

贾登勋 主编



环境与

资源保护法论丛



兰州大学出版社
LANZHOU UNIVERSITY PRESS

D922.604/10

:2

2007

环境与资源保护法论丛

(第二辑)

主 编 贾登勋

副主编 刘志坚 俞树毅

兰州大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

环境与资源保护法论丛. 第2辑 / 贾登勋主编. —兰州:
兰州大学出版社, 2007.3
ISBN 978-7-311-02910-4

I. 环... II. 贾... III. ①环境保护法—研究—中国②自
然资源保护法—研究—中国 IV. D922.604

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 042206 号

环境与资源保护法论丛

(第二辑)

贾登勋 主编

兰州大学出版社出版发行

兰州市天水南路 222 号 电话:8912613 邮编:730000

E-mail:press@onbook.com.cn

http://www.onbook.com.cn

兰州大学出版社激光照排中心排版

兰州恒达彩印包装有限责任公司印刷

开本: 787×1092 1/16

印张:14.25

2007 年 3 月第 1 版

2007 年 3 月第 1 次印刷

字数:358 千字

ISBN978-7-311-02910-4

全套定价:140.00 元
(共四册)

(图书若有破损、缺页可随时与本社联系)

目 录

西部雨水集蓄法律问题研究

本栏目主持人:贾登勋

本栏目所有文章属于以下两个基金项目的成果:

国家社科基金“西部干旱地区雨水集蓄利用法律问题研究”项目(06xfx007)成果;

教育部人文社会科学“西部缺水地区雨水资源利用法律问题研究”项目(05JA820012)成果。

雨水集蓄工程及用地的法律研究	曹 鹏	薛 丽(2)
传统法学理论对自然资源法律性质界定的不足	杨言军	陈春帆(7)
西部雨水集蓄的若干法律问题	于 洋	蒲亨莲(10)
集蓄雨水的债权法律制度研究	李林蔚	郭学军(15)
明确界定集蓄雨水法律属性的重大意义	马晶晶	秦 敏(19)
我国水资源问题及缺水概念的界定		鱼丽华(24)
我国西部地区水资源利用现状及问题		张静敏(27)
雨水对西部地区发展影响的历史考察		
——一个案例分析	张 钦	(31)
试论水权制度研究的范畴	耿巧英	张 艳(33)

环境法律制度研究

本栏目主持人:汪振江

排污许可证交易的法律规制	汪振江	袁振甫(40)
环境权与物权之整合	汪振江	吴 钊(46)
环境侵权的民事法律救济	汪振江	谢劳动(52)
环境权界说	汪振江	谢劳动(58)
环境公益诉讼的理论与制度构建	汪振江	辛 静(63)
生态建设效益补偿的探索	汪振江	黄丽立(69)
环境保护公众参与程序和制度化之路径选择	汪振江	沈志远(76)
《无极》剧组在风景名胜区拍片所涉协议的质疑		王雅霖(81)
刍议国外生态补偿的法律实践和经验		张 虹(85)
论我国海洋资源的利用和海洋权益的保护		李 娟(89)

环境法治创新研究

课程目主持人:刘志坚

第一章 生态环境问题产生的根源	(96)
第一节 人类中心主义是思想根源	(96)
第二节 工业文明的发展是社会根源	(103)
第三节 人类的“异化”是主体上的根源	(114)
第四节 对“发展”内涵的误解是认识上的根源	(120)
第二章 环境法理论和制度创新总论	(127)
第一节 环境法制的理论和实践历程	(127)
第二节 传统环境法律观念的创新	(131)
第三章 环境法走向多领域学科的交叉	(142)
第一节 环境法的跨学科多领域交叉性质	(142)
第二节 构建环境保护法律部门的宪法依据——宪法上的环境权	(144)
第三节 资源环境法与民法	(146)
第四节 行政法的生态化趋势	(149)
第五节 资源环境的刑法保护	(154)
第四章 环境法制的国际化合作	(160)
第一节 国际环境合作概述	(160)
第二节 国际环境合作主体	(162)
第三节 国际环境合作的基本原则	(163)
第四节 国际环境合作主要制度评述	(166)
第五节 中国参与国际环境合作	(170)
第五章 环境法具体制度上的创新	(172)
第一节 环境权的基本理论	(172)
第二节 环境侵权救济制度	(175)
第三节 环境影响评价制度	(186)
第四节 生态环境补偿制度	(193)
第五节 政府与环境保护相关制度	(200)
第六节 环境使用权市场流转制度	(203)
参考文献	(221)

西部雨水集蓄法律问题研究

西部雨水集蓄法律问题研究

雨水集蓄工程及用地的法律研究

曹 鹏 薛 丽*

摘要:修建雨水集蓄工程是解决西部地区水资源短缺问题的一个有效途径,但是各级政府在修建过程中,遇到了一些问题。本文通过对雨水集蓄工程现状的介绍,对实际修建过程中产生的一些问题尤其是工程用地的问题进行了法律上的分析,以期能促进雨水集蓄事业健康、有序的发展。

关键词:雨水集蓄工程;工程用地;法律分析

一、雨水集蓄工程及用地的基本概况

1. 雨水集蓄工程

所谓雨水集蓄工程是指在干旱半干旱及其他地区,将规划区内及周围的降雨进行汇集、储存,以便于作为该地区水源加以有效利用的一种微型水利工程。雨水集蓄利用工程系统一般由集雨系统、净化系统、存储系统、输水系统、生活用水系统及田间节水系统等部分组成。^①

雨水集蓄工程的模式根据地形和农田位置的变化也呈现灵活多样的特点。如集雨系统有自然坡面、路面、人工集雨场,西南地区主要依靠天然集流,北方地区采用人工集流场或天然集流场与人工拦截措施相结合;蓄水工程形式北方地区以窖、窑、旱井为主,南方以水池、水窖、塘坝为主。

到1999年底,西北、华北、西南13个省(区)共建各类水窖、水池等小、微型蓄水工程约464万个,总蓄水量约13.5亿立方米。

在甘肃省,雨水集蓄利用工程已建成水泥窖17099眼,占总任务的71%;配套集流场14506处,占总任务的60%;集中供水工程已建成山城乡、耿湾乡两处机井苦咸水淡化工程,其中山城乡机井配套安装了苦咸水淡化设施,并试运行供水。靖远县完成建设任务的50%,其中曹若人饮供水工程开挖管沟96公里,铺设管道38公里;7座蓄水池、8座泵站及前池土建已完成;7处小型集中供水工程已开始水源建设;雨水集蓄利用工程开挖窖坯580眼。会宁县完成建设任务的30%,其中新堡子农村饮水安全供水工程完成水厂及蓄水池工程土石方22000立方米;雨水集蓄利用工程已开挖窖坯1476眼,平整集流场1060处。^②

2. 雨水集蓄工程用地

雨水集蓄工程用地是工程所需用的土地。我国西北属于黄土高原丘陵沟壑区,华北属于

* 作者简介:曹鹏,兰州大学法学院2005级硕士研究生。

薛丽,兰州大学法学院2005级硕士研究生。

干旱缺山丘区,西南属于旱山区,其共同特点就是山区丘陵占该地区的大部分,由于植被少,保水性能差,雨季降水大多白白流走。这种地形地貌不适合修建大型骨干水利工程,但小型和微型的雨水聚集工程有很大发展的空间。这种山地沟壑区水土流失严重,降雨季节和地区分布不均,这恰恰可以利用这种特点发展集水工程,收集和调节雨水水资源,把劣势变优势。

所以,雨水集蓄工程的修建具有一定的地域性特点,其必须和自然条件及生产生活相结合,工程的选址经常要受到一定客观条件的限制。而且由于雨水集蓄工程的修建主体、资金来源以及社会影响力的不同,使得在法律上明确雨水聚集工程的产权归属、工程用地的法律关系越来越具有现实性和重要的意义。

二、雨水集蓄工程

在修建雨水集蓄工程的过程中,资金的来源有以下几个渠道:

第一,政府的补贴或投资,都带有扶贫性质,^③无偿地从财政经费中提供建设所需资金。这些资金包括省扶贫办、省计委、省财政厅、省水利厅以及省级其他部门下达各地专项用于集雨灌溉的各类国家无偿补助资金、省外捐助资金,各有关部门专项用于集雨节灌的其他资金以及市、县、乡各级政府筹集的专项资金。^④这种补贴为了专款专用,往往采取实物补贴的形式。如云南文山州、大理州对每个25立方米的水窖补助1.5吨的水泥;贵州农民每建一个40立方米的水窖可以得到2吨的水泥补助。

第二,农村信用社的小额信贷。农户可以通过小额信贷得到扶持,每户贷款大约在2000元,还款期为1~3年。

第三,村集体以村委会或者村小组的名义集资修建的雨水集聚工程。

第四,农民各户共同出资修建雨水集聚工程,共同经营、共同使用。

第五,农户单独出资修建。

最后,一些地区还鼓励个人通过投资兴建雨水集蓄利用工程进行土地开发。四川省成都市某私营企业主投入20多万兴建雨水集蓄利用工程,在解决旱地浇灌的同时,利用水面搞开发,发展养殖业和“农家乐”观光旅游,既解决了雨水集蓄利用工程所需资金的投入,又促进了地方经济的发展。

雨水集蓄工程根据工程量和公益性的大小,可分为水库、塘坝以及水窖。水库和塘坝一般供应着一个村和多个村,甚至一个乡的生产生活用水,社会影响力较大。而水窖分为家庭生活用水水窖和农业生产用水水窖,用于生活用水的水窖以一家为单位,在每个农户的庭院里建造。而农业生产用水一般修建在田间地头,以一村为单位或者几家农户合资修建。

由于雨水集蓄工程坚持“群众自筹为主,国家补助为辅”的方针,又大力推行“谁投资、谁建设、谁所有、谁管理、谁收益”的政策,所以政府投入资金和实物,再由村民在技术人员的指导下出劳动力修建水窖、水渠和集雨场等蓄水工程时,政府都是免费的扶持,并没有与村民合建的意思表示。又加之水库和塘坝的社会影响力较大,所以其应为集体所有,集体管理,集体收益。村委会或者村小组作为水库和塘坝的所有权人行使使用、收益、管理的权能。

而修建在田间地头的水窖应根据投资人的不同,作相应的区分。在田间的用于生产的水窖,如果是以村集体名义建设的,村集体是该水窖的所有人;如果是村民合资修建的,可以参照《民法通则》第30条“个人合伙是指两个以上公民按照协议,各自提供资金、实物、技术等,合伙经营、共同劳动”;第31条“合伙人应当对出资数额、盈余分配、债务承担、入伙、退伙、合伙终止等事项,订立书面协议”;第32条“合伙人投入的财产,由合伙人统一管理和使用;合伙经营积累的财产,归合伙人共有”;第34条“个人合伙的经营活动,由合伙人共同决定,合伙人有执行

和监督的权利”的规定,定性为一种民事合伙,根据合伙协议或者出资在各合伙人之间分配管理权、收益权,所有权为合伙组织共同所有;如果是以村民个人名义建造的,那么所有权人就是建造人。

如果这种生产性水窖是为了吸引私人投资,投资人是发展水产养殖、经济作物生产而修建,其所有人应为投资人。

修建在农家庭院,为了每户生活用水的水窖,所有人应为每家农户。由农户自行管理和维护。

三、工程用地的法律分析

根据土地管理法的规定,乡(镇)村公共设施、公益事业建设,需要使用土地的,经乡(镇)人民政府审核,向县级以上地方人民政府土地行政主管部门提出申请,按照省、自治区、直辖市规定的批准权限,由县级以上地方人民政府批准;其中,涉及占用农用地的,依照土地管理法第四十四条的规定办理审批手续。

雨水集蓄工程从整体上来看属于农村微小水利工程。工程建设占用的土地,须按土地管理法规办理用地手续。

根据我国民法通则第74条的规定,劳动群众集体组织的财产属于劳动群众集体所有,包括:

- (一)法律规定为集体所有的土地和森林、山岭、草原、荒地、滩涂等;
- (二)集体经济组织的财产;
- (三)集体所有的建筑物、水库、农田水利设施和教育、科学、文化、卫生、体育等设施;
- (四)集体所有的其他财产。

所以农村土地除法律规定归国家所有,或者由国家收归国有的以外,农村土地应为集体所有。而且《民法通则》也规定,集体所有的土地依照法律属于村农民集体所有,由村农业生产合作社等农业集体经济组织或者村民委员会经营、管理。已经属于乡(镇)农民集体经济组织所有的,可以属于乡(镇)农民集体所有。

根据《民法通则》的规定,公民、集体依法对集体所有的或者国家所有由集体使用的土地的承包经营权,受法律保护。承包双方的权利和义务,依照法律由承包合同规定,所以农民享有对农田的土地承包经营权。根据《中华人民共和国土地管理法》第11条的规定,农民集体所有的土地,由县级人民政府登记造册,核发证书,确认所有权。农民集体所有的土地依法用于非农业建设的,由县级人民政府登记造册,核发证书,确认建设用地使用权。

所以,农户对家庭住房的宅基地享有使用权。在庭院里建造的生活用水的水窖,集雨的管道一般也在住家内部,用地的宅基地使用权人和水窖的所有权人是一致的,所以用地的责权关系比较明确。

用于农业生产的水窖,如果水窖是一家所建,建造地点在本家的耕地内,由于用地的土地承包经营权人为水窖的所有权人,这种用地的责权关系也相对简单。

而水库和塘坝由于其工程量相对较大,占地相对较多,所以一般都建在公共土地上。村集体享有水库和塘坝以及用地的所有权。

在工程用地的责权关系中比较复杂的是,如果生产性水窖是集体投资或者多个农户合伙修建的,但因为自然客观条件(比如一家的耕地靠近公路,而公路是一个很好的集雨面)把水窖建在一个农户的耕地中,在取水的过程中势必会影响该耕地的生产经营。

而且如果这个水窖修建在地头,如果地头是公共用地,引水渠也需要通过其他村民的承包

地,或在排水过程中也会引发相邻关系的冲突。^⑤根据法律的规定,相邻权是法定权利,是对权利人的一种限制,即自己权利的行使不得损害相邻他方的权益。所以在取水过程中,相邻双方应当本着有利生产、方便生活的原则而行。

三、各级政府在雨水集蓄工程及用地在法律上的探索

由于雨水集蓄工程在西部干旱半干旱地区有很强的适用性和可行性,所以从中央到地方各级政府都十分重视,很多地方都成立专门的组织机构,具体负责工程的实施。又加大了政策的扶持力度,改革体制,明晰产权。在专项补贴中,开展多干多补、少干少补、先贷后补和先干后补的政策。总结出很多切实可行的经验,在明晰法律关系上也做出了探索。

具体而言:

第一,某地方政府雨水集流工程坚持“水利为社会,社会办水利”的方针,采取“建成后拍卖,分期付款,收回再建,滚动发展”的方针,实行“产权到户,可继承、转让、拍卖”的原则,使该地区的雨水集流工程走上了可持续发展的道路,把雨水集流工程推向了市场。

如水利公司派技术员实地勘测,帮农户选点规划设计,待农户投劳开挖好基础,备好沙、石料后,水利公司方同意先行发放水泥,政府和水利公司全程进行技术上的指导。或者农户和水利公司签订合同的同时,找到相关担保人,由担保人和水利公司签订担保合同,然后水利公司再向农户预支水泥等建筑材料。对于部分无建筑施工技术或缺乏劳动力的农户,由水利公司请专业施工队包工包料建成后,以蓄水量为单位的成本造价转让给农户,或者是建成交付后,按每年蓄水量以每立方米若干元为标准收取水费。^⑥

第二,有的地区有关部门与农户签订建窖协议,按照自愿建窖的原则,执行谁收益、谁投工投劳、谁永久使用的原则,保护农户的积极性,对所建工程由政府颁发产权证,明确所有权、使用权和管理权,鼓励农户利用水窖发展池园经济,开展时鲜果蔬等高附加值的农产品的种植,拓宽农民的经济来源渠道,实现粮增产、钱增收,推动了农村经济的快速发展。

第三,有些地区在工程建设中采取强化目标管理、实行责任制的方法。提出“行政技术”承包责任制,强化有效指挥和技术服务,以保证雨水集聚工程的顺利进行。明确任务目标,落实责任措施:技术服务和经费协调由水利部门负责,逐级签订责任状,一级向一级负责,推行目标管理责任制度。工程技术人员直接和农户签订服务合同,工程质量和完工时间直接和工资奖金挂钩,进一步激发了各方面的积极性。

四、雨水集蓄工程中所存在的问题

集水节灌工程耗资省、见效快,适合在干旱半干旱的西部地区开展,是西部农村地区摆脱缺水的很好的解决之道,也有利于生态环境的改善。但毕竟在探索阶段,其中也存在着一些问题。

第一,缺乏相应专门的有针对性的配套法律法规。

地方各级政府针对本地区的特点,分别出台了相应的地方性规章和政策措施。如,甘肃省出台了《甘肃省集雨灌溉工程建设管理办法》、《甘肃省集雨节灌工程资金使用管理办法》;宁夏回族自治区出台了《宁夏南部山区集雨节灌工程建设管理办法》、《宁夏南部山区集雨节灌工程验收办法》;广西壮族自治区出台了《广西旱地节水灌溉工程奖励投资实施办法》、《广西国家贫困县低头水柜(水池)集雨节灌扶贫工程验收办法》;贵州省出台了《贵州省“渴望工程”验收办法》、《贵州省“渴望工程”实施办法》;陕西省制定了《陕西省集雨节灌工程实施指南》等等。

但集雨工程建设的顺利进行,需要明确所有权关系,而且,一个好的经验在某个地方得到了有效的实施,但这个经验如何加以推广呢?如何将带有地域性、地方特色的好方法加以归纳

和总结,提炼出广泛适用的方法,这需要法律来发挥作用。

所以这一系列的法律问题如果得不到有效的解决,没有专门的法律法规加以调控的话,会不利于雨水集聚工程的广泛开展。

第二,资金投入不足。虽然国家对此非常重视,多方筹措资金加以扶持。但是由于工程的实施地一般为农村地区,很多是贫困地区,农民自筹经费的能力相对较低。如,甘肃省计划发展 100 万个集雨工程,政府按每个工程 300 元来补助,每年政府需要资金是 3 亿元,但每年筹资不足 1 亿元,资金缺口很大。

第三,缺乏技术标准和工程建设规范。雨水节灌工程主要是农户自行修建,政府和水利公司进行相应地指导。但毕竟农户不是专业的施工人员,在建造过程中会出现工程质量和规格参差不齐的情况。这就需要制定统一的技术标准和工程建设规范,保证工程发挥作用。

第四,田间地头的水窖和集雨场的管理不善。据调查总结:农户房前屋后的水窖及配套设施管理明显好于田间地头的水窖和集雨场。房前屋后水窖不仅蓄满了水,窖台窖盖设施完好,集水厂地面平整,没有杂物,而且窖内水质良好;而田间地头的水窖储水不多,有的窖台已破损,沉沙池杂物较多,集雨场有的被雨水冲出沟沟坎坎。

第五,对已建雨水设施的管理缺乏保障措施,而且现有的措施在具体应用中效力的发挥尚待加强。如窖的质量、容量、沉淀池、集雨面、引水渠及整体工程的管护都制定了具体的措施办法,但在实际运用中却遇到了一定的困难。

第六,节灌工程的配套设施不完善。雨水收集后如何经济合理地运用也是必须要考虑的问题。目前集雨工程做得比较多,但田间的节水灌溉的配套措施相对较少,总体不足 10%。

一些地方制定了喷灌工程的奖励机制,包括固定式喷灌和卷盘式喷灌。建设要求是按照水利部《节水灌溉技术规范》实施的,固定式喷灌的奖励标准为国家级贫困县为每亩 250 元,一般县为每亩 200 元;卷盘式喷灌奖励标准为国家级贫困县每亩 200 元,一般县每亩 150 元。这种奖励机制很好地带动了节水灌溉配套工程建设的开展。^⑦

但是这种喷灌的节水工程一般是用于甘蔗等经济作物上,一般作物的灌溉还是舀水点灌,更加节水的滴灌技术也应运用到农作物的灌溉上来。

当然,喷灌和滴灌工程的技术含量高、所需成本大,会给这些技术的推广带来一些困难。但是这些配套措施会使宝贵的雨水最大限度地发挥效力,减少浪费。这就需要一方面积极争取政府政策和资金扶持;一方面工程技术人员大力进行节水灌溉技术的改进与研发,开发出成本小、节水效果好的技术运用于农业生产。

注释

①⑥水利部农村水利司,《雨水集蓄利用技术与实践》,中国水利水电出版社。

②<http://www.gansu.gov.cn/zwywDitail.asp?id=6528>

③⑤田建强,《雨水集蓄利用的法律分析》[A],《甘肃理论学刊》.2005.7(4)

④《甘肃省集雨节灌工程资金使用管理办法》

⑦广西壮族自治区旱地节水灌溉工程建立投资实施办法(试行)

传统法学理论对自然资源法律性质界定的不足

杨言军 陈春帆*

摘要:本文对传统法学理论中有关自然资源法律进行了介绍,并在此基础上对其不足之处进行了分析,进而提出相应的完善建议,希冀能为我国自然资源立法的完善提供借鉴和参考价值。

关键词:物权;自然资源;法律性质

一、传统法学理论对自然资源法律性质界定的不足

罗马法的物权法体系中是以所有权为中心的,它始终注重所有人对权利客体的占有和支配。在罗马人看来,所有权是文明人类组织经济的基础,法律的最重要的目的就在于保护个人的所有权,故对财产权利之归属的界定,是一切法律关系的前提。这种特别强调对物的静态保护,不利于资源的流转利用。毕竟自然资源的存在具有重大的经济和生态价值,只有让其物尽其用,才能更好地发挥它们的作用。尽管认为罗马法片面强调对物的静态保护,而不重视物的利用,这是对罗马法的误解,如果对罗马人设置用益物权制度的初衷或出发点略加考察,就会发现罗马人的目的就是为了解决财产归属与利用之间的冲突,而其中对公地或行省土地的私人享益或用益权,便是罗马人当时用来解决土地归属与土地利用之间矛盾的最成功的范例。^①而且经过罗马法以及受罗马法影响的法国民法典和德国民法典的发展,大陆法系的用益物权制度也已经形成了完善的体系,从而成为近现代物权法的重要组成部分,大陆法系各国早就结束了单独重视物的静态保护,不关注物的动态利用的历史,但只是在强调所有权在物权体系中的中心地位的同时,以用益物权制度来加强并促动财产的利用。而且,所有权与用益物权在法律保护中的地位不同,所有权的永久保护(无期限性)在某种程度上限制了物的利用。英美法系中法律对他物权给予和所有权同等的保护,而不像大陆法系那样对于所有权采取绝对保护。

在罗马法后期,随着“国家法人说”的出现,国家作为一种公共团体开始取得法人的地位,从此确立了国家作为公有物所有人的民事主体地位。由此开始,在对内的民事关系中,国家作为主权者与作为财产所有者和交换者的身份,发生了分离,这种分离,有利于国家与参加民事活动的相对人在交易和诉讼中形成平等地位。但是,在对外的民事关系中,国家财产仍然是国家主权的象征,可以享受豁免权。然而所有权的一个非常重要的特征就是主体的明确性、惟一性,这也正是国家所有权受到最多非难的原因。从国家所有权这个概念来看,不够科学。在法学上,国家在国际法上和国内法上的含义不一样。在国际法上,国家是领土、居民和主权三位一体的结合,是抽象的主权拥有者,国家是“统一”的,其主权是“惟一”的。^②但是在国内法上,国家存在于人们的观念之中。中央人民政府可以代表国家行使行政权力,地方政府也可以代

* 作者简介:杨言军,兰州大学法学院 2005 级硕士研究生。

陈春帆,兰州大学法学院 2005 级硕士研究生。

表国家行使行政权力,各级司法机关也是代表国家行使权力,所以国家只是行使社会管理权的统治机器的总和。

这一点上升到我们国家来说,导致了我国自然资源所有权主体的虚置。我国自然资源由法律规定为国家和集体所有。各级国家机关均可以在国家授权的范围内代表国家行使国家所有权,然而国家才是权利主体,占有国有财产的国家机关、企事业单位、其他组织或个人都不是国家财产所有权的权利主体。从中央到地方的各级政府主管机关对其主管的国有企事业单位的财产,对其管理的国有土地、矿藏、森林、草原、水资源等财产,虽然可以在国家的授权范围内代表国家行使国家所有权,但它们同样不是国有财产的所有人,这正是造成产权不清、责任不明的原因。

二、对自然资源法律性质界定不足的完善

总的来说,在罗马法体系中强调物之归属即所有权,而英美法系注重利用而轻所有。但无论是哪个法系,对于自然资源的利用与保护都有公权力的介入。我国在法律理念上已经沿袭了大陆法系的立法传统,应当继续坚持大陆法系的形式理性,即将法律规范和原则有意识地建立在具有高度逻辑性的抽象思维模式里,使人们能够从预先设定的法律规范和原则的逻辑演绎程序中,得出对具体问题的判断。罗马法包括后来以此为基础而发展起来的整个大陆法系的规范,其系统性以及法律态度都至关重要。因此,在物权立法中,不仅继受大陆法系的法律概念,应该同时接受其法律理念,以便发挥出大陆法系物权法整体效应,这就要求保持大陆法系对物的归属,即所有权的核心地位的重视。但与此同时更重要的是要加强自然资源的用益物权规定。

关于自然资源国家所有权容易导致的产权虚置问题,可以作如下之解决。国家基于公共利益而产生的公共管理权力属于传统“公法”的范畴,而所有权历来都是“私权”的典型代表,尽管随着所有权制度的不断进化和发展,所有权已经突破“私法”的禁锢并越来越多地带上了公法化的色彩,而资源的所有权在这方面表现得尤为突出,但公共管理权力和所有权仍因其代表的理念和价值取向不同依然无法融合和交叉。因此,之所以长期以来资源的国家所有权的实际效果不尽如人意,问题并不是出自权利本身,而在于对权利的定位和行使上与国家的管理职能纠缠不清,互相影响,以至于资源管理和所有权的运作都没有达到预期的效果。所以,要使资源的国家所有权能在经济上真正得以实现,必须把国家对资源的行政管理权和资源的所有权进行剥离,各司其职,各尽其用。^③这样,在明确自然资源作为资产具有使用价值和明确资源的资产属性前提下,真正把所有权落到实处,发挥所有权作为一种私权本应具有的经济上的约束和激励机制的作用。

与此同时,物权的动态流转是发挥物权效用和功能的重要基础。大陆法系各国早就结束了单独重视物的静态保护,不关注物的动态利用的历史,大陆法系的用益物权制度也已经形成了完善的体系,从而成为近现代物权法的重要组成部分。只要我国物权法给用益物权制度应有的地位,强化所有权并不会带来消极的影响。自然资源物权变动是指关于自然资源物权的设立、移转、变更与废止的具体制度。目前我国资源要素市场难以形成,资源利用效率低下正是由于现行资源物权流转制度的严重欠缺所致。对自然资源权利的完全物权化,就必须建立和完善资源物权的变动规则和公示制度。资源物权的变动规则和制度应以传统物权理论为基础,形成以市场机制为导向的资源配置,实现自然资源物权的激励功能。同时,在适当的时候,应该考虑资源物权的权能分离,以实现自然资源效用和功能的最大化。建立和完善资源物权流转制度,要根据自然资源的本质属性和特征,设计适当的资源市场的流通对象和交易方式,并

对交易规则予以确定以加强管理。

三、我国关于自然资源的立法状况

由于我国没有统一的《自然资源法》,《民法典》和《物权法》尚未正式出台,对自然资源的法律性质界定没有明文规定。但在《物权法(草案)》中有如下规定:第51条:矿藏、水流、海域和城市的土地等属于国家所有。第52条:森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源,属于国家所有,但法律规定属于集体所有的除外。第53条:农村和城市郊区的土地、野生动植物资源等,法律规定国家所有的,属于国家所有。第54条:矿藏、水流、海域和国家所有的土地、草原等自然资源,由国务院代表国家行使所有权。^④

这与我国现行相关法律规定是一致的。关于自然资源所有权,我国《宪法》第9条规定:矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源,都属于国家所有,即全民所有;由法律规定属于集体所有的森林和山岭、草原、荒地、滩涂除外。《民法通则》第74条也对自然资源的国家以及集体所有做了规定。此外《土地管理法》、《矿产资源法》、《煤炭法》、《水法》、《森林法》、《草原法》、《渔业法》、《野生动物保护法》等法律以及大量的实施细则和条例也采取了相同的立法方式。由此可见,我国的自然资源所有权只有两种形式,即国家所有和集体所有。

关于自然资源用益物权制度,其形成始于土地使用制度的改革。1982年宪法确认了我国土地所有制形态,即城市的土地属于国家所有,农村和城市郊区的土地除由法律规定属于国家所有的以外,属于集体所有。为确保这种土地公有制的稳固性,宪法第10条第4款规定:任何组织或者个人不得侵占、买卖或者以其他形式非法转让土地。在高度统一的计划经济体制中,土地是作为一种公有公用的自然资源而被当然的无偿使用。因而在土地利用问题上,我国在1986年以前的较长历史时期中,一直实行国有土地无偿的、无期限使用的制度。经济体制改革的深入和对外开放的发展,推进了土地资源财产化的进程。在城市主要是企业承包经营制、租赁经营制、资产经营责任制、土地使用权制度和私营经济、外商投资经济;在农村则主要是实行土地、山林、滩涂等承包责任制。此后,我国的《民法通则》和自然资源行政法还规定了一些与自然资源有关的用益物权类型,主要包括:基地使用权、土地承包经营权、探矿权、采矿权、取水权、捕捞权、养殖权、林权、草原放牧权、驯养繁殖权、狩猎权等等。但总的来讲,我国尚未形成科学系统的自然资源物权制度。

注释

①米健.用益权——解决所有权难题的一个思路.民商法纵论:江平教授七十华诞祝贺文集.中国法制出版社,2000,347

②孙宪忠.我国物权法中所有权体系的应然结构.人大复印资料《民商法学》,2003(2)

③张璐.论自然资源物权.2001年环境资源法国际研讨会论文,239.

④法条引自法制网:《中华人民共和国物权法(草案)》<http://www.legaldaily.com.cn/bm/2005-07/11/content-165668.htm>

西部雨水集蓄的若干法律问题

于 洋 蒲亨莲*

摘要:我国黄土高原地区自古以来就是一个干旱缺水地区,地下水、地表水十分贫乏,劳动人民千百年来创造了一种解决缺水问题的途径——雨水集蓄。虽然国内外都开始重视雨水资源的利用,但是各国对于雨水集蓄问题在法律方面的研究都处于起步阶段,因此研究雨水集蓄的法律问题对于明确雨水的权属、保障人民利益、促进经济社会发展都有重要意义。研究和调查表明,集蓄雨水应该归集蓄者所有,政府部门应该进一步思考如何将现有的相关财政资金综合利用,以此来促进雨水集蓄的发展。

关键词:黄土高原;雨水集蓄;法律问题

一、国内外雨水利用的状况和相关制度

由于雨水的广布性和易于收集性,其必然进入到关注水资源开发利用的国家的视野之中。20世纪80年代以来,发展雨水利用技术的国家中既有发达国家(如日本、澳大利亚、加拿大、美国、德国、瑞士等),也有欠发达的国家和地区(如南亚、东南亚、中东、非洲等地区的国家)。这些国家中有传统的缺水地区(如以色列、埃及、伊朗、巴勒斯坦等),也有降水量高达3200mm的丰水地区,如今雨水利用技术已经遍布于除了南极洲之外的六大洲了。^①

近年来,国外利用雨水已经取得了丰硕的成果和技术经验。水资源奇缺的以色列,雨水资源利用率高达85%以上^②;德国早在1989年就出台了《雨水利用工程设施标准》,现在德国雨水利用技术已经相当成熟;美国加州近年来推行的“水银行”^③制度为解决该州的缺水矛盾已经取得了显著效果。^④在农村利用雨水规模最大的是泰国,20世纪80年代以来开展的“泰缸”(Tajjar)工程,建造了1200多万个2m³的家庭集流水泥水缸,解决了300多万农村人口的吃水问题。澳大利亚在农村及城市郊区的房屋旁,普遍建造了用波纹钢板制作的圆形水仓,收集来自屋顶的雨水。据南澳大利亚的一项抽样问卷调查表明,使用雨水的居民比用城镇集中供水系统的要多。加勒比海地区的雨水也是许多地方居民生活用水的主要来源,百慕大群岛80%以上的居民用水来自雨水收集系统。在非洲肯尼亚的许多地方,联合国开发署和世行的农村供水和卫生项目把雨水存储罐作为项目的一个重要内容。这种技术后来传到博茨瓦纳、纳米比亚、坦桑尼亚等地,带动了非洲雨水集蓄工程的发展。在拉丁美洲的墨西哥和巴西,雨水利用也开展得比较普遍。墨西哥的Chiapas高原有较完善的雨水收集系统,由铝制屋顶、梯形地下水池、过滤池、水泵等组成;巴西东北部靠近赤道的半干旱带Petrobrás地区,在加拿大以及

* 作者简介:于洋,兰州大学法学院2006级国际经济法学硕士研究生。

蒲亨莲,兰州大学法学院2005级国际经济法学硕士研究生。

国际组织的资助下,帮助贫苦居民修建用铁丝网、水泥、预制混凝土板、石灰衬砌和砖砌的储水罐,数量达2000多个。^⑤

下面看一下我国的状况。2006年2月21日,改革开放以来中央第八个一号文件——《中共中央国务院关于推进社会主义新农村建设的若干意见》下发,文件要求要完善强化支农政策,建设现代农业,稳定发展粮食生产,积极调整农业结构,加强基础设施建设,加强农村民主政治建设和精神文明建设,加快社会主义事业发展,推进农村综合改革,促进农民持续增收,确保社会主义新农村建设有良好开局。在这个大背景下,把对西部缺水地区雨水利用的调查研究 and 党中央政府建设社会主义新农村的方针政策结合起来,就显得十分必要和可行。长期以来,党中央和国家都十分关注西部的开发和西部农村的发展,因为这不仅仅是一个经济问题,而且是关乎国家长治久安的政治和社会问题。

早在2001年,水利部就已经颁布了《雨水集蓄利用工程技术规范条文说明》,这给当时尚处于发展完善阶段的雨水集蓄利用工程提供了技术上的标准化操作,为全国缺水地区雨水集蓄工程的规划、设计、资金管理等方面提供了便利。甘肃省为配合国家部门政策的落实也制定了《集雨节灌工程建设管理办法》和《甘肃省集雨节灌工程资金使用管理办法》,这两部规定为地方部门的决策和管理提供了方案。

西部大开发的关键在于促进农村的发展,而农村的发展关键在于水资源的利用问题。考察西部缺水地区的水资源利用现状和存在的问题,在这基础上提出有建设性的建议和办法,将有助于落实国家的法律和政策,逐渐带领该地区农民脱贫致富,实现早日达到全面小康生活的目标。

综上所述,集蓄雨水在我国干旱、半干旱地区的存在日益广泛,并会继续扩大其适用范围。集蓄雨水对于这些地区的人类生存、经济和社会发展以及环境资源保护有着十分重要和不可忽视的作用,集蓄雨水是一种无公害、无污染,具有经济、社会、环境综合效益的新型资源。但是,正是由于这种资源的“新型性”、“地域性”(现在仅局限于自然条件和人文条件较差的干旱和半干旱地区)以及实证材料方面的限制,我国法学界尚未给予应有的关注,相关学术理论观点没有形成,学科体系没有建立,国家政策法规尚付阙如。国际上的研究也没有启动。国内外的学术理论和法制实践将为我们未来的研究提供丰富的理论源泉、价值较高的研究思路和方法。但是,真正的研究工作我们只能借助实践资料的收集和对既成理论的思考来完成。

二、雨水集蓄的法律问题研究有重要意义

雨水集蓄是指利用水窖在雨水集中季节收集雨水,并将所蓄雨水于缺水季节用于生产和生活的一种雨水利用方式。该方法的特点在于:投资少(每个水窖修建费用约700元人民币)、规模小、见效快、收益时间长等特点,凡是雨水季节分布不均、地表径流量少的干旱半干旱地区以及季节性缺水地区,甚至是用水量较大的城市都可以推广适用。现在雨水集蓄工程主要集中在我国西北地区的缺水地区,已经形成一定规模,取得了一定实效。具体而言,每个家庭有一个水窖就能解决人畜饮水问题,有两个水窖就可以开辟一个小菜园,如果再能多建就可以用于经济生产(比如栽培温室蔬菜、鲜花等),效益丰厚,许多农民都因此脱贫致富。雨水集蓄被当地人称为通往小康的“高速公路”。由此可见,雨水集蓄工程对于西北缺水地区的人民而言,是解决饮水、脱贫致富奔小康的捷径,是促进西部特别是西北地区经济发展、环境保护、提高人民生活质量、构建和谐社会的一个最为有效的方法之一。

我国气候的特点之一是“降水时空分布不均,雨热同期”,“江淮梅雨”和“伏旱”是我国降水季节分布不均的代表,从东北、华北到长江流域各地都存在着程度不一的季节性缺水,同时,许

多大中城市也面临缺水危机,许多沿海城市由于地下水位下降、海水倒灌导致地下水品质下降甚至不适合饮用。同时我们以前所作的引水工程如“引滦入津”、“引黄济青”等工程耗资不菲,而且对于被引河流及其流域的环境影响巨大,关键是不能最终解决问题。如果将水窖集水的成熟经验推广到东部季节性缺水地区和缺水城市,那么其经济效益、社会效益和环境生态效益都是十分可观的。同样,对于全球而言,具有“季节性缺水”特征的国家 and 地区也是较为普遍的,我国西部某省区的援外工作之一就是到国外传授水窖集水的经验。因此,集蓄雨水有希望成为 21 世纪的一种无污染、无公害的新型资源。

根据制度经济学的观点,初始权利的配置会影响物利用的经济绩效。从集蓄雨水的特点和实际状况来看,单纯地将之定位为国家所有的“自然资源”有所不妥,而且这种定位会对集蓄雨水的经济绩效产生影响。我们将在前人理论研究的基础上并结合雨水集蓄工程的现实状况对其性质、初始权属状态、权属变动方式及如何实现集蓄雨水利用效益最大化等方面作出研究。同时,我们也将在不增加国家现有的财政负担的前提下,通过优化组合方式来解决西部贫困地区的集雨工程推广问题。通过对这些地区缺水问题的解决,进而解决西部地区的脱贫问题、发展问题、退耕还林、绿化环境等一系列的经济、社会和环境问题,从而为西部人民造福,加快国家相关规划的实现。如果上述努力成功,我们的研究将推广到全国各地缺水地区,甚至向国外推广,这对于改善我国和世界人民的生活质量、保护环境、促进经济发展都具有显著的意义和价值。

三、集蓄雨水的所有权属性

我国现行法律对集蓄雨水的所有权属性虽无明确规定,但是依照现行法律的指导思想去推导,是倾向于将集蓄雨水定位为一般的“自然资源”,或者一般的“水权”客体,但是这两种定位都是不甚妥当的。集蓄雨水不同于一般的自然资源,也不同于地下水和地面径流。从集蓄雨水自身的特点来看,将之定位为“国家所有”,是有理论困境的。

第一,从“可以控制”角度来看,国家不能控制某个地区的降水情况,不能控制某个时空的降水总量、分布和走向。实际中,也不能够控制雨水集蓄者对于水的使用情况。这明显区别于一般的自然资源,对于一般的自然资源,国家对其总量可以适度掌握,而且对于其使用实行国家许可制度(采矿权、林地权、渔业权等)。

第二,从雨水集蓄实际的收集和使用过程来看,国家意志并未参与其中。在没有雨水收集的情况下,雨水降落在地面,然后经过地表径流、直接蒸发和地下渗透三个过程重新回到海洋;在有雨水收集的情况下,雨水首先被储藏起来,一段时间后被收集者使用,然后经过同样的三个途径回归海洋。从这两个途径来看,雨水的集蓄和使用,并没有对国家利益构成某种程度的损害或者损失。但是,人们对其他自然资源如矿产、森林甚至是地下水和河川水流的利用都会对给资源总量带来明显影响。

第三,从经济效益的分析来看,如果把实际上应该归社会成员个人所有的财产规定为集体或者国家所有,其结果必然影响对该财产的利用和其经济价值的实现。

第四,如果将集蓄雨水规定为“国家所有”,则势必对集蓄雨水的利用也要实行类似“行政许可”的制度,但是设定这样的制度对集蓄雨水利用进行规制既无意义也无必要。如果不设定类似制度,那么“国家所有”又不能很好体现。

第五,从权利义务责任相统一的原则来看。国家不应该将雨水规定为“国家所有”。从财产权角度来讲,财产所有者对财产享有法定权利,同时应该承担由其财产所造成的侵害行为。如果国家是雨水的所有权人,那么国家就应该承担因降水造成的自然灾害的损失,这一点显然