

# 信托制度在水权出让环节的作用研究

王军权, 蓝楠

**摘要:** 为了发挥市场在资源配置中的决定性作用, 水利部于 2013 年 7 月在全国七个省区启动了水权交易的试点工作。试点的一项重要内容即为开展水权的确权登记。水权确权登记, 是对国有水资源使用权出让结果的登记公示。根据我国相关法律, 水资源的所有权归国家所有, 并由国务院代为行使。实践中水资源使用权的出让, 由各级水利行政主管部门具体实施。但由政府部门出让水权, 与政府应当负担的监管职能不符。随着水权市场的发展, 应组建专业水务公司并引入信托制度, 由水务公司根据信托合同的约定, 受托行使水权出让的权利, 使水权市场成为真正的民事权利主体之间的平等交易, 以减少交易费用、提高水权配置的效率。

**关键词:** 水资源短缺; 水权出让; 市场配置; 信托制度

**中图分类号:** D922.660.4 **文献标识码:** A **文章编号:** 1671-0169(2017)05-0064-08

**DOI:**10.16493/j.cnki.42-1627/c.2017.05.007

## 一、问题的提出

### (一) 我国现行水权出让模式

2013 年 7 月, 水利部发布了《关于开展水权试点工作的通知》, 要求在宁夏回族自治区及江西和湖北两省, 开展水权确权试点工作。按照经济学产权学派的理论, 产权的发展是为了使外部性内在化<sup>[1](P73)</sup>。为了消除水权行使过程中的外部性, 同时提高水资源利用效率, 应当在水权界定的基础上开展水权交易, 使市场机制充分发挥高效配置水资源的作用<sup>[2]</sup>。

我国目前主要采取由各级水利行政主管部门、流域管理机构, 以颁发取水许可证的方式界定初始水权, 但现阶段我国只在部分流域开展了对干流与重要支流的取水许可制度, 而对其他支流与地下水的取水许可制度, 尚未全面启动。下一步的工作重点, 将使对流域内干、支流, 地表水、地下水的全面配置管理。而随着水权确权深度与广度的全面拓展, 如将支流与地下水纳入取水许可管理的范畴, 急剧增加的巨大工作量, 将使政府机构难以负荷。另一方面, 水权市场的兴起与发展, 需要真正市场主体之间的平等交易, 而政府直接作为水权初始配置的出让人, 不但将增加市场交易成本, 且与政府应当担负的保护产权、制定交易规则、维护交易秩序、防止并纠正市场失灵的行政职能产生冲突。理想的模式应当是, 由政府机构继续享有水权出让的管理与决策权, 以保证水权初始

**基金项目:** 司法部国家法治与法学理论研究项目“公物利用法律问题研究”(07SFB2034); 国家社科基金项目“中国饮用水源地生态补偿机制研究”(17BFX131); 教育部哲学社会科学重大课题攻关项目“水生态补偿机制研究”(16JZD015)

**作者简介:** 王军权, 华中科技大学法学院博士研究生(湖北 武汉 430074); 蓝楠, 中国地质大学(武汉)公共管理学院副教授(湖北 武汉 430074)

配置环节的公平, 而由专门成立的水务公司, 作为真正的市场主体, 以水权出让人的法律主体地位, 负责政府水权初始配置决策的具体实施, 以提高水权初始配置的效率。

## (二) 现行制度框架下水务公司出让水权的法律障碍

从解释论的视角分析, 作为我国根本大法的《宪法》第 9 条规定, 森林、草原及水等自然资源属于全民所有。我国民事基本法《民法通则》第 81 条也规定, 水资源等自然资源归国家所有。《民法通则》第 73 条还规定, 国家财产属于全民所有。另一民事基本法《物权法》第 45 条也规定, 国家所有的财产, 属于国家(即全民)所有。第 46 条又规定, 水资源等属于国家所有。作为我国水资源管理与利用特别法的《水法》第 3 条又规定, 水资源归国家所有, 且由国务院代为行使。

在我们社会主义国家, 国家利益与全民利益具有统一性, 所以《民法通则》第 73 条、《物权法》第 45 条规定的国家所有权即为全民所有权。但是无论国家或全民, 均不可能成为民法的主体。权利能力指可以享有权利、承担义务的能力。其享有权利能力者, 即为权利主体<sup>[3](P104)</sup>。即便强行将“全体人民”作为一个法律概念来规定, 它也无法承担起民法对主体的要求<sup>[4](P11)</sup>。“全体人民”内涵与外延的模糊性, 导致“全体人民”不可能成为一个特定的民事主体而享有权利, 并承担相应的义务与责任。且国家也不可能成为所有权的行使主体, 抽象的“国家”和具体的财产所有权是无法发生法律连接的。抽象的“国家”无法享有具体的物权<sup>[4](P12)</sup>。

也许意识到“国家”及“全体人民”概念的模糊性, 不符合民事法律主体所应具备的具体、确定的特点, 也无法行使所有权的占有、使用、收益、处分的各项权能, 故我国《物权法》第 45 条、《水法》第 3 条均规定, 水资源的所有权由国务院代表国家行使。根据我国《宪法》的规定, 国务院作为国家权力机关的执行机关, 是国家最高行政机关, 《宪法》第 89 条规定, 国务院的职责为在全国范围内负责行政管理。可见国务院作为国家最高权威的行政机构, 应为行政管理权行使主体, 《宪法》并未赋予其民事法律关系主体的法律地位。国务院的行政法规《取水许可和水资源费征收管理条例》第 3 条, 又授权水利行政主管部门与流域管理机构具体实施取水许可的审批。可见我国系列法律所规定的由国务院行使水资源所有权, 系授权国务院以所有人身份行使对水资源的管理, 旨在约束用水的混乱与无序, 维护社会公平及生态环境发展的可持续性, 而不是由国务院直接以民事主体身份, 参与水权的市场交易。如此规定, 也许在水资源并不紧缺、界权成本高昂、清晰界定水权尚不必要的前提下尚可理解, 但我国北方地区已出现了严重的水资源的短缺危机, 短期内危机无法缓解, 甚至可能加剧, 且亦无法调入新增的水源满足新增长的需求, 亟待将用水指标量化给水权人, 以杜绝水资源的破坏与浪费的“公地悲剧”, 并在此基础上, 以市场方式优化水资源配置的背景下, 仍由国务院及所属部门以民事主体的身份进入水权交易市场, 不但与政府的行政职能不符, 也无法提高交易的效率与效果。事实上, 自然资源国家所有权就其性质而言, 属公法上的支配权而非民法上的所有权<sup>[5][6]</sup>。法律赋予国务院代表国家行使所有权的主体地位, 其本意为使国务院享有管理国有自然资源的至高无上的终极行政权力, 而不是要由国务院以民事权利主体身份, 直接行使对自然资源所有权的全部权能。

长期以来, 我国的法律、法规仅侧重政府对水资源的管理与开发, 对其作为经济物品的属性明显认识不足, 以市场化手段提高水资源配置效率的制度规范明显缺失, 已经不能适应现实发展的需要, 也与由市场发挥资源配置的决定性作用的要求相抵牾。

但是, 对于包括国家根本大法《宪法》、民事基本法《民法通则》、《物权法》及水事特别法《水法》等的修改, 从根本上改变沿用自前苏联的“国家所有权的统一性和唯一性”<sup>[4](P6)</sup>系列法律制度, 不但程序复杂、期限漫长, 且与人们长期形成的观念存在根本的冲突。回顾我国《物权法》制定过程中, 关于国家所有权与私人所有权是否应当平等保护的激烈争论, 即可预见如启动系统性修法, 将可能引起的广泛争议与影响。可以预见, 在未来相当长的时期内, 启动对一系列关系国计民生的自然资

源法律制度的全面修改并不现实。既然修法遥遥无期，我们只能从解释论的视角出发，利用现有的法律规定，借助现有的法技术规范，引申出与现行法律制度并不冲突的法律运行方案。

## 二、我国的信托制度

### （一）信托制度在我国的引入与发展

信托制度系起源于英国的一项古老的衡平法制度，其起源最早可追溯至 13 世纪的“用益设计”制度。信托的初衷主要系为了规避对将土地捐赠给教会及对公民之间土地遗赠的禁止。至 15 世纪，“用益设计”制度逐渐演变为“信托设计”制度。信托制度从 15 世纪诞生以来，在全球范围内得到了广泛的传播与推广，不但于英美法系国家影响深远，且已成为许多大陆法系国家竞相引入的一项新型财产法律制度，被称为英国人最重要的在法律领域最伟大和最杰出的成就<sup>[7](P1-7)</sup>。

我国自上世纪初，就以“信托业”的形式引入了信托概念，但旧中国的信托业并没有经营本源意义上的信托业务<sup>[7](P24)</sup>。我国真正信托业实践起源于改革开放初期的上世纪 70 年代。自 1978 年以来，作为金融业的补充，我国设立了大量的“信托投资公司”。事实上我国信托业实践相比于正式的信托立法提前了 20 多年时间，其间因制度缺失导致了内、外监管的失范，信托业经营实践中乱象频出。上世纪末期发生的广东国际信托投资公司破产案，在国内、外均引起了极大震动。直至本世纪初，第九届全国人大于 2001 年 4 月，才正式通过了《信托法》，自此，信托业开始了在我国规范发展。近十多年来，我国信托业发展势头十分迅猛，根据中国信托业协会组织编写的《2014—2015 年中国信托业发展报告》，截止 2014 年末，我国信托行业净资产规模为 3 196.22 亿元，管理的信托资产规模达 13.98 万亿元，经营收入达 954.95 亿元，实现利润总额为 642.30 亿元，分配给投资者的投资收益共计 8 420.58 亿元。信托业对于促进我国经济的快速发展，起到了相当积极的作用。

### （二）我国信托制度的法理分析

从我国《信托法》立法过程的几经周折与遣词造句的数度更迭即可发现，源自英国的古老信托制度，在立法“拿来”的过程中，出现了与我国大陆法系传统物权制度的“一物一权”不相协调的“水土不服”。1993 年第八届全国人大已将制定《信托法》列入了立法规划，全国人大财经委员会于 1996 年完成了《信托法（草案）》审议稿的起草，并提交常委会第 23 次会议审议，但未获通过。2000 年，经财经委与法律委商定，又修订了《信托法（草案）》，并形成了二次审议稿，但二审稿仍未通过。2001 年 4 月，法律委再次重新修改了《信托法（草案）》，三次审议稿终于经第九届全国人大第 21 次会议审议通过。信托法的制定前后历经两届人大，共计 8 年时间，其间经过对草案的三次修订，可谓一波三折<sup>[7](P23-27)</sup>。

通过对《信托法（草案）》与正式颁布的《信托法》的对比分析，可以发现我国正式颁布的《信托法》，不但与法源地英国的信托制度差异巨大，也明显有别于同属大陆法系独具特色的日本信托制度，且与我国立法初衷对信托制度内涵的理解差异明显。如作为核心条款，《信托法》及草案对信托概念的界定发生了很大变化。1996 年，第八届全国人大第 23 次会议审议的《信托法（草案）》的第 2 条，对信托的定义为：是指委托人将其财产转移给受托人。而 2001 年正式通过的《信托法》的第 2 条，对信托的定义却改变为：是指委托人基于对受托人的信任，将其财产权委托给受托人的……行为。从对财产权的转移到对财产权的委托，一词之差使我国信托的概念涵义变化巨大，且将财产权由委托人委托给受托人，而不是转移给受托人，为我国《信托法》的独创<sup>[7](P40)</sup>。

单从文义分析，我国《信托法》并未采英美法系对信托财产衡平法与普通法的双重所有权制度，也未采日本 2006 年《日本信托法》，物权与债权区分方式，明确信托受托人取得信托财产的所

有权, 将信托受益人的权利明确界定为“受益债权”。通过对我国《信托法》第 2 条规定的分析可以发现, 在我国信托受托人接受的只是委托的财产权, 法律未认可信托受托人受让取得信托财产的所有权。但我国《信托法》第 14 条在解释信托财产的定义时却规定, 受托人因承诺信托而取得的财产为信托财产。从解释论的角度分析, 我国《信托法》第 2 条所规定的财产权, 原为经济学的概念, 从法学概念术语的角度分析, 财产权包括了物权、债权、知识产权及股权等。物权又包括所有权、用益物权、担保物权及占有。根据《信托法》第 2 条的后半句规定, 受托人在接受委托人委托的财产权后, 可以以自己的名义, 对财产权进行管理和处分。按照权威解释对管理的定义, “管理即管辖和治理, 指管理者为实现一定目标, 对组织所拥有的资源进行有效的计划、组织、指挥、监督、协调、控制等活动过程<sup>[8](P4)</sup>。”从文义分析, 管理的定义与法学关于所有权的占有、使用、收益三项权能十分近似, 管理与处分相加, 等于涵盖了所有权的全部权能。即虽然表面上我国《信托法》并未规定受托人取得了财产的所有权, 但是却可以以己之名, 行使包括对财产进行处分的所有权的全部权能。事实上, 信托关系成立后, 受托人得到的财产权是指对信托财产的占有、使用、收益与处分的资格, 虽然信托关系的受托人并未取得名义上所有人的地位, 但是却能基于信托关系取得处置财产权的全部权能。按我国信托法的规定, 信托关系的受托人虽无信托财产所有权人之名, 只要基于委托人的利益, 却可以行使所有权人权利之实。结合我国《信托法》第 2 条、第 14 条的规定, 可以发现我国的信托法律制度的精神与英美法系国家并无二致, 《信托法》第 14 条规定的受托人基于信托关系取得的财产权, 应当理解为信托关系成立后, 受托人取得了对信托财产占有、使用、收益、处分的全部权能。信托关系成立后, 受托人取得了与信托财产所有权人同样的法律主体资格, 具有与所有权人几乎完全相同的权利能力与行为能力。

### 三、我国水权出让环节引入信托制度的设想

#### (一) 赋予水务公司水权出让人的法律主体地位

我国的相关法律均规定水资源所有权只能归属于国家, 并由国务院代为行使。从法律构造分析, 国家与国务院分别是独立的法律主体, 二者并不能等同。事实上国务院代表国家行使水资源所有权, 等于国务院取得受托人的法律地位, 国家与国务院之间形成的是一种特殊的委托代理关系。而在我国水资源利用与管理过程中, 却由水利行政主管部门及流域管理机构以颁发取水许可的方式, 实施初始水权的配置, 这等于国务院又将部分水资源使用与管理的权力, 再次委托给水利行政主管部门与流域管理机构。代理的链条不断延伸, 必然会产生高昂的信息成本、代理成本与监督成本。

水权市场的规范发展, 要求政府机构退出交易环节, 回归其监管交易秩序、保护产权的行政本职。理想的模式, 应当是引入水务公司作为水权出让方, 具体实施水权的初始配置。

另一方面, 部分民法学者在相关法律硬性规定的, 水资源所有权只能属于国家的约束条件下, 根据民法理论, 将包含占有、使用、收益、处分的所有权四项权能分离, 在承认水资源的所有权的唯一主体只能是国家前提下, 将水权解释为“对国家所有的水资源的使用权。”于是, 水权被理解为用益物权, 是一种与标准物权有很大区别的“准物权。”这种理论被称为“权能分离说”。根据该理论, 既承认非所有人利用所有人财产的事实, 又保证了所有权至高无上的地位, 圆满地填补了传统物权理论在理念与现实之间的漏洞和空隙<sup>[9](P5)</sup>。此“权能分离说”几成学界通说, 但也有学者质疑, 如果自然资源使用权, 是建立在他人的所有权的基础之上, 在失去私法所有权这一母权的条件下, 自然资源使用权的“身世”就有了问题, 无“母”哪里来其“子”<sup>[10]</sup>? 尤其更令人费解的是, 针对消耗性用水, 使用权人在对归他人所有的水资源利用的过程中, 事实上得到的是水的所有权, 在此水资源的使用权变成了一定质量、数量标准的水的所有权, 消耗性水权行使的结果, 是他

人所有的水资源质的降低与量的减少，这一奇怪的现象，与非消耗性使用物品的结果迥异，也很难逻辑自洽而为公众理解。如仍将消耗性水权理解为用益权，“用益权的本质在于权利人虽可对用益物进行使用和收益，但不得损害标的物，以保证日后予以返还<sup>[11]</sup>。”但消耗性水权的行使，不但会导致水资源质与量的损害与减少，而且还会使一部分水量灭失。所以将消耗性水权理解为用益物权不但难以自圆其说且相当费解。法律应回应现实的诘问与关切，水资源利用与水权的交易，涉及面广且影响深远，所以对于水权相关法律规则的设计，应符合普通公众对法秩序的朴素理解，只有如此，才能得到交易参与者及公众的理解与遵从。日本民法学家星野英一，在论及对法的解释时，也强调“起码不应做出让外行感到勉强的解释<sup>[12](P226)</sup>。”如果不违反现行法律，水资源所有权属于国家的规定的情况下，利用现有法技术与法规范，构建更适合水权市场现实需要的制度规则，无疑对于活跃水权市场交易，从而提高水资源配置效率的意义重大。信托财产权的制度规则，也许能给我们以有益的启示。孙宪忠教授认为，从我们国家的角度来看，类似森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源的所有权归属问题上，以信托所有规定其所有性质可以更好地解决在此问题上的争议<sup>[4](P89)</sup>。水资源与森林、山岭、草原、滩涂等自然资源具备完全相同的法律属性与特点，故在水资源的管理与利用领域，引入信托所有制度，可以较圆满地调和水资源国家所有与私权主体所有的冲突与矛盾。

事实上，我国的信托法律制度，虽未明确受托人对信托财产所有权人的法律地位，但肯定了信托财产并不存在对他人作为“母权”的所有权的依附，故基于信托法律关系，受托人取得了所有权的全部权能，相比于将所有权与使用权主体完全割裂的“权能分离说”，信托法律制度独特的财产权利制度更为逻辑自洽，尤其在自然资源管理与利用领域，信托财产制度的优势更为明显，且具备更为广阔的适用空间。

将信托法律制度的原理引入水资源管理与利用领域，可以较好解决我国《宪法》、《民法通则》、《物权法》、《水法》关于自然资源所有权只能归国家，且由国务院行使的相关争议。如由国务院保留水资源所有权人的法律地位，并通过签订信托合同，将水资源的所有权的各项权能委托给水务公司行使，在信托合同的内部法律关系方面，国务院为信托关系的委托人，水务公司为受托人，信托合同约定，水务公司行使水资源占有、使用、收益、处分的各项权能时，只能基于委托人，即国务院所代表的国家及全民的利益，也就是说在委托人、受托人、受益人的三方法律关系中，国务院是委托人，同时也是受益人，水务公司是受托人。水务公司作为受托人，处于信托法律关系核心地位，如不违背受益人与委托人——国务院的利益，其对受托管理的财产——水资源的正常经营与管理权不受干涉。如此制度安排，可有效发挥水务公司作为市场主体的积极性与能动性，同时也使国务院摆脱了“裁判员”与“运动员”（市场监管者与市场交易参与者）双重角色混同的尴尬，回归其行政本职。另一方面，虽然国务院不再具体参与水权市场交易，但在内部信托法律关系方面，却不影响其利用信托关系的委托人与受益人的身份，行使对水务公司经营活动的监督，国务院作为委托人可根据《信托法》第 21 条规定，知悉信托财产运行相关情况，且有权了解或复制相关账目、文件；在客观条件发生未预见到的变化的情况下，有权要求受托人调整信托财产的管理方法。同时有权要求水务公司按照《信托法》第 25 条规定，履行信托受托人的忠实义务。《信托法》第 23 条规定，委托人可根据信托文件解任不称职的受托人，也可申请法院进行解任。而在外部法律关系方面，根据信托财产独立性原则，水务公司即使发生严重的经营困难、濒临破产，甚至面临被清算的窘境时，其受托管理的水资源也不与水务公司的固有财产相混同，从而沦为破产财产的组成部分而被清算，受托人的债权人无权对受托人管理的信托财产主张清偿。如此制度安排，一方面使信托受托人取得了管理、运用信托财产的充分自由，可有效调动受托人的积极性与主观能动性，最大限度发挥信托财产的交流价值与使用价值，另一方面，也使受托管理的信托财产取得了独立于受托人固

有财产的法律地位, 其安全性得到了最大限度的保障。

显而易见, 相比于将所有权主体与使用权主体割裂的“权能分离说”, 信托法律关系的受托人比使用权主体, 具有更强的独立性与自主性, 也更能使受托管理的信托财产“物尽其用”。因为“权能分离说”的使用权主体, 仅得到了所有权的部分权能, 在对使用权行使过程中, 必然受制于所有权主体的意志, 其创造性、积极性必然受到压抑, 不但无法发挥主观能动性, 且因其不具备对他人物品的处置权, 法律地位十分尴尬, 可见相比于信托法律制度, “权能分离说”明显牵强, 且适用过程也容易引发争议与误解, 制度的实施成本十分高昂。

尤其在消耗性水权出让环节, 由水务公司取得了对水的占有、使用、收益与处分的全部权能, 水务公司将一定量的水出让给微观用户, 用户事实上得到水的所有权, 可以按自己的意愿消耗掉取得的水, 水权行使的结果是水质的变化与水量的减少, 在此, 相比于将水权仅解为水资源的使用权, 更易为公众所理解。因为按照常规理解, 仅仅行使用益物权, 不应导致水量的减少, 而导致水量减少的消耗性水权的行使过程, 应属一种处分行为, 但对他人物品的使用, 不应包括处分行为。引入信托模式, 使水务公司基于信托关系取得水资源所有权的全部权能, 在消耗性水权的出让过程中, 使消耗性水权的受让人有权处分所获得的水量。如此制度安排, 更易于被人们理解, 也更容易简化出让环节的交易规则, 减少交易成本, 提高交易效率。

如果在水权初始配置的出让环节引入信托制度, 我们也更容易理解《宪法》、《民法通则》、《物权法》、《水法》对于水资源只能归国家所有, 且由国务院代表国家或全民行使的规定的合理性。事实上强调水资源的公共所有权且只能归国务院行使, 只是为了强调作为国家代表的国务院, 对水资源的最高控制力与最大管理权, 国家所有权至高无上的地位, 只是为了使国务院在管理水资源方面有最大的权限, 在此国家所有权绝非等同于民法上的所有权, 更非强调国务院对水资源行使所有权的民事主体地位。

## (二) 水务公司受托管理水资源与英美国家公共信托制度的区别

上文设想的水权初始配置环节拟引入的信托制度, 虽然得益于英美法古老的信托制度的启发, 但绝不类同于英美法历史上的公共信托原则与近年新兴起的新公共信托原则。英美法历史上的公共信托原则, 最早起源于英国, 系基于自然资源上的公共权利, 其目的为区分国王财产中的私人财产和公共财产, 限制国王对公共财产的特权, 同时保障自然资源上的公共权利。美国从英国引入了公共信托原则, 自 20 世纪 70 年代以来, 美国的公共信托原则, 在判例法及其注释中得到了广泛运用, 公共信托的范围也大为增加, 并越来越注重对环境的保护, 其作用为有效地限制立法者和私人破坏或处分作为共同财产的自然资源<sup>[13](P86-87)</sup>。这种重点旨在保护环境利益, 限制自由财产权任意行使的法律观点, 被称为新公共信托原则。其核心内容为, 公众作为自然资源的委托人, 对行政机关处分信托资源的行为, 应有知情权、参与权与监督权<sup>[13](P92)</sup>。新公共信托原则自产生以来, 饱受诟病, 究其产生的历史背景可发现, 该制度起源于弱政府时代, 但随着政府对社会生活各方面控制力的加强, 传统的弱政府时代已让位于强政府时代, 政府在很多领域强化了对私人财产权的干预, 新公共信托原则的适用, 将进一步削弱西方国家自由财产权传统, 所以, 新公共信托原则的基础理论来源于财产法, 其本身又构成对传统财产法理论的背叛<sup>[13](P95)</sup>。而在运行效果方面, 公共信托原则将导致任何人可以自由得到公共资源, 其后果是过度使用。(如果)无法排除(其他人)对财产的使用或占有, 所有权人无法预知他的(对财产的)投资能否得到回报, 因为他们不能控制非所有权人的行为<sup>[14](P14)</sup>。因而公共信托原则不但将导致对自然资源的过度使用, 同时也会降低对公共资源保护、投资的激励。美国西部水权市场交易的案例, 也已经证明公共信托原则的适用, 削弱了水权并减弱了人们对水资源的投资、交易及水的利用效率<sup>[14](P21)</sup>。事实上公共信托原则在美国的实践, 远非如人们期待一样可以实现公众对自然资源的利益的最大化, 相反私有产权制度却可以更顺

利、更低费用地使水资源的利用更符合效益原则，也更能保护水的质量，以满足人们对娱乐和对生态环境保护的要求。

我国并无英美法系国家自由财产权的悠久历史传统，相比英、美等国，我国也未形成可能损害公众的，对自然资源合理利用的强大的私人垄断产权，事实上我国的水资源等自然资源，长期处于任何人均可自由进入、自由取用的自然状态，不但缺少必要的保护，且存在严重的过度使用甚至破坏性使用。上世纪70年代至上世纪末，黄河流域发生的持续性断流，气候变化等自然因素并非主因，而事实上其主因为没有清晰界定水资源的产权，从而造成了对水资源利用的无序竞争。所以我国不应存在公共信托原则产生的历史传统与现实基础，相反，我们应当吸取美国西部公共信托原则适用过程中的教训，清晰界定水权并保护水权的交易，使水资源的配置在更符合效益原则的同时，维护生态环境发展的可持续性。

### （三）水务公司受托管理水资源的法律性质

如果在水权初始配置出让环节引入信托模式，由水务公司作为信托法律关系的受托人，接受国务院的委托行使信托财产权，应如何界定此种信托的法律性质？《信托法》第3条规定，我国信托分为三类：民事信托、营业信托和公益信托。营业类信托是指经过中国人民银行、中国证监会批准，以取得信托报酬为目的而成立的从事信托业务的专业金融机构，而水务公司并非专门为从事信托业务而成立，也非金融机构，所以水务公司接受国务院委托从事的信托活动，并非营业类信托。另一方面，水务公司接受委托从事的信托活动，并非基于公益目的，所以其性质也非公益信托。由此可见，水务公司接受国务院委托从事的信托活动，系一种普通民事信托。国务院作为水资源国家所有权人的代表，为委托人，同时也是受益人，水务公司为受托人，信托财产为水资源这一特殊的不动产。水务公司在行使信托财产权时，对外出让的是水，系从作为整体的水资源中析出的一部分水体，是一种特殊的动产。

## 四、结 语

美国学者根据在世界范围内的调查发现，水的供求受市场价格因素影响十分明显<sup>[15](P11)</sup>。我国学者经过对因水资源短缺导致的黄河断流现象的研究也发现，实现稀缺的黄河水资源的最优配置，应建立有效的水资源产权制度，并以此为基础，建立水权交易市场<sup>[16](P154-155)</sup>。美国、澳大利亚、智利等水权交易活跃国家的水权交易实践也已证明，发展水权交易市场，对于解决水资源短缺危机、提高水资源配置效率的作用十分明显。可见，为应对因短缺造成的用水危机，防止水资源的过度使用及浪费，在保障用水公平的同时，实现水资源的高效配置，我国应当尽快建立各级水权交易市场，但水权交易的前提是清晰界定微观用户的水权份额。如果水权的出让仍由政府实施，不但与政府应当担负的维护交易秩序、保护产权等的行政职能不符，且以行政方式直接实施水权配置，也不利于提高水权市场的配置效率，并降低交易费用。另一方面，克服水资源短缺造成的生态危机，需要政府监管职能的有效发挥，因为造成生态危机的原因是自然资源的特殊性与市场失灵<sup>[17]</sup>，而政府有能力、也有义务保障符合水资源特性的制度供给，并通过监管手段，矫正市场失灵。以信托的方式赋予专门成立的水务公司水权出让人的法律主体地位，不但较好地解决了水资源所有权只能归国家，并由国务院行使的法律障碍，且专业水务公司的运营，更能调动市场参与各方的积极性、降低市场运行的信息成本与交易成本，使市场更有效地发挥配置资源的决定性作用。

也许在水权初始配置的出让环节引入信托制度，可以较好协调政府、水权主体及市场三者之间的关系，实现政府、市场、与水权主体之间的良性互动，使政府更好地履行监管与服务职能、水权主体的积极性与主动性得到充分调动、市场配置资源的作用得到更有效发挥，为我国水权与水市场

的培育与发展, 并从根本上解决我国的水资源短缺危机创造条件。

### 参考文献

- [1] 哈罗德·德姆塞斯. 关于产权的理论[A]. 罗纳德·H. 科斯. 财产权私利与制度变迁[C]. 上海: 格致出版社, 三联书店, 上海人民出版社, 2014.
- [2] 王军权. 水权交易市场的法律主体研究[J]. 郑州大学学报, 2015, (2).
- [3] 王泽鉴. 民法总则[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2001.
- [4] 孙宪忠. 国家所有权的使用和保护研究[M]. 北京: 中国社会科学出版社, 2015.
- [5] [日]美浓部达吉. 公法与私法[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2003.
- [6] 税兵. 自然资源国家所有权双层构造说[J]. 法学研究, 2013, (4).
- [7] 周小明. 信托制度: 法理与实务[M]. 北京: 中国法制出版社, 2012.
- [8] 萧浩辉. 决策科学辞典[Z]. 北京: 人民出版社, 1995.
- [9] 孟勤国. 物权二元结构论——中国物权制度的理论重构[M]. 北京: 人民法院出版社, 2002.
- [10] 金海通. 自然资源使用权: 一个反思性的检讨[J]. 法律科学, 2009, (2).
- [11] 徐涤宇. 环境观念的变迁和物权制度的重构[J]. 法学, 2003, (9).
- [12] [日]星野英一. 现代民法基本问题[M]. 上海: 三联书店, 2012.
- [13] 邱秋. 中国自然资源国家所有权制度研究[M]. 北京: 科学出版社, 2010.
- [14] Simmons, R. T. Property and the Public Trust Doctrine[M]. *PERC*, 2007.
- [15] Anderson, T. L., P. J. Hill. Water Marketing——The Next Generation[M]. *Rowman & Littlefield Publishers, Inc.* 1997.
- [16] 毛寿龙. 黄河断流的制度分析[A]. 水利部政策法规司. 水权与水市场[C]. 内部印刷, 2001.
- [17] 宋德勇, 路日亮. 生态文明与人的发展的当代审视[J]. 郑州大学学报, 2014, (2).

## Research on the Role of Trust System in the Process of Initial Water Rights Allocation

WANG Jun-quan, LAN Nan

**Abstract:** In order to help the market play its decisive role in resource allocation, Ministry of Water Resource started to test water rights exchange system in 7 provinces in July 2013. An important part of the test is to register water rights. In fact, registering water rights is to show the results of water rights allocation. With reference to related laws, water resource is owned by the nation, performed by the State Council and allocated by the Ministry of Water Resource in practice. However, government allocation of water resource is not suitable for governments' role as the supervisor of the water rights market. With the development of the water rights market, trust system should be introduced to build water service companies specialized in water rights trade which can allocate water resource based on trust contract. In this way, water rights market become places of fair exchange among civil roles, and thus the cost of exchange can be reduced and the efficiency of water allocation can be improved.

**Key words:** shortage of water resource; allocation of water resource; market allocation; trust system

(责任编辑 罗 奔)