所涉及的水量不得超过原水权人消耗性有益用水的水量。<sup>⑨</sup>

## 四、美国水权交易制度评析

水权交易是在美国水资源管理法律实践中逐渐出现的，它对美国水法理论产生了深远影响。水权交易是一柄双刃剑，一方面有利于调剂余缺、提高水资源的利用效率，另一方面它对交易双方尤其是对出让方所在地的环境、经济和社会发展会产生重大影响。因此，美国法学界对于水权交易看法不一。

### (一) 支持水权交易

支持水权交易的学者理由如下：

第一，水权交易有利于提高水资源的利用效率，促进节水。不论是出让还是购买水权，都涉及到用水人的经济利益，因为提高用水效率，减少用水量也就等于降低了生产成本或增加了销售收益。用水主体会通过调整生产规模、改变生产要素投入、改变生产工艺、采用更高效的用水技术或种植节水作物、改进灌溉技术等途径减少单位产品的耗水量，从而达到减少用水、节约支出，提高经济效益的目的<sup>[17]</sup>。

第二，市场机制有利于提高决策效率。水资源再分配的主要目的是将水配置到边际收益更高的用水项目，当决定权集中于某一机构时，由于机构缺乏用水主体的有关信息，制定水资源再分配方案难以实现帕累托最优。此外，机构主导下的水资源再分配，容易引发“寻租”现象，危害市场秩序。最后，由于存在行政成本，集中决策权于某一机构的水资源分配体制，实施成本高昂。以水权交易为主要手段的市场机制则可以有效避免上述弊端。

第三，水权交易刺激了通过自愿而不是法律强制实现水资源的再分配。随着经济发展和城市扩张，美国各州的用水消耗越来越大。理论上，通过技术手段提高用水效率可以满足新的用水需求，但由于存在“技术锁定”，人们总是对投巨资采用节水工艺、建设节水设施积极性不高。水权交易可以改变上述状况，通过节水和水权转让获得的收益能够为水权人提供一定的经济激励。

第四，水权交易减轻了用水的外部效应，有利于保护水生态环境。通过水权交易可以使一部分原来被异地利用的水资源重新回归河道，产生很大的环境和社会效益。在美国西部，很多水权交易的初衷是买方为了避免水生生物成为《濒危物种法》的保护对象，

受让方往往购买水权并弃之不用,使水保留在水体中满足水生生物的用水需求。为了借助水权交易达到保护水环境的目的,来自于牧场主协会、动物保护组织、灌区工作人员和一名长期从事生态水权转让的律师,于 1993 年在俄勒冈州注册成立了一家非盈利性机构,该机构的主要业务是依法购买消耗性水权,并将之转化为生态用水<sup>[18]</sup>。

第五,水权交易避免了建设水利设施的高额成本。通过水权交易可以实现水资源在用水人之间的流转,节约包括建设输水、蓄水设施等在内的大笔开支。对于受让主体而言,水权交易的支出远远小于开井、修渠等其他方式获得水资源的成本。在加州,通过海水淡化满足饮用水需求的成本为每吨水约 2 美元,在没有政府补贴的情况下,一个投资 1 亿多美元的海水淡化厂,投产之日也就是亏损之时。与之相比,采取短期水银行或永久性水权交易获得水资源的成本仅为每吨 0.24 美元,为前者的 1/8<sup>[18]</sup>。

此外水权交易有利于弥补传统沿岸权、先占优先权体系的不足,增加其灵活性。通过市场机制的反馈作用,水权人和管理者能够迅速对经济、环境和社会条件的变化做出反应,调剂余缺、平衡供需。水权交易还可以为用水人提供采用节水技术与工艺、提高用水效率的持续性经济激励,促使其不断通过技术革新削减单位产品的耗水量,促进节水<sup>[19]</sup>。

## (二) 反对水权交易

反对水权交易的学者理由如下:

首先,水权交易有损公平。“腰包鼓的人用水多”,在市场经济条件下,总是出价最高而不是最需水的主体优先得到水资源并决定水的利用方式。水权市场中总是财力最雄厚的主体拥有最大的发言权,那些更为重要但人们不能从中直接获得经济利益的用水需求如生态、美学等用水则往往得不到满足。在农业用水向城市用水转移的情况下,水权交易会大量土地因不能灌溉而抛荒,威胁到农业生产和农业从业人员的就业与生存。

其次,水权交易不利于公共利益的保护。在以分散决策机制分配水资源的条件下,水权的买、卖均取决于个体利益,公共利益往往被忽视或被误认为是个体利益的简单加合。与其他物品不同,水资源具有公共物品的属性,完全将其私有化并听任市场遵循经济标准进行分配,会造成严重后果<sup>[4]</sup>。在水权交易过程中,人们考虑更多的是短期目标,对于水生态保护和水资源可持续利用等长期目标,水权市场往往难以顾及。

再次,从农业用水到城市用水的水权交易刺激了

城市的扩张。由于城市在水权的“农转非”谈判中处于强势地位,其信息更为充分、人员更为专业、代表的利益群体更为庞大而且具有更大的政治影响力,最让农民无法抗拒的是城市为获取水权的出价往往很慷慨。水权的“农转非”使城市获得了水权、原来的耕地因无水灌溉而被抛荒,城市周边的荒地不可避免地被城市所吞噬,于是形成了“城市扩张——用水需求增加——水权交易——土地抛荒——城市扩张”这一恶性循环。

此外,水权交易的理论基础在于经济学。根据经济学原理,一个有效的、运行良好的水权市场需要以下前提:①财产权必须界定清楚、完全,具有排他性且可转让;②必须存在将水从卖方输送到买方的设施;③买卖双方必须信息充分;④交易的外部成本很小或不对第三方产生影响;⑤市场必须是完全市场,即买卖双方人数众多,没有任何一方可以操纵水权价格<sup>[4]</sup>。在现实世界中,上述条件并不完全具备。有学者认为:水市场只会将水资源错误地配置给付得起钞票的主体,水权交易是一种“企图通过使出让方发横财的方式高效率地配置水资源”<sup>[4]</sup>的空想,支持水权交易的观点,往往根据“经济人”假定将人设想为没有感情、唯利是图的逐利机器,这不符合事实。

伊利诺斯大学法学教授 Eric T. Freyfogle 博士对水权交易进行了严厉的批评。他认为:传统的经济学理论将“人——社会”这一复杂系统简化为数学方程,其中每名消费者都被视为独立的、不顾一切满足自身贪欲的个体,“自然”这一有机整体也被肢解开来,其组分被视为等待市场配置到能创造最多价值的生产环节中去的“资源”。这种对世界的理解是扭曲的。Eric T. Freyfogle 博士用蜜蜂类比人类社会,他指出经济学的错误在于没有意识到“蜜蜂并不仅仅是细胞的集合体,蜂群也不仅仅是蜜蜂个体的简单相加,蜜蜂、植物、水、阳光、土壤所组成的系统远比上述要素简单加和的结果要复杂得多”<sup>[20]</sup>。由于知识的有限性,我们甚至还搞不清楚什么样的自然生态系统才是健康的,以及如何维持这个复杂系统的整体性。虽然我们已经认识到生态过程是人类和其他生物赖以生存和发展的基础,但经济学仍以独立的观点来看待家庭、部落、村镇、商业实体等相互之间实际上存在千丝万缕联系的社会组织。

虽然水权交易尤其是永久性(长期)水权交易会不可避免地对外出方所在地的社会、经济和生态环境产生深刻影响,例如:居民生活质量下降、人口迁徙、农业损失、生态环境恶化、经济多样化机会的减少或丧失等。但笔者认为只要管理得当,上述影响完全能

够控制在可以接受的范围之内, 否则, 我们就无法解释水权交易在反对声音如此响亮的美国仍然越来越多地得到广泛应用这一事实。上述反对意见都预设了一个理论前提: 即水权市场是一个完全竞争且缺乏政府管制的、传统经济学意义上的理想市场。现实中这一假设并不成立。水权市场并不是政府管制的真空地带, 无论在美国、墨西哥还是智利, 实行水权交易的国家在交易管理方面都存在着比较严格的制度框架。在我国理论界, 水权交易市场甚至被视为政府管理下的“准市场”。通过政府干预, 一些不能直接得到市场确认的价值如水的生态、美学等价值会最终得以伸张。同样, 水权交易的其他一些缺陷如外部性问题、公共利益的保护问题, 也可以通过加强政府管理和公众参与予以弥补。

## 五、结语

尽管存在各种争论, 但水权交易仍在美国西部得到了越来越多的应用。目前, 美国水权交易法律实践正在不断拓展, 如何借鉴自然科学的研究成果, 提高水权交易政策的科学性已经成为学者们的重要研究课题。中国当前正在寻求建立初始水权分配和水权转让制度体系, 研究、分析、借鉴域外的成熟理论与成功经验必不可少。美国实践表明: ①即使在市场机制比较完善的美国, 国家公权力对水资源配置领域的介入也在日益加深, 那种认为单纯依靠市场化就可以解决中国水问题的观点<sup>[21](121-153)</sup>是值得商榷的。②水权交易只是国家实现水资源可持续管理的重要手段, 水权交易各环节都处于政府主管部门严格监督和控制之下。③鉴于水资源具有流域性, 水权交易应局限在流域内。

### 注释:

- ① Texas Administrative Code §359.2.
- ② 13 Cal. 220(1859).
- ③ 19 Cal. 609 (1862).
- ④ 水的计量单位, 1 英亩英尺即 1 英亩地 1 英尺深的水量, 相当于 1 233.5 立方米。
- ⑤ 发生在我国的水权转换存在有效期(最长不超过 25 年)的限制。见: 汪恕诚. 水权转换是水资源优化配置的重要手段。水利部水资源管理司编. 水权制度建设试点经验总结(一)——内蒙古自治区水权转换资料选编. 北京: 中国水利水电出版社, 2006.
- ⑥ A.R.S. § 45-402.
- ⑦ 160 Ariz. 429, 773 P.2d 988(1989).
- ⑧ Cal. Water Code §1702; Colo Rew. Stat. §37-92-305(3); Idaho

Code §42-222; Kan Stat. Ann. §82(a)-1502; Mont. Code. Ann §85-2-402; Neb Rev. Stat. §46-294.

- ⑨ 458 U.S. 941 (1982).
- ⑩ 美国宪法在第 1 条第 8 款第 3 项对“贸易”问题做了规定: “国会有权……管制同外国的、各州之间的和同印第安部落的商业”。(<http://xfj.jpkc.gdccc.edu.cn/show.aspx?id=355&cid=31>, 2011 年 1 月 16 日访问)。
- ⑪ O.C.G.A. (Official Code of Georgia Annotated). § 12-5-31(l) (3) (Supp. 2005).
- ⑫ 753 P.2d 1217(1988)

### 参考文献:

- [1] Robert E. Beck. Water and Water Rights [M]. Michie Company Law Publishers, 1991.
- [2] 王小军, 陈吉宁. 美国先占优先权制度研究[J]. 清华法学, 2010(3): 40-60.
- [3] Ellen Hanak, Caitlin Dyckman. Counties wresting control: Local Responses to California's Statewide Water Market [J]. University of Denver Water Law Review, 2003(6): 490-523.
- [4] Santos Gomez, Penn Loh. Communities and water markets: A Review of the Model Water Transfer Act [J]. Hastings West-Northwest Journal of Environmental Law and Policy, 1996 (4): 63-86.
- [5] Squillace. Water marketing in Wyoming [J]. Arizona Law Review, 1989(31): 865-883.
- [6] 魏加华, 张远东, 黄跃飞. 加利福尼亚州水银行及水权转让 [J]. 南水北调与水利科技, 2006(6): 17-22.
- [7] 徐恒力. 水资源开发与保护[M]. 北京: 地质出版社, 2001.
- [8] Ronald A. Kaiser. Texas water marketing in the next millennium: A Conceptual and Legal Analysis [J]. Texas Tech Administrative Law Journal, 1996(1): 181-202.
- [9] Gary D. Libecap. Chinatown: Owens Valley and Western Water Reallocation—Getting the Record Straight and What Means for Water Markets [J]. Texas Law Review, 2005(2): 205-231.
- [10] Olen Paul Matthews, Louis Scuderi, David Brookshire, et al. Marketing western water: Can a Process Based Geographic Information System Improve Reallocation Decision [J]. Natural Resources Journal, 2001(1): 329-342.
- [11] Norman K J, Charles T D. A survey of the evolution of western water law in response to changing economic and public interest demands [J]. Natural Resources Journal 1989(1): 347-353.
- [12] Stephen E, Draper. Sharing water through interbasin transfer and basin of origin protection in georgia: Issues for Evaluation in Comprehensive State Water Planning for Goergia's Surface Water Rivers and Groundwater Aquifers [J]. Georgia State University Law Review, 2004(4): 339-365.
- [13] Joseph W. Dellapenna. The law of water allocation in the southeastern states at the opening of the twenty-first century [J]. University of Arkansas at Little Rock Law Review, 2002(3): 9-37.

- [14] Robert Currey-Wilson. Do oregon's water export regulations violate the commerce clause [J]. *Environmental Law*, 1986(2): 963-976.
- [15] Wilson G. Barmeyer. The problem of reallocation in a regulated riparian system: examining the law in Georgia [J]. *Goergia Law Review*, 2005(2): 207-234.
- [16] Janet C. Neuman. Have we got a deal for you: Can the East Borrow from the Western Water Marketing Experience [J]. *Georgia State University Law Review*, 2004(4): 449-466.
- [17] Mateen Thobani. Formal water markets: Why, When, and How to Introduce Tradable Water Rights [R]. The World Bank Research Observer, Aug 1997.
- [18] Janet C. Neuman, Cheyenne Chapman. wading into the water market: the first five year of the oregon water trust [J]. *Journal of Environmental Law and Litigation*, 1999(1): 135-158.
- [19] Andrew P. Morriss. Real people, real resources, and real choices: the Case for Market Valuation of Water [J]. *Texas Tech Administrative Law Journal*, 2006(3): 973-997.
- [20] Eric T. Freyfogle. Water rights and the common wealth [J]. *Environmental Law*, 1996(1): 27-40.
- [21] 田圃德. 水权制度创新及效率分析[M]. 北京: 中国水利水电出版社, 2004.

## Regulations of water rights transfer in USA

WANG Xiaojun

(School of Law, Ninbo University, Ningbo 315211, China)

**Abstract:** Water transfer is an important way in which water resource could be reallocated in a market-suitable way. In America, the forms of water transfer vary greatly, including financing of water conservation measures, leasing through the water bank, the dry-year options, the subordination agreements, exchange of water, the temporary reallocation, sales of effluent, the water ranches, etc. Because of its influences on the economic, social and ecological status, the opinion on the water transfer splits sharply in America academe. In order to reduce or avoid the external influence of water transfer, many states regulate the water transferes by examining and approving the process. The agency always censors the transfers through it's influence on the environment and the interest of other water rights owners, etc.

**Key Words:** American theory of water rights; regulations of water transfer in U.S.A.; Water Rights Transfer; the reallocation of water rights

[编辑: 苏慧]