

Studies on Regional Legal System 区域法制研究

贾登勋 主编

区

域

法

制

研

究

第一辑

- 干旱区水权制度与节水型社会建设
- 区域法制建设里程回顾
- 国家法与民间法
- 区域经济法制
- “三农”法制
- 民族法制
- 司法制度建设



兰州大学出版社

区域法制研究

(第一辑)

主 编 贾登勋

兰州大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

区域法制研究. 第1辑/贾登勋主编. —兰州:兰州大学出版社, 2009. 11

ISBN 978-7-311-03506-8

I. ①区… II. ①贾… III. ①地方法规—研究—中国
IV. ①D927

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 215038 号

策划编辑 锁晓梅

责任编辑 李 文

封面设计 管军伟

书 名 区域法制研究(第一辑)
作 者 贾登勋 主编
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 12.5
字 数 315 千
版 次 2009 年 12 月第 1 版
印 次 2009 年 12 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978-7-311-03506-8
总 定 价 46.80 元(共两辑)

(图书若有破损、缺页、掉页可随时与本社联系)

目 录

干旱区水权制度与节水型社会建设

- 论我国内陆河水资源配置制度的构建 贾登勳 许栋梁(2)
- 刍议节水型社会法律制度体系的完善 迟方旭 尹彦芳(11)
- 生态环境用水在水权制度建设中的地位与作用 魏钰邦(15)

区域法制建设里程回顾

- 地方立法六十年回顾与反思 闫建刚 李海彦(20)
- 我国农村法治建设六十年回顾 孙晓奇(25)
- 建国六十年来民族地区法制建设状况回顾 司颖雪(30)

国家法与民间法

论国家制定法和藏族习惯法的融合与对接

- 以法律多元主义为视角 贾登勳 朱宁芳(36)
- 西部地区民间法的价值保存与法制建设的特殊性调适 王雷 石忠军(42)
- 浅析民间法的法理依据和社会基础 张朝霞(46)
- 在“便民用法”中推进区域法治建设
- 谈民事习惯在农村法治建设中的重要性 王海玲(52)
- 关于农村社会中民间法与国家法冲突的理性思考
- 以甘肃省陇西县为例 张鹏飞(57)
- 试论习惯法在我国刑法理论及实践中的地位 马伟(63)
- 浅析回族习惯法在我国现代法治中的价值 周冰(71)

区域经济法制

- 建立西部区域经济法制协调发展机制的构想 刘新宇(79)
- 西部开发视域下的区域法制建设 何璇(83)
- 浅议甘肃省企业专利保护的现状及发展 马振华(87)
- 关于甘肃省农产品法律保护
- 以山东省农产品法律保护为例 于康(92)
- 浅谈甘肃省发展循环经济的法律对策 刘春燕(99)
- 山西经济发展与环境法制建设初探 申强 段锋(104)
- 兰州市经济适用房商业化运作初探 薄海深(109)
- 浅析西部区域行政法治制度 刘玥辉(113)

三农法制

西部地区自然资源开发中对农民耕地的补偿问题及对策

——以甘肃庆阳地区石油开发为例 郭侃 张朝霞(119)

农村农业土地使用权和收益权分离的制度化探索

——以行唐县为例研究农民土地物权经济效益的最大化 闫建刚(125)

庆阳市新农村居民点工程所面临问题的法律解析 孙晓奇(132)

关于农产品地理标志保护问题的思考

——以陇西的中药材为例 张鹏飞(138)

新型农村合作医疗制度实施过程中存在的问题及建议

——以甘肃省泾川县三十铺村为例 张晓慧 杨金良(144)

我国农村留守儿童的合法权益保护对策

——以甘肃省为例 李圣丹(148)

农村墙体广告引起的法律思考 周慧琴(155)

民族法制

浅析如何完善我国民族区域法制建设 李庆 刘向阳(162)

浅议民族地区法律监督 程翠苓(167)

我国散居少数民族权益保障的法制建设 兰宏(170)

我国西部地区毒品犯罪问题分析研究 王俊祥(175)

司法制度建设

西部基层法院人才流失现状及解决对策 何文 强唐生(179)

关于西部律师个人开业问题的探讨 王京武 杜靛 冯思涵(183)

绩效管理在基层检察院建设中的作用新探索 吴静 李青(187)

从法律援助的地方立法来看区域法制建设 侯静(192)

干旱区水权制度与节水型社会建设

论我国内陆河流域 水资源配置制度的构建

贾登勋 许栋梁*

摘要:水资源配置的目的是为了协调水资源各项服务功能之间的关系。内陆河流域水资源配置有其自身的复杂性和特殊性。长期以来,各内陆河流域在经济利益的驱使下对水资源所实施的粗放式和掠夺式的开发利用,造成了水资源配置严重失衡、生态急剧恶化等严重后果,因此,必须构建合理的内陆河流域水资源配置制度,明确内陆河流域水资源配置的原则、主体及其权利义务,并建立配套机制,从而更有效地改变内陆河流域水资源配置的不合理现状,建立起有条不紊的水资源利用秩序。

关键词:内陆河流域 水资源配置制度 构建 水权

俯瞰地球,人们往往会产生一种错觉——人类有足够的水资源可以利用,大可不必为用水问题而感到苦恼,但事实恰恰相反,世界上大多数国家都面临不同程度的缺水问题,水资源已经成为人类最为匮乏的资源之一。把范围缩小到一些远离海洋的内陆河流域和干旱地区,水资源短缺更是成了影响这些地区生存发展的首要因素。水资源的这种稀缺性,决定了人类必须按照合理的方式对水资源进行配置,否则就无法维持人类正常的生存秩序。

水资源配置,简言之,就是将一定范围内的水资源在各用水地区和用水部门之间进行分配,其本质就是按照自然规律和经济规律对流域水循环及其影响水循环的自然与社会诸因素进行整体调整,以达到人与人、人与自然相和谐。^①而内陆河流域的水资源配置却有其自身的特殊性和复杂性。我国内陆河流域多分布于西部干旱地区,相对于外流河流域而言,内陆河流域有以下特点:第一,内陆河流域水资源较为匮乏,地表径流量较小,流域内降水量少,且蒸发量普遍大于降水量;第二,内陆河流季节性明显,枯水期断流现象较多;第三,内陆河流域经济结构多以农业为主,且生产方式较为粗放,极易造成水资源滥采滥用。第四,内陆河流域绝大多数地区经济比较落后。这些特点决定了内陆河流域很难使水资源在各行业、各地区之间实现合理分配,加之水资源配置制度的缺位,人们在过去的很长时间对内陆河流域的水资源实施着掠夺式的开发利用,使得我国各内陆河流域不同程度地呈现出水资源配置的失衡状态,中上游争抢下游用水、工业用水争抢农业用水、农业用水挤占生态用水等现象十分严重,最终导致一些地区生态恶化。在自然和历史因素的双重作用下,内陆河流域的水资源配置成了一个非

* 作者简介:贾登勋(1954—),男,甘肃永靖人,兰州大学法学院教授、副院长,研究方向:民商法、环境资源法学。

许栋梁(1979—),男,甘肃民勤人,甘肃省人民检察院助理检察员,法学硕士,研究方向:民商法、环境资源法学。

常棘手的问题,如不加以解决,不但会阻碍内陆河流域自身的发展,而且会影响到整个社会的和谐。我们认为,必须首先构建合理的内陆河流域水资源配置制度,明确内陆河流域水资源配置的原则、主体及其权利义务,并建立相关的机制,才能更有效地改变内陆河流域水资源配置的不合理现状,建立起有条不紊的水资源利用秩序。

一、我国内陆河流域水资源配置的原则

在经济、社会活动领域,公平和效率价值的博弈经久不衰,也正是在这个历史过程中,两者由绝对对立逐渐走向相互渗透,公平被赋予了效率的内容,而效率本身又体现了公平。但二者毕竟代表了不同的价值追求,因而在不同领域就有不同侧重。在国民收入分配领域,初次分配是各种生产要素在分配结果上的体现,为了鼓励人们积极投入生产、勤劳致富,自然应坚持“效率优先”的原则。再次分配是通过经济、政治手段对初次分配予以调节,以缩小收入差距,那么理所应当以公平为目标。

在水资源分配领域,按照配置阶段、主体的不同,也可以将水资源配置分为初始配置和再次配置。由于水资源属于国家所有,水资源配置自然是由国家向每一个基于生存、发展的需要提出用水申请的个体分配水资源开始的,此谓水资源的初始配置。与收入分配刚好相反,在水资源初始配置阶段首先要保证分配上的公平,这是对主体平等法律地位的尊重,也是消除或者减少用水矛盾的必然要求。当然,为了使有限的水资源产生最大的经济效益,在保障公平的前提下,又需要兼顾效益,尽量将水资源向使用效率高的行业分配。在公民、组织取得水资源使用权或者说水权后,由于节水技术、用水需求等原因,产生了水权的供方和需方市场,水权因之在不同的主体之间流转,此即水资源的再次配置。在此过程中需要坚持效率优先原则,更多地考虑生产发展和经济增长等因素,但也要防止分配结果过分悬殊,造成社会的不稳定,导致效率的最终丧失。^②在内陆河流域,由于水资源严重短缺和生态恶化等不利因素的存在,水资源配置的公平、效率原则又有不同的体现。

(一)水资源初始配置的原则

1. 生活基本用水、生态环境用水优先。这项原则的基本内涵可以通过我国《水法》第21条来阐明:“开发、利用水资源,应当首先满足城乡居民生活用水,并兼顾农业、工业、生态环境用水以及航运等需要。在干旱和半干旱地区开发、利用水资源,应当充分考虑生态环境用水需要。”其实这项原则在1992年联合国环境与发展会议通过的《21世纪议程》中就已经提出:在开发和利用水资源时,必须优先满足人类基本需要和保护生态系统。生活基本用水优先原则是说一旦基本生活用水与工农业用水等发生冲突,在不能同时满足的情况下,应优先保障生活基本用水。其根源在于“生存权是人类首要人权”^③的普遍共识,其目的是为了协调人的基本生存权与经济发展的关系,防止一些地区片面追求经济规模的扩大而忽略人们的生存权,从这个意义上讲,该原则是公平或正义原则的体现。需要说明的是,生活基本用水的范围只能是维持人的生命、健康以及满足基本生活需要的水资源,不包括人们更高层次的用水需求。生态环境用水优先原则是基于目前人类所面临的生态问题,尤其是干旱地区、内陆河流域生态恶化的现状而提出的。由于生态破坏给内陆河流域的生存、发展造成了巨大影响,人们逐渐认识到了生态保护的价值,只有优先保证生态用水,才能使生态系统逐渐走向平衡。这里享有优先权的生态环境用水仅指基本生态用水,例如预防植被破坏、土地荒漠化,维持一定程度的生物多样性等所必需的水资源,不包括在此基础上用以优化环境和生态结构的水资源,因为在内陆河流域,匮乏的水资源根本无法承载如此之多的服务功能,对生态用水优先的范围也只能做最低限度的解释。

还有一个问题是,如果生活基本用水与生态环境用水发生了冲突,应当坚持哪个原则?一般来说,人们的基本生活用水量较少,不会威胁到生态用水,但在内陆河流域尤其是生态恶化地区,这种情况却频繁发生。按照人类中心主义(Anthropocentric)的观点,“人是唯一具有内在价值的存在物,其他存在物都只有工具价值”^②,那么一旦人的生活用水与生态环境用水发生冲突,就必然要优先保障唯一的伦理主体——人的基本生活用水。而根据生态中心主义(Ecocentrism)的主张,生态系统中的存在物都具有自身的内在价值,都享有平等的权利,整个生态系统应当保持平衡,任何存在物,包括人类,都不能随意践踏这种秩序,^③那么生态恶化地区的人必须停止侵犯生态系统中其他存在物的权利,停止抢占生态用水的行为。当然这并不意味着这些人要等待灭亡,而是说要对这些人强制实施移民。显然,按照上述两种观点所得出的结论截然相反。在这里我们无意讨论两种伦理观自身的优劣,但是从现实主义的角度出发,我们必须澄清以下认识:如果生态恶化地区具备移民的条件,自然应当实施移民,促进生态恢复,因为这不仅是生态本身的需要,也是对人类自身有利的选择;如果不具备移民条件,且没有其他可行措施的话,只能优先保障人们的基本生活用水,牺牲生态用水,毕竟现行的以人类为中心而建立的法律优先保障的是人类的生存权,而不是生态系统中其他存在物的权利。

2. 工业用水适当优先,农业基本用水公平保障。工业与农业本来并无重要性上的差异,之所以规定工业用水适当优先完全是基于效率上的考虑。相对于粗放的农业用水模式,工业水资源的使用效率远远大于农业用水,并且工业发展对本流域经济的推动力远大于农业,因此在保证农民维持一定生活条件的用水得到满足后,应当将水资源优先分配给工业,以达到水资源经济效益的最大化。但是,由于内陆河季节性明显,地表径流量变化较大,在枯水季节和干旱年份,工业用水和农业基本用水也容易发生冲突,有些地区出现了为保障重点工业用水而无偿牺牲农业基本用水,导致农民利益受损的现象。诚然,重点工业由于具有重要的战略地位,从国家和地区整体利益考虑,对其用水应当重点满足,但是这种“无偿牺牲”显然也违背了公平原则。为弥补这种失衡状态,必须根据“谁受益,谁补偿”原则对受到损失的农户予以补偿。当一般工业用水与基本农业用水不能同时满足时,应尽量坚持“损失适当承担”原则,即工业用水可以适当多占份额,但不得完全占有基本农业用水,而应适度保留一部分水资源以供基本农业之用,并且在企业因此而获利的范围内,对农户进行补偿,这样做也是为了避免农户在干旱年份或者枯水季节失去生存保障。

3. 配置农业用水应适当体现自然条件差异。公平分配不等于平均分配,对于农业而言,由于自然条件(例如地质条件)不同,相同数量的水资源在不同环境下的产出并不相同,如果对不同环境的农业用水户进行水资源的平均分配,就有可能导致产出结果上的不公。因此,水资源分配时既要保证水资源分配数量上的相对均衡,也要考虑产出的相对均衡。当然,对自然条件差异的考虑不是绝对的,而是相对的,因为农业的产出不光与自然因素有关,还与种植的作物品种、种植方式、农业技术等因素有关,并且自然条件本身也可以改善,所以,只要因水资源配置而带来的产出差距不过分悬殊就为已足。

(二)水资源再次配置的原则

1. 便利原则。水资源不同于其他商品,其流转需要经过输水渠道,水资源在输送过程中会不同程度地产生损失,为减少这种输水损失,应当尽量按照就近原则予以转让,且尽量使其证券化、批量化。

2. 经济效益最大化原则。水权转让应尽量使水资源从使用效率低的地区、部门向使用效率高的地区、部门转让,从而实现水资源的优化配置,这也是水权转让所要达到的最终目标。

3. 公平交易原则。水权转让应当保证交易双方的自愿、平等,一方当事人不得利用对方急需用水的窘境而恶意提高水价格,以免水权交易显失公平。

4. 保护生态原则。一般来说,能够交易的水资源已然是别除于生态用水之外的水资源,权利人一旦取得了水权就可以自由处分、转让,不必再承担将水资源保留给生态之用的义务。但在内陆河流域和广大干旱地区,尤其是地下水超采地区则有所不同,人们的生产、生活用水已经属于强行挤占的生态用水,因而这些用水当中的剩余部分,自然应优先补给生态之用,不能进行转让。

二、水资源配置主体、相对人及其权利义务

水资源配置主体即水资源配置关系中权利义务的承担者,水资源配置的阶段不同,其主体也就不同。在初始配置阶段,由于我国《水法》第3条明确规定了水资源的国家所有权属性,因而水资源初始配置的最主要形式就是国家作为行政主体向用水户出让水资源使用权。在此过程中,国家显然是水资源配置的主体,而需要用水的公民、组织则成为水资源配置的相对人。在再次配置阶段,取得水资源使用权的公民、组织遵循市场原则,将自己的该项权利让渡给他人,故此时水权的转让人(即水权人)是水资源配置的主体,国家则退出水资源配置关系而成为水权转让市场的管理者或监督者。在内陆河流域水资源配置的整个过程中,国家、公民以及组织依法享有不同的权利,承担不同的义务。

(一) 国家的权利(力)、义务

水是人所必需的自然资源,所以水资源所有权人——国家必须保证将有限的水资源分配到每一个基于生存需要而用水的个体,不能像其他民事主体一样任意让渡财产性权利。为了保证水资源的顺利分配,避免产生用水矛盾,国家在权利让渡的过程中又必须借助于行政权力,这样水资源的初始配置主体就具有民事主体和行政主体的双重身份,即国家所拥有的不仅是水所有权本身,也包括了水资源管理权,例如为改变水资源利用各自为政的局面,依法对水资源实施的统一管理、调度;为防止水资源的过度开发利用,实施取水许可、审批制度以及水资源有偿使用制度,并采取措施惩戒违反法律规定乱采、破坏水资源的行为;为保证水资源质量而对水污染进行治理等等。在内陆河流域,流域管理机构有权制定流域规划,对该流域用水实施总量控制和定额管理。为保护生态,国家有权在生态恶化地区禁止、限制公民和组织开发水资源,禁止开垦荒地,对已经许可的水资源开采资格依法予以撤销,还可以组织生态移民,引导农民施行节水战略,调整种植结构等等。

同时,国家作为水资源配置主体和水资源管理者,负有义务保障公民的水人权^③,主要包括尊重的义务、保护的义务、履行的义务等⁽⁴⁾。例如在对内陆河流域实施用水定额管理制度的过程中,国家有义务优先保障公民的基本生活用水,并使水资源分配处于公平状态;在撤销原有的取水许可或者实施生态移民时,有义务向相对人提供补偿。除此之外,国家还有义务采取措施保障公民或者组织依法取得的水权。

(二) 作为水资源配置相对人的公民、组织的权利义务

在获得取水资格以前,公民和组织是水资源配置的相对人,其享有的权利是取水请求权和特定情况下的取水权。一般情况下,根据我国《水法》第7条、第48条,直接从江河、湖泊或者地下取用水资源的单位和个人,应当按照国家取水许可制度和水资源有偿使用制度的规定,向水行政主管部门或者流域管理机构申请领取取水许可证,并缴纳水资源费,取得取水权。特定情况是指: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(《水法》第7条);家庭生活和零星散养、圈养畜禽饮用等少量取水(《水法》第48条);为农业灌溉少量取水

以及用人力、畜力或者其他方法少量取水的。这些情形都不需要申领取水许可证。^④公民向国家申请取水或者依据法律、习惯直接取水的目的各不相同,有些是基于自身生存的考虑,有些则是基于更高层次的需求,比如投资创业等。但是对于广大内陆河地区的农民来说,取水的目的则主要是为了维持生存,因此,这种取水请求权和特定情况下的取水权就被赋予了更为重要的意义。与这种取水申请权相伴相生的是公民的申诉权和诉权,如果公民的申请得不到满足,便可以合法权益受到侵害为由向上级部门反映要求解决问题,或者向法院提起行政诉讼,要求水行政部门实施作为义务,以保障自己的合法权益。

在此期间,广大公民或者组织所应当承担的义务主要是不作为义务,即不得在未取得取水许可证的情况下违反法律规定取水,不得造成水污染等等。公民、组织违反不作为义务的,就应承担相应的法律责任。

(三)作为水资源再次配置主体的公民、组织的权利义务

获得取水许可以后,公民或者组织就享有了水权,具备了成为水资源再次配置主体的资格。水权的概念法律没有明确规定,但在《水利部关于水权转让的若干意见》中明确提到水权转让指的是水资源使用权转让,也就是说水权仅指水资源使用权。国内学术界对水权的定义归纳起来有以下几种:第一种是“一权说”,认为水权是指水资源使用权;第二种是“二权说”,认为水权主要是水资源的所有权和使用权。第三种是“多权说”,包括“三权说”、“四权说”,认为水权是指水资源所有权、占有权、使用权、经营权、转让权等各种权利的总和。第四种是“体系说”,认为水权是一个由水环境权、水资源所有权、水资源的用益权或使用权、其他水权等构成的一个体系。^⑤笔者认同“一权说”,尽管对水权的性质法律并无明确规定,但从水权转让的角度而言,水权显然不包括所有权在内,如果水权当中包括了所有权,那么水权转让也包括水资源所有权的转让,这显然与水资源属于国家所有的法律原则不符。只有把水权定性为国家所有基础上的一项用益物权,才可以避免逻辑上的矛盾。作为一项用益物权,水权应当包括以下权能:首先是根据取水许可而享有的取水权。该项取水权与前述特定情况下的取水权有本质不同,后者基本上属于生存权或者水人权的一部分,而前者属于水权的一部分;前者可以基于各种生活、生产等活动的目的,而后者仅限于基本生活或者其他少量用水;前者需要依据取水有偿原则缴纳水资源费,取得的水权可以转让,而后者则不需缴纳水资源费,取得的水资源仅供使用,不得转让。其次,水资源的使用权、收益权。获取水资源后,公民可以依法使用水资源进行生产、生活等活动,以满足家庭基本生活所需或维持、提高生活水平。再次,对水权的处分、转让权。水权归根结底是一项财产权,因而权利人可以在一定限度内自由处置这种权利,包括放弃水权、转让水权等等。但由于水资源具有稀缺性,尤其是在内陆河流域,国家提倡对水资源物尽其用,对多余的水资源通过水权转让等形式实现优化配置,提高水资源使用效率,而不提倡公民任意处置水资源,不允许浪费水资源。其中,允许对水权实施转让不仅是对公民水权的尊重,也是水资源再次配置的前提。只有允许水权转让,方能利用市场机制使水资源达到优化配置。最后,公民享有获得良好水源的权利。除水权人同意或明知外,其获得的水资源应当是符合水环境标准的良好水源,权利人有权拒绝工业废水、生活污水等污染物含量超标的水。对企业、居民向水体排放污染物而使水权人遭受损害的,水权人有权请求赔偿。

在此过程中,获得取水资格的公民、单位应承担的义务既有作为义务,也有不作为义务。前者如按时足额缴纳水资源使用费,安装取水设施、计量设备等等,后者如不得截留自然流水或擅自改变水资源的自然流向,不得超采地下水,不得浪费水资源,不得污染水资源等等。

三、我国内陆河流域的水资源配置机制

(一) 定额管理机制

定额管理是在不超过流域可利用水资源总量的前提下,依据一定原则和方法确定流域各地用水户的用水定额,按照定额向用水户供水的制度。这项制度建立的目的在于将流域水资源开发利用保持在合理限度以内,以维持整个区域的经济社会可持续发展。按照这种模式,用水户只能根据国家所分配的定额使用水资源,不能超额用水。该机制的建立和实施需具备以下条件:1. 内陆河流域必须成立统一的流域管理机构,制定科学合理的流域规划,并对流域水资源开发实施年度总量控制;2. 各行政区域水务部门必须按照流域管理机构确定的定额向本区域用水户配置水资源。3. 管理过程中须借助水票等载体以提高管理效率和质量。水票是水资源使用权的凭证,它规定了水资源的数量、价格、使用期限以及水票持有人的其他权利义务。由于水票具有定式性、流通性等特征,在定额管理的模式下,用水户向水务部门购买水票,凭水票向供水部门申请供水,不但节约了行政管理成本,也使水务部门和用水户之间的权利义务更加明确。4. 成立水资源管理的辅助机构或者团体,协助定额管理的实施。例如以村为单位成立农民用水者协会,由该协会统一向水管单位购买水票、发放水票等。由于用水户数量庞大,水务部门不可能深入水资源配置的每一个细节,因此,这些辅助性机构或者团体的设置很有必要。

定额管理的基本流程如下:1. 流域管理机构制定年度用水计划,流域所属各行政区域根据流域用水计划制定本区域年度用水计划→2. 水行政部门按照该用水计划向各农民用水者协会下达配水计划,协会再将该配水计划分配到所属的用水小组或用水户→3. 农民用水者协会按照配水计划向所属的水管单位购买水票,之后将水票按照配水额分发给用水小组、用水户→4. 用水小组、用水户持水票向水管单位申请供水,水管单位按照水票记载的定额供水。

(二) 水权转让机制

所谓水权转让是指依法取得水权的人将该权利有偿转让给他人的行为。水权转让可以说是水权制度中最精彩的部分,水权的流转可以使水资源从使用效率低的行业转向使用效率高的行业,优化配置水资源,同时,水权的流转又促使用户采取先进技术节约用水。取水许可证转让的禁止性规定被废止^⑤,为水权转让机制得到真正意义上的建立创造了条件,但由于水权交易在我国尤其是我国的内陆河流域仍属于一项新的制度,水资源管理部门在水权交易的管理上缺乏实际体验,所以对于水权转让制度的实施显得较为谨慎。在内陆河流域的水权改革中,政府允许的水权转让多数限于同一灌区内,在转让之前还要经过灌区水管单位同意。实质上,由于经济、技术以及行业的差异,跨灌区甚至跨地域的水权市场空间是存在的。为了充分利用这个市场来达到水资源优化配置,跨灌区或者跨地域的水权流转应当允许。当然,水权转让要遵守法律、法规以及一些部门规章基于保护公共利益、他人利益所作的限制。例如水利部《关于水权转让的若干意见》中就规定:取用水量超过本流域或本行政区域水资源可利用量的,除国家有特殊规定的,不得向本流域或本行政区域以外的用水户转让;在地下水限采区的地下水取水户不得将水权转让;为生态环境分配的水权不得转让等等。

由于取水方式的不同,地表水和地下水在水权转让上也有所不同,这一点在内陆河流域的体现尤为明显,因而必须建立两套水权转让机制。首先是地下水权转让机制。地下水位与生态保护息息相关,取水量应尽量控制,且每个机井及其渠系都相互独立,因而水权转让的限制也较多。从范围上讲,地下水限采区的地下水取水户不得将水权转让,其剩余的水资源只能补给生态之用。一般的地下水权转让应仅限于同一眼机井所供应的用水户之间,因为每个机井

的地下水可开采量都有一定限度,如果允许不同机井的水进行交换,可能会造成地下水开采的不均衡。在转让方式上,水权一般以水票等有偿证券为载体,因而以水票的交付为已足。如果农户将未使用的地下水票退回水行政部门,除规定允许的情况外,这些水票不允许再出售,这也是为了控制和缩减地下水开采量。其次是地表水权转让机制。地表水渠系贯通程度较高,因而同一灌区内、灌区和灌区之间甚至跨地区的转让都是可行的。为方便水权转让,可尝试以县为单位成立水权交易所,及时收集转让信息,促进跨灌区、跨地域甚至是跨行业水权的集中交易。

(三)水价格调控机制

取水有偿制度是我国水资源管理中的一项重要制度,这不仅是水资源国家所有权的体现,也是促进公民节约用水的重要途径。根据国务院《取水许可和水资源费征收管理条例》的规定,水价格的确定应与当地水资源条件和经济社会发展水平相适应,因而水价格的形成过程就是供水成本(用水工程、设施建设以及用水管理等费用的总和)与消费者承受能力相妥协的过程。在内陆河流域,为了照顾消费者的负担能力,水价格远远低于供水成本,也正因为如此,才造成了水资源的滥用和浪费。在内陆河流域水价改革过程中,各地均拟通过适当提高水价来促使用水户节约用水,但水价格的上涨一旦突破了人们所能够承受的限度,就必然引起大的矛盾,对那些必须靠水资源才能维持基本生活条件的农户来说尤其如此。鉴于这种情况,在调整水价格的时候,政府必须遵循透明的水价格调控机制,除根据《价格法》第18条实行政府定价外,还应根据该法第23条的规定建立听证会制度,由政府价格主管部门主持,征求消费者、经营者和有关方面的意见,论证其必要性、可行性,增强消费者在水价格制定方面的“话语权”。

(四)引导机制

水资源配置绝不仅仅是单纯地分配水资源的问题,要想使水资源配置趋向合理化,管理者还要设计科学的用水规模和结构,所以水资源配置的过程必然包括了诸如产业结构调整、日光温室建设^⑥、生态移民等问题。出于自身利益等因素的考虑,很多人对日光温室建设、生态移民等措施怀有抵触情绪,而这些措施又大多缺乏强制推行的法律依据,只能依靠政府的积极引导方能完成。这样,政府如何引导或者使用什么样的引导机制就成了一个巨大的考验。

我们认为,在上述措施中引入行政合同制度不失是一个好的选择。所谓行政合同是指行政主体以实施行政管理为目的,与行政相对一方就有关事项协商一致而达成的协议。在移民工程中,行政合同的签订明确了政府和搬迁户的权利义务,政府负责为搬迁户修建、提供住房、土地以及其他生活所必需的设施,除此之外采取其他必要的扶助措施,保证搬迁户的生活水平不下降,而搬迁户则需要按照合同的约定按期搬迁。这样,政府就可以通过一些优惠条件吸引搬迁户自愿搬迁,通过行政合同这种非强制的形式实现移民目标。在日光温室建设中,行政合同的签订显得更有必要,也可以取得更好的效果。首先是日光温室的搭建,一般是由政府和农户共同投资的,双方投资的比例可以在合同中约定。其次是种植的作物品种、数量需要约定。即双方在合同中约定农户必须种植的作物品种和数量,农户没有依约定完成任务的将要受到处罚,这样使得农产品的数量、品种符合了政府的产销计划,便于政府为这些农产品组织销路。最后,产品的销路问题需要政府在合同中承诺。政府必须在合同中承诺为日光温室产品组织销路,否则要承担因此对农户造成的损失,这样就可以使农户打消产品难以销售的顾虑,积极进行日光温室的搭建和作业。

(五)补偿机制

1. 受益者补偿。在发生用水矛盾时,如果一方获益而使他方受损,则必须由受益方在受益

范围内给予受害方经济补偿。不管是重点工业还是一般工业企业,如果基于“工业用水优先”原则而获益,例如干旱年份为保证重点工业用水而无偿牺牲农业用水时,就应当由这些工业企业在其所受益的范围内向农户提供补偿金。实质上,受益者补偿也是公平原则的体现,即如果不能实现分配的正义或公平,就应当通过补偿使利益受损一方获得慰藉,也就是所谓的“补偿的公平或正义”,^⑥这样做的目的在于协调由于分配不均而带来的利益失衡。

2. 国家补偿。国家补偿是因国家机关和国家机关工作人员的适法行为损害了相对人的合法权益,国家依照法律、法规、决定或遵照传统而承担的特殊责任。在内陆河流域,为了限制水资源开采,保护生态,国家需要对原来经政府许可而开发的机井、耕地进行关闭和压缩,对某些地区还要实施生态移民,这样必然对相对人的合法权益造成损害,法律规定对此必须予以行政补偿。但事实上,由于内陆河流域经济相对落后,地方财政往往无力支付高额的补偿费用,且补偿大多没有具体的标准可循,使得行政相对人的利益得不到补偿或者得不到充分补偿。这种情况下,一方面需要上级财政和中央财政拨付补偿款项,这不仅具有必要性,也具有法律上的该当性;另一方面也需要政府制定具体的补偿标准,以免造成补偿数额上的不公平。

3. 地方资助。流域内其他地区需要适当对生态恶化区的生态建设、移民工程以及水资源费负担等进行资助。与国家补偿不同,地方资助行为并非基于法律上的该当性,而是基于历史原因和地理原因。内陆河流域水资源的不合理开发利用是一个历史的过程,有些地区是历史的受益者,而有些地区则成为受害者,前者对后者有必要予以资助。另外,为避免生态恶化危及其他地区,其他地区也应该对生态恶化区进行资助。

(六) 惩罚机制

对于违反水资源配置和保护有关规定的行为,必须对行为人施以惩戒。至于惩戒的方式,根据现行法律的规定有以下三种:一是行政处罚。即由行政机关代表国家对行为人进行处罚,根据我国《水法》和《取水许可制度实施办法》的有关规定,这些行为主要有:未经批准擅自取水的;未依照批准的取水许可规定条件取水的;未在规定期限内装置计量设施的等等,处罚形式主要有责令停止违法行为、限期缴纳水资源费、罚款、吊销营业执照等。二是民事赔偿。在违法行为给他人造成损失的情况下,除对行为人予以行政处罚外,还应按照民法规定由行为人对受害人予以民事赔偿,例如停止侵害、排除妨碍、赔偿损失等。三是刑事处罚。即对于一些情节严重,构成犯罪的追究其刑事责任。此外,为了更有效地对超过定额开采地下水的行为予以处罚,应尽快就地下水开采进行计量管理^⑦,并对破坏地下水计量设备的行为予以惩罚。

注释

①生存权的定义学术界尚有争议,有学者提出生存权并不包括生命权,而是国际人权公约规定的“相当生活水准权”,例如《世界人权宣言》第25条第1款规定:“人人有权享有为维持他本人和家属的健康和福利所需要的生活水准,包括食物、衣着、住房、医疗和必要的社会服务。”——参见上官丕亮:《究竟什么是生存权》,载于《江苏警官学院学报》2006年第6期。本文这里所指的生存权是广义上的,即包括生命权在内。

②参见曹明德:《生态法新探》,人民出版社,2007年版,第8页。

③水人权作为一项基本人权已在国际上达成共识,联合国经济及社会理事会所属的经济社会及文化权利委员会于2002年11月26日通过的《第15号一般性意见》明确指出:“水人权赋予人人能为个人和家庭生活得到充足、安全、可接受、便于汲取、价格上负担得起的水的权利。”

④其他国家也有类似的立法例,如德国《2000年水资源管理法》第33条规定,对于生活目的用水,无须取得汲取地下水的许可证。澳大利亚部分地区的规定与此相同,南非水法也规定合理的家庭用水无须取得许可证。

⑤1993年9月1日实施的《取水许可制度实施办法》对取水许可证的转让作了禁止性规定,但该《办法》已被废止。国务院于2006年4月15日颁布实施的《取水许可和水资源费征收管理条例》规定了取水权可以按照规定转让。

⑥日光温室俗称大棚,用日光温室种植农作物既可以提高经济效益,又能够节约水资源,因此大力建设日光温室是内陆河流域节水战略的一项重要措施。但从我们了解的情况看,很多农户并不愿意出资搭建日光温室,原因是:一,日光温室投资较大,尽管政府进行了资助,但农户仍要承担其中的大部分费用,对于大多数并不富裕的农户来说是一笔不小的负担;二,温室种植产品的销路无法保证,这也是目前最主要的问题。

⑦目前西北内陆河流域尚未全面推行地下水开采计量管理,而是采用了“以电控水”的做法,也就是以用水量换算供电量,电力企业按照换算的供电量供电抽取地下水,供完后停电,用水户便无法再取水。这种做法简便易行,但根据我国《电力法》第七条的规定,电力建设企业、电力生产企业、电网经营企业依法自主经营、自负盈亏,行政机关除履行监督职能外,不能对电力企业的依法经营予以干涉,而政府要求电力公司限制其供电量的行为显然与该原则不符。为避免这个法律冲突,应尽快对地下水实施计量管理,从“以电控水”模式转变到“计量控水”模式。

参考文献

- (1)邸利,等.甘肃省生态环境建设与水资源合理配置研究[J].水土保持研究,2007,(2).
- (2)施国庆,苏青.河流取水权分配中的公平与效率观[J].中国水利,2004,(5).
- (3)[美]奥尔多·利奥波德.侯文蕙译.沙乡年鉴[M].长春:吉林人民出版社,1997:194.
- (4)胡德胜.水人权:人权法上的水权[J].河北法学,2006,(5).
- (5)高虹,丁岩林.水权概念辨析[J].西北第二民族学院学报,2006,(6).
- (6)[英]哈特.张文显等译.法律的概念[M].北京:中国大百科全书出版社,1996:156,157.

当议节水型社会法律制度体系的完善

迟方旭 尹彦芳*

摘要:节水型社会的实践正在积极进行之中,其核心在于大规模的制度创新和制度变迁,而法律制度的体系必须为其提供拥有绝对优势的运行保障。在明确建设节水型社会法律根据的前提下,可以运用法律制度的刷新为节水型社会建设行为提供制度支持。

关键词:节水型社会 法律根据 农民用水户协会 《节水法》 水票

建设节水型社会是中国水环境的客观条件决定的,是经济社会可持续发展的必然选择,是改善环境、再造秀美山川的需要,是推动西部地区城市化发展的需要。^①节水型社会建设是一项与社会各个层面体系相关的综合性系统工程,内容涉及生态系统的保护与建设、经济社会发展和规划以及人们日常生活的各个方面,诚所谓“节水是一场革命”(温家宝总理语)。至于完成此项“革命事业”的具体途径,有学者认为建立节水型社会是一场深刻的制度变革,需要“观念革命、管理革命、透明革命、参与革命”,归根到底需要“制度革命”。如果说调水主要是工程建设,那么节水主要是制度建设,节水型社会的建立需要大规模的制度建设,从传统用水粗放型社会走向节水型社会,本质上是从浪费水的旧体制转向高效用水的新体制,需要历经大规模的制度创新和制度变迁。^②而法律制度是一种具有国家强制力、约束力的社会规范。它以一种最明确的方式,对当时社会成员的言论和行为作出规范与要求,因而法律制度也清楚地反映了人类在各个历史发展阶段对于不同的人所作出的种种具体要求和限制。^③如若实现节水型社会建设中大规模的制度变迁,尤其是强制性的制度变迁,必然依赖于法律制度体系的有力支撑;只有相关法律体系不断得到增强与完善,节水型社会才会在最完整的意义上得以实现。也只有将节水型社会的行为纳入法制的轨道上予以调整,才会出现规范的科学的节水型社会。

一、建设节水型社会的法律根据

由于法律对于社会主体的行为具有规范作用,如指引作用(对本人的行为)、评价作用(对他人的行为)、教育作用(对一般人今后的行为)、预测作用(人们相互间的行为)和强制作用(制裁、惩罚违法犯罪行为),^④所以节水型社会的建设必然首先对法律效力的来源提出强烈的要求,至于建设节水型社会的法律根据,又可称为节水型社会的法律渊源,表现为以下不同效力层次的法律文件。

第一,宪法根据。宪法第9条第2款中“国家保障自然资源的合理利用,禁止任何组织和个人用任何手段侵占或者破坏自然资源”;更重要的是第14条第2款“国家厉行节约,反对浪

* 作者简介:迟方旭(1978—),男,兰州大学法学院讲师,主要从事自然资源法学研究。

尹彦芳(1977—),女,兰州大学法学院助理研究员,主要从事民商法学研究。

费”。宪法之所以能够成为其他法律的立法根据,成为法律的法律,即取得国家根本法的地位,是由于宪法规定了国家的根本制度和根本任务等涉及国家全局的根本问题。^⑤上述两个条文可以说明三个问题:其一,结合第9条和第14条的有关字句,可以得出节约自然资源,当然也包括节约水资源的推定的含义,即节约水资源是宪法条款中的应有之义;其二,节水型社会的建设是实现宪法既定目标的具体思路,节水型社会的制度设计必须紧密围绕水资源的节约来进行,即节水型社会的建设具有宪法上的根据;其三,节约水资源或建设节水型社会既然是“涉及国家全局的根本问题”,就必须以法律制度促成并保证其顺利进行,试图离开法律制度片面地追求单纯的技术进行恰恰背离了宪法的初衷。

第二,水法根据。1988年颁布的水法规定了“厉行节约用水”,并要求“各级人民政府应当加强对节约用水的管理”。2002年修改后的新水法对原水法进行了重大修改,它以建立节水型社会、实现水资源的可持续利用、支持社会经济的可持续发展为目标,以提高水效率为核心,把水资源的节约、保护、合理配置放到突出位置,进一步完善了我国水资源开发、利用与保护、治理的制度。具体而言,新水法在节约用水方面,提出了建立节水型社会的原则,规定了用水总量控制与定额管理相结合制度,农业、工业、生活用水控制制度以及水价的制定机制,建立了节约用水的实施机制,主要体现在以下四个方面的制度体系:其一,在总则中确立了建立节水型社会的原则(第8条);其二,确立了用水总量控制与定额管理相结合的制度(第46条和第47条);其三,建立了用水计量与水价制定机制(第49条和第55条);其四,规定了节水技术、各种用水控制等制度。^⑥可见,水法不但为节水型社会的建设提供了最为直接、明确的法律根据,而且不遗余力地在其总体框架之内给予了制度安排,成为建设节水型社会实践意义上最为重要的法律根据。

第三,其他根据。除了宪法和水法,其他规范性法律文件和具有指导意义的政策文件中也有与节水型社会建设存在直接或间接关系的规范与制度。如2006年2月国务院颁布了新的《取水许可和水资源费征收管理条例》,该条例的立法宗旨即在于“加强水资源的管理和保护,促进水资源的节约与开发利用”,并以此为前提展开了具体制度的设计。不容忽视的是,政府部门为了履行建设节水型社会的职责,在实际工作中颁发了对节水型社会建设行为具有实质约束力和强烈指导性的政策文件,这些政策文件往往发挥着重要的作用。如2005年国务院下发了《关于做好建设节约型社会近期工作的通知》,其中特别提出“深入开展节水”的专题要求,并具体要求从“推动节水型社会建设、推进城市节水工作、推进农业节水、推进节水技术改造和海水利用以及加强地下水资源管理”五个方面全面贯彻落实节约型社会的建设工作。再如中宣部、水利部、国家发改委、建设部于2005年8月联合下发了《关于加强节水型社会宣传的通知》,为“切实提高各级领导干部和社会公众的节水意识,进一步激发全社会对节水型社会建设的积极性、主动性和创造性,动员全社会力量多方面参与节水型社会建设,全面推进节水型社会建设的健康、持续发展”做出了宣传上的具体部署。而建设部1998年颁布的《城市节约用水管理规定》更是有针对性地对城市规划区内节约用水的管理工作作出了详细规定。

二、建设节水型社会的法律障碍

目前节水型社会建设的制度设计和相关法律法规建设明显滞后。很多试点节水型社会的建设规划和实施方案没有结合当地的实际,缺乏完整的、科学的评价指标体系,工作缺乏具体的可操作的手段。很多制度设计过于粗糙,缺乏可实施的具体办法和标准,缺乏落实总量控制、定额管理要求的必要的计量设施建设。此外,目前政策法规领域还有许多空白,节水原则讲得比较多,具体操作办法和强制性措施较少。^⑦具体而言,有关法律制度障碍在基层具体建