

37

人文与社会科学学院

103~104 系



序号	姓 名	职称	单位	论文题目	刊物、会议名称	年、卷、期	类别
1	孟繁超	正高	102	论经济法视域的水权市场法治化	吉林省行政学院	2007.12	
2	孟繁超	正高	102	不真正连带债务之形态研究	《科协论坛》中国科学技	2007.8	
3	孟繁超	正高	102	经济学视域下水权流转制度之理性	集团经济研究	2007.10	
4	孟繁超	正高	102	城市化进程中房屋拆迁立法价值取向变化	南京航空航天大学学报（	2007.4	
5	孟繁超	正高	102	人民监督员监督的实效性研究	方圆法治. 人民监督员专	2007.4	
6	孟繁超	正高	102	助力车道路交通侵权归责原则重构	南通大学学报（社科版）	2007.5	
7	孟繁超	正高	102	和谐与规则	红旗出版社	2007.1	
8	孟繁超	正高	102	节制与效率——论城市房屋拆迁中的行政权	南京工业大学学报（社科	2007.3	
9	孟繁超	正高	102	水权流转制度的应然性研究	《法制与社会》	2007.6	
10	李粟燕	中级	102	我国刑事法律中实体正义与程序正义之辨析	求索	2007.04	
11	李粟燕	中级	102	行政契约司法救济制度的定位与整合	中国行政管理	2007.06	
12	李粟燕	中级	102	后现代法学的批判及其对中国法制建设的启示	江苏社会科学	2007.06	
13	李粟燕	中级	102	无罪推定内涵的法哲学思考	学海	2007.6	
14	李粟燕	中级	102	和谐社会的理性解析与多维构建	南京航空航天大学学报（社会科学版）	2007.01	
15	李粟燕	中级	102	对我国国防科技工业经济法制建设的立法思考	集团经济研究	2007.08	
16	汤鸣	中级	102	放权抑或限权——民事简易程序选择权之反思与重构	法学	2007.02	
17	鲁 杰	中级	102	证据的属性反思	政治与法律	2007.04	
18	鲁 杰	中级	102	直言言词原则与传闻证据规则比较研究	社会科学辑刊	2007.05	H
19	鲁 杰	中级	102	我国公司法对股东派生诉讼制度的规定及完善建议	集团经济研究	2007.09	
20	鲁 杰	中级	102	我国公司法对股东直接诉讼制度及其完善	集团经济研究	2007.12	

序号	姓 名	职称	单位	论文题目	刊物、会议名称	年、卷、期	类别
21	鲁 杰	中级	102	我国犯罪构成理论逻辑缺陷及其完善	江苏警官学校学报	2007.06	
22	鲁 杰	中级	102	死刑复核程序的性质分析与程序设计	法制与社会（理论版）	2007.04	
23	鲁 杰	中级	102	刑事公诉案件证明责任分配的基本原则	江苏省法学会刑法学刑事 诉讼法学年会	2007.	
24	刘耀彬	中级	102	刑法解释的困境及出路	江汉论坛	2007.05	
25	刘耀彬	中级	102	构建和谐社会的刑法保障	社会主义研究	2007.07	
26	尤春媛	副高	102	我国农业风险预警机制及应急处理	安徽农业科学	2007 年35 卷 33 期	
27	李乾贵	正高	102	和谐社会视野下政府科学决策的制度保障	中国行政管理	2007.03	
28	李乾贵	正高	102	论审计法制化的实现及对政府权力的制约	政府法制	2007.05	
29	王炳	中级	101	论我国房地产调控新政的现代性突破及完善	现代管理科学	2007.10.	
30	徐文俊	中级	104	产学研合作的五元三层结构分析	淮海工学院学报（社科 版）	2007年5卷1期	
31	修巧艳	中级	104	斯塔茨多水平的理论与方法	江苏教育学院	2007.06	
32	修巧艳	中级	104	斯塔茨与心理学的统一	南京航空航天大学学报 （社科版）	2007.04	
33	李雪飞	中级	104	亚当 斯密的英国大学批判研究	教育评论	2007.3	
34	李雪飞	中级	104	偏失与创新：教学观念的演进及其理论基础	教育理论与实践	2007.2	
35	孔垂谦	副高	104	高校人力资源管理实践“以人为本”需要建立现代大学制度	吉林教育研究·高教研 究	2007.1	
36	孔垂谦	副高	104	Engineering Ethics Education for Engineering Students in china	International Conference on Engineering Education ICEE 2007	between the 2 nd and the 7 th of September 2007	

论经济法视域的水权市场法治化

□ 孟繁超¹, 郇习峰¹, 郇习顶²

(1.南京航空航天大学, 江苏 南京 210016; 2.江苏省高级人民法院, 江苏 南京 210024)

摘 要:水资源管理者与民众的法治信仰缺失、原有社会体制惯性作用、社会价值本位选择的偏离等, 构成了水权市场法治化建设的根本性障碍。从经济法的视域对该障碍进行检视后发现, 从强化法治理念、跟进水权制度和革新水权经营机制等层面着手, 可以有效地推进水权市场法治化。

关 键 词:水权市场; 障碍因素; 法治化

中图分类号: D922.29

文献标识码: A

文章编号: 1007-8207 (2007) 12-0118-04

收稿日期: 2007-10-10

作者简介:孟繁超 (1957—), 男, 吉林长春人, 南京航空航天大学教授, 研究方向为经济法学、民商法; 郇习峰 (1978—), 男, 江苏宿迁人, 南京航空航天大学经济法学硕士; 郇习顶 (1972—), 男, 江苏宿迁人, 江苏省高级人民法院法官, 法学硕士。

法治是人类理性不断进步和社会文明蓬勃发展的必然要求, 是市场经济的必由之路。水权市场法治建设的根本要求是法治化, 其建设目标是政府角色的正确定位、市场在科学合理的法制框架内自由运作、资源效用在市场平台上得到充分发挥、以及司法救济渠道畅通和高效, 最终实现水权市场中管理关系和交易关系具有稳定性、水权流通呈现有序性、市场行为具备规则性、以及对水资源产权心理的安全性等。当我们透过经济法的视野检视水权市场法治现状时不难发现, 水权市场管理制度和水权观念等诸多方面, 存在非法治化的制约性因素。

(一) 法治信仰的缺失

市场经济是法治经济, 法治信仰是市场经济运行的必要条件, 是水权市场法治化的观念基点。“2000年东阳-义乌水权交易”事件在水资源管理制度创新方面引起了轰动效应, 学界普遍认为这是我国水权交易市场的开创之举、是水权交易先河的破题之作。这次水权交易得以实现的历程很是曲折, 既是对现有水权管理制度的一次深刻拷问, 也是对水权市场法治化观念的一次深入追究。由此, 也暴露出我国水权市场法治化的制度实践经验严重不足, 而法治信仰的缺乏更是水权市场法治化进程中深刻而厚重的观念性障碍。

1. 水资源管理的“唯行政”观念根深蒂固。在现代法治框架内, 一方面水资源管理的行政权力应依据法律的规定和授权才得合法行使 (即依法行政); 另一方面, 在管理权限的配置上, 仅依靠行政权的一维化模式已经无法适应水权市场建构的需要。水资源的有效管理既要建立在国家合理监管的基础上, 同时也离不开

水权市场中竞争因素的自治与他治的结合。从中央到地方的各级水资源管理部门, 仅仅凭借行政权力治理大江大河成本很高、水权权属配置难免出现争议。而滥用管制水权的权力, 很难将水事矛盾纠纷处理得妥帖。从一些资料显示来看, 全国有40%以上水库存在重大安全隐患, 社会资金参与渠道不畅, 除险加固工作启动缓慢; 行政性水资源的配置, 无法及时、准确、低成本地解决水资源的经济性供需矛盾等, 这正是水资源管理与运作中“唯行政”所导致的不良结果。水资源管理的法治思维和信仰不仅仅是机械的依法而治, 还应包含“依善法而治, 求善法之治”之意。行政机关缺乏了这些信仰, 就会导致行政行为在具体实施过程中偏离正确方向。结果是民众积极参与管理空间缩小, 公权力介入过多而失去行政权威, 行政的公信力也会大打折扣。目前看来, 对于水权分配、流转中存在着行政机关无法顾及或者无法全力顾及的环节, 应转变“唯行政”的管理观念, 缩回“有形之手”, 由社会资金以竞争方式参与相应建设、管理中的经营性环节, 以权、责、利对等原则实现控制与效益并举的水资源利用良性循环。

2. 用水户的法治信仰不强也是导致水权市场法治化力度不足的重要观念因素。现代法治意识要求权利主体既能自觉地遵守法律, 又有积极合法的权利救济意识。在我国的水权市场法治化进程中, 权利主体的法治意识不足在这两个方面都存在。主要表现为用水户作为市场的被管理对象, 等、靠、要的思维还普遍存在。他们“等”的是政府为水权市场搭台, 自己只充当经济运行平台上被动的权益人, 缺乏创造市场机会的主动性; “靠”的是政府的政策扶持, 因为水权的法律界定还在研究中, 水权市场还在试行中, 他们靠政府来指路,

自己不愿摸着石头过河;“要”的是在法律供给不足情形下的非制度后盾,用水户较少通过正常竞争途径获取水资源这个市场要素。另外,又因为责任主体意识的缺乏,当超采地下水引起地表下沉、肆意污染水源造成饮水矛盾、肆意破坏生态造成水资源危机等违法行为发生时,却无法在现有法律的框架内实现对损害的恢复或赔偿。用水户的法律主体意识不高、法治信仰自然不强,水权市场法治化建设因此而缺乏根本性的内在原动力。

3.传统的中国文化背景造成了水权市场法治化的冷遇。中国古代法律乃治民之器、帝王之术,整个社会被放置于道德伦常和封建礼教的约束之下,社会生活中的法律文化淡薄、法律思维缺失、法治信仰更是孱弱。通过探寻我国法治化的演进历程,以及分析内发型和外援型相结合的水资源管理综合发展模式可以见得,传统文化的影响弱化了舶来之品的精华,在“依法治水”、“依法用水”等层面的法治信仰之培养中起到了相当的阻碍作用。随着依法治国的方略逐渐成为建设社会主义和谐社会的重要组成部分,水资源管理法律法规得到了一定的完善,水权意识也获得了一定的强化。正是由于中国人习惯性、传统性思维的存在,对自己运用法律维权效果的悲观与不信任,导致“无讼是求”的传统法律意识还在很大程度上羁绊着国民权利救济意识的进步。主要表现在:当事人不愿打官司、不敢打官司、输不起官司;老百姓认为打官司是在打关系;为官者则认为打官司是在比权力。法律的权威在现实冲突中无法一一实现。在水权市场法治化的进程中,更为重要的是进一步取传统之精华结合现代法治观念,构建符合中国人文需要与市场需要的水权法律关系。

(二)体制惯性的束缚

我国现阶段处于市场经济转型时期,尽管《水法》、《取水许可制度实施办法》等法律法规相继颁行,但仍然是基于水资源国家所有制的水资源行政管理权的概然授予和泛化行使,延续了原有计划体制对水权市场法治化进程的束缚惯性,这种惯性最现实的体现就是水权市场建构进程中存在的行政垄断问题。

行政垄断是国家诞生之时的衍生品,对其规制是建设法治国家、健全市场竞争制度的应有之意,是构建法治化的水权市场应施之举。在两级水权市场建构中,应由市场组织法和市场竞争法来调控,而行政垄断异化与越俎代庖,严重妨碍了水权市场的法治化。在一级水权市场又名水权批发市场中(其实这是水权初始分配,称为市场是学术界习惯称法),水资源所有者即国家,主要以无偿划拨方式将水资源的使用权和经营权分配给水资源管理部门和用水户,实现了水权的初次流转。但,其间水权流转的主体地位不平等显而易见,出让方的不规范行政行为(如违反程序的水权配置审批等)和受让方的违规、虚假申请(如非基于科学规划

和数量精算而编报出用水量的需求等),都将会导致行政违法行为和非市场化操作所带来的不同利益主体之间的矛盾。在二级水权市场中,水资源的使用权和经营权在用水户之间流转,极大地促进水资源在市场经济环境下的开发效益和利用效率。但是,二级水权市场中出让方基于对水资源的自然垄断地位,在构建自由市场的初级阶段,以不合理定价或者欺诈性交易而获得垄断利益难以规制,这种利益的取得在本质上流露出异化后的行政垄断所带来的结果。同时,由于管理部门不承担水权流通的相关信息披露义务,致使市场交易双方对信息掌控难以达致平衡,受让方在交易中明显处于弱势地位。由于水权市场是有限的准市场,水资源管理部门在构建两级水权市场中的垄断行为因此得以持续的存在,从而成为制约水权市场法治化的桎梏之所在。

(三)本位选择的偏离

就国家的制度安排而言,本位是指治国策略的价值取向,这种价值取向的选取应以顺应人类历史发展规律为落脚点。从边沁的功利个人主义到黑格尔的国家主义,再到罗尔斯的社会主义,反映的正是这种价值取向的调整和抉择。检视我国传统和现有的水资源管理制度,突出的特点是权力本位,而非权利本位或者义务本位。我们知道,权力本位就是人治思想的现实反映,主张的是权力高于法律;而权利本位或者义务本位则强调国家和政府的社会服务功能,把健全法律体系和推行法治国家作为其应尽职责,切实的维护民众的根本利益。分析水权市场法律保障弱化、行政管理弊端凸现状态的原因,乃是本位选择的偏离。而造成这种偏离的根由主要有两点:

1.水资源管理中长期形成的“多龙治水”体制之弊。流域上“条块分割”、地域上“城乡分割”以及管理模式上“各自为政”,这些低效率的水权管理制度,都是行政主体在权力本位的价值指引下产生的水权制度异化形态。基于经济法学的价值理念分析,水权市场价值本位选择失当,水权权能主体定位不当,最终引致行政主体作为管理主体对水资源管理权的滥用,包括行政主体滥用抽象行政行为和具体行政行为两大类。前者主要表现为制定和实施歧视性待遇和差别性制度规则:如设置水权两级市场交易的地方壁垒、限制外地资金的融入等;后者表现出行政管理部门在具体管理执法过程中对强制性行政权力的滥用,以及对水权市场中出现的行政垄断督察不力,甚至是存在行政不作为以助长某种违规操作。譬如,在对水资源使用权和经营权的管理中,管理排水部门却不管理治污,管理治污的部门不管水的回收利用,管理流域协调的却少管水生态的维护。这种局面根由在于管水部门关注狭隘的部门权力以及一己私利,缺乏对水权市场全局的考虑。

2.政府所具有的经济理性导致了其履行行政管理职责时价值选择的偏离。政府作为独立的组织实体承

担着以权力服务社会的职责,其服务工具(即权力)的特殊性,为其谋取独立利益提供了可操作的、并且低成本的有利条件。水资源是国家重要的自然资源和经济资源之一,“长期以来,有关主管部门主要侧重于资源实物形态即使用价值的管理,忽视了其商品属性和对其价值管理,”使国有水资源不能成为资产并进行资本性收益。笔者认为,还不能简单的将原因归结为“忽视”,事实上是政府现有权力所带来的利益使其缺乏进行制度革新的动力,而这恰恰背离了政府服务社会的基本价值定位。在经济发展过程中,水资源已经是国家建设的战略性经济资源。政府应在保障资源安全的前提下,因地制宜地实施水权流转的市场化,克服行政权力在水资源分配中的寻租行为的出现。这个市场化不仅要求水资源管理部门依法管理的理念,而且应以实现资源的经济效益和社会效益之双赢为根本价值取向,不可因享有权力而肆意滥用。依据西方学者的观点,政府同样也是理性经济人,也有自利性,从中不难理解政府“权力寻租”的存在。我们国家是人民的国家,政府是人民的政府,要求政府的行政切实反映人民的意愿。所以,政府一旦滥用了权力,也就意味着违背了人民的意愿,必须得到纠正。

二

目前我国的水权市场法治化的状况不容乐观,水资源的资源价值难以在现有的体制和制度环境下实现。这与社会主义市场经济发展的规律性要求不适应,与构建水权市场的前瞻性要求也不相符。改变传统的专制化管水模式、搭建水权流转平台,实属当务之急。而要建成符合现代化法治要求的水权市场,急需相关机制的鼎力助推。

(一)强化法治观念

从人治到法治的漫漫变迁、从法治国家命题的提出到实践演进,人们无不在竭力摆脱陈规陋习的束缚,努力追求理性的文明,强调法律至上的权威,遵循“法律是皇帝、而非皇帝是法律”的准则。如马克思所言,法典是人民自由的圣经。法典或法律是法治的静态表现、是治理社会的普遍原则,而法治理念的强化则在动态上结予法治化最本质、最根本的促动。我国是法制主导型的国家,水权制度是由政府供给的,政府法治观念不进行根本的转变,创制出来的不是符合法治要求的法律,也不是保障人民自由的善法。因此,首先要将治水管水的价值取向由权力本位转到权利本位上来,在保证水资源战略安全的前提下激活水权市场,为水资源经济价值的实现培育新的经济增长点,为水权市场的运作保驾护航;二是遵循“中体西用”的原则,立足中国的水资源实际情况,切实制定具有中国地区特色的水权市场化制度,譬如,美国的一些州根据自身水资源丰裕度采取相应的水权制度,他们的立法理念值得我们进行研究和借鉴;三是维护和强化依法行政,真正做到在法律框架内行使职权;四是利用国家普法的大好时

机,强化国民的法治素质,深化依法治水和依法用水,以及建构水权市场的法治文化氛围,最终为建设人水和谐的社会作出积极贡献。

(二)跟进水权制度

考察现行的水资源管理制度发现,水权市场的法治化建设之法制保障严重不足,存在诸多法律缺漏,这就要求法律创制的步伐必须跟上市场经济发展的速度。其一,进一步修订《水法》等水资源基本法律法规,添加建设水权市场所必须的内容,从基本法的法律位阶层面为水权市场提供权威的法治保障。现行《水法》应对水权基本内容从立法上作出新的界定,进而明确承认水权交易的合法性,并规定水权流转的基本规则,同时还需要对水资源管理权和水权交易监控构建新的运行机制。另外国务院2006年修订的《取水许可和水资源费征收管理条例》对取水许可的条件和程序作了进一步明确和规范,增加了水资源费征收、管理和使用等方面的规定。但条例的变动仍不足以适应水权市场法治化的需求,国家管理监控与市场自治分配之间的矛盾依然存在,水权市场的构建缺乏根本的法律支撑。随着水权市场构建中法律供给与权利保护间矛盾的日益深化,对相关法律的修订和创制已愈来愈紧迫了。其二,创设专门的水权纠纷处理程序制度,为水权市场构建提供程序保障。就目前来讲,针对水权管理各自为政的传统格局,有必要在流域间、区域间和国际间建立水权协商机制,以此作为处理和斡旋水权交易纠纷非对抗程序制度;另外,还需要建立水权纠纷解决的诉讼机制,现行行政诉讼法和民事诉讼法应将水权纠纷纳入诉讼程序中来。其三,对现行涉水法律法规中责任追究和监督管理机制进行重新整合,将水权主体的责任与获益一一对应起来,为水权市场法治化的快速发展提供更加易于操作的制衡机制。

在水权市场法治化进程中,必须建立对行政垄断的限制机制,解决权力寻租问题。无数事实证明:权力不受制约必然导致专制和腐败,绝对的权力导致绝对的腐败。政府必须是“有限的政府”,而不可以是“无限的政府”。要有效地解除水权市场法治化中行政垄断桎梏,根本出路在于:一是制定出具有中国特色的反垄断法典。在水权市场建设中,要秉持公共资源管理科学化和市场化的全新理念,正视客观存在的行政垄断,并切实的将之列如即将准备颁行的《反垄断法》中,以基本法来保障水权市场的法治化;二是增设准司法机构。设立具有权威性准司法反垄断主管机构,并赋予其对行政垄断行为发布禁令的权力;三是实施“双罚制”。建立严格的法律责任制度,实行“双罚制”以克服单罚制对一些非法行政规制力度的不足,直接追究水行政管理有关部门和直接责任人的违法、违规责任;四是建立司法审查制度。对水资源管理主体在抽象行政行为 and 具体行政行为中违反根本法的行为给予严格规制;五是创制公益诉讼制度。对现行的三大诉讼法进行科学

谨的法律修订, 或者通过设置行政或民事公益诉讼制度以拓宽水权市场主体维权的救济途径; 六是建构智囊团机制。在水资源专家、法律精英与立法和执法部门之间建构起一个高效的互动平台, 让专家学者们为立法提供有力的学术支撑、对水资源管理主体提供及时、必要的法律资讯, 增强行政行为的公信力, 让水权市场在我国的社会主义市场经济环境中得以健康的构建和高效的运行。

(三) 革新水权经营机制

在经济法视域中, 水权市场法治化体现在宏观和微观两个层面的制度推进。宏观上是指政府的监管调配机制, 包括水资源的基本分配制度、取水许可制度、抗洪防旱调拨机制、以及水利基础设施建设规划等。这些宏观上的水资源调控机制设计都应遵循公益性和战略性原则, 确保水资源的基本分配和分配稳定, 以此作为水权经营革新机制建构的基础平台。微观层面表现水权的流转制度, 包括水权交易、转让、租赁、抵押和赠与制度等。根据市场经济的特征, 需要建构合理和科学的水权流转机制来强化市场主体的自主性和自治性, 规范水权市场运作的竞争性和契约性, 体现水资源的公益性和资源性, 保障水权市场运行的公平性和公正性等。创设该制度的价值取向和功能定位应当考虑以下几个因素, 即迎合公共资源管理的法治趋势, 使水资源的自然属性和社会属性有效结合, 实现综合效益; 遵循市场经济的运作规律, 在发挥水权的经济性权能的同时, 将水权市场运作的“负外部性”影响控制在最小; 促进自然生态环境的全面改善, 保障开源与节流并举, 实现生态经济效益、社会效益、经济效益的“三赢”; 构建持续发展的人水和谐社会, 创造更加灿烂的水文化。以经济法的社会本位为价值取向积极培育社会自治中介组织, 以此在国家与市场之间构建权力与权利冲突的缓冲地带, 发挥行业有效自治功能, 助推水权市场建构以及水权市场法治化进程。

三

水利部在2005年1月11日颁布了《关于水权转让的若干意见》(以下简称《意见》)。尽管《意见》的法律位阶不高, 但该《意见》的出台已经表明政府从政策层面对水权转让给予了充分肯定。从《意见》第十七条规定中可以看出, 政府已经重视水权制度以及水权市场的建设。同时, 水行政主管部门或流域管理机构对水资源管理的垄断地位给予了专门授权, 被授权者在承担重大管水责任的同时也掌控着巨大的资源垄断利益。由于

权力制约存在严重的法律缺位, 以及社会监督不力, 行政主体基于利己考虑, 滥施管理职权, 一定程度上阻碍了公共资源效用的发挥和相应市场的建设。有学者指出, “我国对政府与市场关系的研究是以‘政府失灵’作为逻辑起点而展开的, 试图通过对‘政府失灵’的论证, 来破除我国计划控制经济的坚冰。”在公共性自然资源的配置与管理上, 政府和市场承载着不同的职责、发挥着不同的功能。我国政府行政权力行使边界比较宽泛, 市场经济的运行还在很大程度上倚仗着行政权力的支撑。从改革开放之前的行政专制、发展到改革开放之后的“以政府为主、市场为辅”的主辅结构、再到将来的“市场运作为主、政府宏观调控为辅”体制结构的演进来看, “在我国, 政府与市场关系还基本上是一个‘强政府—弱市场’的模式, 市场的功能还没有充分发挥。政府与市场的博弈展开为政府干预派与市场自由派、政府力量与市场力量之间的‘双重博弈’”。水权市场法治化建设之所以如此缓慢, 主要是政府的强势对市场的弱势施压, 博弈中政府一方违反正义规则, 作为市场运行制度的供结者, 不能合理和科学的提供制度保障。建立政府与市场之间的新型合作伙伴关系, 惟有如此, 才会让双方在理性和公平的前提下对利益进行权衡并加以博弈抉择。在建设法治化国家的伟大方略中, 法治政府的要求就是让政府的角色定位在理性调控者的位置上, 做一个“有所为、有所不为”的有限政府和高效政府, 让市场的功能和作用得到自然释放, 让市场法治化进程得以持续迈进。

总而言之, 在社会主义中国的现行法律体系中, 理念的跟进可以促进制度的创新, 制度的创新或完善归根结底只是一种手段, 目的在于保障水权市场在法治化道路上得以健康的成长、发展和壮大。

【参考文献】

- [1] 李昌麒. 经济法学[M]. 中国政法大学出版社, 1999.
- [2] 种明钊. 竞争法学[M]. 高等教育出版社, 2002.
- [3] 杨崇烜. 经济法[M]. 北京大学出版社/高等教育出版社, 2006.
- [4] 郭广辉, 王利军. 我国所有权制度的变迁与重构[M]. 中国检察出版社, 2005.
- [5] 漆多俊. 中国反垄断立法问题研究[J]. 法学评论, 1997, (4).
- [6] 梁素戔. 水权市场与河北省农用水资源管理研究[A]. 河北农业大学2005年硕士毕业论文, 万方数据库资源系统.
- [7] 黄欣, 周昉. 行政垄断与反垄断立法研究[J]. 中国法学, 2001, (3).
- [8] 于猛. 浙江东阳义乌水权转让: 双赢[N]. 人民日报, 2005-1-10.
- [9] 邹习顶, 邹习峰. 用行政公益诉讼保护水权[J]. 法律适用, 2006, (1).
- [10] 刘祖云. 政府与市场的关系: 双重博弈与伙伴相依[J]. 江海学刊, 2006, (2).

(责任编辑: 徐虹)

Study on legalization of the water right markets in the view of economic law

Meng Fan-chao, Huan Xi-feng, Huan Xi-ding

Abstract: The deletion legalized belief of the water resources administrators and the public constitutes the fundamental obstructions in the water right markets, and so do both the fictitious function of the former social system and the wrong selection of the social value foundation, etc. After probing into these obstructions in the view of economic law, we can make the water right markets more legal by the enforcing the legalization belief, the renovating of water right system and water right running, etc.

Key words: Water Right Markets; Factors of Obstructions; Legalization

不真正连带债务之形态研究

□ 孟繁超 宗慧

(南京航空航天大学法律系 江苏·南京 210016)

摘 要 不真正连带债务的形态可以用数学中的排列组合规律做出系统分类和整理;作为一种特殊的责任形态,其与无意思联络的数人侵权、共同危险行为、第三人侵害债权等既有共性,但又有着显著的区别。本文试图就不真正连带债务在种类和责任形态做些新的尝试性研究,以求教大方。

关键词 不真正连带债务 种类 形态

中图分类号:F235

文献标识码:A

文章编号:1007-3973(2007)08-187-02

不真正连带债务的理论在学界尚有诸多争议,而生活中不真正连带债务则各具形态,给经济活动和立法、司法带来困惑,因此对其进行类型化的研究颇具实用性和前瞻性,尤其是借鉴其他学科的研究方法,进行比较研究更具必要性。

1 不真正连带债务的形态

不真正连带债务的形态,即不真正连带债务的表现形式。学者们大多从“债的发生原因”(从另一种角度而言也可称为“请求权类型”)的角度对不真正连带债务的形态进行了归纳整理,从“三分说”到“八分说”分门别类数十种说法。然而笔者认为大部分的分类方法都存在问题,一是归纳并不全面,二是缺少规律性。

依通说认为债的发生原因一般有六种:违约之债,侵权之债,不当得利之债,无因管理之债,单方允诺之债及缔约过失之债。除此之外,笔者认为还应当将“合同上的损害赔偿之债”和“法定义务不履行之债”纳入视野范围。如上所述,即共有八种债的发生原因,也即八种请求权类型。

笔者以“债的发生原因”这一标准试析如下:

1.1 因相同原因之债权偶然竞合形成的不真正连带债务

数个独立侵权行为的偶然竞合。与共同侵权不同,这种情况一般是数人因为各自的侵权行为使他人遭受同一损害,数侵权人没有任何主观意思联络或者客观行为的牵连,各侵权人均对此负全部责任。例如,两家化工厂均每天向某河流倾倒大量化工废水,水质被严重污染,导致造成水产养殖户的鱼全部死亡。任何一家化工厂的非法排污行为均可能导致这一损害结果,故两家化工厂对非法排污行为的损害赔偿承担不真正连带责任。

数个违约之债的偶然竞合。例如,甲某需要出差数月,担心家中饲养的宠物波斯猫无人照料,便与左邻乙某、右舍丙某分别签订了照料波斯猫的委托合同,乙某和丙某分别基于各自与甲某签订的委托合同承担相应义务。若两人均未能尽责照料波斯猫导致猫被饿死,则两人对甲某构成不真正连带债务。

数个合同上的损害赔偿之债的偶然竞合。例如我国保险法40条规定的“重复保险”行为——“投保人对同一保险标的,同一保险利益,同一保险事故分别向2个以上的保险人订立保险合同的保险”即为典型。受“保险补偿原则”的限制,为了防止投保人获得超额的赔偿,《保险法》第40条第2款对“重复保险”的不真正连带赔偿方式做了修正,分成两类情

况:一种情形是重复保险的保险金额总和等于或者低于保险价值时,《保险法》默示规定各保险人承担按份责任;另一种情形是当重复保险的保险金额总和超过保险价值时,各保险人承担连带责任,但赔偿总额不得超过保险价值。

其他数个相同原因之债权偶然竞合形成的不真正连带债务。如数个缔约上的过失之债的偶然竞合、数个无因管理之债偶然竞合等等构成的不真正连带债务,因并不常见,笔者不再赘叙。

1.2 不同原因之债偶然竞合而形成的不真正连带债务

侵权之债与违约之债的偶然竞合。侵权之债与合同上的损害赔偿之债的偶然竞合。此类案件保险业务中最为常见。例如,甲某为自己新购买的“宝马”车向保险公司投保。投保后不久该车被乙某故意损坏。保险公司因承保而对甲某负赔偿损失的债务,乙某因侵权行为对甲某负赔偿损失的债务。乙某与保险公司构成不真正连带债务。

违约之债与不当得利之债偶然竞合。如甲某和乙某是同楼层的对门邻居。邮政局工作人员上门投递包裹,因粗心大意而将本应投给甲某的特快专递邮政包裹(内有贵重物品)误投给了乙某。乙某喜出望外,就睁一只眼闭一只眼签收了下来。后甲因未能按期收到亲友的包裹向邮局查询,才知道包裹已经被邻居签收。本案中,邮政局与邻居乙某分别基于违约之债与不当得利之债对甲承担不真正连带债务。

违约之债与法定义务不履行之债的偶然竞合。如甲是乙(未成年人)的表舅,常年在海外经商,对乙一向宠爱有加。春节回国期间,他特地与乙就读的某贵族学校约定:由自己负责乙上学期间全部学费。那么,在乙欠交学费的情况下,学校既可以基于合同约定要求甲支付,也可以基于法律规定要求乙的父母(或法定代理人)支付,则甲与乙的父母构成不真正连带债务。再如甲按法律规定对乙负有赡养义务,丙依遗赠扶养协议对乙负扶养义务,甲与丙分别对乙所负义务为不真正连带债务。

违约之债与合同上的损害赔偿之债的偶然竞合。例如,甲将已投保的房屋出租给乙,乙因使用煤气灶不当导致房屋失火,部分房屋被毁损,故保险公司须向甲承担基于保险合同上的损害赔偿之债,而乙须向甲承担违反租赁合同的违约责任。保险公司与乙构成不真正连带债务。

其它数个不同原因所生之债的偶然竞合。如侵权之债与无因管理之债的偶然竞合、侵权之债与缔约过失之债的偶然

竞合、违约之债与缔约上的过失之债偶然竞合、违约之债与无因管理之债的偶然竞合、单方允诺之债与侵权行为之债的偶然竞合等等形成的不真正连带债务。

1.3 不同法域责任的偶然竞合产生的不真正连带债务

1.4 约定的不真正连带债务

私法一向崇尚意思自治,当事人可以在法律允许的范围自由约定事项,法律不得强加干涉。所以不真正连带债务也可以由当事人约定产生。当事人并无必要特别申明以“不真正连带债务”为债务履行方式,只要其约定的债务履行方式符合不真正连带债务的构成要件即可。

2 不真正连带债务与易混责任形态的比较

2.1 不真正连带债务与无意识联络的数人侵权

无意识联络的数人侵权,是指数人行为事先并无共同意思联络,而致同一受害人共同损害。

无意识联络的数人侵权与数个侵权之债偶然竞合构成的不真正连带债务相比,两者客观上均表现为数人侵权,且侵权主体之间没有意思联络,故两者极易混淆。两者的关键区别在于:无意识联络的数人侵权中,数个侵权行为人的行为只有结合在一起才能引起损害结果的发生,每个侵权人的单独行为并不会导致损害结果的发生。所以,数个侵权人是根据过错的大小承担按份责任。而在数个侵权行为的偶然竞合形成的不真正连带债务中,任何一个侵权行为均可单独引起损害结果的发生,故数个侵权人不存在责任分担的问题,均对损害后果负全部责任。

2.2 不真正连带债务与共同危险行为

共同危险行为,又称准共同侵权行为,指的是两人及两人以上共同实施侵害他人权利的危险行为,但对造成的损害结果不能判明谁是加害人的情形。例如,四名少年春节期间在马路燃放鞭炮,将“二踢脚”同时横放在人行道上,同时点燃。其中一枚“二踢脚”飞向人群,将行人甲炸伤。四名少年均不知是谁的鞭炮炸伤了行人,受害人自己也不能证明。四人均实施了燃放鞭炮的行为,四人的行为均具有伤害他人的可能性;损害后果确系燃放鞭炮所导致,但非全体行为人所致;行为与损害结果确有因果关系,又不能证明谁是加害人,于是法律要求各个行为人承担连带责任。

区分共同危险行为的责任承担与数人侵权偶然竞合形成的不真正连带责任是十分必要的。两者在客观上均表现为数人实施侵权行为,但两者又有本质区别:在共同危险行为中,各侵权行为人的行为具有“共同危险性”,每个人都实施了可能引起损害结果的侵权行为,但只有其中一人的行为是导致损害结果的直接原因,因为无法确定究竟谁是加害人,所以各侵权人需承担连带责任。而形成不真正连带债务的数个侵权人的侵权行为不具有“共同危险性”,他们都分别实施了独立的可能导致损害后果的侵权行为,是各自独立的“加害人”,故承担的是不真正连带责任。

2.3 不真正连带债务与第三人侵害债权

第三人侵害债权是20世纪以来合同法和侵权法为保障债权人的利益而相互渗透和融合的产物。通说认为第三人侵害债权是指“债的关系的当事人以外的第三人”故意实施妨害债权实现,使债权人因此遭受财产利益损害,应当承担损害赔偿等民事责任的侵权行为。

一般而言,第三人侵害债权应当具备以下几个构成要件:须有合法债权的存在;行为人必须是债的关系以外的第三人;第三人须出于主观上的故意;第三人的行为须造成债权人的实际损害。

第三人侵害债权是否会导致不真正连带债务?学者们各执一词。“肯定派”认为侵害债权的行为可以发生不真正连带债务,并以“诱引他人违约致使债权受害”为例。“否定派”则认为肯定派的观点其实是将侵害债权的构成要件降低了,以

至于出现他人侵害债权与债务人违约两种责任均得以成立,从而才形成不真正连带债务。

笔者认为第三人侵害债权能否构成不真正连带债务,应当区分不同的情形认定。

第三人直接侵害债权的情形:

(1) 债权标的为特定物

由于特定物具有不可替代性,一旦受到侵犯或被毁损,则债务人无法向债权人清偿。第三人直接侵犯的是债权的标的物,故债务人就“无法清偿”完全没有恶意。若债务人确已尽到小心谨慎、妥善保管之义务,则对债务人应视为意外事件而给予免责,其对债权人不需承担违约责任,而第三人须对债权人单独承担侵权之债。

(2) 债权标的为非特定物

既然是非特定物,则可以替代,故即使受到侵害或者被毁损,也不会对债权有实际的损害,债务人仍然可以履行债务。笔者认为,在此种情况下,第三人不是向债权人,而是向债务人承担侵权责任。

第三人间接侵害债权的情形

“间接侵犯债权”是指第三人通过“恶意引诱行为”作用于债务人,使其违约,从而间接地侵害债权的行为,简言之,即“引诱违约”。此情形以“一物二卖”为典型案例。第三人对侵害债权人的债权存在故意,根据主客观相统一的原则,第三人应当对债权人承担侵权责任;而债务人与债权人“有约在先”,理应遵守诺言,自觉抵制第三人的引诱,但却对第三人的引诱不加拒绝,言而无信,应当对债权人承担违约责任。第三人与债务人各自基于不同的原因对同一债务人负有债务,构成不真正连带债务。

第三人与债务人恶意串通侵害债权的情形:

例如,甲向乙负有到期债务1万元,经甲多次催告仍拖欠至今,却暗地与丙某商量用本应偿还债务的1万元现金共同炒股赚钱,丙表示赞成,两人遂共同购买了某公司的股票。此种情形下,债务人甲与第三人丙具有主观上的共同故意和客观上的共同侵害行为,应当认定为“共同违约”。第三人本来在债的关系之外,无需承担债务,但由于其与债务人的恶意串通构成了共同违约,需要承担连带责任,于是成了债的关系的当事人。此种情形与刑法理论中非身份犯与身份犯通谋行为的罪名认定颇有异曲同工之妙。

综上所述,则第三人侵害债权与不真正连带债务是相互交叉的关系,且只有在第三人间接侵害债权时才发生不真正连带债务。

2.4 不真正连带债务与替代责任

“替代责任”是指雇佣人对受雇人从事职务行为时因侵权行为致使他人遭受损害应当承担赔偿责任,也被称为“雇佣者责任”或者“代负责任”。如《最高人民法院关于人身损害赔偿的司法解释》第9条规定:雇员在从事雇佣活动中致人损害的,雇主应当承担赔偿责任。此即典型的“替代责任”。有一种观点认为替代责任属于不真正连带债务,笔者不敢苟同。以《解释》第9条规定为例与不真正连带债务的构成要素比较:在雇主替代责任中,受害人对雇主和雇员并不享有分别独立的请求权,雇员在雇佣活动(一般过失)中致人损害,对受害人并不负有责任,所以替代责任并非不真正连带债务。笔者认为替代责任是一种法定的独立民事责任。这种责任的特点就是雇主作为债务主体清偿全部债务,而真正的侵权人雇员并不是替代责任的主体,不负有赔偿受害人的义务,肇事纠纷的被告仅为雇主一方。

2.5 不真正连带债务与补充责任

关于“补充责任”,有两种针锋相对的观点。一种观点认为“一般而言,在违反安全保障义务的侵权行为中,违反安

(下转第174页)

朋友,学生要做我的朋友。”如果教师能够把学生当作朋友一样对待,尊重学生的个性与人格尊严,学生也会尊重老师,也会积极主动建立与之和谐的人际关系。

3 和谐的课堂气氛,让教与学产生“和谐共振”

学生是学习和发展的主体。化学必须根据学生身心发展和化学的特点,关注学生的个体差异和不同的学习需求,爱护学生的好奇心、求知欲,充分激发学生的主动意识和进取精神,倡导自主、合作、探究的学习方式。所以在化学教学中坚持倡导“以人为本”的原则,注重培养学生的求异思维和发散思维,让化学学习的过程成为学生发展个性、努力思维、勇于探索、积极表现、和谐发展的过程。

和谐的课堂氛围,能促进孩子智力的发展,知识的掌握和能力的提高。和谐的课堂教学要求教师的“教”和学生的“学”要达到“和谐”、“共振”。也就是说,教师的各种“教”的活动,既要激发学生内在的学习兴趣与愿望,调动起学生主观能动性精神与积极态度,为“学”的活动调整好学生自身内在的学习准备,同时,也为“学”的过程创设良好的外在环境,如必备的学习设施与材料,良好的条件与氛围等。

在高二结业考前的复习阶段,内容的重复、大运动量的习题训练使师生都觉得身心疲惫。我尝试着带领学生在研究中复习巩固已学过的知识。例如设置了这样一个情景:有这样一个化学实验“制取乙炔”。课上,同学们自己动手进行电石与水的反应,试管中的水不断翻滚,发出“嘶嘶”的声响。下

课铃响起,同学们按照要求将反应剩余的电石投入废料桶,反应生成的氢氧化钙倒入水槽里,流入下水道。对此产生了疑问:剩余的电石仍在剧烈地反应着,如何处理?生成的易燃物乙炔何去何从?难溶于水的氢氧化钙可能会使水管堵塞,怎么办?由以上的问题再递推至其他化学实验,便引出了这样的问题:学校化学实验室的废料是如何处理的?应该如何处理呢?根据部分中学学生化学实验废料的处理研究,总结规律,提出相关的建议,让我们身边的环保问题得到较好的解决。同时培养学生“在研究中学习,在学习中研究”的能力,激发学生的主动性,把被动的复习变为主动的复习。在研究的过程中建立良好团队精神,加强合作,鼓励竞争,为学生的多方面素质培养提供舞台。在这样的课堂氛围中学生自然会主动思考哪种方案好?为什么要这样处理?教师组织学生讨论,甚至组织学生到实验室进行实验。学生在讨论一评议一实验验证的和谐轻松氛围中不仅学到了化学基本知识和实验技能,同时也学到了科学的方法,素质得到了提高。

教师要在多种教育教学活动中与学生平等相处,尊重学生的人格和意识,坚持学科育德,以“润物细无声”的方式影响和感染学生,以渊博的知识、完美的教育教学艺术为学生创设良好的学习环境。只有在师生合作融洽的人际氛围熏陶中,学生的身心、才智方可和谐健康的成长和发展。

(上接第 188 页) 全保障义务的一方当事人承担的侵权责任,就是补充责任”并且“侵权行为补充责任就属于不真正连带债务中的一种”。另一种观点则认为“补充责任是指债权人对于补充责任债务人的请求权,只能在其他债务人顺序之后”,而“不真正连带债务的债权人可以同时向数个债务人或者全体债务人请求履行债务”,所以“凡是法律或者司法解释规定为补充责任的债务,均不属于不真正连带债务。”

笔者基本赞同第二种观点中对“补充责任”概念的理解,但对认为“凡是法律或者司法解释规定为补充责任的债务,均不属于不真正连带债务”,笔者略有异议。例如《最高人民法院关于人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第 6 条规定:“因第三人侵权导致损害结果发生的,由实施侵权的第三人承担赔偿责任。安全保障义务人有过错的,应当在其能够防止或者制止损害的范围内承担相应的补充赔偿责任”。笔者认为此情形从法理上分析应当属于不真正连带债务:第三人基于侵权,安全保障义务人基于违反法定义务,两者应当向受害人承担不真正连带责任。司法解释将其规定成“补充赔偿责任”,无疑是赋予了安全保障义务人“先诉抗辩权”,有不合理之嫌。存在类似问题的例子还有不少,如教育部制定的《学生伤害事故处理办法》第 7 条规定:“因第三人侵权导致未成年人遭受人身损害的,应当承担赔偿责任。学校、幼儿园等教育机构有过错的,应当承担相应的补充赔偿责任”等等。所以,笔者认为:补充责任是属于一种顺序在后的过错责任,补充责任人享有对主要责任人的“先诉抗辩权”。承担补充责任需要满足两个要件:一是确有过错存在,二是主要责任人无力完全承担赔偿责任义务。补充责任和不真正连带债务是互不交融的两个概念。我国法律法规及司法解释屡屡将不真正连带债务的承担方式规定成补充责任无疑是不合理的。

参考文献:

- [1] 笔者注:“三分说”者如喻伟泉:《论不真正连带债务》,《浙江省政法管理干部学院学报》,2001 年第 2 期,第 44 页。“四分说”者如孔祥俊:《民商法新问题与判解研究》,人民法院出版社 1996 年版,第 137 页。“五分说”者如张广兴:《债法总论》,法律出版社 1997 年版,第 156 页。“六分说”者如马强:《试论不真正连带债务》,载《判解研究》(2000 年第 1 辑)《最高人民法院《人民司法》编辑部、中国人民大学民商事法律中心主编),人民法院出版社 2000 年版,第 142 页。“七分说”者如邱聪智:《民法债编通则》,台湾三民书局 1991 年版,第 431 页。“八分说”者如史尚宽:《债法总论》,中国政法大学 2000 年版,第 68 页。
- [2] 笔者注:“合同上的损害赔偿之债”特别指保险法中,投保人与保险公司就特定事件发生导致损害而按照实现约定给予赔偿的合同债务。此种债务乃是合同之债的特殊情形,与前述违约之债并无竞合而独立成类。此种提法也较为常见,如马强:《试论不真正连带债务》,载于 <http://www.civillaw.com.cn>;再如李敬从:《论不真正连带债务》,载于《北京大学学报》(2002 年国内访问学者,进修教师论文专刊),第 173 页。
- [3] 王利明、杨立新编著:《侵权行为法》,法律出版社 1996 年版,第 199 页。
- [4] 王利明、杨立新编著:《侵权行为法》,法律出版社 1996 年版,第 192 页。
- [5] 杨立新:《侵权法论》(下册),长春:吉林人民出版社 2000 年版,第 899 页。

经济学视域下水权流转制度之理性分析

文 / 孟繁超 郇习峰

直面日益严重的水资源供需危机,我国亟需对水资源管理体制进行完善。研考美国、澳大利亚等国的成功经验发现,设立由水权分配、水权经营和水权协商建构的水权流转制度成为一种共识。该制度的功能不仅在于调适国家、市场与用水户等不同主体之间的利益博弈,而且还能彰显水资源的公益性和经济性价值。藉此,有必要借助经济学的理论工具对水权流转制度存在的理性展开论证。

必然性的理论支撑

公平与效率均衡理论。水权分配制度是国家运用行政手段或市场手段在不同主体之间进行水权分配的制度安排。公平与效率均衡理论认为,公平和效率作为衡量社会进步的基本纬度,必须围绕共同的社会目标而趋向均衡。水权分配制度设置的目的是促进水资源开发、利用和保护的效率与公平之均衡。现行《水法》规定了在行政主导下的水权分配模式,难以对分配的公平与效率之失衡现状作出适当调适;《取水许可实施办法》禁止水资源的经济性流通,使得水资源的经济价值和资源效用得不到有效实现。随着水资源危机越发制约着国民经济的健康发展,人们意识到现时奉行的“效率优先,兼顾公平”的政策属于“配置效率优先,兼顾分配公平”,已不能适应社会进步对公平的要求,同时也不能通过简单的提升公平之位阶而采取“公平优先,兼顾效率”的政策。明智的作法是借助法律手段对水权分配之公平与效率作出新的制度安排,通过引入市场因素和增设社会中间组织等,对水权初始分配进行制度优化,这是政策革新的应然之选。通过公平保障效率、依据效率促进公平,寻求水资源配置公平与集团经济研究 2007·10 月中旬刊(总第 245 期)

效益的平衡点。水权初始分配之后对水资源进行二次流转,必然产生水权经营。水权经营制度使水资源的经济效用在流转中获得进一步释放,这既是现阶段经济发展对效率的更高要求,也是通过制度手段规范水权经营过程,不至于出现水权人滥用权利和肆意践踏水资源的公益性,以实现社会公平的共同目标。

制度创新理论。制度创新理论展示出一种收益更高的制度对另一种收益较低制度的替代过程,其精髓是制度必须与时俱进。随着国民经济发展对水资源的依赖加大,水事纠纷频繁、污染肆虐、浪费严重。尽管颁布了《水法》、《水利工程供水价格管理办法》等法律法规和水利部水权交易试点文件,搞活水资源之资源效用的力度仍显不足。其一,全国性水权流转大市场尚未建立,水权流转制度供给脱节;其二,水资源之经济价值因取水许可不得转让而受限;其三,水权流转各方的主体资格和潜在获利机会的法律支持缺失,限制了水资源的个人保有。诺斯认为,在经济增长过程中,制度是决定性因素。建构一项能够优化水资源配置现状的水权流转法律制度,正是制度创新的应有之意。首先,对水权分配制度进行优化,能促使政府在水权初始分配中考虑社会中间组织和市场的因素;其次,搭设水权经营平台,通过市场运作方式促使水资源的二次分配,能发挥水资源的更大效用。配套建构水权协商机制,弥补水资源行政分配刚性过度以及缺乏社会第三部门参与之不足。

生态经济理念。生态经济是在社会经济和自然生态的大系统内,在资源投入、企业生产、产品消费及其废弃的全过程中,依托生态型资源的自

身循环来推进经济可持续运行的新型经济。水资源是重要的生态型资源和经济要素。社会经济活动的与日俱增,远远超过了水资源承载能力,危及总体生态经济的健康运行。面对建设生态经济的迫切需求,需要国家遵循法制现代化要求,通过法律手段对水资源进行科学管制。通过水权分配制度的设置,切实保障水资源的初始分配能够建立在实证的指标分析与论证的基础上,遵循流域的生态特质进行分配,在缺水、丰水地区落实水资源初始调配的工程规划与建设,如南水北调工程的建设,实现水资源区域平衡;为防治雨洪灾害而建设大型的水利工程,如长江三峡水利枢纽等,实现水资源生态平衡;通过建立水权经营制度,为拥有富余水资源的权利人提供流通的经营平台,以消减自水权初始分配之后存在的水源性、水质性或经济性水危机所带来的损失。以发展生态经济的理念创新水权分配和水权经营制度,可以有效的保障水资源的可持续发展。

可能性的理论支撑

交易费用理论。交易费用理论是新制度经济学中极富张力的理论框架。其核心理念是制度的作用就是要优化资源配置、提高经济效率和降低交易费用。水权理论自产生和进入研究领域以来,主要是围绕水资源优化配置这个核心展开。在政府行政配置和市场配置之间,利益博弈一直持续。《水法》规定的政府一元管理体制突出行政性主导下的水资源配置机制,所产生的交易费用比较高;同时取水许可不得交易的规定限制了水资源的二次流转,面对新的用水需求,政府须进行取水许可的再次规划和审批,与用水户间的契约相比,增

加了二次行政成本。在水资源供需矛盾加剧的现阶段,政府必须收集尽可能多的水资源供需信息,为水权配置提供科学决策依据,为此政府承担了本可分摊的费用。经济运行规律要求在政府和市场之间作出科学的制度安排,如此,能够合理分摊和减少相关费用。通过水权分配制度优化,能够实现政府的宏观调控功能、保障水资源的公共性资源价值;通过水权经营制度建构,能够实现水资源的经济性资源价值,提高经济效率而降低交易费用,减少整个社会对于水权配置的费用支出;依托水权协商制度配合水权配置,更加节约交易成本。

新型经济增长方式理念。我国正经历水资源的物质性和经济性稀缺的交叉困扰时期,意味着“高耗能、高排放和低效益”的传统经济发展模式理当让位于遵循循环经济理论,即以减量化(reduce)、再利用(reuse)、再循环(recycle)的3R原则为特质的循环经济新模式。该转型催生了水权流转制度,且具有深厚的基础:其一是现实基础,我国北方地区属于水资源物质性稀缺区域,开源节流、构建节水型社会的任务非常迫切;其二是经济动因,在水资源相对充裕的南方,由于经济发展对水资源的需求超过供给水平,出现了经济性稀缺,需要建立由政府宏观调控下的水权市场来配置水资源,缓解供需矛盾;其三是法治需求,水权流转法律制度的创设,能够保障水资源的初始资源分配功能的实现,有效地规范进入经济平台的水资源供给量、消耗量、污染后水资源的排放量以及补给生态圈的回流量等,促使经营者在利益博弈的前提下再次合理地引导和调适水资源的流向,促使水资源从低效益行业流向高效益行业,从高污染行业流向低污染或无污染行业;其四是效益驱动,新型经济增长方式能保障水资源的生态效益、社会效益和经济效益的“三赢”,这也是循环经济理论在水资

源循环领域中能够得以运用的原由所在。

合理性的理论支撑

谈判理论。效率是法律的核心价值之一,而“谈判是实现效率的最佳途径”。该理论认为:自愿合作可以使一项资源从估价低的主体手中转移到估价高的主体手中,从而提高资源的使用效率,优化资源配置,同时也提高了合作双方的福利水平。谈判受到“风险成本、对策成本、监督成本、负外部性”、信息不确定与不对称等内、外部因素的影响。但谈判理论阐明了合作的益处,分析了阻碍合作的交易成本之来源,也指出需要建立相关法律制度来消解这些影响因素。水权经营是拥有水权的主体运用市场机制对水资源进行的收益活动。谈判理论分析的影响因素在水权经营中也普遍存在:1)水权的产权边界没有理清,水权受让方的风险成本会因水资源产权主体的虚位而无法确定;2)水权人的垄断地位明显,加大了水权流转主体的对策成本;3)水权流转双方基于经济人考虑而有选择的披露信息,信息不能充分共享;4)社会监督脆弱,政府管理存在失灵,水权市场产生的“负外部性”有时非常突出,造成监督成本的增加。克服这些因素需要制度的完善。建构专门针对水权分配与经营的水权流转制度,与现行《民法通则》和《合同法》等法律规范配合,从制度上加以规制,以降低水权交易成本、获取更高水资源效益。

水权协商是水权流转之配套制度,其借助社会中间组织的优势,对水权分配与经营中出现的事务,组织磋商、进行协调,最终达致优化水权配置的制度安排。谈判理论鼓励合作双方基于互信进行博弈,并依据制度保障消减成本;在政府指导下创建协商平台,培育协商机制,使各方有效地解决水权分配中产生的争端。“在美国西部关于土著水权的争议中,协商创造了一种有效替代诉讼的方式。

同时,水权协商推动水权经营的供需双方与社会公共利益主体走向利益均衡。

产权理论。产权不是指人与物之间的关系,而是指由物的存在及关于它们的使用所引起的人们之间相互认可的行为关系。马克思主义政治经济学认为,产权的本质是人与人之间在经济活动中形成的关系,它主要表现为财产权利的归属和利用。产权权能的实现受到技术水平的高低、人口压力的轻重和资源稀缺的程度等因素影响。伴随水利科技的快速发展,水资源的开发利用水平得到空前提高、成本随之降低,水权的经济性效用越发明显;而人口膨胀与经济发展造成水资源的供需矛盾,构成物质性、经济性水资源稀缺的主要原因。水情的变化亟需产权实现形态的创新,而水权是产权理论在水资源配置领域的深化,通过对水权流转进行制度安排,促使水资源的所有权、使用权和经营权得以适当分离,最终打破水资源产权国家独有的现状,而允许水资源产权人依据一定程序进行水权流转。其意义不仅在于可以缓解由稀缺造成的水危机,而且可以较为充分地挖掘和发挥水资源的资源价值。由此,产权实现形式的创新不仅体现出理论的合理性,而且具有实践的可行性。美国西部缺水地区存在与市场经济相适应的“可交易水权制度”,将水资源视为非完全的公共资源并引入市场机制对其加以配置。为了实现水权的有限市场化,国内也在积极试点,并取得了积极的成效,如东阳—义乌水权交易,开创了我国水权交易之先河;漳河运用水权理论,解决了用水纠纷和争水矛盾,实现上下游、左右岸的共赢;宁夏和内蒙古沿黄灌区通过灌区与火电等企业之间水权的有偿转让,改变了以往无偿剥夺农民用水权益的做法,充分体现了市场在水资源配置中的调节作用等。实践证明水权流转制度具有存在的合理性(作者单位:南京航空航天大学)

集团经济研究2007·10月中旬刊(总第245期)

城市化进程中房屋拆迁立法价值取向变化研究

孟繁超,王昌敏

(南京航空航天大学 法律系,江苏 南京 210016)

摘 要:新中国成立以来,城市房屋拆迁制度历经变迁,其价值取向经历了从“公平优先”到“效率优先”再到“效率优先,兼顾公平”的变化,这对满足特定历史时期的客观需要起到了一定的作用,但在倡导法治,弘扬民权的现代社会,这些价值取向所带来的弊端已不断显露出来。我国现代城市房屋拆迁应当具有“公平优先,兼顾效率”、“民权优先”、“民生为本”、“克减公权”等法律价值取向和理念,惟此才能对我国城市房屋拆迁立法、行政执法、司法救济等起到前瞻性的指导作用,对依法推进城市化进程和切实维护公民的合法的人身和财产权益发挥应有的价值。

关键词:房屋拆迁;价值取向;公平;民权;民生

中图分类号:F293.31

文献标识码:A

文章编号:1671-2129(2007)04-0052-05

老子云:“安其居,乐其业。”创造易居环境是人类理想,也是人们生活的基本需求。^[1]在全国各地进行的城市化建设热潮中,人居环境和城市面貌正发生着日新月异的变化。但冷静思之,随着一座座旧居夷为平地,一座座高楼拔地而起,城市化带来了矛盾与对抗,冲突与民怨。各地上访、集会等民意表达屡见不鲜,众多纠纷,甚至是流血事件由此引发。即使在2001年11月1日施行新修订的《城市房屋拆迁管理条例》之后,拆迁扰民的现象还是有增无减,花样不断翻新,严重侵犯被拆迁人合法居住权益的行为频频发生。这在建设“和谐社会”、提倡“以人为本”的今天,确实值得我们去慎重思考。目前,学术界对于城市房屋拆迁的研究主要集中在对现行制度的弊端进行剖析,并提出完善立法的建议。本文以1949年以后的中国城市房屋拆迁制度为考察对象,对其进行解读,试图提炼出制度变迁背后的价值取向,对其进行利弊分析,提出现行城市房屋拆迁立法的应然价值取向,以期能为今后城市房屋拆迁的立法、行政执法、司法救济等提供一个有益的参

照。

城市房屋拆迁是指在城市规划区内国有土地上,因城市建设需要拆迁房屋及其附属物,由拆迁人对原房屋及其附属物的所有人或使用人进行补偿和安置的行为。^[2]建国后,我国的城市房屋拆迁制度是随着国家政治、经济体制的改革而发展变化的,在不同的时期作出了不同的政策调整。

建国初期,城市房屋拆迁只是在市政建设和“解危”工程中有所涉及,城市房屋拆迁制度没有相应建立起来。那时的城市建设用地主要是通过没收帝国主义、官僚资本主义和反革命分子等占有的城市房地产,以及赎买改造或者经租民族资本主义工商者、私有房地产业主拥有的城市房地产来解决的。“解危”工程中涉及的私有房地产,一般是政府无偿征收后,通过分配公房来解决住房问题。早在1953

基金项目:江苏省教育厅高校哲学社会科学基金项目(04SJD820012)。

收稿日期:2007-05-16

作者简介:孟繁超(1957-),男,吉林长春人,南京航空航天大学法律系教授,主要研究方向为经济法学、民商法学。

年12月5日政务院颁发的《关于国家建设征用土地办法》就规定:“因国家建设的需要,在城市市区征用土地时,地上的房屋及其附着物等,应按公平合理的代价予以补偿。”1958年1月6日,国务院公布的《国家征用土地办法》也规定:“遇有因征用土地必须拆除房屋的情况,应当在保证原来住户有房屋居住的原则下给房屋所有人相当的房屋,或者按照公平合理的原则发给补偿费。”由此可见,最早的拆迁法律规范依附于征用土地的规范之中,拆迁与征用混为一体,当时不分商业拆迁与公益拆迁,政府主导的城市房屋拆迁都被当作公益拆迁对待。

党的十一届三中全会以后,城市人口迅速增长,人民生活有了很大提高,室内家具陈设增多,人们普遍感觉到住房紧张。其实,住房紧张并非短时期内所形成的,是由于长期忽视城市建设而造成的,这也成为困扰政府的一大难题。通过政府统一实施旧城改造,是这一时期缓解住房紧张的主要途径之一。从此,我国城市建设又出现历史性的转变,基本建设的投资大幅度增加,涉及的拆迁问题越来越多,使原有的规定无法解决实际操作中带来的许多问题。基于此,在国家建设征用土地方面,1982年5月14日,国务院公布施行了《国家建设征用土地条例》;1983年12月17日国务院又发布了《城市私有房屋管理条例》,其中第4条规定:“城市私有房屋因国家建设需要征用拆迁时,建设单位应当给予房屋所有人合理的补偿,并按房屋所在地人民政府的规定对使用人予以妥善安置。被征用拆迁房屋的所有人或使用人应当服从国家建设的需要,按期搬迁,不得借故拖延。”从该条规定可以看出以下两点:第一,建设单位给予的补偿,重在“合理”,可是合理的标准和内涵法规并未规定,比较模糊;第二,拆迁单位要对被拆迁人进行妥善安置,使其有房可居。这样的规定本来可以较好地保障城市公民私有房屋的合法权益。但是,《城市私有房屋管理条例》第4条后半部分的规定使得被征用拆迁房屋的所有人或使用人在强大的公权面前无力去主宰自己房屋的存续命运,为强制拆迁的实施埋下了伏笔。由于国家没有统一的城市房屋拆迁政策,各地政府根据本地实际,相继出台了一系列城市房屋拆迁补偿安置的办法,指导旧城改造工作。当时城市私有房屋的拆迁补偿主要是就近回迁安置,被拆迁户比较配合政府的拆迁工作,拆迁纠纷主要集中在家庭内部的房产分配上。这一时期政府的目标是通过行政的手段提高效

率,加速旧城改造,增加住房供应量。

进入20世纪90年代以后,我国的经济体制改革进入到一个全新的阶段,即社会主义市场经济阶段,政府开始注重考虑市场经济因素,城市房屋拆迁立法力图体现这一要求。制订于1991年3月22日、修改于2001年6月13日的《城市房屋拆迁管理条例》规定,可以采取货币补偿的方式。一些地方为了贯彻落实《城市房屋拆迁管理条例》精神,相继推出了一系列拆迁补偿措施和办法。作为全国拆迁立法较早的城市之一的上海即于1997年4月22日和1997年12月8日发布了《上海市个体工商户营业用房拆迁安置补偿办法》和《上海市危棚简屋改造地块居住房屋拆迁补偿安置试行办法》(以下简称《试行办法》)。尤其是《试行办法》,在补偿形式方面,确立了货币化安置的形式。然而,《城市房屋拆迁管理条例》和地方的拆迁补偿措施和办法中提出的货币补偿方式在商业拆迁中并未明确提出市场化,这不能不说是一种缺憾。

二

建国初期,由于高度集中的计划经济体制,小到国民的吃饭穿衣,大到国家经济建设,政府事无巨细,一概统揽。在这种背景下,政府职能过分扩张,奉行的是“公益无限与国家全能”的理念,政府成了“全能政府”^[3]。与住房的公有制形式相适应,住房一直被当作社会福利的一部分,所有的城市住房都由政府提供,房屋拆迁自然也是由政府包下来,这一时期的房屋拆迁充分体现了“公平优先”的价值取向,被拆迁人也实现了“居者有其屋”。可是,这种高度住房公有化与住房福利政策也带来了弊端:一是使政府财政负担太重。政府每年都必须支付大量的住房投资资金并给予补贴,由于只有投入,没有产出,城市政府很难维护和继续兴建住宅,加剧了居民住房困难;二是限制了其他渠道包括集体、个人对住房的开发建设,导致住房的生产、流通、分配和消费陷入了病态,阻断了住房资金的正常循环,使住房难成为一个久治不愈的痼疾。由此导致了被拆迁人在建国初期普遍住房水平不高,居住面积狭小。我国解放初期,城镇人均居住面积不足4.5平方米。^[4]

党的十一届三中全会后,党和政府将经济建设确定为全国工作的中心,市场机制逐步在经济中发挥作用。在这样的背景下,我国的城市土地利用制

度进行了重大改革,核心内容是对城市土地实行有偿出让,政府借此来追求城市土地的效益最大化,以城市土地资产为主的城市经营资产在全国方兴未艾,与城市土地市场运营以及城市房屋拆迁管理有关的立法,无不彰显了“效率优先”的价值取向,这些都有力促进了城市的改造和整体城市面貌的极大改观。但在“效率优先”的价值取向下,政府法规多以政府利益为中心,许多城市政府提出了“政府经营城市理念”,^[5]努力追求所谓的“政绩”,城市房屋拆迁的规模日益扩大,政府不断以行政命令的方式压低被拆迁人的补偿标准,无偿收回土地使用权,继而高价售给开发商,开发商再以更高的价格出售商品房,城市政府因此获得了大量发展资金,政府与房地产开发商之间形成了一条坚固的利益链条,但房屋拆迁中的被拆迁人却未能按市场经济等价有偿的要求得到公平合理的补偿。许多被拆迁人被无情剥夺了多年积蓄才添置的房屋,有的10平方米的补偿金还买不回1平方米的房产,^[5]让一部分刚过上小康生活的被拆迁人又重新回到了贫困线上,由此而引发的城市房屋拆迁纠纷越来越多,严重影响了社会的安定团结。

在公民权利意识不断觉醒的今天,“效率优先”的房屋拆迁价值取向已凸现出诸多弊端,极大地阻碍了城市化进程的健康、有序、和谐发展。有鉴于此,政府在现行城市房屋拆迁中采取了“效率优先,兼顾公平”的价值取向。这在一定程度上考虑了广大群众的利益,维护了社会的安定团结。然而,综观现行城市房屋拆迁制度运行实践,我们不难发现“效率优先,兼顾公平”的价值取向存在以下特征:

第一,重效率轻公平。现行城市房屋拆迁制度可以说是重效率有过而重公平不足,首先体现在拆迁许可证的颁发上。按照《城市房屋拆迁管理条例》的规定,颁发拆迁许可证的一个必要前提是拆迁人取得拆迁范围内的土地使用权,但是在与被拆迁人签定拆迁补偿安置协议以前,被拆迁房屋范围内的土地的使用权是属于被拆迁人的,其合法的土地使用权应当受法律保护。故要使拆迁人在颁发拆迁许可证以前取得拆迁范围内的土地使用权,逻辑上存在矛盾。其次,《城市房屋拆迁管理条例》突出强调强制拆迁制度,房屋的拆迁权是整个《城市房屋拆迁管理条例》的核心内容。根据《城市房屋拆迁管理条例》第15条、16条和17条的规定,为了保障城市建设的顺利进行,加大对拆迁人的拆迁效率

和工程进度保护,不管是公益拆迁还是商业拆迁,《城市房屋拆迁管理条例》既规定可以“由房屋所在地的市、县人民政府责成有关部门强制拆迁”,还规定“拆迁人可以依法申请人民法院先予执行”,而且“在诉讼期间不停止拆迁的进行”。强制拆迁是公权力干涉私权利的突出表现,其特征就在于它的强制力,一旦取得了被拆迁房屋的拆迁权,不需要被拆迁人同意,即可实行强制拆迁,显然有失公平。在商业拆迁中,强制拆迁是对私人合法财产权的严重践踏。

第二,重义务轻权利。从结构层面上看,任何类型的法都是权利义务的统—。但从价值层面上看,在不同社会形态的法律中,关于权利义务的配置相对于具体的社会主体而言是有区别的。具体言之,就是以权利为主还是以义务为主。在现阶段,我国社会的总体价值定位上还是更侧重于对国家利益、集体利益的保护而轻个人利益的保护,体现在立法上就表现为以权力为本位,强调个人义务,忽视公民权利。这一点在《城市房屋拆迁管理条例》及许多地方性拆迁法规中表现得尤为明显,因为很多规定是关于拆什么和怎么拆的问题,这些都是围绕着行政机关展开,表现得最为活跃的就是行政机关在房屋拆迁中的权力和作用。被拆迁人在拆迁中的义务随处可见,而权利却规定得十分简陋粗劣。

第三,重公权轻私权。房屋拆迁的本质,应当是卖方处分自己土地使用权和房屋所有权的私人行为,或买方基于契约而产生的合同权利,本应与政府无关。但《城市房屋拆迁管理条例》却自始至终地将商业拆迁的民事行为属性混淆为行政行为性质,赋予政府更多的行政权力,启动、控制和影响着拆迁的全过程。从编制城市规划,确定拆迁人,批准拆迁方案,实施拆迁行为,直到拆迁的善后工作,行政权力无不扮演了太多非常重要的角色,直接充当了拆迁人的后台。拆迁人举起政府这把“尚方宝剑”走进每一个谈判现场,因此拆迁协议的签署带有强制性。无论各地政府对于补偿问题和估价问题进行怎样的立法,都没有实行拆迁补偿标准的市场化。被拆迁户与开发商签订的所谓协议,是在推土机之下缔结的“城下之盟”,往往徒具民事协议之名而无平等协商之实。拥有房屋产权的动迁户在这样一种博弈格局下缺乏退出的可能性,甚至他们缺乏事先的知情权,他们完全没有与政府或者开发商谈判的筹码,从而在讨价还价中处于极端不利的地位。^{[6]84}

第四,重政府收益轻被拆迁人利益补偿。近年

来,一些地方政府片面追求 GDP 指标增长,把房屋拆迁当作拉动经济、带动产业发展、增加税收和财政收入的主要手段,只注重被拆迁房屋的商品属性,忽视了其保障属性,使本应惠泽于广大老百姓的城市房屋拆迁变成了一场政府与民争利的竞赛场。随着土地使用权权属的变更和基础设施的逐步完善,土地处于一种动态的增值过程中。在现行房屋拆迁的补偿安置中,政府和开发商往往认为土地增值收益是土地开发所带来的,故不考虑被拆迁人对原住房屋范围内土地使用权的收益,对旧城改造后的土地增值收益往往被政府独自收入囊中。但是一个很重要的事实被他们忽略了,即拆迁不仅使被拆迁人失去房屋本身,更有附着于房屋所在地的各种无形损失,包括生活来源中断,交通、就医、入学不便,生活成本增加等一系列问题,这些都导致了被拆迁人事实上财产利益的减损,进而是生活质量和生存条件的恶化。从公平原则出发,根据被拆迁地块出让价与拆迁补偿价的关系,政府应该用土地增值收益的一部分来补贴拆迁补偿价,使得原居住于此的被拆迁人也能分享区位优势 and 土地用途转换带来的收益。

三

通过对城市房屋拆迁制度的变迁及相关法律法规制度的考察,笔者认为,在现行房屋拆迁法律制度的具体设置与运用上,立法者、执法者、司法者对城市房屋拆迁所应当具有的价值取向都缺乏一种理性的思考,导致对房屋拆迁目的的认识模糊不清,未能从根本上理清房屋拆迁问题上的矛盾和产生这些矛盾的原因,因此也就不能很好地解决房屋拆迁问题。随着社会主义市场经济体制的逐步建立和完善,城市房屋拆迁应坚持这样一些价值取向:

1. 公平优先,兼顾效率

公平与效率的关系是永恒的难题,过多地强调公平会损害效率,对效率的追求又不可避免地产生出各种不公平,如何正确处理好公平与效率之间的矛盾需要特别重视。要准确地对城市房屋拆迁立法中的公平与效率两种价值进行定位,最重要的是要从城市房屋拆迁的历史与现实来进行考察。新中国成立以来城市房屋拆迁的实践证明,单纯强调公平、不顾效率或者强调“效率优先,兼顾公平”的价值取向都会产生问题。所以,我国当前不宜在城市房屋

拆迁中强调“效率优先,兼顾公平”的价值取向,应着重发挥公平价值对城市房屋拆迁市场的引导作用,对侵害被拆迁人合法权益的城市房屋拆迁行为进行有力地矫正。同时,又不能片面强调公平,而忽视效率价值的功能,因为这不符合市场经济的发展规律。

为尽量体现城市房屋拆迁中公平的价值取向,对完全属于民事法律关系范畴的商业拆迁问题,应遵循平等、自愿、有偿的原则,充分保护被拆迁人依法享有的土地使用权,在作价补偿时,应综合考虑土地置换地段所处的区位、价值等因素,以公平的土地评估价来满足被拆迁人的合理要求。这是因为土地使用权具有财产属性,并且随着城市基础设施的逐步完善,土地处于一种动态的增值过程中。对旧城改造后的土地增值收益,根据被拆迁地块出让价与拆迁补偿价的关系,应该可以用土地增值收益的一部分来补贴拆迁补偿价,使区位优势 and 土地用途转换带来的收益能惠泽广大被拆迁人。

在目前城市房屋拆迁立法的价值体系中,应确定公平价值的优先地位,同时兼顾效率价值。通过有效的法律手段制度性地化解利益矛盾的复杂性,使利益主体之间相互作用、相互依存,从而实现社会公平、正义和整体优化。只有这样,才能有效实现城市房屋拆迁市场的良性、有序、健康发展,促进和谐社会建设。

2. 民权优先,以权利为核心

权利与义务是现代法学研究的最基本的范畴,在权利与义务的关系中,权利居于基础与核心的地位,义务只不过是促进和保障权利实现的手段。^[7]在权利本位的法律文化中,应当以对权利的确认、保护和实现为核心平等地配置义务,赋予人们各种政治权利、经济权利、文化权利、社会权利,让人们在享有充分的选择机会和行动自由的同时,能最大限度地释放创造财富的智慧和热情,进而推动社会的文明进步。在城市房屋拆迁立法中,要体现尊重民权的价值取向,主要应从两方面进行设计:一是在城市房屋拆迁立法中要突出对被拆迁人权利的立法规定,加大被拆迁人在城市房屋拆迁中的权利保护力度。立法应围绕被拆迁人权利的保护来进行。二是应当缩减政府权力,将管理城市房屋拆迁市场的基础手段从政府的行政权力为主导变为以市场为主导;在行政权力与被拆迁人权利冲突的场合,强调民权优先。