

你的位置: [首页](#) >> [理论前沿](#) >> 专题: [百家争鸣](#) >> [水权价值取向及其制度选择](#)

水权价值取向及其制度选择

作者: 肖国兴 点击量: 1251 发布日期: 2004-3-26

(中国海洋大学法学院 肖国兴 , 山东青岛 266071)

水权作为比土地产权更古老、更重要的产权,从来都是包括法学、经济学、公共管理学、资源学等多学科研究或交叉研究的对象,这不仅是因为水权事关国计民生,还因为作为水权载体的水资源所具有的公共性与经济性双重品格。然而诸科学研究无论视角有多大差异,都必须解决水权价值取向及其制度选择。

从制度分析的角度看,水权作为一项制度,特别是一项法律制度,既不为法学学科而存在,也不为相关学科而存在,其存在的唯一根据就是推进经济增长与经济发展。对于水权无论做出什么样的理论解析都必须遵循这个逻辑起点。虽然,在不同时代或不同国家,水权也许经常是阻碍经济增长与经济制度的诱因,但这种制度失衡或制度变异并不构成制度存在的主流。水权制度失衡或制度变异的重要原因是水资源公共性与经济性双重品格之间的功能差异与矛盾,以及由此决定的制度选择与安排者之间存在的理性冲突与斗争。

水资源是生境的襁褓与摇篮,社会存续的源泉与动力,客观上较其他自然资源具有更浓郁的公共性。然而,水权并不直接为水资源公共性的实现或满足而存在。

从水资源消费的现实看,无论一个国家水权结构如何,也无论各种水权的规范与功能有何不同,水资源的个人消费或公共消费一般不需要水权就能进行,如各国《水法》一般都有关于个人消费或公共消费水资源无须取得水权的除外性条款。大凡公共性本身就包含非排他、非竞争和免费消费等基本内涵,更何况水资源消费在时间或空间与边际上都无法或很难排他,即使能排他,也会因排他成本过高而不合算。在法制不健全的情况下无须水权而消费水资源的情况更是普遍,如中国在《民法通则》(1986)和《水法》(1988)之前没有在法律上安排水资源所有权和其他水权,人们甚至企业照样消费水资源就是佐证。

从水权法律关系的内容看,水权无论在性质上如何界定或解析,如是定位在所有权、定限物权,还是定位在准物权或特许物权,都无非表明其对一定水资源具有支配力,即独占力和排他力,而这种支配力恰恰是与公共性相矛盾和冲突的,即使在公共产权的条件下也是如此。在法律上这种产权的支配力总是与公权力混同安排,通常是在国家或政府的代表或行使下实现的,而且在操作中也总是存在这样或者那样的公权形式与私权内容之间的矛盾。这是因为水权本身就是为实现权利人圆满支配水资源而排除他人干涉的权利,虽然基于水资源的公共性或其消费的特殊性,水权的排他力可能受到的约束较其他支配权会更多一些。而且无论派生水权的本权利是什么性质,都不会改变水权排他效力的制度初衷。即使在公共产权的情况下,满足公共消费也经常是种理想,或政治信念,或公共权力机构行使权力的措辞或口实,国家或政府绝对不会让水资源成为社会上所有人任意消费的对象,在一国向市场经济渐进的大背景下更是这样。当然,水资源的公共产权的排他效力可能是最差的,这种产权主体不确定,目标多元,边界模糊,进入与退出没有人负责,激励与约束机制通常也不会给人带来冲动。只因为如此不少国家都在寻求逐步改革现行公共产权占主导地位的水权制度。

从水权形成和变迁的动因看,水权因水资源的短缺而产生,因水资源短缺加剧而变迁。人类对水资源的消

费初始并不存在水权，只是随着人类社会的发展，在水资源从丰沛到短缺及水资源显现经济商品性的过程中水权才得以存在与变迁，即使是公共水权的情况下也是如此。从形式上讲，水权非但不是为了满足水资源的公共性，甚至是作为其对立物而出现的。这是因为水资源公共性客观上刺激了水资源占有的拥挤现象，进而导致水资源消费的浪费与破坏。面对日趋短缺甚至枯竭的水资源，人类可能的选择就是对水资源进行有效率的利用，只有有效率利用，才可能实现公平利用，最终达到可持续利用。这就需要界定人们的行为边界，明确相互激励与约束机制，于是水权运用而生。无论水权界定和实施的成本有多高，也无论其支配力受到多少限制，水权终究是要安排的。这是因为从水权交易在水资源价值实现过程的作用来看，水权交易价值已经远远超出水权支配价值，虽然水权交易要以水权支配为基础。如果说水权制度伊始可能只是为了界定水权人与他人之间的产权边界，进而确定权利人的某种支配水资源的权利如用水等，后来水权则逐步演化服务于水资源交易，进而成为实现水资源价值的工具。水权主要适用于商业用水范畴。正是在水权交易的过程中，水资源向最需要它的地方流淌、奔腾。

实际上水资源价值问题与水权交易总是相伴而生的。水资源价值就是水资源的交换价值，只有通过法律上的水权交易，才会有经济上与政治上的水资源价值。水资源本身的稀缺性与效用性固然构成了水资源的价值基础，但其经济价值，特别是商业价值则是通过水权交易的对价物价值体现的，这就决定了凡要实现水资源价值就必须有水权制度，凡有水权制度就能表现水资源价值要求，尽管这种价值表现可能是正比或反比，也可能是两者之间，但是总有必然联系。水权制度总是水资源价值能否实现的制度原因，如果割断两者的必然联系，水权就会成为无本之木，水资源价值就会成为无源之水。如果说水权的价值取向在于不断促使水资源价值的实现，水资源的商业消费就是水权形成及其变迁的直接原因。实际上如果把水权的价值定位在促使水资源的有效率利用，则水权就必然是一个商业性权利，即产权，即使在作为特许权的情况下也是如此，只是这里的交易是通常是在政府与投资者之间进行的。

当然，水权的制度安排并非完全不考虑水资源的公共性，水权无论作为什么法律制度都是如此。首先安排水权的规则与操作水权的规则都是典型的公共物品，无论是法律规则，还是行政规则都具有相同的性质。其次，初始设定水权的政府本身就是公共利益的代表，有关水权的制度安排都有较多的限制性规定及政府水权管制的内容。特别是水权制度绩效主要是水资源交易成本的降低，在降低水权主体个人成本包括内部成本和外部性成本的同时，也会最终降低水资源供给过程中的社会成本，从而在达到有效率利用水资源的同时，使全社会水资源消费压力得到缓解，并最终实现水资源的公共性需要。从这个意义上讲，水权制度也要追求水资源的公共性。再次，水权还能刺激水资源公共性的实现。水权界定，特别是水权交易经常能激发较大规模的水利投资，无论这种投资的动机是什么，其最后的结果都可能是水资源供给的相对均衡，在较大程度上使水资源得有效利用，使更多人有消费水资源的可能。最后，水权交易所形成的水资源市场供给还可以弥补长期以来政府调水无法解决的问题。政府调水可能使流域之间或一个流域上下游左右岸之间水资源分配较为合理，却不能顾及用户的具体利益与要求，特别是容易导致水资源的哄抢与浪费。水权交易却使水资源消费受到多重来自经济与价值的要求与约束，使水权分配和拥有变成实实在在的经济利益驱动。从一定意义上看，政府调水与水权交易市场共同构成了一国克服水资源自然径流缺陷及人类无休止消费的制度屏障，从宏观到微观为满足水资源公共性消费提供了可能。

必须指出，水权推动水资源公共性的实现，首先必须充分承认并实现其经济性。其产权属性越彻底，越有利于水资源公共性的实现。只有当水权成为资本，成为有利可图的投资标的，它才可能向价值最大化方向流动。从而作为其物质载体的水资源才能在最大的限度内得到节约和有效率的利用。而水权实现和水资源有效率的利用的结果是个人消费和公共消费数量的增加与质量的保证，促进经济性是为了公共利益。在中国水资源公共性的满足是通过水资源经济性来实现的，水权是为水资源的经济性而存在和发展。虽然公共水权的存在开始可能与政治理念有关，但就大部分国家来看，公共水权的变迁都与水资源的经济性有关。从各国水权制度变迁的现实来看，无论是将公水划为私水，还是在公共水权上设置定限的相容水权，即可用于交易的水权，都表明公共产权也在体现水资源的经济性。公共水权如果滞留在满足水资源公共性的境地，其结果要么继续造成水资源的浪费与破坏，要么就会走向它的反面。总之，既然水权以促进水资源价

值实现为己任，而水权促进水资源价值实现的唯一路径是水权交易，水权的定位与制度选择就不应该是行政性权利，或是禁止转让的产权。水权之所以成为产权就是因为它有能在不同的投资者之间进行流动。法律进行水权制度选择时，必须把水权交易，而不是把水权拥有和支配放在首位。水权交易是水资源价值来源的唯一路径，强调水权交易，进而把水资源开发利用的效率放在第一位，不仅与“水权之水，使用为主，收益为辅”（林柏璋，2001）的理念相佐，在形式上也与水资源公平分配相悖。然而，公平恐怕从来就是以效率为前提的，“一种配置要公平就必须是有效率的”（平狄克，1995），不讲效率的公平本身就是不公平。

基于以上分析，笔者认为，承认水资源价值，并把水权交易作为水资源实现价值的制度空间，是法律进行水权制度选择的基点。水权如果是推进经济增长与发展的法律制度就必须选择水权交易，并使水权从拥有与支配到较低交易成本地实现交易。

如果说水资源价值是以水权交易对价物价值为表现形态，则安排水权交易就成为水权法律制度选择的核心。水权权能与种类，交易规则，交易程序等为内容的水权制度架构是否有效，也因此成为一国水资源供给有无效率或低效率的决定性因素。问题在于水权制度必须以水资源价值为其追逐的目标值，否则水权制度选择就会存在多重目标或多重价值，从而影响水资源价值的实现。水权权能和种类是构成水权制度结构的基础，也是水权交易市场得以形成的前提。水权权能越丰富，种类越多，交易范围越宽，交易规则和程序越明确，才能吸引更多的投资者从各个层面或角度上进入，从而促使水权市场的形成与水资源价值的实现。水权是以水资源为标的资源产权，当然包括水资源所有权、取水权、用水权及其有关水资源的役权等。有关水权种类及其性质的讨论在水权制度选择中具有制度理性的作用，特别是还将影响到中国未来水权制度结构的合理构建和制度绩效。笔者对其中最主要的两个观点进行阐明。

水权交易的制度选择应当包括水资源所有权。中国本世纪初开始的水权制度研究是作为中国水资源市场制度供给的理论思维，既不是注释法学，更不是现行法律安排。只要有利于水资源价值的实现，有利于推进中国经济增长与经济发展，有利于缓解中国日趋紧张的水资源形势，就不应排除水资源所有权交易。如果拘泥于现行法律如《民法通则》等关于禁止水资源所有权交易的规定，拘泥于现行政府供给自然资源的制度安排，水权交易理论研讨本身就是不该发生的。因为有关理论中大量使用了水资源使用权、用水权等概念，而中国现行法律本身并无此类制度安排，即使是取水权也没有交易安排的具体规定。现行法律安排的中国水权制度并不是严格意义的产权制度，是建立在计划经济体制基础上，并完全为政府供给资源服务的制度安排。这种制度的典型特点是具有明显的行政财产权属性。水资源所有权之所以不得纳入水权交易除了政治原因，法律上则是因为它与政府水行政权力结合配置，已经发生权利混同。新中国上个世纪五十年的历史时绩已经表明，尽管政府费尽气力为公共利益配水、调水不可开交，中国水资源危机的状态却没有得到根本性改变，制度安排明显存在漏洞，否则作为政府供给资源最后一块阵地的包括水资源在内的自然资源，也不会相继出现市场化供给的制度安排。作为水资源的市场化供给的制度安排—水权交易理论研究由政府水利部门倡导发起本身更能表明，政府供给水资源不仅低效，且已力不从心。水权交易正是作为对现行制度的否定或替代，至少是部分否定或替代的制度来到我们生活中来的。强调水权交易包括水资源所有权的意义在于，中国未来需要的水权交易制度是以实现水资源价值为目标，以水资源市场供给为主体的水资源产权制度，而不是现在以完善政府配置为目标，以水资源政府供给为主体的水资源行政财产权制度。只有水权交易安排到位，政府以水资源的管理及对水事的管制为内容的水行政改革才能逐步到位。水资源只有成为市场的，水权只有成为投资者的，水权交易和水资源的市场供给才能有较明显的制度绩效。同时，水资源所有权交易是水资源交易价值的基础，是其他一切水权设立及其交易价值的前提。承认水资源所有权交易，不仅为水资源价值全面评估提供支撑，也为其他水权人权利实现提供了更自由的空间。当然，水权交易包括水资源所有权交易，也只是说部分水资源所有权交易，如在可能划为私水区域范围内的水资源所有权交易等，大部分水权交易可能是发生在公水流域和区域内的水权交易，即公水基础上的私人水权交易。

水权既不能单纯定位在特许使用权，也不能单纯定位在准物权。这两个单纯定位除了都有迁就水资源所有权的政治信念，现行法律规定和政府供给自然资源制度安排之虞外，前者在准确描述现行法律有关取水权性质的同时，却可能固化其行政财产权的性质，与水权交易的制度目标相悖，从而可能阻碍以实现水资源价值为目标的制度创新。后者预期了水权的未来选择的同时，把制度选择作为制度现实，却可能否定中国现行水权变迁制度需求的紧迫性，从而可能否定中国水权制度变迁的历史过程。中国没有公水与私水之分，全部水资源高度集中为国家所有权标的。从制度形成与变迁趋势看，中国水权交易制度首先是从公水基础上的私人水权交易开始发育的。也就是说，从立法上逐步淡化取水权的行政财产权属性：实现取水权取得从行政许可向行政登记的过渡，使取水许可证成为权利凭证，进而成为水权交易的载体；实现取水权取得从单方行政行为向双方行政行为的过渡，使取水权获得较多的选择机会；实现取水权取得从行政行为向民事行为的过渡，使取水权真正具有显示自治偏好的机会。这种公水基础上的私人水权交易可能将成为中国水权交易长期存在和表象的形态。公水基础上的私人水权交易的丰富与发展必须带来水资源投资规模的扩大与投资者的多样化，在各种投资必然为部分公水划归私水带来机会，最终促成包括水资源所有权在内的复合型水权交易结构的形成。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。

水权交易在中国的孕育与发展如同其自身一样是一个动态过程，绝不是一蹴而就的事。期间虽不会有惊天动地的“阶级对抗”，却会有反反复复的利益之争和丰富多彩的“理论实验”，当中国从根本上摆脱水危机带来的阴影，水权交易的性质及其制度绩效才会有一个客观的结论。

全文发表于《郑州大学学报》2004年第3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：