

对我国水权的反思与重构

刘卫先

摘要: 争执不定的理论水权无法对我国的水权建设提供可行的理论指导。尽管交易实践中的水权具有高度的一致性,但它无法有效保护水资源而实现水资源的可持续利用。在各民族国家对地球表面分而治之的情况下,水资源归国家所有在法律上实际意味着三个方面:一是国家及其政府对水资源之生态价值和水环境拥有保护和管理职权;二是国家对水资源经济价值的开发利用拥有垄断权;三是国家及其政府的水资源生态价值的管理权和水资源经济价值开发利用的垄断权要受到社会公众的环境利益和基本生存权的约束。所以,在我国,以水资源归国家所有为基础而建构的水权体系也应当包括这三个方面,即国家拥有水资源生态价值的管理职权、国家拥有水资源经济价值开发利用的垄断权和社会公众拥有针对水资源的环境利益与基本生存权。

关键词: 水权; 水资源; 生态价值; 经济价值

中图分类号: D922.661 **文献标识码:** A **文章编号:** 1671-0169(2014)02-0075-10

一、引言:我国水权研究的兴起

新中国成立伊始,水资源公有制即被确立。“所有河流湖泊均为国家资源”,任何人民团体或政府机构要举办“水利事业”,都必须先向“水利机关申请取得水权”^[1]。尽管国家政策在此明确提到了“水权”,但由于当时用水量不大,水污染也不严重,水资源短缺的问题尚未出现,水权尚未得到学者的关注。这种现象从建国初期一直持续到 20 世纪 70 年代^①。在这一阶段,国家对水资源的管理主要是对水工程的建设和管理,即新修水利工程、增加供水量、满足农业生产的需求。对水资源的取用是在国家计划的指导下,依附于水利工程或按照传统习俗进行的。

进入 20 世纪 80 年代,我国学者对水权的关注和研究有所增加。尽管我国 1988 年颁布的《水法》明确规定取水应取得许可,但由于当时是在有计划的商品经济体制背景下,取水许可制度并没有得到学者的关注。直到国务院颁布《取水许可制度实施办法》(1993 年)之前,学者对水权的关注主要集中在国家对灌溉用水权的保障和管理^{[2][3]}以及对美国水权的介绍^{[4][5]}方面。

随着我国社会主义市场经济体制的确立,整个社会的需水量大幅增加,水污染还导致部分水资源不可用,在此背景下,20 世纪 90 年代中后期,我国学者开启了水权的市场化研究,开始关注水权,强调明晰水权并采取市场手段配置水权^{[6][7]}。实践中也开始了对水权制度改革的探索^{[8][9]}。但学者对我国水权理论

基金项目: 国家社科基金青年项目“生态整体主义视角下的自然资源权体系及实施机制研究”(11CFX041); 中国海洋大学“青年英才工程”项目

作者简介: 刘卫先,法学博士,中国海洋大学政法学院副教授(山东 青岛 266100)

^① 笔者在中国知网全文数据库中用“水权”这一主题进行检索发现,20 世纪 50 年代、60 年代和 70 年代有关水权的论文只有 6 篇,其中有 2 篇直接提到水权,但没有对水权进行深入分析。如果以“水权”为关键词进行检索,这三十年中只有 3 篇论文,其中只有 1 篇谈到水权,即王巨光发表于《世界知识》1962 年第 24 期的《水权之争》。该文只是谈到水源地所有权,并没有对水权进行详细研究。

的大量研究是从2000年开始的^①。一方面,浙江省东阳和义乌两市之间进行了被学界誉为“我国首例水权交易”的实践,在全国具有广泛影响;另一方面,政府机构大力推动水权改革,尤其是水利部的高度重视^②,对水权理论的研究起到一定的促进作用。

综观2000年以后我国水权的理论研究和实践情况,其主要有如下三个方面的特点:第一,对水权理论争执不下,没有形成统一的认识;第二,各地对水权改革的实践探索从未停止,水权模式多样化;第三,部分学者开始对水权理论以及水权实践进行反思。总之,这些有关水权的理论研究和实践探索争论纷呈,不仅没有形成符合我国实际情况的统一的水权理论,也没能使水权在“水资源可持续利用、合理配置及保护”方面提供有效的保障^[10]。水权研究表面繁荣的背后隐藏着水权理论的贫困,水权理论还有待更深入的研究。在水资源短缺的时代,如何有效保护水资源进而使其得到可持续的利用,已是人们必须解决的问题。而我国水权改革所主张的水权正是为了应对这一问题而提出的。那么,究竟什么样的水权才能满足现实的需要呢?要想回答这一问题,我们有必要先对我国现有的理论水权和实践水权进行全面的考察。

二、争执不定的理论水权

我国学者在理论上对水权存在巨大的争议和分歧,甚至用千差万别来形容都不为过。不同的学者基于不同的学科背景和不同的研究目的,提出不同的理论水权。综观这些争论,可以归为两个方面的问题,即水权是什么和水权的性质是什么。对这两个问题的不同回答,体现了学者对水权所持的不同观点,其中具有代表性的观点主要有:

第一种观点认为,水权是产权理论渗透到水资源领域的产物,是指水资源稀缺条件下人们对有关水资源的权利的总和(包括自己或他人受益或受损的权利),其最终可以归结为水资源的所有权、经营权和使用权^[11]。这是我国水权理论研究大规模兴起后学者最早对水权进行的详细界定,具有一定的代表性,得到了一些学者的认可^{[12][13]}。并且,学者还对此观点作进一步的充实,认为水权包括水资源所有权、水资源使用权、水资源收益权和水资源处分权,并把水权的性质界定为一种“准物权”,是特殊的用益物权,是具有公权性质的私权^[14]。

但有学者对此持反对态度,认为既然水权是产权理论在水资源领域的表现,那么水权就不应只包括三项权利,因为产权是一个权利束,不仅包括所有权、经营权和使用权,而且还包括其他权利^[15]。并且,水资源的所有权、使用权、收益权和处分权并不是一个层次上的权利;既说水权包括水资源所有权,又说水权是特殊的用益物权,自相矛盾。

第二种观点认为,水权应指国家、法人、个人或外商对于不同经济类属的水所取得的所有权、分配权、经营权、使用权以及由于取得水权而拥有的利益和应承担减少或免除相应类属衍生而出的水负效应的义务。水权应分为水资源水权和水利工程供水水权两类,二者都包括所有权、分配权、经营权和使用权^[16]。这也是我国水权理论研究大规模兴起后较早提出的一种水权观点。该观点把水资源和工程水区别对待,具有一定的合理性,但二者作为不同的客体却存在着相同的权利,与实际不符。因为,水资源的所有权和工程水的所有权在实际作用方面是不一样的。还有学者明确反对将工程水所有权纳入水权之中^[17]。

第三种观点认为,只有在有了使用权的前提下才能谈经营权,水权就是水资源的所有权和使用权^[18]。这一观点也得到了部分法学研究者的认可,其认为水权是以水资源的所有权为基础的一组权利,人们一般是在两种情况下使用水权这一概念:一是水资源的所有权,二是水资源的使用权,而水资源使用权在性质上是一种新型的准用益物权^[19]。该观点对水权的界定实质上与第一种观点相同,学者对第一种观点的诟病适用于此。并且,此观点源于实务界对水权处理的权宜之计,而非对水权理论缜密研究^{[20](P155)}。

第四种观点认为,水权为依法对于地面水和地下水取得使用或收益的权利,其包含有两层含义:第

① 笔者以“水权”为关键词在中国知网全文数据库进行论文检索,共发现970多篇相关论文,其中2000年以前的论文只有40篇。

② 如:时任水利部部长汪恕诚于2000年发表了《水权和水市场——谈实现水资源优化配置的经济手段》的讲话,极力推动和主张水权和水市场改革。

一，水权是独立于水资源所有权的一项法律制度。第二，水权是水资源的非所有人依照法律的规定或合同的约定所享有的对水资源的使用或收益权。所以，水资源所有权乃为水权之母，水权系由水资源所有权派生而来。水权在性质上是一种新型用益物权或准物权^[21]。这一观点得到其他民法学者的认可，并进一步认为水权是一个集合概念，是汲水权、引水权、蓄水权、排水权、航运权等一系列权利的总称，其性质是准物权^{[17][22]}。

但学者认为水权是产权理论渗透到水资源领域的产物，水资源所有权是实现水资源利用权的前提，而水资源利用权是水资源所有权的具体体现，以禁止水资源所有权交易为由将其排除在水权范围之外是不合理的^[15]。该观点实际上是传统民法使用权理论在水权上的应用，其对水权所进行的界定实际上与水资源使用权没有本质的区别，但是，作为民法上用益物权之一的水资源使用权与水法上的水权显然不是完全相同的概念。因此，该观点不仅存在着将水权与水资源使用权混同的不足，而且还违背了产权经济学的基本原理，最多只能算是一种水权的私法解读，是在民法的框架内对水权所作出的制度安排^{[20](P154)}。并且，有学者明确指出水权并不是私法上的权利，而是生存权或特许权，属于社会性权利^[23]，还有学者认为水权属于人权，即水人权^[24]。但也有学者认为水权属于财产权^[25]。

第五种观点认为，水权是人们在开发、利用、管理和保护水资源的过程中产生的对水的权利，包括取水权和水物权。其中水物权又分为资源水物权和产品水物权，资源水物权又分为资源水所有权和资源水他物权。其中取水权是债权性质的权利，水物权是物权性质的权利^[15]。该观点把取水权与产品水物权分开对待并分别论述，正如我们把采矿权和矿产品所有权分开对待并分别论述一样，显得重复和多余，因为取水权的必然结果就是获得产品水所有权。并且，有学者明确指出水合同债权不属于水权^[17]。此外，还有学者认为，用“资源水”代替“水资源”也是不必要的^[26]。

第六种观点认为，水权按照不同的标准存在不同的内容：按主体划分，水权包括国家水权、法人水权和自然人水权；按内容划分，水权包括水之民事权（含所有权、用益物权和担保物权）、水之行政管理权（规划权、开发权、调配权、管理权）和水之环境权（保护水源、预防水污染、使用清洁水等权利）；按客体划分，水权包括资源水之水权（江、河、湖之水权）和非资源水之水权（特定化水之水权、生活污水工业废水之水权、待开发利用之海水冰川等之水权）^[27]。据此，水权不仅仅是具有公权性质的私权，而是既包括公权，又包括私权。这种大而全的水权理论表面上看似乎涉及水的方方面面，但它没有包含我国法律明确规定的地下水。并且，若将其水权的内容放入其不同客体的水权中，就会出现让人费解的问题，如待开发海水的所有权、用益物权、担保物权等。此外，其用“资源水”取代“水资源”同样会遭到第五种观点那样的诟病。

第七种观点认为，生态意义上的水权是不存在的，生态意义上之所谓人类“所有”水的权利，实为一假概念。水，首先是生态意义上的自在物，具有自身的独立地位和存在价值；其次，是因其准主体地位和受法律限制的资格，可被人类整体（现今之人和将来之人）在某一时段内予以使用的资源；最后，才是制度设计层面上，可被我们冠以“水权”之名的权力和权利的规置对象——已被定量份额化的、在特定时空条件下、具体可消耗的水量。我们现今所言之水权概念，通常都是指这一层面的权力和权利——政府之公共权力、各级次个体用户之权利^[28]。该观点认为生态意义上的水不是人类的权利客体，具有一定的真实性，但这也并不意味着生态意义上的水是具有独立地位和存在价值的“主体”。并且，有学者直言水权属于权利的范畴，不包括国家对水资源的行政管理权^[29]，即把公权力排除在水权之外。

第八种观点，即《黄河水权转换实施管理办法（试行）》（2004年）第二条对水权的界定：“本办法所称水权是指黄河取水权，所称水权转换是指黄河取水权的转换。”由此规定可知，水权即为取水权。该观点也得到部分学者的认可，并认为水权是类似于采矿权的一种准物权^[30]。

另外，还有部分学者主张污水水权^[31]、生态水权^[32]、气态水权^[33]、雨水蓄积权^[26]、饮用水权^[34]等都应当是水权的内容。

争执不定的理论水权难以为我国的水权建设提供有力的指导。综观上述这些争论我们可以看出，尽管

不同学科的学者基于自己的专业视角和目的会对水权的认识产生一定的影响^①，但造成水权争论的根本原因就是学者们对水权所指的“水”存在不同的认识，进而对该“水”上所存在的“权”及其性质存在不同的认识。但水权所指的“水”及其“权”究竟应当是什么？在回答这个问题之前，我们有必要先考察一下我国水权交易实践中所指的水权是什么。

三、实践中的水权及其局限

尽管水权在理论上尚未形成统一的认识，但是，我国的“水权交易”实践中所交易的“水权”并没有那么大的分歧，反而存在一定程度上的一致性。我国各地实践所探索的“水权交易”主要有三种模式，即东阳—义乌水权交易模式、甘肃张掖水票交易模式和黄河水权交易模式，这三种交易模式中的水权具有相同的含义。

(一) 东阳—义乌水权交易模式中的水权

东阳和义乌市两市人民政府于2000年11月24日签订了有偿转让横锦水库部分用水权的协议：义乌市一次性出资2亿元购买东阳横锦水库每年4 999.9万m³水的使用权；转让用水权后水库原所有权不变，水库运行管理、工程维护仍由东阳负责，义乌市根据当年实际供水量按每立方米0.1元支付综合管理费(包括水资源费)；从横锦水库引水到义乌的引水管道工程由义乌市负责规划和投资建设，其中位于东阳境内的引水工程的管道工程施工由东阳市负责，费用由义乌市承担。义乌市购买用水权的2亿元资金，根据引水工程进度分期付清。

从字面内容看，这是一份东阳市政府和义乌市政府之间转让用水权的合同，即东阳市将其每年4 999.9万m³水的使用权有偿转让给义乌市，但事实并非看上去那么简单。

首先，东阳市政府和义乌市政府之间对国家所有物不存在买卖交易。因为，在理论上，在单一制国家中，地方政府在某种程度上都是中央政府的代理机构，它们行使的都是中央政府所授予的权力。并且，我国《水法》第三条明确规定“水资源属于国家所有”，且“由国务院代表国家行使水资源的所有权”。所以，东阳市人民政府和义乌市人民政府同为国务院的代理机构，无权买卖国家所有的水资源。

其次，如果水资源国家所有权体现的是国家对水资源的管理控制权，则东阳和义乌两市政府之间的交易实际上是管理权的移交，这种公权力的转移并不是买卖交易行为；如果水资源国家所有权体现的是国家对特定水体所享有的法律所有权，那么东阳和义乌两市交易的又是什么呢？^②如果义乌市不对水体进行使用，则水体的所有权不会消失或受影响，只是将作为所有权客体的特定水体从东阳市转移到义乌市。从合同表面上看，义乌市政府本身不可能消耗那么多的水量。所以，仅从两市政府的层面上看，两市所谓的交易行为是不存在的。

最后，义乌市签订合同的目的是为了对特定量的水体进行消费、使用，并且这种使用的结果导致特定水体国家所有权的灭失，但这种使用行为不是义乌市政府的行为，而是义乌市内的所有用水主体的行为。所以，如果义乌市政府是代表义乌市所有用水主体与作为水资源国家所有权行使主体的东阳市之间签订的合同，则该合同转让的是特定水体的所有权。

所以，如果把东阳和义乌之间的合同视为“水权”的买卖交易，则其交易的“水权”就是特定水体的所有权。

(二) 甘肃张掖水票交易模式中的水权

2002年初，国家水利部将甘肃省张掖市确定为全国第一个农村节水型社会建设试点地区。该市在全面调查区域水资源及用水状况基础上，对农户用水实行总量控制，将总量指标逐级分配到乡镇、用水协会、用水组、用水户，并向用水户核发水权证书，向农民出售水票，农民用水完全实行“水票制”。用水户以持有的水权证上核定的水量作为依据向管水单位购买水票，灌区管理人员以水票为依据供水。水票可

^① 如具有生态与环境专业背景的人员所主张的“水权环境权”、“生态水权”等，在民法专业的研究者中很少出现。

^② 对于水资源国家所有权，笔者在下文详细探讨。

交易流通，农户节约的水量通过水票进行买卖和交易。如果超额用水，须通过市场交易从有水票节余者手中购买。水票成为控制各用水户年度用水总量的手段，也是进行水权交易的载体。

虽然张掖市的水票交易只限于农户之间，并且交易的形式标的是“水票”，但水票是根据水权获得的，拥有水票就能够取得水票上所载明的一定量的水的取得、使用和处分的权利，实际上就是获得一定量的水的所有权。农户之间进行的水票交易实际上就是一一定量的水的所有权的交易。

（三）黄河水权交易即“投资节水、转让水权”模式中的水权

《黄河水权转换管理实施办法（试行）》（以下简称《办法》）第二条第一款直接规定“本办法所称水权是指黄河取水权，所称水权转换是指黄河取水权的转换”，故黄河水权交易的对象为取水权。但该条第二款进一步规定“直接取用黄河干支流地表水和流域内地下水的取水人，依法向具有管辖权的黄河水利委员会或地方各级人民政府水行政主管部门申请领取取水许可证，并交纳水资源费，取得黄河取水权”，故取水权实际上就是取水权人依照相关规定获取一定量的水的权利，其目的是获取一定量的水体的所有权。取水权的转让就是取水权人将自己节余的一定量的水之所有权转让给他人的行为，故《办法》第四条明确规定“水权转换出让方必须是依法获得黄河取水权并在一定期限内拥有节余水量或者通过工程节水措施拥有节余水量的取水人”。尽管整个《办法》对取水权的转让做出了较为严格的限制性规定，要求受让方不但要符合用水需求，提出合理性分析，而且必须是有实力完成取水工程等项目，但这些并不影响交易的取水权实际上是一一定量的水的所有权。例如，根据该《办法》实施的甘肃省首例水权交易，其交易的对象实际上就是农业灌溉所节余的一一定量的水的所有权^①。

通过上述三种实践中具有代表性的水权转让模式的考察，我们不难发现，实践中所转让的水权实际上是一一定量的水的所有权。所以，具体明确的实践水权就与争论中的理论水权形成了强烈的对比。尽管如此，在当今水资源日益紧缺的大背景下，这种实践水权根本无法解决我国的“水荒”。

一定量的水的所有权的有偿获取和转让是根据市场经济人理论去激励人们节水的，其实质就是通过把一定量的水转化成人们的财产进而激励人们像珍惜和使用自己的其他财产一样去珍惜和使用水。但这种假设的条件太理想化，因为节水并不一定都能导致经济人经济利益的最大化，相反，大量的用水耗水也许更能给用水人带来更大的利益。

如果要想使人们真正能够出于经济动机去节水，前提条件之一就是水价必须足够的高。但如果水价过高，或者允许一定量的水的所有人可以根据自己的利益最大化要求自由转让其拥有的水，那么，大量的水将会从附加值低的农业领域“流向”附加值高的工业领域，这样不仅会危及我国的粮食安全，而且还会危害广大农民的利益进而影响社会的稳定。正因为如此，实践中水权的转让都受到严格的限制，如张掖的水权交易实践只允许水权在农户之间有偿转让，而黄河水权交易实践虽然允许一定量的水从农业灌溉领域流向工业领域，但转让的必须是农业节余的水，即保证农业用水的前提下进行的转让。所以，一定量的水的所有权的有偿取得和转让针对的仅仅是水的经济价值，它忽视了水资源所具有的社会保障价值和生态价值^[29]。

所以，即使我们承认一定量的水的所有权的有偿取得和转让能够切实激励人们节水，但仅仅依靠人们的节水也无法实现水资源的可持续利用进而解决水荒问题。其实，造成我国水荒的原因既有自然因素，如水量不丰且时空分布不均，也有人为因素，如污染严重、浪费严重、利用率低，其中，严重的水污染导致大量的水无法使用，加剧了水荒的程度^[35]。如果说一定量的水的所有权的有偿取得和转让无法克服我国水荒的自然因素，那么它同样也不能克服污染严重和利用率低的人为因素。正因为如此，才有学者指出，要想解决水荒，除了要节约用水外，还应注意环境污染的系统治理，保护好水资源^[36]，甚至是只有恢复

^① 甘肃省通过靖乐渠灌区、早平川灌区、工农渠灌区和靖远电厂三期扩建工程实施了首例水权有偿转让，利用水权转让资金对三大灌区进行了节水工程改造，节约的水量满足了靖远电厂的用水需求。具体计划是：甘肃省白银市为了满足靖远电厂三期工程的用水需求，计划对白银市靖远县的靖乐渠灌区、平川区早平川灌区、白银区工农渠灌区实施节水改造，把节约的水量有偿转让给靖远火电厂。节水工程投资由靖远第二发电有限公司和三大灌区共同筹措，该节水改造工程项目总投资4 119.48万元，其中骨干工程投资2 800万元、田间配套工程投资1 319.48万元。靖远电厂支付水权转让费2 800万元，相当于2.53元获得1 m³的水，水权转让期限为20年。（参见林文：《甘肃省首例水权转让项目的实施》，《人民黄河》2007年第10期。）

人与自然的协调关系才能使人类社会的水分供需问题得到解决^[37]。所以，用一定量的水的所有权的有偿取得和转让去“处理水资源的可持续利用问题”会“存在很大的局限”^[10]。

既然实践水权难以满足现实的需要，无法实现水资源的可持续利用和解决水荒，那么，我们究竟应该采取什么样的水权呢？在此，我们应该回答前文所提的水权所指的“水”及其“权”究竟是什么的问题了。在回答水权所指的“水”及其“权”究竟是什么的问题之前，我们必须首先明确我国法律所明确规定的水资源国家所有的含义，因为这是我们对水权进行探索的前提。

四、水资源归国家所有在法律上意味着什么？

我国《宪法》第九条明确规定“水流”作为一种“自然资源”归“国家所有”，在此基础上，《水法》（2002年）第三条也明确规定“水资源属于国家所有”，《物权法》（2007年）第四十六条和第四十八条再次确认作为“自然资源”的“水流”归“国家所有”，但是，水资源国家所有的含义是什么，相关法律并无明确规定。

对此，我们首先可以确定，水资源国家所有并非民法上的国家所有权，水资源本身并不是所有权的客体。在民法理论上，能够成为所有权客体的物一般要具备以下几个要件：可以作为权利的客体、为有体物、独立为一体、能满足人们生活的需要、能为人力所支配^{[38](P22-24)}。而水资源至少无法满足“能够为人力所支配”和“独立为一体”这两个要件。从词源和词义上讲，自然资源就是作为人类财物来源的自然物，即赋存于自然界中作为人类资财来源的一切物质和能量的总称，也就是整个地球的生态系统^[39]。水资源作为自然资源的一种，也是整个地球生态系统的一个有机组成部分，虽然可供人类利用，但人类无法支配和控制它。如《中国大百科全书》（水利卷）把水资源定义为“自然界各种形态（气态、固态和液态）的天然水”，《经济大辞海》将水资源定义为“以固态、液态和气态三种形式存在于自然界中，可被社会直接利用和间接利用的作为生产和生活的一种资财来源的总水量”^[27]，而《大不列颠大百科全书》也把水资源解释为“全部自然界任何形态的水，包括气态水、液态水和固态水的总量”^[40]。因此，这种无处不在的水资源无法“独立为一体”而“能被人力所支配”。尽管我国《水法》（2002年）第二条明确把“水资源”限定为“地表水和地下水”，但“地表水和地下水”同样也不是“独立为一体”而“能被人力所支配”之物，因为地下水广泛渗与土壤和岩层之中，地表水也无处不在，人力无法支配。不仅气态的水人力无法支配，而且液态的暴雨和洪水人力也无法支配。人力所能支配的只能是特定化的一定量的水，也即从水资源中分离出来的“独立为一体”的水。所以，只有当水资源特定化为一定时空条件下可被人们支配控制的独立对象时，它才能成为所有权的客体。

此外，如果承认水资源归国家所有就是民法上的所有权，我们会陷入各种矛盾的困境中。首先，水资源国家所有权与所有权的追及效力相矛盾。所有权具有追及效力，无论所有权的客体辗转至何人之手，所有权人都可以追及客体之所在而直接行使权利^{[38](P22-24)}。但国家无法追及作为其所有权客体的水之所在而行使权利，如松花江的水流入俄罗斯、怒江的水流入泰国、长江的水汇入东海，水蒸气随风流入国外，等等，我国都无法行使所有权的追及效力。其次，水资源国家所有权与所有物致害责任的承担相矛盾。在民法上，所有物致人损害，一般由所有人或所有物的管理人承担损害赔偿赔偿责任，在有些情况下甚至是无过错责任。但在我国现实中，无论是洪水还是冰雹给人们的人身和财产造成损失的，国家并没有以水资源所有者的身份承担相应的赔偿责任。最后，水资源国家所有权与法律救济措施不对应。在民法上，如果所有权遭受侵害，所有人可以通过行使物上请求权或损害赔偿请求权加以救济，而我国水资源相关法律中对侵害水资源国家所有权的违规取水用人并没有采取行使物上请求权或损害赔偿请求权加以救济，而是采取行使公权力进行行政处罚^①。

所以，水资源归国家所有并不意味着国家对水资源享有民法上的所有权，以至有学者直接指出“从法

^① 参见《中华人民共和国水法》（2002年）第七章“法律责任”的规定、《取水许可和水资源费征收管理条例》（2006年）第六章“法律责任”的规定、《取水许可管理办法》（2008年）第六章“罚则”的规定，等等。

律上讲国家所有权不是或者至少不完全是一种民事权利，其性质更接近于行政权力”^[41]。既然如此，水资源归国家所有在法律上到底意味着什么呢？

我国有学者认为：宪法上的财产不仅包括民法上的物，而且也包括一国主权管辖下与权利主体相联系、尚未被人们所认识、暂时不能被利用来满足人类需要的一切自然资源和社会财富；而自然资源国家所有权属于“宪法上的所有权”，是取得所有权的资格，是一种获得财产利益的可能性，它不明确地指向具体的客体^[42]。但该观点并没有对自然资源国家所有权的法律意蕴做出明确的回答。首先，把财产概念挪用到宪法上并赋予其不同于私法财产的内容无法对自然资源国家所有权做出最终解释，其所指的宪法财产实际上就是自然资源，而自然资源在宪法上被规定为国家所有正是我们需要解释的对象。其次，把宪法上的所有权解释为取得财产利益的资格和可能性并不准确。一方面，包括所有权在内的一切法律权利在某种意义上都是一种法律资格，这也是权利资格说的主要观点^{[43](P131-135)}，把宪法上的所有权解释为获得财产利益的资格实际上是把它私权化；另一方面，宪法上的所有权不仅包括私权，还应包括公权。正因为如此，才有学者进一步指出，国有自然资源应区分为国有私物和国有自然公物，自然资源国家所有权具有私权和公权的二重性，受私法和公法共同调整，是一种特殊的混合法律关系^[44]。但该观点也没能明确自然资源国家所有权的具体法律意蕴。还有学者将储存性自然资源的国家所有权定性为“主权”，而流动性自然资源的国家所有权则为“准主权”^{[45](P204-209)}。但是，自然资源国家主权原则已经是一项公认的国际法原则，而宪法中规定的自然资源归国家所有实际上就是国家主权原则在国内法中的体现^[46]，如果把宪法上的自然资源国家所有权定性为主权，在逻辑上有画蛇添足之嫌。并且，现代主权并非绝对，也负有一定的国际义务，但主权并非因此而变成了“准主权”。所以，上述自然资源国家所有权的观点并不能解释我国水资源归国家所有在法律上到底意味着什么。

其实，在现代各民族国家对地球分而治之的局面下，“水资源归国家所有”所指的水资源只能是处于国家主权管辖范围之内的水资源。但是，由于地球生态系统的整体性以及地球水循环的整体性，处于一国主权管辖范围内的水资源与主权管辖范围外的水资源联系在一起共同维护地球生态系统的健康完好性。对外而言，主权国家作为人类社会的一员，有义务为整个人类的利益而保护好地球的生态系统，这也是个体对其所处的共同体所负的义务。对内而言，良好的生态环境是广大民众享受各项人身权、财产权等基本人权的前提条件，体现广大民众的共同福利，各级政府有责任维护之。所以，水资源国家所有权首先体现为国家及其政府对国家主权管辖范围的水资源进行管理和保护以满足生态系统健康完好性的需要，这既是权力，也是责任，也即政府的职权。

其次，由于水资源不仅可用于满足生态系统完好性的需要而具有生态价值，而且还能用于人们生产和生活而体现一定的经济价值，同时，由于水资源的不特定性导致水资源的经济价值不可能直接体现为权利的客体。所以，对于水资源的经济价值而言，水资源归国家所有并不是一种私法上的国家所有权，而只是一种利益宣誓。这种宣誓告诫人们，如果没有国家的允许，任何人都不能对水资源的经济价值进行拥有和利用。这种宣誓实际上赋予了国家对其主权管辖范围内的水资源经济价值开发利用方面的垄断权。

最后，广大社会公众在现代社会中拥有基本的生存权利，这一权利作为“第二代人权”的一种得到了国际社会的普遍认可^{[47](P58)}，而社会公众必须依赖水资源才能维持生存，所以，在水资源归国家所有的情况下，广大社会公众的基本生存权必须得到认可和体现。在水资源的生态价值方面，社会公众享有环境利益，与之对应的是笔者在前面所述的国家及其政府的水环境职责；在水资源的经济价值方面，社会公众为了维持生存而有权获取特定水资源的所有权或使用权，与之对应的是国家在行使其水资源经济价值开发利用垄断权时要受到一定的约束。

所以，水资源归国家所有在法律上实际意味着三个方面：一是国家及其政府对水资源之生态价值和水环境拥有保护和管理的职权；二是国家对水资源经济价值的开发利用拥有垄断权。三是国家及其政府的水资源生态价值的管理权和水资源经济价值开发利用的垄断权要受到社会公众环境利益和基本生存权的约束。

五、对我国水权的重构

通过上文的论述我们已经清楚，水权研究在我国的兴起以及水权制度的改革都是为了探索能够满足实

现水资源可持续利用要求的水权,但实践中的水权和现有的理论水权都难以达到目标。在我国水资源归国家所有的前提下,究竟应该如何构建我国的水权呢?

由于水资源具有整体性,不仅具有生态价值,而且具有经济价值,所以,要实现水资源的可持续利用,必须对水资源进行整体性的管理,为此而建构的水权也必然体现为由诸多权力和权利有机结合而成的一个体系。并且,国外也已经存在从水资源整体性的角度进行水权构建的先例,使水权管理涵盖从取水、用水到排水的整个过程^[48]。所以,笔者认为,在我国,以水资源归国家所有为基础而建构的水权体系应当包括以下三个方面的内容:

第一,国家拥有水资源生态价值的管理职权。水资源生态价值管理权属于国家公权力,其有效行使可以满足生态系统健康完好性对水的需要和水环境自身的优良状态。当该职权具体落实到水资源的管理上时,就体现为两个方面的内容,即生态配水权和水质保障权。生态配水权使维持特定时空之水资源(如河流、湖泊)以外的生态系统及其(如河流、湖泊)自身生态系统的健康完好性所需的水量得以保障。水质保障权使特定时空之水资源(如河流、湖泊等)自身的水环境得到有效保护,阻止和控制人们向特定时空之水资源排放污染物。国家(政府)的水质保障权使所有的排水者都负有按照一定的标准和要求进行排水的义务,如果排水者违反排水义务,则政府可以利用公权力对其进行制裁。国家的生态配水权和水质保障权既是一种权力,同时也是一种职责和义务^①,不具有市场可交易性。

第二,国家拥有水资源经济价值开发利用的垄断权。一方面,国家拥有对水资源进行非消耗性使用的垄断权。在一定条件下,国家既可以自己,也可以许可他人(包括自然人、法人和其他组织)对水资源进行非消耗性使用,如进行水电开发、航运、养殖、竹木流放等。在国家允许的前提下,自然人、法人和其他组织获得的航运、养殖、竹木流放等权利可以在市场上进行交易。

另一方面,国家也拥有对水资源进行消耗性使用的垄断权。当自然人、法人和其他组织对水资源进行消耗性使用时,被消耗的对象实际上是一一定量的水,是水资源被特定化的产物,是私法所有权的客体。实际上,人们对一定量的水的消耗就是对属于自己所有的水的使用,是其行使所有权的表现。在国家拥有对水资源消耗性使用垄断权的情况下,在理论上,任何人要对水资源进行消耗性使用,都必须获得国家的允许。但国家允许的方式既可以是法律的直接规定,也可以是许可。如我国《取水许可和水资源费征收管理条例》第四条^②所规定的不需要获得许可证的取水就是通过法律直接规定的方式允许他人对水资源进行消耗性使用的情形。现实中,人们对水资源消耗性使用主要包括生活用水和生产用水,而生产用水又主要包括农牧业生产用水和工业生产用水。这些用水,尤其是生活用水,直接关系到社会广大民众的基本生存和福利,而现代福利国家正负有保护人们的基本生存权利和改善人们福利的义务。所以,国家不仅垄断着水资源的消耗性使用,同时也负有向人们提供一定量的水的义务。在这种情况下,国家就要综合考虑并控制不同领域的用水量以及一定量的水在什么条件下可以允许在市场上交易。

除了法律明确规定的外,自然人、法人和其他组织要获得对水资源的消耗性使用,即一定量的水的所有权,都必须由国家通过许可的方式允许用水人通过自己提取等方式获得一定量的水的所有权。这一过程实际上是国家将一定量的水的所有权转让给用水人,但这种转让行为是通过受让人的取水行为实现的,而受让人的取水行为必须得到国家的许可。所以,如果获取一定量的水的所有权的人应当经过国家许可而没有经过许可而自行取水,则其既违犯了国家许可的强行规定而侵害了国家的垄断权,又侵害了国家对一定

① 从直接的角度可以理解为政府的环境保护职责,从间接的角度可以理解为政府对广大民众甚至是人类所负的义务。

② 《取水许可和水资源费征收管理条例》第四条:

下列情形不需要申请领取取水许可证:

- (一)农村集体经济组织及其成员使用本集体经济组织的水塘、水库中的水的;
- (二)家庭生活和零星散养、圈养畜禽饮用等少量取水的;
- (三)为保障矿井等地下工程施工安全和生产安全必须进行临时应急取(排)水的;
- (四)为消除对公共安全或者公共利益的危害临时应急取水的;
- (五)为农业抗旱和维护生态与环境必须临时应急取水的。

前款第(二)项规定的少量取水的限额,由省、自治区、直辖市人民政府规定;第(三)项、第(四)项规定的取水,应当及时报县级以上地方人民政府水行政主管部门或者流域管理机构备案;第(五)项规定的取水,应当经县级以上人民政府水行政主管部门或者流域管理机构同意。

量的水的所有权。对于前者，国家可以使用行政处罚等公权救济途径加以救济；对于后者，国家可以使用损害赔偿请求权等私权救济途径加以救济。很显然，公权救济途径对国家而言更有利，直接高效，避免了私权救济途径中的诉讼成本和不确定因素。

在这里，我们有必要对取水行为、取水许可和取水许可制度进行区分。取水行为是获取一定量的水的行为，取水行为只有得到国家的许可，即取水许可，取水人才能获得一定量的水的所有权。一定量的水的所有权人可以根据自己的水消费情况并按照国家的规定，将其所有的一定量的水在市场上进行交易。一定量的水的消费者在消费之后将废水排放进入水资源，这样会影响水环境。这实际上是国家的水质保障权所管理的对象。而我国的取水许可制度既调整取水行为，也调整排水行为^①。

所以，国家对水资源经济价值的开发利用拥有垄断权要求人们对水资源的非消耗性使用和消耗性使用都应获得国家的允许，而这种允许既可以是法律的直接规定^②，也可以是国家的许可。

第三，社会公众拥有针对水资源的环境利益和基本生存权，制约和限制国家的水资源生态价值管理权和水资源经济价值开发利用垄断权。社会公众对水资源生态价值享有环境利益，可以在一定程度上保障国家的生态配水权和水质保障权得到良好的实现。所以，正如笔者在上文已经指出的那样，国家的生态配水权和水质保障权也是一种职责和义务。另外，社会公众为了维持基本生存，必须对水资源进行消耗性使用，所以，国家即使对水资源消耗性使用拥有垄断权，其也有义务为社会公众提供一定量的水。因此，正如笔者在上文指出的那样，国家才要综合考虑并控制生产、生活等不同领域的用水量以及一定量的水在什么条件下可以允许在市场上交易，并且对特定的取水行为采取法律直接规定的允许方式进行。

六、结 语

笔者对我国水权的重构并不是给现有的水权理论争论添乱，故意使现有的水权理论争议复杂化，而是为了应对和解决我国现实中存在的水资源不可持续利用问题。由于水资源具有整体性，不仅具有生态价值，而且具有经济价值，所以要满足水资源可持续利用目的之水权必然是一个包括权力和权利的体系，而水权的市场交易只能限于体现水资源经济价值的权利领域。由于水资源经济价值的利用会影响其生态价值，故水权的市场交易要受到诸多限制，这也是有待进一步研究的问题。

参考文献

- [1] 贾绍凤,张杰. 变革中的中国水资源管理[J]. 中国人口·资源与环境,2011,(10).
- [2] 王景纯. 集中水权,节约增产[J]. 新农业,1980,(Z2).
- [3] 李德寿. 湖南省农田灌溉用水推行四种管理形式[J]. 黑龙江水利,1986,(5).
- [4] 陈实. 水权分配法对调水的影响[J]. 东北水利水电,1989,(2).
- [5] W. E. 柯克斯,彭世藩. 美国跨流域引水体制综述[J]. 南昌水专学报,1987,(1).
- [6] 熊向阳. 水权的市场属性及水权制度的完善[J]. 中国水利,1996,(5).
- [7] 孙立. 水权探析[J]. 水利科技,1999,(S1).
- [8] 余勇,许廷周. 灌区用水咋改革? ——宝鸡峡的尝试[J]. 山西水利,1998,(1).
- [9] 许廷周. 按水权配水:灌溉制度的一大改革[J]. 山西水利,1999,(5).
- [10] 周建明. 水资源的可持续利用与国家行政体制改革——简论水权概念的局限性[J]. 社会科学,2010,(4).
- [11] 姜文来. 水权及其作用探讨[J]. 中国水利,2000,(12).
- [12] 石玉波. 关于水权和水市场的几点认识[J]. 中国水利,2001,(2).
- [13] 蒋剑勇. 水权理论初论[J]. 浙江水利水电专科学校学报,2003,(1).
- [14] 朱一中,夏军. 论水权的性质及构成[J]. 地理科学进展,2006,(1).

^① 如《取水许可和水资源费征收管理条例》第十二条规定取水申请书的内容应当包括“退水地点和退水中所含主要污染物以及污水处理措施”。

^② 我国《水法》第三条规定“农村集体经济组织的水塘和由农村集体经济组织修建管理的水库中的水,归各该农村集体经济组织使用”。此处农村集体经济组织的“使用”既包括消耗性使用也包括非消耗性使用,是法律直接规定的允许。

- [15]黄锡生.论水权的概念和体系[J].现代法学,2004,(4).
- [16]董文虎.浅析水资源水权与水利工程供水水权——兼探两种水权衍生出的防治弃水(洪水等)和防治退水(废污水等)的义务[J].江苏水利,2001,(1).
- [17]崔建远.关于水权争论问题的意见[J].政治与法律,2002,(6).
- [18]汪恕诚.水权和水市场——谈实现水资源优化配置的经济手段[J].水电能源科学,2001,(1).
- [19]曹明德.论我国水资源有偿使用制度——我国水权和水权流转机制的理论探讨与实践评析[J].中国法学,2004,(1).
- [20]金海统.水权究竟是什么?[A].2008年全国环境资源法学研讨会论文集[C].昆明:内部出版,2008.
- [21]裴丽萍.水权制度初论[J].中国法学,2001,(2).
- [22]崔建远.水权与民法理论及物权法典的制定[J].法学研究,2002,(3).
- [23]赵红梅.水权属性与水权塑造之法理分析[J].郑州大学学报(哲学社会科学版),2004,(3).
- [24]胡德胜.水人权:人权法上的水权[J].河北法学,2006,(5).
- [25]邢鸿飞.论作为财产权的水权[J].河北法学,2008,(2).
- [26]任海军,秦小虎.西部旱区雨水集蓄对我国水权理论的启示——为“水权之争”提供一个西部经验兼与诸学者商榷[J].科学经济社会,2008,(1).
- [27]黄辉.水权:体系与结构的重塑[J].上海交通大学学报(哲学社会科学版),2010,(3).
- [28]苗波,江山.水之权力与权利(上、下)[J].水利发展研究,2004,(2),(3).
- [29]张莉莉,王建文.水权是实现的制度困境及其路径探析:以水权的内涵解读为重点[J].安徽大学学报(哲学社会科学版),2012,(5).
- [30]邢鸿飞,徐金海.水权及相关范畴研究[J].江苏社会科学,2006,(4).
- [31]丁小明,李磊.污水水权的探讨[J].技术经济,2005,(7).
- [32]丛振涛,倪广恒.生态水权的理论与实践[J].中国水利,2006,(19).
- [33]刘书俊.水资源之气态水权的民法思考[J].科技进步与对策,2003,(11).
- [34]袁记平.饮用水权的法律探析[J].环境保护,2008,(16).
- [35]陈扬乐,赵红艳.我国水荒的原因及对策[J].湘潭师范学院学报,1994,(6).
- [36]莫耀支.环境污染与水荒[J].中国地质,1990,(2).
- [37]张家诚,张沅.现代水荒初探[J].水科学进展,1999,(1).
- [38]梁慧星,陈华彬.物权法(第三版)[M].北京:法律出版社,2005.
- [39]刘卫先.论可持续发展视野下自然资源的非财产性[J].人口·资源与环境,2013,(2).
- [40]刘书俊.基于民法的水权问题思考[J].法学论坛,2007,(4).
- [41]陈旭琴.论国家所有权的法律性质[J].浙江大学学报(人文社会科学版),2001,(2).
- [42]徐涤宇.所有权的类型及其立法结构[J].中外法学,2006,(1).
- [43]方新军.权利客体论[M].北京:中国政法大学出版社,2012.
- [44]马俊驹.国家所有权的基本理论和立法结构探讨[J].中国法学,2011,(4).
- [45]金海统.资源权论[M].北京:法律出版社,2010.
- [46]刘卫先.自然资源国家主权的环境法意蕴及其体现[J].南京大学法律评论,2013年春季卷.
- [47][英]雷蒙德·瓦克斯.法哲学:事实与价值[J].谭宇生,译.南京:译林出版社,2013.
- [48]陈晓景.流域生态环境用水法律制度解析——以密西西比州为例[J].法学杂志,2010,(11).

(责任编辑 周振新)