

●●● 昆明理工大学法学文库

水资源管理法律问题研究

——○ 宋 蕾 / 著

SHUIZIYUAN GUANLI FALÜ WENTI YANJIU



中国政法大学出版社

· 昆明理工大学法学文库 ·

水资源管理法律问题研究

SHUIZIZIYUAN GUANLI FALÜ WENTI YANJIU

宋 蕾 / 著



中国政法大学出版社

2015 · 北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

水资源管理法律问题研究/宋蕾著. —北京:中国政法大学出版社, 2015. 6
ISBN 978-7-5620-6148-9

I. ①水… II. ①宋… III. ①水资源管理—法律—研究—中国 IV. ①
D922. 664

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 151196 号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话	010-58908285 (总编室) 58908433 (编辑部) 58908334 (邮购部)
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	880mm × 1230mm 1/32
印 张	7.25
字 数	200 千字
版 次	2015 年 6 月第 1 版
印 次	2015 年 11 月第 2 次印刷
定 价	22.00 元

昆明理工大学 2012 年人才培养基金项目成果

(项目编号: KKZ3201224003)

项目名称: 水资源上权利的法律构造研究

昆明理工大学法学文库、法学译丛总序

改革开放以来，中国经济实现了腾飞，中国社会正经历着一场史无前例的大变革，中国法律与法学研究也随之发生了沧海桑田般的变化。经过30多年的努力，中国社会主义法律体系已基本建成。中国法律的发展完善与法学研究者的努力密不可分，是他们的执着，使法律从野蛮走向文明；是他们的坚毅，使恣意的权力受到束缚；是他们刻苦的钻研，使法律从粗疏转向细腻；是他们的批判与检讨，使法律走出了误区，趋向理性。

自20世纪80年代开始，中国法学教育和研究机构如雨后春笋般在神州大地生根发芽，现已有650多所高校设置了法学教育和研究机构。另外，各级法学会、各级人大、各地社会科学院等机构也设置了无数专门的法学研究机构。法学研究正呈现出欣欣向荣、五彩缤纷、百家争鸣之势。“好雨知时节，当春乃发生。随风潜入夜，润物细无声。”唤醒神州大地的春雨也滋润了地处西南边陲的昆明理工大学。昆明理工大学于1994年开始设置法学专业，并于1997年成立了法学院。昆明理工大学法学院依托昆明理工大学的学科优势，着重发展刑法学、环境与资源保护法学、质量法学等优势学科，同时又不断地充实、提升其他学科。2010年秋季，学院正式成为一级学科硕士学位授权单位，下设环境与资源保护法、刑法、民商法、经济法、国际法、理论

法、宪法行政法学、质量法学（设于质量研究院）等八个硕士点。2014年，法学院又获得法律硕士学位授予权。此外，学院还可以招收挂靠在环境工程学院、国土资源学院的环境规划与管理、矿产资源保护与法治两个专业的博士研究生。2012年6月，学校与云南省人大法制委、省人大常委会法工委合作建立了全国高校第一个实体性质的地方立法研究院。

学院的快速发展得益于长期坚持的人才强院战略。法学院高度重视师资队伍的培养和优化，经过不懈的努力，逐步形成了云南省内一流的教师队伍和学历、职称、年龄结构合理的学术梯队。截至2014年1月，全院有教职工78人，其中专任教师68人，教授11人，副教授27人，博士生导师3人（兼职博导1人），具有博士学位的教师40人，另有8人为在读博士，专任教师的博士率达到70%（含在读博士）。教师队伍阵容强大、治学严谨，部分教师还在中国法学会、中国环境学会、中国行为法学会、中国环境法学研究会、中国刑法学研究会、中国刑事诉讼法学研究会、中国犯罪学研究会、中国警察法学研究会、中国法学教育研究会等学术团体中担任副会长、理事等职务。在众多来自国内外名校优秀青年才俊的努力下，近年来法学院的科研成果节节攀升，在《中国法学》、《法商研究》、《法律科学》、《法学家》、《现代法学》、《环球法律评论》等刊物上发表论文600余篇，出版了专著、教材70余部，主持各类研究课题150多项。

昆明理工大学法学院有一大批来自国内名校的青年学者，他们年富力强、精力充沛，且富于创新、勤于思考。为了形成团队合力，实现强强联合，产出更多高水平的研究成果，法学院根据教师的特长成立了七个研究中心。例如，本院有27%的专职教师具有留学背景，他们专注于外国法学研究和比较法学研究，法学院结合教师的专长和云南“桥头堡”建设的实际，设立了“国际法与东南亚研究中心”。优秀的研究工作者和良好的科研平台，必将会产出一大批相关研究成果。为了进一步繁荣法学研究，帮助学院教师顺利出版相关研究成果，法学院与中国政法大学出版社经过研究协商，决定结合昆明理工大学法

学院的学术优势和中国政法大学出版社的出版力量，出版“昆明理工大学法学文库”和“昆明理工大学法学译丛”两套丛书。“昆明理工大学法学文库”主要出版昆明理工大学法学院教师的理论研究成果。该套丛书强调理论创新，突出可读性和实用性，力求实现“紧跟理论前沿，服务法治实践”的目标。“昆明理工大学法学译丛”主要翻译出版国外有代表性的法典和国外前沿性的理论研究成果，特别是翻译出版东南亚国家的法典，以便促进中国与东南亚国家的合作。

我们期望并相信，在昆明理工大学法学院青年才俊和中国政法大学出版社的共同努力下，一批较高质量的著作将会陆续面世。

曾粤兴 *

2014年4月15日

* 法学博士、博士后，昆明理工大学法学院院长暨云南省地方立法研究院院长、教授。

前言

水资源是人类及其他一切生命存在的基本条件。近年来,由于人为的破坏和自然变化,与水资源相关的问题已经成为国际与国内关注的中心。在世界银行关于水资源安全的一份报告中指出:19世纪许多战争因石油而产生,20世纪的战争将因水而引起。^{〔1〕}水资源需要的快速增长在20世纪初期已经开始出现,联合国教科文组织2003年3月13日公布的《世界水资源开发报告》指出,全球用水量在20世纪增加了6倍,其增长速度是人口增速的两倍。同时,该报告还指出,能否在21世纪满足持续增长的全球用水需求,将取决于人们对现有资源的有效管理。^{〔2〕}

水资源的管理不仅仅是一项工程技术工作,而且与社会的政治经济密切相关。水的管理也就是水的政治。^{〔3〕}在任何时代、任何社会和地区,对于水资源的利用与管理已经成为一门艺术,不仅需要满足不同利益的诉求,而且还需要使水资源得到长久的保护,以维持水资源

〔1〕 As cited in *Environmental Policy and Law*, 1995, s25 (6).

〔2〕 “全球水资源状况”,载 <http://wenda.haosou.com/q/1365014145062879?src=150>。最后访问时间:2014年2月9日。

〔3〕 参见〔德〕佩特拉·多布娜:《水的政治——关于全球治理的政治理论、实践与批判》,强朝晖译,中国社会科学文献出版社2011年版,第1~23页。

利用的可持续性。水是一种流动的资源，这样的特性使得其不同于土地、矿产、森林等其他资源。由于这一特殊性的存在，水资源的利用和管理具有综合性与复杂性。

明智的水资源利用与管理，不仅要求公平，还要求理性与节制，使得水资源的利用可以永续存在。事实上，从人类发展的过程中，可以清楚地看到，关于水的论著种类的广泛：宗教、政治、法律、经济、神话传说、民间传说……可以说，人类社会的历史就是一部人与水的关系史，水不仅为人类生存提供物质基础，更孕育着人类文明，始终伴随着人类社会的发展。

从传统的角度来看，水资源管理是一项公共事务，由国家、地方或者由两者公共管理具有一定的历史性。自 16 世纪以来，国家一直在水资源管理中起着核心的作用。^{〔1〕}从世界范围来看，绝大多数国家对水资源都进行着国家或地方的管理。其原因有两点：第一，从理论而言，国家对于公共利益的管理负有责任，这是国家权力合法性的核心来源；第二，从客观实际而言，由于水资源的流动性，水资源流域本身的社会、政治、经济的复杂性需要更高层次的管理机构进行管理，更有利于水资源的协调与统筹。

与此同时，水资源不仅是社会经济发展的资源基础，同时也是生态环境的控制因素。我们知道，地球 1/4 的表面由水覆盖，但其中 97.5% 是海水，在剩余的 2.5% 淡水中仅有 0.3% 的水资源是以易于取用的以河流、湖泊为表现形式的地表水。而且有些水资源囿于目前科学技术的手段，或者高昂的开发成本而不能为人类所利用。尽管地球的水资源可以通过水循环得到更新，但是不同时空状态下的水资源更新存在着巨大的差异。这种差异性的存在使得水资源管理的制度安排受控于多种因素，而利益是最核心的因素。

事实上，在水资源管理中，生态维度与社会经济维度是密不可分

〔1〕〔德〕佩特拉·多布娜：《水的政治——关于全球治理的政治理论、实践与批判》，强朝晖译，中国社会科学文献出版社 2011 年版，第 2 页。

的。因此,水资源不仅是自然生态环境的一部分,也是一种具有公共利益的服务类产品。人类社会的制度安排总是围绕着利益而展开的。人类作为理性的动物,在与他人的交往中,总是存在一种利益计算,经多次博弈之后,他将发现合作博弈对其更加有利,并且能够产生稳定的结果。当有足够多的人意识到这一现象后,他们就会达成一致,共同签订一个契约,建立国家,并遵循同一规则。^[1]布坎南的这段论述可以说明,在人们的社会交往中,利益总是支配着人们的行为方式,利益规则总是以多数人的利益博弈结果作为依据,利益是需要协调的。

利益协调不是人们理想的乌托邦,而是有其存在的依据。随着人类社会生产力和科技水平的迅猛发展,水资源的需求日益增大,人们利用水资源的活动也日益频繁,因此也产生了与用水相关的很多问题;同时水资源是以流域为单元的,由于流域的整体性和不可分割性,使得不同利益主体之间的利益更加紧密,为解决水资源利用和保护面临的诸多共同问题,各利益主体之间必须寻求合作,协调彼此间的利益关系,甚至在必要时牺牲自己的一定利益,以实现自己更大的、更长远的利益。

这说明,在人类社会的历史发展过程中,不同的利益主体之间以及同一主体之间的不同利益方面不仅存在着矛盾和冲突的一面,而且有着相互协调的一面。人是社会中的人,是在社会中从事实践活动的人。人类社会的利益冲突之所以能够协调,归根结底是建立在人们实践基础之上并通过人们的实践活动来实现的。只有在人类社会的实践交往活动中,人类社会的利益协调才能找到最坚实的根据。^[2]因此,如何共享水资源、利用水资源将成为人类社会可持续发展的关键所在。

[1] J. Buchanan, "A Contractarian Paradigm for Applying Economics", *American Review*, 1975, pp. 225 ~ 230.

[2] 张玉堂:《利益论——关于利益冲突与协调问题的研究》,武汉大学出版社2001年版,第252页。

目 录

昆明理工大学法学文库、法学译丛总序	(1)
前 言	(1)
绪 论	(1)
一、问题的提出	(1)
二、国内外研究现状综述	(3)
三、本书研究思路与方法	(13)
第一章 水资源与水资源管理制度	(16)
第一节 水资源管理之社会维度考察	(16)
一、水资源社会属性分析	(16)
二、水资源管理制度产生的社会基础	(19)
三、水资源管理制度的法律化	(28)
第二节 水资源管理制度之历史考察	(35)
一、水资源利用制度的发展	(35)
二、水资源管理制度立法实践	(39)

第三节 水资源管理的理论基础	(52)
一、自然流动理论	(53)
二、合理使用理论	(54)
三、产权理论	(55)
四、公共物品理论	(57)
第二章 水资源管理制度的基本范畴	(60)
第一节 水资源管理的概念与特征	(60)
一、水资源管理的概念	(61)
二、水资源管理的特征	(65)
第二节 水资源管理制度的基本原则	(67)
一、基本原则确立的基础	(67)
二、水资源管理制度基本原则分析	(70)
第三节 水资源管理制度的价值取向	(76)
一、法的价值考察	(76)
二、水资源管理制度的基本价值	(81)
三、水资源管理制度的最高价值	(83)
第三章 水资源管理制度的法理逻辑	(88)
第一节 水资源管理的法理基础分析	(88)
一、水资源权属分析	(88)
二、水资源管理途径及其目标探讨	(105)
三、水资源管理制度的伦理观	(114)
第二节 水资源管理制度中相关权利辨析	(118)
一、主要权利之区别	(118)
二、取水权性质分析	(124)

第三节 水资源管理的主体与客体	(151)
一、水资源管理的主体	(151)
二、水资源管理的客体	(156)
第四章 我国水资源管理制度的问题与完善	(163)
第一节 我国水资源管理制度的实践分析	(164)
一、流域水资源分配	(164)
二、水资源生态补偿制度建立	(171)
第二节 我国水资源管理制度存在的问题	(177)
一、水资源管理与配置单一	(177)
二、水资源管理制度体系有待完善	(178)
第三节 水资源管理制度体系的完善	(180)
一、完善水资源管理制度体系	(181)
二、构建水资源综合配置机制	(185)
三、构建区域横向协作机制	(188)
参考文献	(198)

绪 论



一、问题的提出

水资源综合管理制度，是当下中国实现生态文明的重要途径之一。目前，水资源综合管理制度面临的主要挑战，就是其是否能够适应当下中国现代化发展以及生态文明建设的需要。在生态文明建设背景下考察中国水资源综合管理理论与实践，具有特别重要的现实意义。

水资源是人类社会发展的基本物质条件，是重要的自然环境因素。人们对于水资源的利用和管理方式，不仅影响着社会经济的发展，也影响着生态文明建设的进程。水是一种重要的生产资料，也是一种重要的生态因子。对于水资源的管理是一门科学的艺术、政治的艺术；是在任何年代、任何地区的人类所必须掌握的一种艺术。凭借对水资源的消费和利用进行管理，在适当满足各方竞争性需求的同时，使水资源得到持久的保护。^{〔1〕}可以说，水资源利用管理的好坏，是决定我国社会经济可持续发展和生态文明建设的关键。

人类社会发展不是空中楼阁，不可能离开物质基础而独立存在。水为人类社会生存和发展提供了所必需的、最为基本的物质基础，

〔1〕 参见〔德〕佩特拉·多布娜：《水的政治——关于全球治理的政治理论、实践与批判》，强朝晖译，中国社会科学文献出版社2011年版，第2页。

并伴随着人类社会经历了原始文明、农业文明、工业文明和生态文明的各个发展时期。因此，水资源管理制度是古今中外都普遍存在的制度，对其进行历史的考察表明，不同的国家、地区，不同的利益主体的选择是有差别的，是利益、价值观和现实需求共同博弈的结果。其中，人们对于水资源管理法律制度的选择是具有决定性的因素。

适合社会、经济和环境发展的水资源管理制度应该是理性、公平、持久和节制的。对于现代社会水资源管理法律制度的比较法研究却表明：各国尽管立法的形式不同，但在内容上，趋同于将流域综合管理作为核心，并侧重于从整体层面维护水资源的合理公平利用，以保障水资源的可持续发展需要。当然，中国的社会经济发展同样需要水资源的保障。然而，中国水资源的现状并不乐观。世界水资源法律制度的选择趋势对于当下中国有什么借鉴意义？中国目前的水资源管理制度是否能满足社会、经济和环境的协调发展？如何建立适合中国国情并能适应可持续发展要求的水资源法律制度？这些问题亟需解决。

水资源管理法律制度是中国社会主义法治建设的重要组成部分，并符合当下社会、经济与环境协调发展的诉求。2011年，中共中央一号文件以水资源管理为中心，提出了一系列的要求。作为我国第一个以水为中心的中央文件，其指出：水是生命之源、生产之要、生态之基。水是关系到经济安全、生态安全、国家安全的，具有公益性、基础性、战略性的资源。正是水资源本身所承载的价值多元，从而使得水资源管理法律研究具有复杂性，并且始终是社会科学研究的重要内容。2015年4月16日，国务院正式发布《水污染防治行动计划》（简称“水十条”），为当前和今后一个时期我国水污染防治指明了方向和奋斗目标。水资源管理的核心问题是权益分配的合理性、公平性与持续性，在中国的现实中，实践已经走在了理论研究的前面。从第一起

中国水权交易引起的理论界争议,^[1]到目前我国实行的不同地区试点的水权管理方式,^[2]已经说明水资源管理理论研究的相对滞后。

基于上述原因,本书选择将水资源管理法律问题作为研究对象,并将其置于生态文明与法治建设的背景之下进行研究,力图回答当代中国应该选择怎样的水资源管理法律制度,水资源管理制度目前的状况与存在的问题,能否通过水资源管理制度得到改善或解决,以及如何完善水资源管理制度,使之能适应并有利于中国的可持续发展。



二、国内外研究现状综述

(一) 国外研究现状

基于水资源的重要性,西方研究在早期主要从经济学的角度进行研究,并取得了一定的成果。从水资源的公共性出发,对于如何安排水资源权属制度与水资源的利用公平性、持续性与资源恶化程度之间进行分析,并建立了非常著名的经济学模型,如“公地悲剧”、“囚徒困境”、“集体行动逻辑”、“公共池塘”等等。为了避免在任何时候许多人共同使用一种公共财产而存在的“搭便车”现象,学者的研究概括而言主要有三种解决方式:一种是实行私有化,一种是实行国家政府集中控制的国有化途径;还有一种是私有化和国有化之间的第三种

[1] 2001年2月21日,浙江东阳、义乌之间签约了一笔出资两亿元买下5000万立方米水资源永久使用权的协议。这是我国第一笔水权交易,水利部专家称其“开创了中国水权制度改革的先河”。但是该交易在法学界引起了广泛的争议,其中对水权交易的合法性争议是核心问题。参见“开水权交易先河 专家提醒预防水权纠纷”,载《中国青年报》2001年2月21日。载 <http://www.envir.gov.cn/info/2001/2/221727.htm>, 最后访问时间:2009年2月9日。

[2] 2014年7月23日,水利部在北京召开水权试点工作启动会,水利部副部长胡四一表示,水利部将在7个省区开展不同类型的水权试点工作,力争用2~3年的时间,在水资源使用权确权登记、水权交易流转、相关制度建设等方面率先取得突破,为全国层面推进水权制度建设提供经验借鉴和示范。参见“水权交易呼之欲出 打响2014环保最强音”,载中国环保在线 <http://www.hbzhan.com/news/detail/91845.html>, 最后访问时间:2009年2月9日。

形式。

这些理论的代表人物有：美国著名生物学家加勒特·哈丁 1968 年在《科学》杂志发表了一篇文章“公地悲剧”，从那时起“公地悲剧”的这个表述就成为一种象征，哈丁利用“公地悲剧”比喻许多人无效使用公共财产，导致公共资源最终毁灭的悲剧结果。实际在哈丁之前 10 多年（1954 年），H. 斯考特·戈登在《渔业：公共财产研究的经济理论》中阐释了类似的逻辑：所有人都可以自由得到的财富将得不到任何人的珍惜。哈丁的“公地悲剧”被经济学界形式化为“囚徒困境”，并深深吸引着众多的学者，到 1975 年为止，学者们发表的论文已经有 2000 多篇。^{〔1〕}里奇蒙·卡布尔的《理性和合作的悖论》中指出：“……就如囚徒困境的例子所揭示的那样，它说明在理性的生灵之间的合作是不可能的。因此，它们直接影响着伦理学和政治哲学的基本问题，同时威胁着整个社会科学的基础。正是这些结果所涉及的范围，解释了这个悖论为什么引起了如此广泛的关注……”。^{〔2〕}与此同时，曼库·奥尔森提出集体行动的群体理论，他认为：具有共同利益的个人会自愿地为促进他们的公共利益而行动。^{〔3〕}

关于私有化，美国经济学家罗纳德·科斯提出了产权理论，希望通过明确产权的归属，以解决与公共利益或公共资源相关的外部性问题。产权理论认为：明确的产权是可以解决外部性问题的有效途径，认为只有私有产权才能够完成推进市场和提高经济效率。罗纳德·科斯认为：明确的产权可以降低市场交易的成本，从而提高经济效率。诺思和托马斯也表达了同样的观点，他们认为，相比较公共产权而言，

〔1〕〔美〕埃莉诺·奥斯特罗姆：《公共事物的治理之道——集体行动制度的演进》，余逊达、陈旭东译，上海三联书店 2000 年版，第 16 页。

〔2〕〔美〕埃莉诺·奥斯特罗姆：《公共事物的治理之道——集体行动制度的演进》，余逊达、陈旭东译，上海三联书店 2000 年版，15~16 页。

〔3〕参见〔美〕曼库·奥尔森：《集体行动的逻辑》，陈郁等译，上海三联书店、上海人民出版社 1994 年版，第 48 页。