

主 编 贾登勋
副主编 刘志坚
俞树毅



环境与

资源保护法论丛



兰州大学出版社
LANZHOU UNIVERSITY PRESS

环境与资源保护法论丛

(第四辑)

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4辑 / 贾登勋主编. —兰州:
兰州大学出版社, 2008.1

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(2008)第 015866 号

(第四辑)

贾登勋 主编

贾登勋 型志欣 编主稿

-
- | | |
|------|---|
| 书 名 | 环境与资源保护法论丛(第四辑) |
| 主 编 | 贾登勋 |
| 出版发行 | 兰州大学出版社 (地址:兰州市天水南路 222 号 730000) |
| 电 话 | 0931-8912613(总编办公室) 0931-8617156(营销中心)
0931-8914298(读者服务部) |
| 网 址 | http://www.onbook.com.cn |
| 电子信箱 | press@onbook.com.cn |
| 印 刷 | 兰州德辉印刷有限责任公司 |
| 开 本 | 787×1092 1/16 |
| 印 张 | 15.75 |
| 字 数 | 400 千字 |
| 版 次 | 2008 年 2 月第 1 版 |
| 印 次 | 2008 年 2 月第 1 次印刷 |
| 书 号 | ISBN 978-7-311-02910-4 |
| 全套定价 | 140.00 元(共四册) |
-

(图书若有破损、缺页、掉页可随时与本社联系)

目 录

水资源配置及水权

本栏目为“兰州大学创新创业计划”项目

浅析水票、水权及其相互关系	贾登勋 薛玉洁(2)
民国水权论	
——以民国《水利法》第三章为中心	迟方旭 尹彦芳(7)
水权交易论	
——甘肃张掖黑河部分灌区的具体操作模式	魏钰邦(12)
我国内陆河流域水资源配置及相关措施的法律困惑	
——以石羊河流域为例	许栋梁(19)
论石羊河流域水资源配置及流域治理的法律问题	谢静静等(34)
透过民勤县水资源治理看石羊河流域综合治理的实施	张庆宇 刘利卫(52)
内陆河流域水资源合理配置的法律路径	
——准市场化水权流转机制的建立	朱宁芳(58)
对完善我国水权利司法救济的思考	徐海燕(66)
水资源使用权的私法介入	李小宇(74)

雨水集蓄

本栏目系兰州大学法学院“西部干旱地区雨水集蓄利用法律问题研究”项目成果

论雨水集蓄利用在社会主义新农村建设中的意义和作用	张治忠(80)
干旱地区雨水集蓄机遇下的环境伦理教育	尉靖靖(88)
西北地区雨水集蓄利用合作社理论探讨	张 艳(91)
刍议西北干旱缺水地区集雨场用地的所有权特性	张 颖 徐 鹏(95)
刍议西北干旱缺水地区集雨场用地产生的相邻关系	徐 鹏 张 颖(100)
住宅区分所有权与城市集蓄雨水利用	李林蔚(108)
雨水集蓄解决西部缺水地区农村卫生问题探讨	耿巧英(112)
关于雨水集蓄工程灌溉设施法律保护的两点设想	张静敏(116)
关于西部雨水集蓄法律主体运行机制探索	陈春帆(120)

生态环境保护

石羊河流域水资源及生态环境现状调研报告	郇延华 苏军生(126)
石羊河流域环境资源地方立法分析	郇延华 康中奎(146)

浅析水票、水权及其相互关系

贾登勋 薛玉洁*

摘要:水权是国内水利界、经济界以及法学界近年来广泛关注的一个热点问题。本文首先从水票展开,然后从水权的概念出发,论述了水权的私权性、财产性和准用益物权性,最后简单讨论水票和水权的关系问题。

关键词:水票;水权;性质;关系

一、水票概述

“水票”这个词也许对您来说还是个新词,这的确跟我们进入甘肃张掖之前的感觉是一样的,但是进入张掖之后这个陌生的名词逐渐变得不再陌生。

“你有钱也不可能直接买到水,但如果你能买到水票,就肯定能用上水。”张掖市甘州区乌江镇谢家湾村刘文书这样首次向我们提到水票,这就是他对水票的最直接的理解。随后我们在张掖市水务局及临泽县水务局见到了所谓的水票,它们与平日人们所常见的票据类似,淡绿色的票面上除印有票据名称和票号外,还有面额、水价及各相关部门公章等信息。目前,灌溉水票有10方、20方、50方、101方、500方5种面额。在这里我们又相继得到了一些官方的解释,据相关人士介绍,他们眼中的水票其实就是对水资源进行合理配置的机制保证。即便是这样,我们仍然不是很清楚水票在法律上的意义。

那么在法律上讲,水票应该如何界定呢?笔者认为它应该是农业灌溉中使用的一种凭证,它将抽象的水资源具体化为形象的“水存折”,农民可以使用不同面额的水票来灵活兑换支取一定数量的水资源,使一些原本“当家只知柴米贵,不知滴水贵如油”的农民如今得像支配自家存款一样悉心支配有限的水资源,最终达到强化其节水观念的目的。至于它到底是什么凭证我们暂且放下,说到这里我们不得不先说一下水权。

二、水权及其性质探究

(一)什么是水权

对于什么是水权,学术界目前尚未达成共识,比较各种关于水权的定义,其争议和焦点之处在于水权是否包含了水资源所有权。如一种观点认为,水权就是水资源所有权和各种用水权利与义务的行为准则和规则,它通常包括水资源所有权、开发使用权、经营权以及与水有关的其他权益。^①水利部部长汪恕诚也持这种观点。他曾指出:“什么是水权?最简单的说法是水资源所有权和使用权。”可以说这种观点有一定的代表性。另一种观点则持相反意见。

* 作者简介:贾登勋,男,兰州大学法学院副院长,教授,硕士研究生导师。

薛玉洁,女,兰州大学法学院2006级民商法专业研究生。

以崔建远教授为代表的部分学者认为,水权即为依法对于地面水和地下水取得使用或收益的权利。此定义包含两层含义:第一,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。故此,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。^②还有一种观点认为,水权概念有广义、狭义之分。广义的水权概念是水资源所有权、使用权、水产品与服务经营权等与水资源有关的一组权利的总称。即与第一种观点相近。狭义的水权概念又分为两种对立的观点。一种认为是不包括水资源所有权在内的水资源使用权、收益权等权利。另一种则认为水权即为水资源所有权的简称,认为对水的占有、使用、收益和处分只是水资源所有权的内容,不应成为与所有权并列的权利。

在这里,笔者赞同第二种观点,即水权仅指依法律规定或合同约定对地面水和地下水享有使用或收益的权利,包括汲水权、引水权、蓄水权、排水权、航运水权等组成的权利束,而不应该包括水资源所有权。

究其原因,首先,笔者认为在法治社会我们必须做到依法治国,而依法治国的核心内容之一又是有法可依,有法必依。根据《中华人民共和国宪法》第9条之规定:水流属于国家所有,即全民所有,这里的水流指的就是水资源,所以在我国水资源的所有权归国家所有是无可置疑的。另《中华人民共和国水法》第3条规定:“水资源属于国家所有,水资源的所有权由国务院代表国家行使。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会集体经济组织使用。”该法第6条规定:“国家鼓励单位和个人依法开发、利用水资源,并保护其合法权益。”从中可以看出,这两类权利是相互独立的,其主体、取得方式及权利范围等都相异,且根据《中华人民共和国民法通则》第81条规定:“国家所有的矿藏、水流,国家所有的林地、山岭、平原、荒山、滩涂不得买卖、出租、抵押或者以其他形式转让。”一般认为,水资源及其所有权是不得转让和交易的,而水资源使用权则可以转让。我们平常研究和探讨“水权交易”、“水市场”等问题,显然仅指水资源使用权。

其次,从水权制度产生的目的和动因看。水资源作为法律禁止流通物归属国家所有,但同时,国家不可能以所有人的身份去实际使用水资源,因此只能通过让渡水资源的使用权来实现水资源的效用和价值。这便是水权制度产生的动因。国家在基于社会和公共利益保留水资源所有权的情况下移转其中的使用、收益等权利从而解决所有和利用的矛盾,于是就产生了设立水权制度的需要。否则,只设置水资源所有权就行了。

第三,将水资源所有权与水权相分离更有利于发挥水权的制度功能。所有人通过设立水权取得相应代价,非所有人通过取得水权享有对水资源的使用和收益,从而解决水资源不能流通的问题。水权成为独立的可以流转的财产权,可以在市场主体之间进行交换,也可以依法作为抵押、入股、出租的标的,这样就有利于通过市场机制实现水资源的优化配置。

最后,世界各国学说也都是主张水权不含有水资源所有权的。在美国西部,大多数水法都宣称公有权存在于水资源之上,采用“先占原则”分配用水权,用水人从州的水资源管理部门获得许可证时,该用水权就是水权。在日本,水权被认为是利用水的权利,而非对水享有所有权。我国台湾水利法规定,水权是依法对于地面水或地下水取得使用或收益的权利(第15条),可归团体公司或人民取得,而水资源所有权则只归国家享有(第2条)。可见水权不含有水资源所有权已成各国通说。^③

况且,在实践中,在水资源所有权之外设置水权,并将它作为与水资源所有权并存的制度,已经成为现代许多国家变革水法制度、优化资源配置、实现水资源多元价值的首选方案。^④

（二）水权的性质

在了解了什么是水权之后,我们应该给水权的性质给出一个明确的界定。

首先,水权是特殊的私权,而不是公权。

公权是指权利主体行使权利的目的直接与国家生活有关的权利;而私权是指权利主体行使权利的目的并非直接与国家生活有关,而是直接与私人生活有关的权利。从政治国家的角度上讲,水权是满足国家优化配置水资源需要的经济手段。从市民社会的角度上讲,水权是满足民事主体对水资源使用需求的法律手段。在公益需求和私益需求两者中,水权直接满足的是私益需求,间接满足的是公益需求。也可以说在满足私益需求的同时,也满足了公益需求。虽然在水权的取得上公权干预的色彩浓厚,但这可以看做是所有权人让渡和监督使用权的行使。就如同国家或集体作为土地的所有权人出让土地使用权需要土地管理部门许可,以及农村土地承包经营权中,承包人转让土地承包权也需要发包人同意等。不能因为需要行政许可而否定水权的私权性,即水权作为私权的本质并没有改变。此外,从水权的主体和内容来看,国家作为水资源所有权主体以公共利益为目的行使权利时具有公法性质,但根据前文所分析,已将水资源所有权排除在水权之外,也就是说在水权仅指从水资源所有权中派生和分离出的水资源使用权或收益权的情况下,水权的主体是单位和个人,即为一般民事主体。水权是为了非所有人自己的利益而需要使用水资源时,划分他与所有权和其他人之间利益才设置的制度,所以说水权是特殊的私权,也可以表述为水权是带有公权性质的私权。

其次,水权是财产权,而不是非财产权。

财产权是指可以与权利人格、身份相分离,而具有财产价值的权利;而非财产权是指与权利主体人格、身份不可分离的权利。水权虽具有财产价值,但是与权利主体的人格、身份没有必然的联系。并且水权具有流转性,可以在不同民事主体间转让,这也是建立水市场的条件之一。^⑤

第三,水权是物权,而不是债权。

2007年10月1日施行的《中华人民共和国物权法》第二条规定,本法所称的物权,是指权利人依法对特定的物享有直接支配和排他的权利,包括所有权、用益物权和担保物权。而债权是指请求他人为一定的行为而得到生活上权益的权利。水权作为水资源所有权的派生权利,同水资源所有权一样具有对世性、支配性、追及性的物权特性,而不具有对人性、请求性、非追及性的债权特性。同时,众所周知物权又分为自物权和他物权,如前所述,水权不包含水资源所有权,所以水权属于他物权的范畴,此处不再赘述。

最后,水权是特殊的用益物权,而不是一般的用益物权。

用益物权是指非所有人对他人之物所享有的占有、使用、收益的排他性权利。与之相对应的是担保物权,它是指以确保债务之清偿为目的而于债务人或第三人之特定物或权利上所设定的一种定限物权。水权的权利目的是满足民事主体对水资源的占有、使用、收益的需求,而不是用以满足确保债务的清偿,所以水权属于用益物权的范畴是毋庸置疑的。虽然属于用益物权,但是较之一般的用益物权,水权又具有其许多特性。譬如说:其一,作为水权客体的水资源本身属于动产,属于消费物,而一般的用益物权的客体属于不动产,属于非消费物,这就导致了水权必然在权利内容等方面与一般的用益物权存在明显差异。其二,水权在占有权能方面具有特殊性。传统用益物权要求占有客体从而对其使用,但在水权的一组权利中,航运水权、竹木流放水权含有占有权能,否则权利人将无法驾船航行或流放竹木,而汲水权、引水权等则不含有占有权能。因此,水权作为并不都以实际占有特定水为要素的权利不但与一般用益物

权相异,也与渔业权等其他准物权相区别。其三,水权不具有传统用益物权的排他性。传统用益物权具有排他性,而水权正是由于前文所述不都以占有为必要,因此可以在特定区域的水资源之上同时存在数个水权,至于数个水权人之间的利益冲突,则是通过优先权加以协调,即先取得水权者优先以用益目的而用水,待其获得满足后,后取得水权者才可用水。当然,若从宽看待优先权与排他性之间的关系,则这种优先权中,后序位的水权人不得越位以确保在先的水权实现也体现了排他性特点。其四,水权在一物一权方面表现较弱。由于部分形态的水权不含有占有权能,不具有排他性,可在其客体上同时设立多个水权,因此难以奉行一物一权主义。其五,在对效益的要求上与传统用益物权不同。传统用益物权产生后,无论权利人是否行使,都依然存在,除非该物权因他人依取得时效取得或者因违反社会公益或禁止性规定而被取缔。而水权则不同,在美国一些地方的水权制度中,采用先占原则的同时规定了水权人不利用水资源到达一定期间,将丧失水权,这符合对有限资源的合理利用的要求,我国建立水权制度应借鉴这一做法。最后,如笔者前文所述,水权的私权性质带有公权色彩,这也与传统用益物相相异。^⑥

综上所述,笔者认为水权的性质有四方面的体现,即水权是特殊的私权,而不是公权;水权是财产权,而不是非财产权;水权是物权,而不是债权;水权是特殊的用益物权,而不是一般的用益物权。水权在权利体系中的地位可以表述为:私权→财产权→物权→他物权→用益物权→特殊的用益物权。

三、浅析水票与水权的关系

在前两个问题中我们先后分别讨论了水票和水权的相关问题,既然知道了什么是水票,也知道了水权的性质,那么我们再看一下它们二者有没有什么联系,以及是不是对应关系的呢?我们在张掖市甘州区乌江镇谢家湾调研时有位村民曾说过这样一句话,让笔者记忆犹新,他说:“我的水票比钱还值钱。”笔者认为他这样说意味着水票代表了水权,或者说水权能否获得完全依赖于水票的有无。

具体而言,手持水票的农民可以获得哪些权利呢?

首先,关于水权的用益物权方面。

崔建远教授就认为“水资源使用权”根据水权行使的形态可进一步具体化为:“汲水权、引水权、蓄水权、排水权等。”

所谓汲水权,又称抽水权,是指用水人借助一定设施抽取地下水取得的权利;引水权,指用水人利用分水渠等输水系统引水取得的权利。根据我国《水法》第2条第2款:“水资源,包括地表水和地下水”,可见,所谓汲水权和引水权都是从水资源中分离水而取得的权利。两者只是分离水的技术手段不同而已,并无本质区别。

蓄水权,是指在地表或地下修建水库等蓄水池,以存蓄水的权利。修建蓄水设施的主体可以包括:国家、农村集体经济组织或其成员、法人、个人。国家作为水资源的所有人修建蓄水设施,行使其所有权自不待言。农村集体经济组织修建水库(蓄水设施)应当经过水行政主管部门的批准,并对其修建的水库中的水当然地享有使用权。集体经济组织成员、法人、个人经水行政主管部门批准均可以修建水库,但要使用水库中的水还必须申请取水许可。

排水权,是指用水人为了方便排泄流矾或积存于地表或地下的足以造成危害或可供循环利用的水的权利。水权制度的设定是为了解决水资源短缺问题,提高水资源的利用效率。不可否认,当排水的目的是为了稀释与输送废物时,排水将导致水资源的质量下降,相对地会加剧水资源的短缺。

另外有的学者主张水权还包含“航运水权”、“竹木流放权”。由于这不是当今主流思想,笔者在此也不再细述。

其次,关于水权的环境权方面。

如果将环境权界定为一种私权的话,通过明确个人的水环境权,可以调动公众保护水环境的积极性从而保护水资源、维护水环境质量。从这一角度来看,“水权包含水环境权”的观点也不失为一种具有启发性的见解。但目前关于环境权的主体、客体和内容等问题,即使在学术研究层面也远未形成统一的认识,环境权的法定化则是更为遥远的事情。就此而言,认为水权包括水环境权只会使水权问题复杂化。

所以至此笔者可以断言,当您拥有水票的时候,您同时就拥有了诸如汲水权、引水权、蓄水权、排水权、航运水权甚至还有环境权等权利,所以农民可以自豪地说:“我的水票比钱还值钱。”

参考文献

1. 冯尚友. 水资源持续利用与管理导论. 北京: 科学出版社, 2000. 189
2. 裴丽萍. 水权制度初论. 中国法学, 2001(2)
3. 丁渠. 浅议水权的性质与特征. 水利发展研究, 2005(9)
4. 陆益龙. 流动产权的界定. 北京: 中国人民大学出版社, 2004
5. 李雪松. 水资源制度研究. 武汉: 武汉大学出版社, 2006
6. 常云昆. 黄河断流与黄河水权制度研究. 北京: 中国社会科学出版社, 2001

注释

- ①冯尚友. 水资源持续利用与管理导论. 北京: 科学出版社, 2000(189)
- ②裴丽萍. 水权制度初论. 中国法学, 2001(2)
- ③ <http://www.studa.net/minfa/060928/09553741-2.html>
- ④裴丽萍. 水权制度初论. 中国法学, 2001(2)
- ⑤丁渠. 浅议水权的性质与特征. 水利发展研究, 2005(9)
- ⑥ <http://www.studa.net/minfa/060928/09553741-2.html>

民国水权论

——以民国《水利法》第三章为中心

迟方旭 尹彦芳*

摘要:目前中国的水权制度表现出一种很强的开放性态势,不同的论者完全可以以不同的立场并沿循各自的思路得出不同的认知与结论。但很多的争论实际上只是瓶子中的水是半满还是半空的问题,对于制度减少和实际运用并没有太大的帮助。基于此应当拓宽理论思维,深入到历史中去汲取新的制度养料,而民国时期立法者所贡献的智慧不应被遗忘。民国时期以《水利法》为核心的水权制度建设初步地形成了系统化的局面,对于我们今天的水权制度建设具有重要的参考价值。

关键词:中华民国;水利法;水权

无论是作为概念还是制度,水权在法学领域都表现出了一种高昂的开放性姿态。不同的论者完全可以根据不同的立场,并沿循各自的思路得出不同的认知与结论。至于这些认知和结论,发达的检索系统与便捷的信息渠道足以提供完整而又全面的展现。但其中的部分争论并无增加制度建设和实际运用的效果,还有些争论之间只是瓶子中的水是半满还是半空的问题。但将中国现行的法律制度——当然也包括目前正在热烈探讨的水权制度——纳入到更广泛、更深远、更历史视野中时,尤其是当我们不停地借鉴法治发达国家的成功经验时,我国本身历史上的既有的立法可能因此会被遗忘。更令人担忧的是,由于历史的,也由于意识形态的原因,民国作为一个特有的、政治意蕴上被强烈给予否定的时代,其所贡献过的立法智慧也会被刻意地否定和故意地忽略。

但历史上的存在始终还是一种存在,无论今天的人们如何判断和处理,它在历史上划过的痕迹还是会真实地存在着。借助这种存在,对于今天法律制度和法理体系的完善必将有所助益。本文需要考察的就是民国时期^①水权理论和水权制度的基本特征,以此为参照,反观眼下的学术探讨,寻找一条有益的思考方向。

一、基本概说

民国时期,时局动荡,战乱频仍。但水事立法事业以及其他水权制度建设并非绝对停滞,仍在一定程度下得到相应的发展。

(一)水权立法现出雏形

如1942(民国三十一年)年7月国民政府公布并于1943年(民国三十二年)4月1日起施

* 项目来源:2007年度甘肃省社科规划项目“石羊河流域水权制度建设实证性法律研究”。

作者简介:迟方旭,男,1978年生,兰州大学法学院助教,主要从事自然资源法学研究;

尹彦芳,女,1977年生,兰州大学法学院助理研究员,主要从事民商法学研究。

行的《水利法》，该法扮演和发挥了水资源基本法的角色和作用。该法第九章“附则”中第70条规定：“本法实行细则又行政院定之。”故国民政府行政院于1943年3月22日公布了《水利法施行细则》，该《细则》于同年4月1日起施行，并在次年进行修正。该《细则》为贯彻执行《水利法》设计了更为具体翔实的制度规则。重要的是，该《细则》第31条规定：“中央主管机关为划分水权登记程序，得制定水权登记规则。”根据该条的规定，1943年7月19日经过民国政府行政院的核准，行政院水利委员会公布并施行了《水权登记规则》。在恰好大约1年的时间里，民国的水资源立法在《水利法》、《水利法实施细则》和《水权登记规则》三个规范性法律效力文件的层面上展开，奠定了水权立法和水资源立法的基本格局，形成了水资源法律体系的基本面貌，这对今天水资源立法的基本形态的影响是显而易见的。

（二）水政机构基本健全

水政机构是否成熟当然可以直接地反映出水权制度建设的层次和水平。民国时期的水政机构表现出多层次、调整快的特点。所谓多层次民国时期水政机关是指在中央与地方、行政管辖和流域管辖等三个角度上的设置：民国水政机关大体可以分为中央水利机关、流域水利机关、地方水利机关和民间管理机构四个部分构成。民国初期，中央水利机关纷繁复杂、政出多门，直到1934年国民政府先后颁布了《统一水利行政及事业办法纲要》和《统一水利行政事业进行办法》后，才将国家的水政统一到中央。如《纲要》第1条规定：“中央设水利总机关，主办全国水利行政事宜。”当然，地方水利机构随同国家级水政机构的建立也随之比较规范地建立起来了。民国时期还在各重要流域设立流域管理机构进行水权和水资源管理，如先后在淮河流域、黄河流域、长江流域、太湖、运河、华北区域、珠江流域、湘鄂湖区域和海河流域设立或计划设立流域管理机构。

（三）民间习惯角色重要

就民国时期的水资源法的法律渊源来看，包括成文法和习惯（法）^②两部分。其中的成文法又主要是由国家制定的法律和地方政府制定的法律规章两部分组合而成的；习惯（法）是指广泛、普遍存在于水事实践中的民间习惯。民间习惯角色重要的原因大致如下：其一，民国时期，政局动荡，各地战事不断，国家立法和地方立法未臻完善，出现了大量缺乏法律调整的空白领域；于是产生对民间习惯（法）的强烈需求；其二，我国素有依赖民间习惯（法）治水的历史传统，并形成了一些长期沿用的历史上既存的做法，如有些地区对于水权的划分形成了水册制度，民间组织和民间人士协助官府管理水利工程等。其三，法律允许习惯（法）的存在，为习惯（法）的发展运用预留较大的空间，民国的《民法》和《水利法》都明文确立了习惯（法）的法律渊源地位，为习惯（法）发挥调整水权关系的作用奠定了基础。

二、水权概说

不难看出，民国水权制度与水权理论外在表现出基本成型、较为成熟的特征。但如若细致考察民国的水权制度，会发现其内部的具体设计也是相当精巧的，很值得今天的立法从中汲取有价值的制度养料。

（一）水权的定义

与我国现行制度形成鲜明对比的是，民国水利法对水权给予了法律上的界定，如《水利法》第13条规定：“本法所称水权，谓依法对于地面水或地下水取得使用或收益之权。”从定义中能够初步形成的对民国水权的认识如下：第一，在民国时期，水权是法律概念，并非仅是提供给大家学术讨论的理论术语。第二，水权的概念之中并未包含水资源的所有权。第三，水权实质为一种准物权，即第13条中所谓的“取得使用或收益之权”。第四，《水利法》第3章篇名即为“水

权”,在法律能够系统性地规定水权时选择了法律文本结构上的便利和依据,本文也是以该章为出发点和写作中心的。

(二)水权的主体

所谓水权的主体,即能够以自己的名义按照法律的规定享有水权并承担相应的义务的自然人或其他组织。按照《水利法》第14条的规定应为“团体公司”和“人民”,可见水权主体范围之广,可谓凡有用水需要者皆可成为水权之主体。但以后的《水利法实施细则》第8条又对水权的主体范围大大地作出了限定,即“非中华民国国籍之人民,除家用外不得取得水权,但经政府特许者不在此限”,不具有中华民国国籍的人除家用外,欲要取得水权必须得到政府的特别许可,此举使水权蒙上了国家主权的浓烈色彩。

(三)水权的客体

依照《水利法》第13条的水权描述,即水权是依法对于地面水或地下水取得使用或收益之权,可知水权的客体应为地面水和地下水。至于“地面水”和“地下水”的具体含义又在《水利法实施细则》中给予了更为具体的解答,如第2条规定“水利法所称地面水,系指流动或停滞于地面之水。所称地下水,系指流动或停滞于地下之水”。以水的存在位置为基础,以地表为标准,将水权的客体即水分成了地面水和地表水两部分。根据物理空间特性的分类,优势在于尊重地面水和地下水不同的特点,便于设置不同的法律规则。

但为了法律制度设计上的便利,有时对水的客体的分类难免受到立法者对法律进行技术处理的影响。如为了确定用水顺序,有必要以水的用途为标准对水权客体进行分类,如分为家用及公共给水、农田用水、工业用水、水运用水、其他用途水等。

(四)水权的内容

参照《水利法》第13条的相关规定,得知水权的表面内容并非难事,即水权的内容是“取得使用或收益之权。”但问题在于如何准确理解和合理梳理“取得使用或收益”中各个语词之间的逻辑关系。有两个选择:要么“取得”的对象是“使用或收益”,要么“取得”、“使用”与“收益”三者之间出于并列的地位。第一个选择意味着水权实质上是一种“取得权”,或者说以“取得权”为核心特征;第二个选择代表着水权包含着三种不同的权利项:取得权、使用权和收益权。笔者倾向于作出第一种选择,理由大致如下:第一,基本的语法常识,“取得使用或收益之权”中“取得”的对象为“使用之权”或“收益之权”,“取得”与“使用”之间并无顿号出现,不应作出第二种选择和理解。第二,清晰的语义分析,第二种选择的基础是“取得”、“使用”和“收益”之间存在并列、平等的关系与地位,而实际上,“取得”乃“得到”之意、“使用”是“为某种目的服务”的意思、“收益”就是获取利益,三者之间存在逻辑交叉,并非并列关系。

可见,水权的内容是取得对地面水和地下水的使用之权或收益之权。

三、水权制度

(一)水权登记制度

1. 登记的法律效力。民国时期水权并不能当然取得,设立有登记取得制度。根据《水利法》第24条的规定,水权非经登记不发生法律效力。同样地,水权的设定、移转、变更或消灭也必须依照法律的规定进行登记,否则不发生法律效力。可见,水权的取得原则上实行登记生效主义。但仍然存在两项例外:第一,免于用水登记的情形:家用;在私有土地内挖塘,或凿井汲水;用人力、兽力或其他简易方法引水三种情形(《水利法》第38条)。第二,水源地井、沟、渠及其他水流地所有人,自由使用其水者,视为取得水权(《水利法试行细则》第9条)。

2. 登记的主管机关。根据《水权登记规则》的有关规定,水权登记的主管机关为所在地的

县政府。“但水源经流在两县以上者,应向省政府为之。在两省以上者,应向行政院水利委员会为之”(《水权登记规则》第2条)。

3. 登记的基本程序。结合上述诸项法律法规规章的规定,水权登记的基本程序是:申请、审查复勘、公告(或驳回)。尤其值得一提的是,民国时期针对水权登记制度还设置了异议救济程序,即公告后,法律上的利害关系人应当在60日内向主管机关提出异议,并一并提交异议的理由和证据(《水利法》第33条)。对于利害关系人提出的异议,主管机关应当给予审查决定,必要的时候应当组织评议委员会进行评定(《水利法施行细则》的第27条)。同时,如果登记机关认为异议的理由充分,应当派出工作人员会同水权登记申请人复勘(《水权登记规则》第8条),以确保在异议程序中能够查清事实,作出正确合理的决定。

4. 登记的费用支出。1943年11月2日行政院核准了《水权登记费征收办法》,行政院水利委员会于同月22日公布了该《办法》。该《办法》对于水权登记的费用支出情况全面地结合了《水利法》、《水利法施行细则》、《水权登记规则》中的相关规定,比较精细地设计了登记费用制度,严厉地制约行政机关滥用行政权力的行为。

(二)水权顺序制度

1. 基本顺序。按照《水利法》第15条的规定,用水的顺序如下:家用及公共给水、农田用水、工业用水、水运和其他用途。

2. 变更顺序。基本顺序并非一成不变,主管机关可以根据不同的情势需求,按照规定的权限和程序作出变更后的顺序安排。如对于基本顺序,“省市主管机关对于某一水道得酌量地方情形,呈请中央主管机关核准变更之”(《水利法》第15条第2款)。“水源之水量不敷家用及公共给水,并无法另得水源时,主管机关得停止或撤销第一顺序以外之水权,或加以使用上之限制”(《水利法》第17前段)。通过变更顺序的制度安排,可以有效保证生活用水和公共用水得到优先满足。更值得借鉴的是,民国水权制度还确立了政府在撤销和变更水权方面的补偿责任,即“水权人因前项停止或撤销或限制,受有重大损害时,主管机关得按情形酌予补偿”(《水利法》第17条后段)。

(三)水权优先权制度

所谓水权优先权制度,根据笔者自身的理解,在行使已登记水权过程中,因水源的水量出现不足现象时,确定各水权行使的先后次序的制度。当已经登记的水权因为水量不足发生争执时,先取得水权的权利人享有优先权,可以次序在先地行使水权。同时取得水权的,按照水权证书载明的数量按比例进行分配,或者轮流行使水权,具体的办法由主管机关来确定(《水利法》第18条)。

(四)临时使用权制度

主管机关可以根据水文监测的情报数据资料,在确认该区域一定时期内水源水量足以满足各水权人用水需要并有剩余的情况下,可以准许其他人在该期限内取得临时使用权。如果发生水源水量突然不足的情况,主管机关可以停止该临时使用权(《水利法》第19条)。

(五)水权存续时效制度

水资源于国计民生具有重大影响,并在一定时空条件下具有一定程度的稀缺性,故必须借助法律制度上的具体设计,规制滥用水权的行为,民国水权制度相应地也设立了水权存续的时效制度。“水权取得后,继续不使用逾两年者,经主管机关审查决定公告后,即丧失其水权,并撤销其水权状。但经主管机关核准保留者不在此限”。

参考文献

1. 中华民国水利法. 1942 年 7 月 7 日公布. 1943 年 4 月 1 日生效
2. 中华民国水利法施行细则. 1943 年 3 月 22 日公布. 1944 年 9 月 16 日生效
3. 中华民国水权登记规则. 1943 年 6 月 23 日公布. 1943 年 7 月 19 日生效
4. 中华民国水权登记费征收办法. 1943 年 11 月 22 日公布并生效
5. 顾浩. 中国治水史鉴. 北京: 中国水利水电出版社, 1997 年
6. 才惠莲. 中国水权制度的历史特点及其启示. 湖北社会科学, 2004
7. 王继和. 我国古代水法的历史沿革. 水利天地, 2002

注释

① 这里的民国，自然是在断代史的角度而言的，是指始于1912终于1949年的中华民国时期。

②按大多数学者的解释,民国《民法》中所谓的习惯,实际是指“习惯法”。故本文中才有“习惯(法)”的用法。

水权交易论

——甘肃张掖黑河部分灌区的具体操作模式

魏钰邦*

摘要:水权交易作为一个新鲜的名词,近年被学界广泛使用。水权交易究竟是一项什么样的制度,笔者通过对张掖地区黑河部分灌区的水权交易的实践进行考察与调研,对该地区的水权交易的具体操作模式进行了阐释。该地区由于其自身的特殊条件,水权交易在实践当中表现出许多特殊之处。本文首先从明确水权等基本概念入手,进而阐释了水权交易的原则、范围、前提和条件、运行程序、交易方式等问题,最后对水权交易与水价、水权交易与公众参与做了简单论述。

关键词:水权;水权交易;水权证;水票

在社会、经济高速发展的今天,水资源变得越来越短缺,水事矛盾不断凸现。如何解决这些问题已成为一项十分紧迫的任务。甘肃张掖作为西北内陆城市,在水资源的利用方面矛盾与纠纷更为突出,2002年水利部确定张掖市为全国第一个节水型社会试点,经过四年多的建设与实践,张掖市在水资源的配置、利用、节约、保护、管理等方面取得了显著的成效,有效地促进了水权制度的建设。本文以该地区黑河沿岸部分灌区的水权交易实践为考察对象,分析研究了水权交易的具体操作模式,以期为干旱缺水地区进行这方面的建设与实践提供一点自己的愚见。

一、几个需要明确的概念

(一)水权

何谓水权(water right)?《中华人民共和国水法》(以下简称《水法》下同)对此没有给予明确定义。目前,理论界对此尚未形成共识,存在许多分歧。其中代表性的观点有以下两种:第一种观点认为,水权是权利人依法对地表水(surface water)和地下水(ground water)使用、收益的权利。^①持同样观点且具有代表性的还有,水权是水资源的非所有人依照法律的规定或者合同的约定所享有的对水资源的使用权或收益权,水权并非指对地下水或地表水资源的所有权。^②另一种观点认为,水权是指在水资源稀缺条件下,人们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),其最终可以归纳为水资源的所有权、经营权和使用权。^③原水利部部长汪恕诚说:“什么是水权?最简单的说法是水资源的所有权和使用权。”对比分析上述两种观点,不难发现分歧的焦点关键在于水权当中是否应当包括水资源所有权。

笔者认为,第一种观点更为合理、科学。按照现代各国水法的一般规定,水权即为依法对

* 作者简介:魏钰邦,男,甘肃景泰人,兰州大学法学院2007级民商法专业硕士研究生,从事民法基本理论的学习与研究