

你的位置: [首页](#) >> [理论前沿](#) >> [专题: 百家争鸣](#) >> [论中国水权交易及其制度变迁](#)

论中国水权交易及其制度变迁

作者: 肖国兴 点击量: 1115 发布日期: 2004-3-26

(中国海洋大学法学院 肖国兴)

内容摘要: 中国水权交易从理论变为现实,特别是成为富有绩效的制度安排,必须有效安排政府管制,更要激发广大用户的投资热情。用户资本性投资的有效实现是评价中国水权交易及政府管制制度绩效的决定性函数。

关键词: 水权交易 用户投资 政府管制

历经15年的制度变迁,中国水权制度正在发生向市场趋动的制度演进[1]。《水法》从制订到修订,中国水权制度从确立到创新已经有了明显的进步,着实可能实现水资源安全或公平分配,甚至朝有效率供给迈进。然而,中国水权交易制度尚处于建设或培育期,预期的制度绩效并没有显现出来。目前中国水权交易制度停留在“管理的交易”,而不是“买卖的交易”,制度交易的主角是政府,而不是用户。变政府交易为用户交易将成为中国今后水权交易制度绩效大于制度成本的关键。

本文采用“SSP”范式[2],从水资源基本属性出发对中国水权交易及其变迁进行制度分析,力图使已经发生在中国的水权交易制度有实质性的进展。

一、水资源的双重视角:从公水到私水

无论如何理解水权,水资源及其利益作为水权标的而存在都是客观的。[3]生命的孕育和延续,社会的存在和变迁,经济的增长和发展都必须以水资源作为物质基础。一切离不开水,没有水的世界是恐怖和死亡的世界。只因为此水资源具有明显的公共性和经济性。水资源是人类生存的必需品,同时自然赋存于江河、湖泊等地表容易为人采集,即使是地下水也不难采集,这就决定了水资源的消费容易表现出非排他性、非竞争性和免费性。虽然水利常在,水害偶发,水资源却是典型的正外部性公共物品。然而,我们并没有善待给自己带来一切的水。我们对水的消费经常是肆无忌惮,“人类消耗水,泼去水,污染水,浪费水,不停地改变水循环,无视其后果:人太多,水太少,不该有水的地方有水,不该多水的地方多水,人口在迅速增长,但水需求的增加速度要快一倍。”以致于从亚洲、非洲到欧洲,甚至北美洲都存在河川断流、沼泽干涸、干旱肆虐、水位下沉,“无论你把目光转向哪里,到处都见到水供给发生危机的迹象。”近现代水事纠纷不断发生,大到国家之间,小到地区之间或用户之间。无怪乎有人警告:“21世纪的战争将是为了水。”[4]问题是人们在充分享受水资源公共性的同时,并不曾计较水的经济性。正如亚当·斯密所言:“水是维持生命所必不可少的,却又不值分文,而钻石对维持生命毫无用处,却又价值连城。”在中国甚至根本排斥水资源的经济性。水资源经济性的核心是水资源的价值属性。在中国水资源价值同其他自然资源价值一样,长期得不到承认,无论是政府还是用户关注的是水量如何分配及其如何满足需求。[5]水资源的自然径流和政府的行政手段如调水等成为水供给的基本方式。中国政府曾承认“水资源的持续利用是所有自然资源保护与可持续利用中最重要的一个问题”,并向世界宣布,“建立完善自然资源产权制度”,“建立各种自然资源的实物账户和价值量账户”实行自然资源有偿开发利用及产权交易。近10年过去了,《水法》才做出回应,可操作性制度还远远没有到位。[6]从制度分析的角度看,经济价值理念的提高或创

新往往是制度创新的先导。中国安排水权交易可操作性制度时应当给水资源经济性表现以较多的空间，否则制度就可能留有较多的缺陷。

实际上水资源的公共性与经济性是可以兼容的。世界环发大会为此曾达成共识：“水是生态系统的组成部分，水是一种自然资源，也是一种社会经济商品，水资源的数量和质量决定了它的使用性质。”“在开发和利用水资源时，必须优先满足基本需要和保护生态系统。但是，超出这些要求时，就应该向用户适当收费。”有关水资源的国际会议也一贯倡导采用适当收费、合理定价等经济刺激手段管理水资源，有效率开发利用水资源。“因为水是有限的宝贵的资源，而且它的开发需要高额投资，所以对它的利用必须是有效的并且达到国家收益最大可能的水平。制定有效的法律以促进水和水有关的生态系统有效的合理的利用和保护。”“达到财力上和环境上可持续性，更有成效和更有效率的提供水服务……为以高效、公平和可持续方式满足各种用户的需要……”“水在其各种用途里具有经济价值，应作为商品对待。过去，未能认识到水的经济价值，导致了水资源的浪费和环境危害。把水作为商品来管理，是达到有效和平地用水的一条重要手段，也是鼓励水资源保护的一条重要手段。”“以众多激烈竞争中的用户最有效地分配水资源。”“赋予水以价值。”“应实现水资源优化配置……最大限度地提高水的利用效率，提高经济效益。”[7]虽然从理论上讲，水资源的公共性无论是作为公共享受、公共服务，还是作为生物圈中的水圈，追逐的只是水资源供给的安全、平等与公平。而水资源经济性所追逐的是价值与效率。“价值就是交换价值”，“效率是从一个给定投入量中获得较大的产出，所谓‘多多益善’”“我们无法在保留市场效率这块蛋糕的同时平等地分享它”，显然只有在水资源市场上才能找到水资源价值与效率的感觉。水资源的公共性表明水资源是消费机会均等的物品，水资源的经济性则表明水资源是通过竞争消费的物品。二者在消费机会的取得上明显存在矛盾与冲突。从水资源作为物的本质属性看，水资源的公共性是不容置疑的，问题是当水资源短缺，不可能无限满足公共需要，有效率开发利用已经成为延长或合理满足公共需要的当务之急时，水资源的经济性必然显现出来。有关国家用水实践已经证明，有效率开发利用水资源不仅可以避免水资源消费中的“公地悲剧”，延长水资源的服务年限，对水资源供给与分配也能有积极的效果。经济性可以弥补公共性的不足，刺激公共性的实现。虽然公共性是第一位的，水资源以公共性为主，以经济性为辅，但经济性绝不是可有可无，有时甚至可能成为满足公共性的基础或前提。如果承认可持续发展是兼采公平与效率的发展，则水资源的公共性与经济性均不可偏废。中国水资源供给长期否认经济性，以至于严重妨碍了公共性的满足，中国水权交易正是在这样的背景下由政府组织出台并实施的法律制度。从这个意义上说，在中国现阶段强调水资源的经济性远比强调水资源的公共性更为重要。

如果说价值与效率追逐是水资源经济性的表现方式，则公水与私水的界定则是水资源经济性的社会基础，具体讲是法律基础。[8]笔者认为，根据水资源的不同用途，一个国家的水资源分成公水与私水，不仅有利于形成水资源市场，为实现水资源价值与效率供给提供基础，更有利于水事管制，为实现水资源安全与公平供给提供空间。当然，由于经济增长与社会发展同水资源的消费成正比，决定了水资源从公水到私水的界定及其制度安排总是伴随着水资源的从丰裕到短缺过程来实现的。

人类社会早期只有公水的理念，后来才逐步发展到公水与私水并存的理念。如罗马法早期把空气、流水、海洋和海滨确定为共用物，把公共河流（在罗马法上系指一切永久性河流）、河岸、港口、公共道路等确定为公有物[9]，都作为非交易物。以后又将河流分为公水和私水，“有些河流是公有的，另一些则不是。”[10]法国也是公水与私水并存。拿破仑民法典也同样把可航行或排放的河流、海岸、海滩、港口、小港口、碇泊场同道路、公路、街道等一道作为公物，即“法国领土中不计作私物的部分。”由于公物均不得介入私人交易，公物不可转让，甚至不受时效约束的特征也油然而生。[11]公水之外才是私水。即使是单一实行公水的国家也不排斥安排私水管理。如日本《水法》把河川、海岸等提供公共之用的物确定为公用物，并把它与公用物区别开来的同时，[12]又将河流、湖泊分成不同的等级进行不同的管理，还规定了经许可用水权可以交易[13]。

水资源作为自然公物—公水最开始是在自发诱致习惯下认可的，“自然公物是自然生成能提供公众使用的

物体，例如河川、港湾等。自然公物的公共使用的设定，一般不需要特定行为，只要这个物体事实上处于能提供公众使用状态，行政主体听任公众使用时就已构成公物，人们往往因此认为自然公物的成立完全由事实状态决定，不需要公共使用的设定。实际上这是一种默示的或事实的公共使用的设定，不是没有公共使用的设定。”[14]以后才是由法律规定下来的。保证和维护水资源的公共性往往是法律对水资源制度安排的出发点。如一般《水法》宣言都包括：水资源为国家所有或全体人民所有；保护水资源的自然循环与平衡，保护水环境与质量；合理开发利用水资源，保证水资源的永续利用，防止水害；保证公平分配水资源利益，维护所有用水户利益，提高公众社会福利。[15]当然即使是公水，法律也采用不同的管理制度，如日本除了《河川法》规定的一级河川、二级河川，实际上还有法定外自然公物，包括援引《河川法》的河川、普通河川。又如法国除了法定和政府命令确定的公水外，还有其它公共河流。法律往往安排不同的政府机构并配置有差别的权利。

从有关国家水权的历史变迁看，促成水资源从公水到私水变迁的原因有两个。其一，水资源本身的稀缺。从自然经济进入商品经济，水资源的消费日渐增多，水资源的量已经从丰沛变得稀缺起来，为了缓解需求与供给之间的矛盾，在水量不充沛的地方，部分公水率先成为私水。其二，公共用途的消失。当然公共用途的消失可能来自于不同的事实。自然事实如“对于所有流动和静止的水体，村社有权优先使用，此等水体应由有权机关控制和保护；当水体被贮积在人工水库、水塘或蓄水池中，不再自然流动时，可成为私人财产。”[16]法律事实如“水道、湖泊和地下储集的水体，应被视为构成公共财产的一部分。”“构成公共财产之一的财产不得让与，除非它被宣布不再构成公共财产之一部。”[17]在法国内陆河川湖泊1910年以前是根据是否可以通航或放状况决定其是否为公物，而其后以政府命令是决定否为公物，现在法国内河公物包括可以通航或放排的河川、湖泊和运河；由政府咨询最高法院后命令规定的河川、湖泊和运河；为保证航行、农业、工业、居民用水以及防洪等目的，经政府指定的河川、湖泊等，属于公物的河川包括支流、河底、满水时的河岸和堤岸、湖底、通盘河川的码头、港口、水闸等。私水是公水以外的商业水域，以土地所有人和其他土地权利人的地表水如死水、雨水和融雪形成的水源和地下水为存在的基本形态，其他私水范围则以公水界定的变动而定。[18]

在法律上将水资源界定为公水和私水意义的实质不在于究竟是公共使用，还是私人使用，而在于水资源利益的重新分配，特别是水资源有效率分配。因为私水意味着这部分水资源的消费具有排他性、竞争性和付费性，其利益回报具有专有性。这样任何私水用户都可能进行相应的生产性投资，用以维护水资源的再生，并使之向有效率的方面使用或消费。如“井、泉或水流没有被所有人利用，或未充分发挥经济效益时，为饮用、水力或为其他公共利益的目的，得以支付相当的赔偿金，请求所有人转让其所有权。”[19]对公水，用户并没有这种热情，非但没有投资动机，还经常会滋生搭便车或机会主义思想，甚至经常怀有掠夺心态。即使是在生活消费的情况下也是如此，如平时所见的“水笼头哗哗”现象就是这样。

将水资源界定为公水和私水，分别适用不同的法律或政策，既是保证公众利益的需要，也是保证水资源有效率开发利用的需要。当然公水的范围与私水的范围则是各国根据本国水资源实际蕴藏量及消费量等来确定的。必须指出的是公水的存在对一国保证水资源安全公平分配是必须的，而私水的存在为水资源的市场化供给奠定了基础，是水资源追逐价值与效率的物质前提，它为日后进行的公水产权制度改革提供了选择的方向。

从法律安排看，中国水资源没有私水，都是公水。特别是中国长期实行计划经济，法律禁止水资源交易，这在客观上已经摒弃了水资源市场供给的机会。然而实际上公水的地下交易从未停止过，只是以水资源的巨额浪费为代价，并交付了更高的社会成本。水资源的价值与效率本是一个市场概念，公水是以排斥市场为特征的，因此从理论上讲，公水本身同追逐价值与效率是相悖的。国际组织提出实现水资源的效率供给是针对私水，至少是公水的私水化经营而言的。在不改变中国现行水资源管理体制及公水界定的范围内，特别是不以私水为物质载体的条件下，即在无水资源市场的前提下，构建水权市场是不现实的。反之，突破现行体制，选择一定的政治与经济标准，安排公水与私水，至少将公水划出不同的等级或类别，明确

公水私水化经营的范围, 既为私人生产性投资的进入, 形成合理的复合型水资源产权结构, 从而为水资源市场奠定水权交易基础; 也为提高公水制度效率, 降低水管理成本, 减轻政府压力, 以及公水私水化经营提供市场基础, 并最终奠定水资源公共性实现的物质基础, 不仅是必要的, 也是可行的。

二、水权的双重身份: 从公共产权到私人产权

水资源无论是作为公水, 还是作为私水, 都以满足人们的消费需要为其存在的必要, 这就决定公水和私水都可能是产权的标的。从形式上看, 只是公水上设立公共产权, 而私水上设立私人产权罢了。然而从产权的实质内容看, 产权是所有权人之间的交易关系, 产权是为交易而存在的, 并以交易成本评价其制度绩效的。“产权是一种社会契约, 它的意义产生于这样的事实, 即它有助于形成一个人在同他人交易中能理性地把握的那些预期。这些预期在法律、习俗和社会惯例中得到实现。”可见产权无论是作为强制性制度, 还是作为诱致性制度安排, 产权主体追逐价值和效率最大化活动始终是产权的基本内容, 这正是产权为什么总是与交易有关的基本原因。产权是交易的产权, 交易是产权的交易。产权与交易就是形式与内容的关系, 离开了产权谈交易, 或离开了交易谈产权都是毫无意义的。产权因其选择或安排的理性程度存在差异, 与价值和效率或成正比, 或成反比, 但总是价值与效率的晴雨表。私人产权就是交易产权, 它是用户投资者博弈与竞争的动力源泉和比赛规则。而公共产权与交易是相悖的。公共产权是一个社会总体利益的表现, 追逐得是安全、公平, 它往往与政治相连相关, 也因此对价值和效率有一定影响。“一个社会规定的产权形式和种类可以界定或标识表现这个社会的性质特征的竞争、区分和行为的种类。”从理论上讲, 一个国家的产权结构往往是公共产权与私人产权有机构成的。在包括水资源在内的自然资源产权结构上也是如此, “在资源的国家所有或私人所有的概念上, 存在若干模糊之处, 因为与资源相联系的一组产权是不可分的……资源某些使用的某些权利可以由国家所有, 另一些由私人所有。”“私人所有权意味着社会承认所有者的权利, 并拒绝其他人行使该权利。国家所有权则意味着, 国家可以在权利的使用中排除任何个人因素, 而按政治程序来使用国有财产。”公共产权与私人产权都是排他性支配力, 支配的方向却可能大不一样。私人产权的支配动机经常是单纯的价值和效率, 而公共产权支配经常是满足政治的需要。只有在政治需要与价值和效率相兼容或相一致时, 公共产权与私人产权才会形成共同的支配合力。公共产权与私人产权的性质与效力的差异决定了私人产权价值和效率能否实现往往取决于公共产权的作用。如同一个国家的水资源构成中公水为主一样, 在水资源的产权结构中同样以公共产权为主。这就决定了一个国家水资源产权结构的价值和效率的实现, 最终有赖于公共产权的合理选择与安排。

水资源公共产权首先是公水上的所有权, 其主体必然是公共权力机构国家, 无论是政府代表, 还是政府机构代表, 或是公共托管。问题在于必须保证大部分水资源即公水的公共所有权。[20]公水是行政主体的财产, 主体只能是行政主体, 而不能是私人。公水所有权是水资源公共产权的“元制度”, 其为行政主体最大化地支配水资源, 从而为水资源的保护、利用及其管理奠定基础。同时也为水资源的平等和公平分配创造了前提, “在法律法规的框架范围内, 和其他已确定的权利一样, 用水的权利属于所有人。”[21]必须说明的是, 公水所有权绝不是私人产权[22], 而是公法上的产权, 是一种行政权力。“如果说公物是所有权标的, 那么这种所有权, 尽管具有财产属性, 却不得保留私物的全部特点。这是一种必须依赖于国家力量的行政所有权, 它的特点是由事物的公共用途决定的, 使得行政主体有义务将其保管并用于公用。因此, 只有从公共利益的最高要素出发的情况下, 才可以改变其设定的用途”这种权力要求较严的法律管束。特别是可能对水资源的价值和效率造成影响。“在不存在排他性产权的情况下, 往往存在公共产权或开放产权, ”“其所有权一般不健全或根本就不存在……最主要的问题在于此类资产的产权不明, 资源的开发利用者难以得到预期投资回报”“特别是缺乏制度规范的情况下, 经常发生对这类资源的掠夺性利用”。因此, 在全世界的范围内, 提高公共产权效率成为包括自然资源法在内的所有公有财产法律理论研究的课题。一个可行的方法是在不改变公水性质和保证水公共性的前提下, 对部分水资源公共产权实施私人产权化管理, 即在部分公水所有权上设立私人产权, 从而为公水的价值和效率经营创造制度根据。其实只要消费不用独占, 法律规定兼容, 即使是公水也未必不能设立私人产权。公水的公共性本身并不排斥为公众和客户服务。但是必须明确的是在公水所有权之上设定的私人产权如用水权、取水权等, 并不是严格

意义上的私人产权，实际上是经过限定以后的公共产权。根据权利混同的理论，尽管用水权、取水权的主体已经不是行政主体，且有一定的交易空间，但毕竟是根据公共所有权主体，即行政主体许可或委授的权利，而且受到较为严格的行政管束。实际上从罗马法开始就已经在公水上确定了私人水权。尽管罗马法把水资源确定为共用物或公有物，同时在地役权中规定了用水权(iura aquarum)，用水权中包括引水权(aquae ductus)、汲水权(aquae haustus)、饮畜权(adpulsus)这类权利的性质是有待于讨论的。有人认为，“行政所有权与一般所有权存在着很大差别，同样，如果它介入了私人商业活动，它也就不再属于行政生活的范畴了。”如此，在公水之上设定私水产权也是可以成立的。从公水所有权效率较低的状况看，在保证水资源公共性的前提下，在一定的区块、流域，特别是在缺水少水的地方，划出部分公水为私水，其上设立私人产权是可行的。欧盟采用多种形式使私人产权参与公水的经营，如特许、租赁、承包、服务、公私合营、完全私有化等的方式进行投资。据研究，私人产权参与公水经营有明显优越性：更有效、经济提供供水和卫生服务；有利于增加投资；减少行政负担；享受商业公司的技术服务；强调自然资源价值。必须指出，这类水权根本不可能按先占原则取得。

私人水权一般是依附于土地所有权来确定的，同时，附加了较多的相邻义务，环境保护义务等[23]。它的存在不仅保证了人民生活之必需，满足了一般商业用水的需要，也对提高公水产权效率具有很大的作用。可以讲私人水权是公水产权改革的希望之所在。只因为如此，有人认为“一部水法的首要任务是要授予政府或其指定的部门有足够的权力行使水资源的勘查、使用、控制、保护和管理；同时应规定，保护个体水资源使用者取水、用水的权利。”这类水权是根据占有土地确认取得，有可能因先占土地而占有水权。

中国实行公共水权制度50余年，在法律上，水资源的国家所有权一统天下，集体所有权局限于池塘、水库，甚至容不得这个“公有制在法律上的表现”的存在[24]，更容不得私人水权的存在。《水法》

(1988)规定的取水权因其无期免费，充其量是公共水权的一种形式。在土地使用权出让制度的拉动下，其他自然资源产权进行资产化管理的时候，整个水行业却稳如泰山，成为中国自然资源产业中政府控制最牢的行业。以致于中国水权制度的改革开始起步的时候，相关自然资源行业如土地、矿业等已经取得明显的经济绩效。当然，中国水权制度的改革的理论准备取得了令人瞩目的成果，特别是《水法》修订(2002)的出台，安排出有偿付费的取水权制度，为调动用户投资带来了机会，有可能改变中国水权单一的公共水权结构，从而为私水和私人产权的出笼打开了一扇窗户，让人们看到了一缕水权市场的曙光。

从理论上讲，公共水权对私人水权的关系必然会经过“排斥—无奈—兼容”的过程。“排斥”说明公共水权决定的公共选择与私人水权决定的私人选择总是存在冲突与矛盾，需要政府进行水权交易的协调。“无奈”说明基于公共水权的“三纲五常”式的政治说教并不能说服基于私人水权人们内心存在的利益最大化冲动，为了提高公共水权的效率不如因势利导地在公共水权之上承认和设定私人水权。“兼容”说明，公共水权代表的公共利益包含了私人水权代表的私人利益。无论公共水权与私人水权在权利的目标值上有多么大的差别，法律在安排公共水权与私人水权时，必须考虑到使社会成本与私人成本相趋近。这就为法律选择较为合理的水权制度结构奠定了基础。中国水权渐进改革历史进程也摆脱不了这个水权变迁的轨迹。

从中国水权变迁进程来看，中国水权交易的结构与类型包括：私人水权交易，这是发生于私水范畴内的交易，包括各种涉及水的权利的交易，如引水权、汲水权、蓄水权、排水权等传统役权交易，以及私水所有权等交易。公共水权上的私人水权交易，这是基于公共水权设定的私人水权交易，如用水权、取水权等水权交易的交易。这些交易一般是在行政规范框定的范围内进行的，从其未来发展趋势来看，如果追求交易的效率，必须从“管理交易”向“买卖交易”渐进。公共水权的其他交易，这是基于公共水权上的私人水权类似于用水权的交易。水属性的复杂性决定了有关水权交易的复杂结构与类型，中国在保有公共水权的基础上进行制度创新必然会出现较多的类似于水权的交易形态。

三、水消费的双重方式：从许可取水到交易用水

用水权和取水权是以公水产权的行政限制为条件而形成的用户水权，从权利主体、权利内容、权利变动来看可以算是一种私人水权。因此，较公共水权具有明显的价值和效率的追逐倾向。但是，国外用水权较中国取水权制度权利内容更为丰富：“用水包括取水存水、可能导致河流流量减少的活动、排污和污水处理措施、受控制的活动（严重影响水质的活动）、改变河道、因某些目地而排除地下水，以及旅游等。”

[25]权利交易自由度更大：“水主管机构可以应某人的请求而授权给他以灌溉用水权，并允许他按水主管机构确定的条件，将该项用水的一部或全部暂时地转让给用于另一不同的使用目的，或将该项用水的一部或全部转让给相同或相似目的的一个邻近地区另一处地产上使用。”[26]中国取水权制度从无偿、无期和禁止转让，到有偿、有期和用量转让，[27]已经有了实质的进步，但是权利的内容实在包含的太少，取水仅仅是用水的一个方面，虽然也可以作扩大解释，但是如果能与国外通行的水制度接轨，为什么非要独树一帜呢？

取水权是设立在公水基础上的私人水权，法律对其附加较多的行政义务，也是可以理解的，问题是其一旦设立，水权人就应当有对抗第三人的效力，并且有较为自由的权利空间。令人不安的是，中国现行自然资源产权制度的具体操作方案几乎都是政府通过行政规范安排的，虽然有法律授权，并有准物权理论的支撑[28]，但其产权交易都是在既定的行政规范内进行的，都是政府意愿的表现。政府就像如来佛，私人投资者纵然有天大的投资热情，也只能作罢。不能不说，包括水权交易在内的中国自然资源产权交易只有成为法律安排才会有实质性变迁。

水资源的有效率的消费一般通过两种路径实现：一是节约用水。二是交易用水。后一种路径是关键，只是在中国水权交易并没有变为现实。尽管在中国已经有诸如农民承包水工程为筹集水工程款项而进行的交易，浙江东阳一义乌地方政府之间进行的“管理的交易”，都不能表明，中国水权已进入了“买卖的交易”，特别是后者根本谈不上是产权交易。其交易的标的是行政财产，其交易的结果是以行政契约的方式协调了政府或地方冲突与利益。特别是作为交易标的水资源的权属界限不明。水权交易是私人投资的诱致性交易，不是政府之间的强制性交易。实际上从水利部组织水权交易与水市场的讨论以来，有关水权制度的选择还是个理论，即使有前述现象的发生，也充其量是个“理论试错”过程。

从中国水权发育的进程来看，在中国公共水权的出路在于从许可取水到许可用水，再从许可用水到交易用水。首先，要使公共水权之上的私人水权有较丰富的支配内容，不仅拥有一定水资源用量供其消费，也能从水资源的使用中找到最大化的其他途径，从而使私人水权有较大的投资空间。其次，要逐步使私人水权有较大的独立性，权利的取得从行政许可到行政登记，权利的变更从行政变更到契约变更，权利的行使从行政约束到法律或契约约束。总之，要给水权人较宽松的自由，从而最大限度地激发水权人的投资热情。

四、水权管理的双重品格：从水资源配置到水事管制

建立健全中国的水权市场是中国水资源有效率供给的基本前提。由于中国没有公水与私水之分，加上传统计划经济体制的作用，政府已经太习惯于配置水资源，其中设租寻租的乐趣自不必说，以致于严重限制了中国水权市场的发育和生成。中国取水权制度历经15年的变迁才从公共产权发展到私人产权本身就已经表明政府配置退出的艰辛。取水权在某种意义上分享或分割了政府配置水资源的权力，是用户利益和市场要求之所在，因而此项制度的进入与政府的退出有直接的联系。有意思的是中国水权市场远未形成，政府非但没有意识到自己的责任，反而迫不及待地玩起水权交易的游戏[29]。在政府看来，原来水权交易和水权市场形成如此容易，只要自己既当裁判员（管理者），又当运动员（投资者）就行。水权交易悄然被行政交易替代，政府为自己再次成功扮演主角不亦乐乎。然而，这种政府交易又一次妨碍了私人投资的进入，拖延了中国水权交易制度变迁的进程。中国取水权制度到现在没有一个完整可操作的方案，也再次说明了政府退出的困难。如果把取水权制度的建立作为对中国现行政府配置水资源制度的创新，那么，这种制度创新肯定是非帕累托改变，在这种市场化改革的过程中失去利益的肯定是政府。因此政府在制度选择上“三步一回头”也是可以理解的。问题是政府应当有宽广的胸襟，坦然面对扑面而来的市场经济的大

潮。当然水资源或水权市场的建立，并不是要排斥政府，只是政府在退出资源配置后，可以对水事进行管制。这是因为“许多环境资源具有公共物品的属性。但即使公共物品能够产生正的净效益，现存市场提供或保全公共物品的可能性也是极低的，结果是从社会效率的角度看完全的市场经济所提供的数量非常低。另外，即使是在一个充分发展的私有市场中，公共物品的市场供给仍然可能是无效率的；而且这种假设本身的可能性也非常小。结论就是必须有政府的干预才可能提高效率。”政府水事管制首要任务是为私人水权交易鸣锣开道，保驾护航。根据中国从计划经济进入市场经济的现实，在水权交易之初，对私人水权制度造成危害的可能首先是政府，政府必须善待私人水权，并为其提供支持，并对这种产权的培育无疑是至关重要的。“如果在效率的基础上一种制度安排能够使提供具有正效益的公共事物或产生正的外部性的供给者得到适当的补偿，那么这种制度安排是值得尝试的，因为这些正效益或正的外部性无法在市场交易中自动反映。”除此之外，政府可以做的还很多。根据有关国家水法的规定，政府的水权管制工作还包括：私人水权的许可或登记，取水权或用水权市场准入和退出的管理是政府对私人水权交易的初始安排，政府对私人水权的效率负责，要将水权授予讲诚信和资信状况好的用户。水权交易规则的制定与维护，政府要依据法律水权交易规则确定相应细则，并依法公平有效率的充当裁判员。有关现场监督检查，政府有权进入用水现场进行办公，主要是监督其取水或用水是否符合许可或登记的有关项目如用途、用量等。水质与水环境管理，监督水权人必须保护水环境，以防止污染，保证水的可再生性。水工程管理，主要是执行有关标准，确保水权人工程质量与安全。解决水事纠纷，协调特定地域或流域的水事关系，避免或调解纠纷等。[30]征收水费和水资源费管理等。必须申明的是，政府水权管制的效率表现为水权交易的效率，即交易成本的降低或较低。而不是表现为政府行政成本的降低或较低。政府不在大小，关键在于有效，一个有效率的政府必然是给产权带来较低交易成本的政府。如果政府靠自己投资进行水权交易，如同企业投资炒作自己股票一样，不是投机就是违规。

五、水工程的双重价值：从公共工程到投资资本

纳入法律规范客体的水资源表现为有形物，然而，这种有形物却是循环流动或经常变动的，这就增加了法律规范和制度安排的难度[31]。作为法律客体当然是确定的，而不是抽象的。水资源的确定在于通过其赋存空间以及径流的过程与时间的确定。在现代经济社会，实际上已经不存在完全的自然原始状态下的水资源圈。水工程已经是与河床、河岸、河底或湖岸、湖边紧密结合在一起的物品，如河堤、大坝、围堰、水库、管道，甚至码头、港口、水闸等等。水资源的赋存始终与水工程相连，任何一个水权主体，特别是从事商事活动的水权用户都会进行相应的投资，从而形成一定的作为不动产的水工程。根据国外的经验，用水权的期限一般是30年到40年，因而水权人投资额不仅会巨大，投资期限也会很长，无论是其作为供水者，还是作为输水者，或者作为灌溉者都需要有自己的水工程，即是没有自己的水工程，也会通过其他方式拥有自己的水工程。从某种程度上讲，水工程是水权行使的过程，也是水权行使的结果。用户既然拥有了水权，当然或者必须要投资建设水工程，不仅如此还要承担起保护河道等治水的义务。[32]水工程与水权不应当是分离的，否则就会出现中国传统中的“治水河工”[33]中国现行的水工程大多是各级政府投资兴建的公共工程。各级政府都有专门的队伍如河务局，实际上也是“治水河工”，只不过是官办的。每年用预算拨款，进行工程建设，年复一年，日复一日。[34]水工程是在计划经济体制下是政府工程，严重存在着经营机制不活，水利工程运行管理和维修养护经费不足，不仅导致大量水利工程得不到正常的维修养护，效益严重衰减，而且对国民经济和人民生命财产安全带来极大的隐患。国家或政府每年向水工程投资几百亿元，而中国每年因水资源发生的洪涝灾害造成的损害也有几百亿元，国家或政府投资收效甚微，充其量是将灾害损失降到最低。国家或政府忍辱负重，甚至不堪负重，亟待私人投资，中国实行单一的公水制又实际限制了其他投资，以至于政府水工程管理体制的措施依旧局限在行政管理的范畴内，[35]根本没有触及水工程最核心的投资体制，特别是在中国已经开始安排水权交易的条件下，如果不把水工程与水权人利益联系起来，水工程国家投资兴建[36]，而由水权人使用，既不符合“谁投资，谁受益”原则，也不会受到水权人欢迎，一个重要原因是水工程是政府的，水权人会感到水权不稳定，同时，政府也不会白让水权人受用，特别是政府还会派出自己的“治水河工”进行工程建造与维护，可能无法保证水工程的质量，无法抵御水权存续期间可能遇到的各种风险，还会增加水权人的投资成本。同时，如果水工程是政府投

资，水权人非但缺少责任感，还会造成水工程的损坏，减少其服务年限。反之，水工程是水权人的投资标的，权利存续期间可以经营，权利消灭也可以转让。可以借鉴国外的经验，根据水功能和对现有河流对水工程进行分类，作为基础设施的国家大型水利工程当然是由政府投资，实行国有国营。这类工程不仅涉及到巨额投资，水权人拿不出手，还涉及到国家水资源平衡及水利布局，政府有义务进行此类投资。重要水利工程实行国有民营或合资经营。水工程与水权相连，只能是指设立水权的水域或空间。从近年来公共工程民营化的趋势来看，水工程由水权人或公共组织委托的其他人经营与管理也是可行的。“根据基础设施和机构能力的不同，私人企业介入的[37]模式也不同。但对于大多数发展中国家来说，完全私有化不太可行，需要建立完善的法律法规体系，并且能实施有力，符合公众利益。”大部分一般性水工程，即水权人实施水权的操作性工程则完全实行资本投资。

综上所述，随着取水权制度的安排和实施，中国水权交易既将成为现实，自然资源产权制度创新也将进一步启动，当向自然资源投资也成为人们赚钱的有效路径时，法律的制度安排才算到位。

本文写作中曾与徐祥民老师及李启家、董黎光、朱春玉、兰庆洲、陈冬诸君交流切磋，得到启示多多，表示感谢。

注 释：

[1]尽管中国《宪法》（1954、1975、1978、1982）和《民法通则》（1986）分别规定了国家水资源所有权制度，但中国可操作性的水权制度却是从二十世纪八十年代末开始的。中国《水法》（1988）规定了水资源所有权、取水权等水权制度，《水法》修订（2002）又进一步确立了取水权和水资源有偿使用制度。

[2]从制度影响论出发，斯密德1987年提出的制度分析范式包括“状态—结构—绩效”内容。

[3]在中国有关水权概念的界定已经影响到水权制度安排。代表性观点如“水权包括水的所有权、使用权、经营权、转让权等。”（汪恕诚，2001），显然是以水资源为客体的。另一种观点，“水权，系水资源所有权中派生，分享了后者中的使用权与收益权而形成的物权，准确地说，是准物权。”将汲水权、引水权等作为水权的“审视与概括的对象。”这大种观点即使主张“水权人行使水权，便得到水所有权，”（崔建远，2002），也没有否认水资源作为客体的必然性。

[4]世界银行副总裁兼世界水资源委员会主席伊斯·梅尔塞拉格尔语。

[5]在政府的努力下，中华民族“母亲河”黄河50余年岁岁安澜，然而，从1972年到现在几乎年年断流，且一年比一年重，为此以“加强对黄河水资源统一管理”为主题，1998年163位院士曾发出的“行动起来，救救黄河”的呼唤。

[6]随着《水法》修订案（2002）的颁布并实施，取水权继土地使用权、矿业权、林权、海域使用权之后，成为中国第五个进入交易的自然资源产权。有关具体实施办法至今没有出台。

[7]参见1977年联合国会议《马德普拉塔行动计划》“用水和效率”，1991年国际水利部门能力建设会议《代尔夫特宣言》附录，1992年国际水与环境会议《关于水和持续发展的都柏林宣言》“指导原则”，1996年《北京宣言》，2000年海牙世界部长级会议宣言《21世纪水安全》“主要挑战”，2000年《天津宣言》“会议呼吁”。

[8]法律上有“公物”“私物”之分，“公产”“私产”之分，考虑到表述明确，且有台湾学者如林柏璋

《台湾水权及其法律性质之探讨》所用，笔者采用了“公水”“私水”的概念。

[9] “‘共用物’是那些被认为不易由个人获得或实行经济管理的物品；因而它们不是由法来调整，而是放任大家使用，”“‘公有物’就其自身而言是易获取的和易对其实行经济管理的，但是出于公共福利的目的，它们被实证法保留给公民普遍使用。” [意]彼得罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社1992年出版，第186页到187页。“D. 1, 8, 2, 1马尔西安：《法学阶梯》第3卷‘的确，根据自然法（Jus naturalis），空气、流水、大海及海滨的共用物。’”“D. 1, 8, 4, 1马尔西安：《法学阶梯》第3卷‘但是港口及几乎所有的河流都是公有物（res publicae）’”转引 [意]自桑德·罗斯契巴尼：《物与物权》，范怀俊译，中国政法大学出版社1999年出版，第8页，第15页。

[10] “D. 43, 12, 1, 4乌里比安：《论告示》第68卷 ‘有些河流是公有的，另一些则不是。卡西将公有河流定义为河水终年流淌的河流。杰尔苏也赞同卡西这个定义，似乎是可以采纳的。’” 转引 [意]自桑德·罗斯契巴尼：《物与物权》，范怀俊译，中国政法大学出版社1999年出版，第16页。

[11] 参见《法国民法典》第537条、第538条、第1598条、第2226条，据此有人将公物附属的二个性质概括为“不可转让性”和“不受时效约束性”。台湾学者李惠宗则将公物特征概括为：融通性之限制、强制执行之限制、取得时效之限制、公物征用之限制。

[12] 盐野宏认为，“公用物，是直接提供于国家政府机关和地方团体政府机关使用的物，大藏省及县政府的建筑物及其占地，即是公用物。”

[13] 参见日本《河川法》第34条之规定。

[14] 李惠宗认为，这种依习惯而取得的公物产权未必有绝对的排他性，“在不妨碍其目的的范围内，自无禁止他人使用公水之权利”。

[15] 参见《法国水法》第1条第1款、《以色列水法》第1条、《南非水法》序言、《日本水法》第1条、《西班牙水法》前言。

[16] 《埃塞俄比亚民法典》第1228条、第1229条。

[17] 《埃塞俄比亚民法典》第1447条、第1454条。

[18] 笔者根据盛洪先生“一般水权”的理论，认为生活用水、公共用水等个别用水不需要水权，因而这类用水不包括在公水或私水之内。实际上国外立法例也有佐证，如美国俄勒冈州水法规定，地表水的豁免用水权包括：自然泉水、牲畜饮水、鲑鱼、救火、森林管理、土地管理实践、雨水。地下水的豁免用水权：牲畜饮水、草坪和非商业花园浇水、个别人或集体的生活用水、个别的行业或商业目的用水、向下孔的热交换用水、浇水。享有豁免用水权的用水只允许用于有益的目的，不能浪费。

[19] 《瑞士民法典》第711条第1款。

[20] 如《日本河川法》第2条把“河川的水资源不得据为私有”作为河川管理原则规定下来。

[21] 《法国水法》第1条第2款。

[22] 中国民法学界不采纳行政财产权的提法，当然也不会接纳公共产权的提法。

[23] 《法国民法典》第642条规定“在土地上拥有水源的人，得按照自己的意愿，在其不动产的范围内，

并为其不动产的需要使用其水源。如低地所有人，在水源喷出之土地上，为水的利用或在其所有权范围内之流通方便而修成地面工程或永久性工程，已逾30年时，水源所有人不得再使用其水源以损害低地所有人。水源所有人亦不得以切断市镇、乡村或村庄居民所必需用水的方式使用其水源；但是如上述居民未取得或按时效取得使用权，水源所有人得请求赔偿，该项赔偿由鉴定人规定。”

[24] 中国《水法》（2002）第3条规定：“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，归各该农村集体经济组织使用。”

[25] 《南非共和国水法》第24条规定，从某一水源地取水；蓄水；阻挡或引水入河道；涉及第36条提出的减少河道流量的活动；某些控制的活动；通过管道、渠道、下水道、出海口或其它输水道排放污染物或污水进入水源地问题；以对水资源有严重危害影响的方式处理污水问题；以任何方式处理工业或发电过程排放的废水，或工业或发电过程加热的水；改变河床、河岸、河水流向特性等；如果为了有效持续一项活动，或为保护人身安全有必要而将水引走、排放或处理至地下；为游览目的用水。

[26] 《南非共和国水法》第25条

[27] 中国《水法》修订（2002）没有规定，取水权有期和转让，根据其全国人大送审草案看，将来具体实施办法中会有此类规定。

[28] 参见崔建远：《准物权研究》，法律出版社2003年出版。

[29] 据中国官方消息，浙江东阳—义乌水权交易范式被推崇后，在水利部门行政协调撮合下，又有地方政府进行着更大规模的水权交易，如山西、河南、河北三省达成的跨省购水协议。

[30] 进入本世纪以来，中国政府已经开始找到解决水事纠纷的感觉，如成功化解彰河长达几十年，且已演化到动枪动炮的水事纠纷，当然政府为此付出了巨大的财产代价。问题是每一个水事纠纷的解决都要政府买断，政府财政能承受得起吗？

[31] 在德国民法理论中自然状态下的水是根本无法控制之物，因而不属于私法权利客体，也不属于法律规范领域，而是人类的共同财产（Allgemeinguter）。

[32] 中国台湾《水利法》第49条规定“举办水利事业人经办之防水、蓄水、泄水工程应注意岁修维护，定期整理或改造，其附属建造并应普遍检查或更新。”

[33] 盛洪先生曾引人评论称，“其实中国的水患就是因为有这些河工的存在，因为这些人从来不想把水治好，如果把水治好的话，他们就失业了。”

[34] 50多年来，中国已形成了数千亿元的水利固定资产，初步建成了防洪、排涝、灌溉、供水、发电等工程体系。在抗御水旱灾害，保障经济社会安全，促进工农业生产持续稳定发展，保护水土资源和改善生态环境等方面发挥了重要作用。

[35] 参见2002年国务院体改办《水利工程管理体制改革实施意见》。实际上，中国政府有投资水利工程的传统，从古时的都江堰，郑国渠到现代的葛州坝、三峡工程、南水北调工程。

[36] 中国现行的水利基本建设资金来源包括： 财政预算内基本建设资金（包括国债专项资金，下同）；水利建设基金；国内银行及非银行金融机构贷款；经国家批准由有关部门发行债券筹集的资金；经国家批准由有关部门和单位向外国政府或国际金融机构筹集资金；其他经批准用于水利基本建设项目的资金。

参考文献：

- (1) 孙宪忠：《德国当代物权法》，法律出版社1997年出版。
- (2) 王名扬：《法国行政法》，中国政法大学出版社1989出版。
- (3) 翁岳生主编：《行政法2000》上册，中国法制出版社2002年出版。
- (4) [美]阿曼·阿尔钦：《产权经济学》，高增琪等译，载于盛洪主编《现代制度经济学》上册，北京大学出版社2003年出版。
- (5) [美]阿曼·阿尔钦、哈罗德·德姆塞茨：《产权范式》，陈郁等译，载于盛洪主编《现代制度经济学》上册，北京大学出版社2003年出版。
- (6) [美]阿瑟·奥肯：《平等与效率》，王奔洲等译，华夏出版社1997年出版。
- (7) [法]乌莫里斯·奥里乌：《行政法与公法精要》下册，龚觅等译，辽海出版社，春风文艺出版社1999年出版。
- (8) [英]罗杰·珀曼：《自然资源与环境经济学》，侯元兆等译，中国经济出版社2002年出版。
- (9) [美]哈罗德·德姆塞茨：《关于产权的理论》，陈黎等译，载于盛洪主编《现代制度经济学》上册，北京大学出版社2003年出版。
- (10) [加]马克·德维利耶：《水一迫在眉睫的生存危机》，严维明译，上海译文出版社2001年出版。
- (11) [美]约翰·康芒斯：《制度经济学》，于树生译，商务印书馆1983年出版。
- (12) [德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》，王晓晔等译，法律出版社2002年出版。
- (13) [意]自桑德·罗斯契巴尼：《物与物权》，范怀俊译，中国政法大学出版社1999年出版。
- (14) [德]卡尔·马克思：《资本论》第一卷，中央编译局译，人民出版社1975年出版。
- (15) [德]迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2002年出版。
- (16) [意]彼得罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社1992年出版。
- (17) [英]亚当·斯密：《国民财富的性质及其原因》，郭大力译，商务印书馆1994年出版。
- (18) [美]爱伦·斯密德：《财产权利与公共选择—对法和经济学的进一步分析》，黄祖辉等译，上海三联书店1999年出版。
- (19) [美]丹尼尔·史普博：《管制和市场》，余晖等译，上海三联书店1999年出版。
- (20) [日]盐野宏：《行政法》，杨建顺译，法律出版社1999年出版。
- (21) [日]植草益：《微观规制经济学》，朱绍文等译，中国经济科学出版社1992年出版。

(22) [美] M·罗斯托夫采夫:《罗马帝国社会经济史》,马雍等译,商务印书馆1985年出版。

(23) 1992年联合国环境与发展大会:《21世纪议程》,国家环保局译,中国环境科学出版社1993年出版。

(24) 1998年欧盟《水资源可持续管理的战略措施—水资源开发合作导则》。

(25)《中国21世纪议程—中国21世纪人口、环境与发展白皮书》,中国环境科学出版社1994年出版。

全文发表于《管理世界》2004年第4期

文章评论:

当前没有评论

你可以在下面发表你此文章的评论:

标题:

姓名:

内容: