

马育红 刘欢欢 著

# 水合同制度研究

水资源合理配置的私法路径探索

SHUIHETONG ZHIDU YANJIU

SHUIZIYUAN HELI PEIZHI DE SIFA LUJING TANSUO



中国政法大学出版社

马育红 刘欢欢 著

# 水合同制度研究

水资源合理配置的私法路径探索

SHUIHETONG ZHIDU YANJIU

SHUIZIYUAN HELI PEIZHI DE SIFA LUJING TANSUO



中国政法大学出版社

2017·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

水合同制度研究/马育红,刘欢欢著. —北京:中国政法大学出版社, 2017. 10  
ISBN 978-7-5620-7836-4

I. ①水… II. ①马… ②刘… III. ①水资源管理—研究—中国  
IV. TV213. 4

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第263468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 010-58908586(编辑部) 58908334(邮购部)  
编辑邮箱 zhengfadch@126.com  
承 印 固安华明印业有限公司  
开 本 880mm×1230mm 1/32  
印 张 10.625  
字 数 260 千字  
版 次 2017 年 10 月第 1 版  
印 次 2017 年 10 月第 1 次印刷  
定 价 46.00 元

本书是教育部人文社会科学研究一般项目《“水合同”制度研究：水资源合理配置的私法路径探索》（12YJA820048）和甘肃省财政厅高校基本科研业务费项目《西部缺水地区节水型城市建设的制度保障》（甘财教〔2012〕129号）的研究成果。

# 前 言

[ PREFACE ]



水资源短缺正在成为 21 世纪最紧张的资源问题，中国亦处于水资源危机的漩涡之中。为应对水资源危机，解决水资源紧缺问题，我们应当合理配置水资源，以实现其高效利用。从世界各国水资源配置的状况来看，水资源配置的手段主要是计划配置（政府配置或行政配置）和市场配置。在我国社会主义市场经济体制下组合运用两种配置手段才能真正实现水资源的合理配置。对于水资源市场的调整应当建立水资源财产权及其流转法律制度，涉及民法中的物权制度和合同制度。具体而言，需要建构水资源物权法律制度和水资源物权流转法律制度——“水合同”制度。学界从物权角度对水资源私法制度的研究较为深入，但除有关水权转让合同的研究之外，甚少从合同制度的角度来分析这一重大理论与现实问题。基于环境合同制度的理论证成，初始水权分配、水权市场、水权交易及水所有权的移转都可以且需要合同作为其外在形式并可依据合同作为确定相应权利义务关系的依据。其中，水权出让合同即是为用水人设定水权，属于设定用益物权的合同；水权转让合同是移转水权的合同；供用水合同则可以使用水人取得水所有权。

前 言 .....	1
第一章 水资源合理配置的模式选择与私法实现路径 .....	1
第一节 水资源危机及其应对 .....	2
一、水资源概述 .....	2
二、我国水资源危机现状及其成因分析 .....	8
三、我国水资源危机的应对措施 .....	14
第二节 水资源配置模式概述 .....	23
一、计划配置模式 .....	24
二、市场配置模式 .....	26
第三节 水资源合理配置的模式选择与私法实现路径 .....	27
一、水资源合理配置的基本原则 .....	27
二、水资源合理配置的模式选择——有计划市 场配置模式 .....	29
三、水资源合理配置中的政府角色定位与公众参与 .....	32
四、水资源合理配置的私法实现路径 .....	36



<b>第二章 自然资源物权基本原理与水资源物权体系</b> .....	40
第一节 自然资源物权基本理论概述 .....	41
一、自然资源物权的概念 .....	41
二、自然资源物权的理论基础 .....	46
三、自然资源物权的类型 .....	51
第二节 自然资源国家所有权 .....	56
一、自然资源国家所有权双阶构造说 .....	58
二、自然资源国家所有权三层结构说 .....	60
三、制度性保障说 .....	62
四、对上述学说观点的思考 .....	64
第三节 水资源物权体系 .....	68
一、关于水权概念的理论分析 .....	68
二、水资源物权的概念和特征 .....	71
三、水资源物权体系之构成 .....	73
<b>第三章 合同制度的生态化拓展与水合同制度的一般理论问题</b> .....	81
第一节 合同制度的生态化拓展：环境合同制度的构建 .....	82
一、环境合同的概念 .....	82
二、环境合同法律关系 .....	89
三、我国的环境合同实践 .....	92
四、环境合同制度的比较法考察及借鉴 .....	97
五、构建我国环境合同制度的思考 .....	101

第二节 水合同概述 .....	107
一、“水合同”概念的提出 .....	107
二、环境合同制度——“水合同”的理论基础和制度 依据 .....	109
三、“水合同”的主要目的是为了设定或移转水资源 物权 .....	110
第三节 水合同类型论纲 .....	116
一、初始水权分配与水权出让合同制度的构建 .....	116
二、水权交易市场建设与水权转让合同 .....	120
三、公共服务均等化与供用水合同 .....	124
<b>第四章 水权初始分配的法律调整与水权出让合同 .....</b>	<b>129</b>
第一节 水权初始分配概述 .....	129
一、水权的取得原则 .....	129
二、水权的初始分配方式 .....	130
三、水权初始分配的经济学分析 .....	132
第二节 水权分配阶段的划分 .....	134
一、区域水权分配阶段 .....	134
二、用户初始水权分配阶段 .....	142
第三节 我国水权初始分配法律制度的现状及缺陷 .....	144
一、我国水权初始分配的主要方式 .....	145
二、我国水权初始分配法律制度的现状 .....	145
三、我国水权初始分配法律制度存在的缺陷 .....	147





第四节 国外水权初始分配法律制度的比较分析 .....	149
一、澳大利亚水权初始分配制度 .....	149
二、南非水权初始分配制度 .....	152
三、美国水权分配制度 .....	154
四、外国水权初始分配法律制度对我国的启示 .....	154
第五节 完善我国水权初始分配法律制度的思考 .....	156
一、变革水权初始分配的法律调整模式 .....	156
二、明确水权初始分配的基本原则 .....	159
三、构建水权出让合同制度 .....	162
第六节 水权有偿出让研究 .....	171
一、水权出让制度建设的现状 .....	171
二、建立水权有偿出让制度的必要性 .....	172
三、水权有偿出让的制度建设 .....	176
<b>第五章 水权交易市场建设与水权转让合同 .....</b>	<b>179</b>
第一节 水权交易市场的“准市场”模式 .....	179
一、我国的水权交易市场建设 .....	179
二、水权交易平台 .....	183
三、水权交易市场的交易规则 .....	183
四、建立水权交易市场的必要性 .....	185
五、水权交易市场的“准市场”模式 .....	188
第二节 水权转让合同概述 .....	189
一、水权转让和水权转让合同 .....	190
二、水权转让合同的性质分析 .....	193

三、水权转让合同与相关合同的区别 .....	196
第三节 国外水权交易和水市场理论与实践 .....	199
一、美国水权交易和水市场理论与实践 .....	199
二、澳大利亚水权交易和水市场理论与实践 .....	205
三、日本水权交易和水市场理论与实践 .....	212
第四节 我国水权交易实践探索 .....	217
一、我国水权交易模式 .....	217
二、水权行业间转换——鄂尔多斯水权转换工程 .....	218
三、水权跨区域转让——内蒙古巴彦淖尔水权转让 .....	219
四、跨流域水权交易探索——南水北调河南水权交易 .....	221
五、上下游水权转换——以黑河流域甘肃张掖为例 .....	222
第五节 水权转让合同的订立与效力 .....	223
一、水权转让合同的主体 .....	223
二、界定可转让水权 .....	226
三、水权转让合同的成立及生效 .....	227
四、水权转让合同的内容 .....	229
五、水权转让合同争议问题辨析 .....	232
第六节 水权转让的程序及其政府管制 .....	241
一、规范水权转让方式 .....	241
二、水权转让的主要程序 .....	242
三、场内、场外水权交易市场模式及其程序 .....	243
四、水权转让的政府管制 .....	246
第七节 水权转让中的第三方效应 .....	248
一、第三方主体 .....	248



二、第三方效应的类型 .....	248
三、第三方效应对水权转让的影响 .....	249
四、水权转让影响评价 .....	250
五、水权转让影响防范机制 .....	252

## 第六章 公共服务均等化背景下供用水合同的法律和政策

思考 .....	254
第一节 基本公共服务均等化与供水服务均等化 .....	255
一、基本公共服务均等化政策的基本内涵 .....	255
二、供水服务均等化问题 .....	256
第二节 供用水合同概述 .....	259
一、供用水合同的界定 .....	259
二、供用水合同的法律性质 .....	260
三、供用水合同的基本类型 .....	263
第三节 供用水合同的订立 .....	265
一、供用水合同的主体 .....	265
二、供用水合同订立中的强制缔约规则 .....	268
三、供用水合同的主要条款及合同范本 .....	269
四、供用水合同的内容和形式 .....	277
五、供用水合同的格式化 .....	281
第四节 供用水合同的履行 .....	285
一、供用水合同履行的原则 .....	285
二、供用水合同履行的特殊规则 .....	288
三、特殊情形下供用水合同的履行 .....	289

第五节 供用水合同的违约责任 .....	291
一、供用水合同违约责任的归责原则 .....	291
二、供用水合同违约责任的形态 .....	293
三、供用水合同违约责任的形式 .....	294
四、供用水合同违约责任的免责事由 .....	296
第六节 供用水合同纠纷处理 .....	298
一、供用水合同责任主体纠纷——洛阳北控水务 公司诉河南润升房地产公司供用水合同案 .....	298
二、停水通知纠纷——瑞金市天元食品公司诉 瑞金闽兴水务公司供用水合同案 .....	300
三、二次供水纠纷——江苏省南京市自来水总 公司与鸿意地产发展有限公司供水合同纠纷 .....	303
四、提前恢复供水损害赔偿纠纷 .....	309
五、共用供水管道维修责任纠纷——徐州市自来水总 公司诉陈某健等供用水合同纠纷案 .....	312
参考文献 .....	317
后 记 .....	327

## 水资源合理配置的模式选择与私法实现路径

水资源短缺正在成为 21 世纪最紧张的资源问题，中国亦处于水资源危机的漩涡之中。人均占有水资源量极低、水资源分布不均、水资源污染问题严重、水资源浪费问题突出、庞大的人口总量等原因造成了我国当下的水资源危机。为应对水资源危机，解决水资源紧缺问题，我们应当合理配置水资源，以实现其高效利用；建设节水型社会，避免水资源的浪费；控制水污染、加强水污染治理、提高水质，以增加可用水量。从世界各国水资源配置的状况来看，水资源配置的手段主要是计划配置（政府配置或行政配置）和市场配置。在我国当下社会主义市场经济体制下组合运用两种配置手段才能真正实现水资源的合理配置，因此，水资源合理配置模式应为有计划的市场配置模式。对于水资源配置的法律调整应当有两套基本的法律制度体系，一是水资源计划法律制度；二是水资源财产权及其流转法律制度，涉及民法中的物权制度和合同制度。具体而言，需要建构水资源物权法律制度和水资源物权流转法律制度——“水合同”制度。



## 第一节 水资源危机及其应对

### 一、水资源概述

#### (一) 水资源的概念

##### 1. 学界对水资源的概念从不同角度加以界定

有的学者认为：从自然资源的概念出发，水资源可定义为与人类生产和生活相关的天然水源。广义的水资源应为一切可被人类利用的天然水，狭义的水资源是指被人类开发利用的那部分水。有的学者认为：水资源一般是指生活用水、工业用水和农业用水，此称为狭义的水资源；广义的水资源还包括航运用水、能源用水、渔业用水以及工矿水资源与热水源等，概言之，一切具有利用价值、包括各种不同来源或不同形式的水，均属于水资源范畴。有的学者认为：水资源包含水量和水质两个方面，是人类生产生活及生命存在不可替代的自然资源和环境资源，是在一定的经济技术条件下能够为社会直接利用或待利用，参与自然界水分循环，影响国民经济的淡水。有的学者认为：水资源是具有一定的赋存形态、数量和质量的，能够被人们以不同形式所利用并为其带来福利或形成利用价值的水源。它不仅包括原生水，也包括通过人工活动还原为不同自然赋存形态的次生水；它不仅包括人们在日常社会生活和各类生产经营中直接加以利用的水源，而且也包括通过其他途径被人们加以利用的水源。<sup>〔1〕</sup>有的学者认为，水资源是一种可以循环往复不断更新的动态资源，水资源广义上是指地球上所有形式存在

---

〔1〕 参见王新程：《水资源有计划市场配置理论》，中国环境科学出版社2005年版，第9~10页。

的水体，包括气态水、固态水和液态水。但水资源一般是指与人们的生产和生活关系密切而且可以逐年更新与恢复，并且长时间保持动态平衡的淡水资源量。<sup>〔1〕</sup>有的学者认为：“水资源是一个总括性概念，既包括咸水，亦包括淡水；既包括液态水，又包括气态水和固态水；既包括地表水，亦涵括地下水。”<sup>〔2〕</sup>有的学者认为：“水资源是指自然界通过大气水文循环系统和人工活动生成的各种可供人类以不同形式利用的淡水，它包括冰川、河流、湖泊、水库中的地表水、地下水，处理以后的污水、洪水及经过技术处理后的脱盐水。其中各种自然生成的地表水和地下水均属于原水，是自然界的生命之源。”<sup>〔3〕</sup>

对于从各种不同角度对水资源的界定，裴丽萍教授认为：“因为水资源是水文、水利、环境资源、经济、法律等学科都广泛涉及的一个概念，所以存在不同角度、不同含义的定义是自然的，由于其出发点不同，相对应特定的学科领域而言，这些不同都具有合理的因素。”<sup>〔4〕</sup>而所有这些对水资源概念的定义对我们从法学学科的角度界定水资源的概念具有重要的参考价值。

### 2. 法律所调控的水资源概念的界定

1977年联合国教科文组织（UNESCO）建议将其定义为：“水资源应指可以利用或有可能被利用的水源，这个水源应具有足够的数量和可用的质量，并能在某一地点满足某种需要而可被利用。”这一定义包含以下内涵：①水资源能够满足人类需

---

〔1〕 许有鹏等：《城市水资源与水环境》，贵州人民出版社2003年版，第2页。

〔2〕 彭诚信、单平基：“水资源国家所有权理论之证成”，载《清华法学》2010年第6期。

〔3〕 王新程：《水资源有计划市场配置理论》，中国环境科学出版社2005年版，第10页。

〔4〕 裴丽萍：《可交易水权研究》，中国社会科学出版社2008年版，第2页。



求，能够满足人类需求的物品才有效用，而效用是价值的源泉，也就是说，水资源具有内在价值。<sup>②</sup>水资源必须能够为人类控制和利用，这就是为什么目前水资源通常仅指淡水资源，而且为立法所规范的水资源仅指地表水和地下水。“法律所调控的水资源仅指能为人类所控制的淡水资源。”<sup>[1]</sup><sup>③</sup>水资源应当具有一定的数量和质量。人们对水资源的利用方式主要有两种，一种是消耗性用水，即将水抽取出来加以利用，如工业生产用水、农业灌溉用水、生活用水等；一种是非消耗用水，即不离开原来的水体进行使用，如养殖、航运、发电、观赏、娱乐等。无论哪种方式，都对水量和水质有一定的要求。如果水资源不能够达到一定的数量和质量要求，就不能满足人类的需要，就不具有使用价值。水资源属于一种流动资源，“流动资源的数量可用单位时间的体积或能量单位等尺度来衡量”。<sup>[2]</sup>同一种资源，不同的用途有不同的质量要求，比如，饮用水水质标准比工业用水水质标准要求就应当更加严格，水资源的不同质量属性亦影响着它的使用价值。因此，可衡量的数量和质量是水资源不同使用价值的重要体现，离开数量和质量就无法界定水资源的价值。

我国水法和其他各国立法一样，都采用列举的方式对水资源范围作了近似的界定。例如，我国《水法》第2条第2款规定：“本法所称水资源，包括地表水和地下水。”1991年《以色列水法》第2条规定：“水资源是指泉水、溪流、江河、湖泊以及所有的其他各种水流和水面，不论它们是地面的还是地下的，自然的还是经过人工调节的，或者是已经做了开发的，也不论

[1] 单平基：《水资源危机的私法应对——以水权取得及转让制度研究为中心》，法律出版社2012年版，第21页。

[2] 流动资源的利用必须是及时的，当时未加有效利用、收集或储存的这种资源，过后再也得不到了。……流动资源一旦储存起来，就变成储存资源。[美]阿兰·兰德尔：《资源经济学》，施以正译，商务印书馆1989年版，第14页。



其中的水是流动的还是静止的，是经常过水的还是间断过水的（包括排水和排污）。”1997年《南非共和国水法》第1条规定：“水资源包括水道、地表水、河口和地下含水层。”

这种界定方法“虽然比较直观，但没有揭示出水资源的基本构成要素，亦无助于我们借助定义认识水资源的本质”。〔1〕建议在我国未来的相关立法中采用概括和列举相结合的方式对水资源进行界定，即水资源是指在现阶段经济技术条件下，人类可以控制、利用的水资源，包括大气降水形成的地表径流，流入江河、湖泊、沼泽和水库中的地上水资源，渗入地下的地下水资源以及其他人类可以控制、利用的水资源。

需要特别指出的是，对水资源进行界定受到当代科学技术水平的制约，我国《水法》第2条第2款的定义具有“静态”的特征。然而，我们不能忽视科学技术迅猛发展、人类开发利用水资源能力不断增强的客观事实，不应当将水资源的定义僵化为固定不变的术语，从而丧失定义的前瞻性和涵摄性，故而对水资源进行界定还应当关注其“动态”的特征。换句话说，理想的定义是既能够服从目前科学技术发展的一般水平，使定义符合社会实际，具有可操作性；又能兼顾今后新技术和人类开发利用水资源的新能力。事实上，《水法》第24条也明确规定，在水资源短缺的地区，国家鼓励对雨水和微咸水的收集、开发、利用和对海水的淡化和利用。因此，在上述定义中最后预留了一个弹性条款“其他人类可以控制、利用的水资源”。

## （二）水资源的主要特征

### 1. 稀缺性

水资源的稀缺性有一个时间和范围的问题，在一定时期的

〔1〕 裴丽萍：《可交易水权研究》，中国社会科学出版社2008年版，第5页。