

水权交易模式的法学探析

——以水银行制度构建为视角

陈广华,芮志文

(河海大学法学院,江苏南京 210098)

摘要 随着社会经济的发展,用水问题越来越成为限制社会发展的一大问题,加之我国人均水资源短缺的国情,建立节水机制势在必行。本文在对我国水权交易模式和美国水银行制度对比分析的基础上,分析我国建立水银行制度的必要性及可行性,提出从水权交易原则的界定、政府与水银行关系界定以及水银行信息披露制度等方面对我国水银行制度进行完善,以达到建立节水型政府,促进经济和社会的可持续发展的目的。

关键词 水权;水权交易;水权交易模式;水银行;水量分配

中图分类号 :D922.29 **文献标识码** :A **文章编号** :1671-4970(2010)04-0048-05

一、水权交易模式概述

1. 水权

关于水权的概念,长久以来理论界一直存在很多的争议。水权的概念源于英美法系国家,美国加利福尼亚州水法认为“水权即为水资源产权^[1]”,认为水权包含水资源的所有权。而澳大利亚法律认为“水权是权利人引取定量之水和存蓄定量之水的权利^[2]”,它不包含对水资源“所有”的内容。在我国理论界较为流行的主要有3种观点:“一权说”^[3]认为水权仅指水资源使用权;“二权说”^[4]认为水权包括水资源使用权和水资源所有权;“多权说”^[5]认为水权包括水资源所有权、水资源使用权及水资源经营权等一系列的权利束。这3种学说主要争议就在于水权是否包含水资源所有权。由于我国实行的是水资源国有的制度,我国《民法通则》第81条规定:“国家所有的矿藏、水流,国家所有的和法律规定属于集体所有的林地、山岭、草原、荒地、滩涂不得买卖、出租、抵押或者以其他形式非法转让”。水利部《关于

水权转让的若干意见》^[6]中明确规定:“水权转让指水资源使用权转让。而且在研究水权交易时,由于水资源的所有权是禁止流通的,若认为水权包括水资源所有权,明显有失妥当。因而,在当前我国所有制形式下,水权应仅指水资源使用权。”“水资源所有权的客体是自然状态下的水资源,水权的客体是已经特定化了的水资源,而水所有权的客体是商品水,或者说加入了物化劳动的水资源^[3]。”

2. 水权交易模式

我国法律法规对于水权交易并未作出规定,在此可以参照土地流转制度进行分析。水权流转可以分为两类:一类是国家对于水权的初始分配,相当于土地流转制度中的土地划拨或出让;另一类是水权交易,即平等主体之间的资源水的使用权,商品水的所有权等。第二类即是需要研究的水权交易市场。

因而,水权交易是指水资源使用人将水资源使用权全部或部分转让的行为。水权交易是水权转让的一种,是通过市场机制进行的水权再分配,是就水权本身的交易^[4]。

收稿日期 2010-08-28

基金项目 河海大学中央高校基本科研业务费项目(2009B28914)

作者简介 陈广华(1969—)男,江苏泰州人,副教授,博士研究生,从事民商法学研究。

① 持此说的代表人物为裴丽萍,其在《中国法学》2001年第2期上发表的《水权制度初论》一文中认为水权是非所有人依法对于地面水和地下水所享有的一种用益物权。

② 持此说的代表人物为汪恕诚,其在《中国水利》2001年第11期上发表的《水权与水市场——谈水资源优化配置的经济手段》一文中认为水权是指对水资源的所有权以及对水资源的使用权。

③ 持此说的代表人物为蔡守秋,其在《中国法学》2001年增刊上发表的《论水权体系与水市场》一文中认为水权是指包含水资源所有权、水资源使用权以及水资源经营权等一系列经营权的权利束。

④ 《水利部关于水权转让的若干意见》即水政法[2005]11号文件,由水利部于2005年1月11日印发。

而水权交易的核心问题则是在水权交易模式的选择上,水权交易模式是指在水市场中水权交易所选择的交易方式,包括水实体交易模式、水票制交易模式、取水许可证交易模式、水权期权交易模式^{5]}以及较为成熟的水银行交易制度等。

二、我国水权交易模式与美国水银行制度的比较分析

1. 我国的水权交易模式现状分析

由于国家对于水权交易并未作出明文规定,而由于经济的发展的需要,我国很早就出现了隐性的水权交易现象,其交易的模式很多,主要包括以下几种:

(1) 水实体交易模式

浙江舟山本岛水资源紧缺,每到干旱季节,就用轮船从长江口和宁波运淡水,连居民生活用水也要限时限量供应^{6]}。这种交易方式是最初的一种“水权”交易方式。实际上其并非真正意义上的水权交易。如上所述,水权交易的客体是水资源使用权。根据《中华人民共和国水法》的规定:水资源是指能够在自然状态下循环的地表水和地下水。而浙江舟山本岛的实体水交易更像是一种客体为商品水的交易,其交易的是水的所有权。水所有权的客体是商品水,或者说是已经加入了物化劳动后的水资源。

上述交易模式中,使用轮船进行运水,是一种物化劳动,使得自然状态下的水资源已经加入了物化劳动,成为商品水。因而其交易的客体已经不是水权,而是商品水,是一种具体水所有权的交易。

(2) 水票制交易模式

甘肃省张掖市为了缓解水资源紧缺的状况,实行了水票制度。在张掖实行的水票制度中,使用了两种凭证:水权证和水票^{7]}。张掖水票制中交易的前提是政府机关向各用水户核发水权证。水权证是用水户享有水资源使用权的有效证件,其中详细规定了持证人拥有的水权标的,行业用水定额,并要求基层水管单位及时填写用水数量,记载水量流转情况。水权证实际上体现的是当地政府对于水资源的初始分配。在此基础上实行水票制。农民以持有的水权证上核定的水量作为依据购买水票,用水时先交水票后放水。如果超额用水,须通过市场交易从有水票节余的用水户手中购买,农户节约的水票在

同一渠系内可以转让。

在这种水权交易方式中,存在两层水权交易市场:一层是政府机关对于水资源的初始分配;另一层是用水户之间水票的转让。相对于我国目前土地流转市场而言,初始分配即为土地流转市场下的一级市场,相当于土地划拨,而用水户之间的水票转让即为土地流转市场下的二级市场。水资源的初始分配是由政府根据相关政策,在符合法律规定和当地用水惯例的前提下制定出的分配方案,属于政府宏观调控的范畴,相对于土地划拨而言,可以称为水权出让,不应划归为水权交易。而水票转让,是不同的用水户之间对于水资源的使用权进行的交易,也即我们通常意义上所认为的水权交易。

(3) 取水许可证交易模式

黄河水权转换出让方按照《黄河水权转换管理实施办法(试行)》^①第4条规定:“水权转换出让方必须是依法获得黄河取水权并在一定期限内拥有节余水量或者通过工程节水措施拥有节余水量的取水人”。按照该条规定,可以看出黄河水权转换需要满足两个条件:一是必须拥有黄河取水权;二是必须有节余水量,通过节水工程验收证明有节余水量的存在。《黄河水权转换管理实施办法(试行)》第二条规定:“本办法所称水权是指黄河取水权,所称水权转换是指黄河取水权的转换”。按照该办法规定,水权转换双方要申请办理取水许可证或调整取水许可水量指标的手续,出让方变更取水许可证的许可水量,受让方领取取水许可证,从而使得水权转换生效。从这里看出,黄河水权转换是要改变原来取水许可证上规定的取水权的内容^{8]}。

按照1993年的《取水许可制度实施办法》^②。第26条的规定:“取水许可证不得转让”。但是按照2006年新出台的《取水许可和水资源费征收管理条例》^③第27条规定:“依法获得取水权的单位或者个人,通过调整产品和产业结构、改革工艺、节水等措施节约水资源的,在取水许可的有效期和取水限额内,经原审批机关批准,可以依法有偿转让其节约的水资源,并到原审批机关办理取水权变更手续。具体办法由国务院水行政主管部门制定”。但并非所有河流都能够通过取水权交易模式进行转让,因为水权交易的前提是初始水权的分配,而水量的分配又是初始水权分配的前提^{9]}。而黄河是到目前为止

①《黄河水权转换管理实施办法(试行)》由水利部于2004年6月29日发布并实施。

②《取水许可证制度实施办法》是由国务院令119号,于1993年6月11日国务院第5次常务会议通过并公布,自1993年9月1日起施行,已于2006年4月15日废止。

③《取水许可和水资源费征收管理条例》是由国务院令460号,于2006年1月24日国务院第123次常务会议通过并公布,自2006年4月15日起施行。

唯一一条全流域实行计划配水的大河《黄河可供水量分配方案》是我国历史上首次对黄河全流域配水量权的界定^[10]。其他河流由于不存在这一前提,而无法进行效仿。

综上所述,上述3种交易模式各有利弊,水实体交易模式适用于一些极小的“水权”交易,其交易简便,无需对水利工程进行投资,但对于大型水权交易显然无法适用,水票制交易模式只能限定在一定区域内,并且大多是个体用水户之间的小型水权交易,且政府在其中扮演了很重要的角色,但其相对于水实体交易已有了相当大的发展,取水许可证交易模式是真正意义上的水权交易模式,但其需要对于整条河流的水量进行分配,而这一前提目前只有黄河可以满足,对于其他河流则无法适用。

2. 美国水银行制度分析

水银行制度起源于美国。1979年爱达荷州水资源局主持之下的州议会上,首先设立了水银行,其运作方式是沿袭1930年的民间运河公司经营租赁水池的集体管理方式。具体为:把农业剩余水资源储存在租赁的水池,并把水供给缺水者,利用民间运河公司已经具有规模的输配水路,调配水资源运用地区的工业、农业、公共用水,可大幅度降低水资源的运输成本,并且可以掌握水资源运用的时效性。所谓水银行,是指在国家水行政主管部门宏观调控下建立的以水资源为服务对象的类似于银行的企业化运作机构,它主要是水资源的卖方与买方的集中统一的购销中介机构^[11]。

(1) 水银行的运作过程

水银行在政府的主持下建立之后,其运作机制也相当严密,可分为5个步骤:第一,水银行发布买水卖水信息。在水银行建立之后,其首先需要吸收成员,包括买水方和卖水方。水银行的成员可以是公司、用水组织或是负责工农业和环境供水的公共机构。第二,对其成员进行资格审查。水银行的成员形式多样,但这些成员也必须符合一定的条件,如卖水方必须保证其水权转让行为不侵害第三人的合法权益;买水方必须是自身按水量分配的水不能满足自身需求的情况下,并且若有多名买方,其买水的顺序按照先来后到,但也要满足生态用水优先于工业用水等原则。第三,水权拥有者将多余的水出售或者存入水银行。第四,需水方与水银行签订水权转让协议,按照总量控制和定额管理的原则,进行水权交易。第五,实行公告制度。在水权转让协议签订之后,将签订的协议交由水银行登记备案。

(2) 水银行实施条件

美国最初建立水银行的初衷就是为调水量不能

满足受水区用水需求时启动的旱灾应急机制,即水资源需求大于供给的情况下,才需要进行水权交易。现在已经发展为调水工程供水管理的辅助配置手段。实施水银行制度主要包括以下两个条件:

一是相关的法律法规政策的保障。首先,水权必须可以作为交易对象,在市场中进行流转。其次,由于水权交易可能会对第三人造成经济损失、生活质量下降或者是造成生态环境的破坏等负面影响,因而需要政府制定相关的法律法规来进行规制。如在1992年,加利福尼亚州议会发布了规范水权交易的法令,内容包括:①对于水权流转及其影响,建立良好的信息管理系统;②建立管理第三者环境影响效果的机制;③减少水权的交易成本^[12]。

二是相关辅助制度,如初始水权分配制度,水价形成机制等。初始水权分配制度是建立水银行的前提条件,只有用水量在初始水权分配范围内才允许对剩余水权进行处分,可以存入或出售给水银行,而对于用水量达到或已经超过可供水量分配指标的地区,那就只能向水银行购买所需水量,而购买量也会根据审查结果而受到控制。水银行之所以能够称为“银行”,是由于其管理模式类似于银行的管理,其水的价格又会根据市场竞争主要由市场进行选择,当然政府的适度控制也是必要的。水权流转的价格一般都体现出受水地区水资源供求情况,当然还包括输水成本;水银行采取供水成本与售价的价差或提取佣金用于保证转让中水资源运输的损失和项目管理的成本^[13]。

3. 水银行与我国水权交易模式优势对比

美国的水权交易市场——水银行是当前较为发达的水权交易模式中的一种,与我国当前众多非正规的交易模式相比,其具有很大的优势。

第一,水银行的建立能够有效地促进水资源的节约。水银行的运作过程中,买水方买水是在总量控制和定额管理的原则下进行的,其购水量将会受到严格审查。而我国的水权交易模式中并未有对于购水量的控制,即便是水票制交易模式和取水许可证交易模式下,也只是对于卖水方的卖水量有所控制,而对于买水方没有严格的要求。即使水权允许交易提高了卖水方的节水意识,但也不能控制买水方的浪费水的行为。

第二,水银行的建立能够更好的保护第三人的利益,保护生态环境,促进经济和社会的可持续发展。水银行条件中需要有相关的法律法规及政策予以保障,其中有一条为建立管理第三者环境影响效果的机制。该机制中有对受损第三者进行补偿的规定,并且在有第三者受影响时,需要举办听证会得到

政府和受影响第三者的核定方能进行交易。而我国的水权交易模式,特别是在大型水权交易下,损害的沿河流域的居民的利益却并没有能够得到补偿,且没有生态环境评估机制对于那些对环境具有严重影响的水权交易行为进行必要的限制。另外水银行交易模式下有一种形式为地下水的倒灌,即在丰水年购水并灌入地下水,等到干旱时节再取出,这样不但保证了用水,同时也改善了水环境。

第三,水银行交易范围广泛,其成员包含了公司、用水组织或是负责工农业和环境供水的公共机构。而我国的水权交易模式主体虽然也可以是依法获得取水权的单位或个人。但是实践中的交易模式,其交易主体很片面或界定不科学。对于东阳义乌水权交易^[14],其交易主体实则是双方市政府,其混淆了政府与水权主体之间的关系。而水银行在这一方面的处理较为得当,其水权主体较为明确。

综上所述,我国的水权交易模式现状是在一种没有明确的法律法规政策保障的环境下,在民间进行的“水权”交易模式。要真正的规范水权交易,必须建立水权交易市场。而美国的水银行制度被认为是发达的水权交易市场的一种,对于我国有很强的借鉴作用。

三、我国水银行制度构建设想

1. 我国建立水银行的必要性及可行性

如上分析,我国本身是缺水国家,水资源分布不均匀,目前存在的水权交易模式虽然可以缓解一些由于不存在水权交易市场的压力,但也更体现出了我国急需一种有法律政策支持的规范的水权交易市场。而美国的水银行制度正是这样一种正规的能够为我国所应用的水权交易市场。

从我国当前社会看,已经基本符合了建立水银行的条件。第一,我国本身是缺水国家,水资源时空分布的不均匀性以及水文现象波动的周期性等原因,使得很多地区水资源供给紧张,特别是由于城市的扩张和生产规模的扩大,水的需求主要是城市用水和工业用水,具备建立水银行的必要条件。第二,建立美国加州“水银行”的硬件条件主要是水源地蓄水量充足,输配、调蓄工程完备。加州“水银行”是在其具有良好的调水设施、输水设施及广阔的含水层蓄水空间优势的基础上,当发生极端干旱情况时启动的应对水危机的水资源配置模式^[15]。随着我国南水北调工程的完工,我国输水管将网遍布全国,南

方即可作为水源地,蓄水量充足,已经满足了建立水银行的硬件条件。第三,2008年实施的《水量分配暂行办法》^①第5条规定:“水量分配应当遵循公平和公正的原则,充分考虑流域与行政区域水资源条件、供用水历史和现状、未来发展的供水能力和用水需求、节水型社会建设的要求,妥善处理上下游、左右岸的用水关系,协调地表水与地下水、河道内与河道外用水,统筹安排生活、生产、生态与环境用水”。可见我国对于水量分配也有了较为明确的规定,而初始水权的分配正是水银行运作的前提条件之一,我国也符合了水权明晰的条件。第四,2009年实施的《水资源费征收使用管理办法》^②第8条规定:“水资源费征收标准,由各省、自治区、直辖市价格主管部门会同同级财政部门、水行政主管部门制定,报本级人民政府批准,并报国家发展改革委、财政部和水利部备案。其中,由流域管理机构审批取水的中央直属和跨省、自治区、直辖市水利工程的水资源费征收标准,由国家发展改革委员会同财政部、水利部制定”。可见,我国水资源使用费也有了明确的规定,其建立水银行时的水价形成机制可以参照该标准执行。

当然我国建立水银行也存在一些不足之处,如水权交易原则方面,政府与水银行的关系界定,对于水权交易中对于第三人造成的损害的补偿问题等没有明确规定,这些部分仍需完善。

2. 我国建立水银行制度的相关措施

(1) 水权交易原则确定

目前我国规定国有水资源使用权交易原则的法律法规和政策还很少,因而结合我国水权交易的实际情况和美国水银行制度下的经验,提出以下水权交易的基本原则:①水资源所有权与使用权相分离的原则。该原则的确定是由于我国实行的是水资源所有权的国有,并禁止流通。只有赋予水资源使用权人对水资源的处分权,才能形成水权交易市场。②不得损害第三方利益的原则。任何权利的行使都不得损害第三方的利益,水权交易也不例外。水权交易虽然只在双方当事人之间进行,但很容易造成第三方利益的损失,如造成下游水质受损等。但是只有在水权交易不损害第三方利益的原则下,水权交易市场才能健康的发展。③效益优先原则。水资源的总量是有限的,要提高水资源的利用率,就应当发挥水资源的最大效益,也即要将水资源使用权从效益低的行业向效益高的行业进行流转。当然效益

① 《水量分配暂行办法》是中华人民共和国水利部令 2007 年第 32 号文件,经 2006 年 4 月 24 日水利部部务会议审议通过,2007 年 12 月 5 日公布,自 2008 年 2 月 1 日起施行。

② 《水资源费征收使用管理办法》由财政部、国家发展改革委、水利部于 2009 年 1 月 1 日起实施。

的评价标准不仅仅是指经济效益,还包括社会效益和生态效益等。④水资源可持续利用原则。水权交易的目的是为了建立节水型政府,促进经济和社会的可持续发展。因而水权交易应该在这个大前提下进行。

水权交易原则确定后,水银行中发生的水权交易活动应当在这些原则下进行,违反原则的交易应予以禁止。

(2) 政府与水银行的关系界定

目前我国水权交易往往是政府主导的,以政府为当事人签订水权交易合同的,如东阳义乌水权交易。然而政府并非水资源使用权人,其地位界定不清。首先,水银行应是独立于水行政主管部门的经济组织。水行政主管部门代表公共利益,管理公共湿地、绿地、河流、航运、生态环境用水等,既要管水,又要用水,如果水行政主管部门组织水银行运营,既充当水银行管理者,又参加交易,则在制定水价政策等方面难免会从自身利益角度考虑,有损水市场交易的公平性。其次,水银行虽然是一种经济组织,但设立的初衷是为了调剂余缺、节约交易成本,而不仅仅以赢利为目的。水行政主管部门在控制水价、制定水银行运作程序、进行水权登记等方面负有领导和管理职责,要确保水银行围绕经营目标经营。再次,水行政主管部门也是水银行的客户。既然水行政主管部门拥有水权,又有用水需求,就会有余缺,就须参加市场交易,因而水行政主管部门是水银行的一个客户。水行政主管部门在参加水银行交易时,应与其他客户处于同等的地位,共同遵守水银行交易规则,协商一致订立双方可接受的水价合同。最后,水行政主管部门还扮演“银行的银行”和“最后贷款人”角色,通过运用“公开市场业务”调节水银行供求状况。

(3) 水银行信息披露制度完善

在我国,由于水资源非商品的观念根深蒂固,水银行的信息公开化显得更加重要。实施水银行政策后,水银行管理部门必须通过网络、报纸等媒体及时公开水银行的管理决策、水的供需情况、水银行的运行状况等。信息公开化是我国水银行制度得以有效运行的前提。对于水银行信息披露制度可以参照我国证券市场的信息披露制度,对于有重大变革的事件发生或者定期必须进行信息公开。

四、结 语

美国水银行的实践目前看来很成功的,值得我国借鉴。我国现有的各种水权交易模式在实践中已经暴露出种种问题,因而,抓住契机结合我国国情,

建设有中国特色的水银行市场势在必行。水银行的建立,有利于全国水资源的调配,便于水资源供需双方的交易,可规范和促进水权交易市场的发展。

参考文献:

- [1] RENATO G S, MARK W R. Chilean water policy: The role of water rights, institutions and markets[J]. Water Resources Development, 1996, 12(1): 35.
- [2] JAN G L. Water rights, clean water act section 404 permitting, and the takings clause[J]. University of Colorado Law Review, 1989(4): 901.
- [3] 刘小春. 论水权交易制度的构建[C]//水资源可持续利用与水生态环境保护的法律问题研究 2008 年环境资源法学研讨会(年会)论文集, 2008: 227-230.
- [4] 吴丹. 水权交易制度研究[D]. 北京: 中央民族大学, 2005.
- [5] 陈洁, 许长新. 我国水权期权交易模式研究[J]. 中国人口·资源与环境, 2006(2): 42-45.
- [6] 李训喜. 论水权转让制度[D]. 合肥: 安徽大学, 2005: 26.
- [7] 梁超. 水权交易法律制度研究[D]. 哈尔滨: 哈尔滨工程大学, 2008: 31.
- [8] 席平健, 周妮娜. “水权交易”实践模式之比较研究[J]. 南方经济, 2005(5): 33-36.
- [9] 黄河. 水权转让存在的问题与对策[J]. 水利发展研究, 2004(5): 9-10.
- [10] 常云昆. 黄河断流与黄河水权制度研究[M]. 北京: 中国社会科学出版社, 2001: 148-149.
- [11] 王佳, 罗剑朝. 区域性水银行制度研究[J]. 安徽农业科学, 2006, 34(13): 3239-3240.
- [12] 张郁, 吕东辉. 美国加州“水银行”运行机制研究[J]. 世界地理研究, 2007, 16(1): 32-39.
- [13] 赵志江, 于淑娟. 水银行建立与运作模式研究[J]. 生产力研究, 2009(2): 79-81.
- [14] 马国忠. 关于水权概念的探讨[J]. 水利经济, 2007, 25(4): 46-48.
- [15] 张郁. 美国加州“水银行”模式对我国南水北调水资源配置的启示[J]. 水利经济, 2006, 24(2): 62-64.

