

我国水市场法律制度的非均衡研究

张莉莉

(河海大学法学院,江苏南京 210098)

摘 要:目前我国水市场法律制度存在非均衡现象,包括制度供给不足和制度供给过剩两种情形。究其理论原因,在于确定性、系统性和自足性的水权概念的缺失。关于制度非均衡的应对,应在明晰水权是若干具体权利组合而成的权利束这一内涵的基础上,遵循资源化、多元化、权利化的立法理念,构建包括水资源治理模式和水市场基本制度在内的系统的水市场法律制度框架。

关键词:水市场;制度非均衡;水权;理念;治理模式;基本制度

中图分类号:D922.66 **文献标志码:**A **文章编号:**1671-4970(2013)01-0072-05

在市场化改革的不断深化、尤其是近年来水危机日益突出的背景下,关于水市场^①的研究逐渐成为理论界与实务界的关注焦点之一。水资源的稀缺性要求水资源的配置和使用必须服从效率原则,而与计划机制相比,市场机制是解决资源优化配置最有效的方法,这已成为共识。因此引入水资源市场配置机制、培育和完善水市场,从而实现水资源的优化配置和高效利用,是解决水危机的有效途径。随着 2002 年《中华人民共和国水法》(以下简称《水法》)的修订及其他规范性文件的颁布和实施,我国水市场法律制度体系日益成熟完善。但不可否认,适应我国水情的水市场尚未真正建立,制度非均衡现象较为普遍。本文拟从我国制度发展现状出发对现有水市场法律制度体系予以分析,力图挖掘其中存在的问题,并思考其应对措施,以促进我国水市场法律制度的完善。

一、我国水市场法律制度非均衡的现状

经济学理论认为,制度供求存在制度均衡与制度非均衡两种现象。制度非均衡即制度供给与制度需求的不适应,现有的制度安排或者制度结构不能很好地满足主体的制度需求,主要有制度供给不足与制度供给过剩两种形态。就水市场而言,制度供给是指为有效实施水资源治理而由国家提供的具体制度安排。制度需求,源于国家和社会两个层面:前

者是指在对水市场进行治理过程中,国家对于能够有助于治理水资源法律制度的迫切需要;后者是指包括个人、集体在内的社会主体作为市场主体对交易、纠纷解决等相关制度的强烈期盼。下文将从制度供给不足和供给过剩两个方面分析我国水市场发展的制度非均衡现状。

1. 非均衡表现之一:制度供给不足

制度供给即是指制度的生产,是基于对制度需求的回应,为主体的行为提供某些准则或规则。当这种回应不能满足主体发展对制度的需求时,就会导致制度的供给不足,由此会导致制度出现真空或者低效运行。由于建立和培育水市场的核心就是在清晰界定水权的基础上,引入市场机制提高水资源的配置和使用效率,因此水市场至少应包括水资源权属机制、水权交易机制和水价形成机制。而从目前来看,水市场制度体系的内容存在缺失,即总体性供给不足:

其一,关于水资源权属机制,《中华人民共和国宪法》第 9 条规定:“矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源,都属于国家所有,即全民所有”;2002 年《水法》第 3 条规定:“水资源属于国家所有”;《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》)第 123 条规定“依法取得的探矿权、采矿权、取水权和使用水域、滩涂从事养殖、捕捞的权利受法律保护”,实际上是将取水权归为用益物权的范畴。

收稿日期:2012-08-16

作者简介:张莉莉(1979—),女,安徽卢江人,讲师,博士,从事金融法、水资源法研究。

①水市场概念具有丰富内涵。从范畴上看,水市场的核心范畴包括水权和水价,关于水市场的理论与制度实际上都是围绕这两大范畴而展开;从架构上看,水市场包含水权转让市场和水权交易市场;从机制上看,水市场主要包含有水权初始配置机制、水权交易机制、水价形成机制、水市场保障机制。

然而,以上规定均具有概括性和原则性,这使得我国现行水资源管理注重水资源的经济价值而忽略了水资源的社会价值和生态价值,从而导致管理的行政性突出而公共服务特征尚未显现。而且,除《物权法》规定取水权之外,水权中其他权利内容并未在立法中得以体现,例如《水法》第3条仅规定“国家保护依法开发利用水资源的单位和个人的合法权益”,并没有明确规定水资源使用权。因此宪法所规定的水权实际上并未具象为各种具体权利,立法上对国家、全民、私人之间的水资源权利的分配并未完成,由此而带来制度和实践中的模糊不清。

其二,关于水权交易机制,由于现行立法对区域、行业水权的可转让性尚无明确规定,对取水权的转让亦只作了原则性的规定,因此水权交易机制尚缺乏降低交易成本和保障交易安全等方面的具体制度的支撑。例如水权交易机制中所必需的水权交易审批制度、水权交易协商制度、水权交易价格监管制度等等具体制度基本上处于阙如状态。

其三,关于水价形成机制,由于水价中包含了水资源费、供水成本和合理利润、污水处理费,而其中关于水资源费这一部分,目前只考虑到基于人类劳动投入所产生的那部分价值,即水资源的开采成本,而忽略了水资源自身的价值。如此便使得水资源费所体现的并非水资源的全部价值,且不能足额补偿水资源的价值。此外,在水资源费征收和管理方面,还存在诸如水资源费尚未征收或者征收标准偏低、尚未制定统一的征收管理办法等问题。

此外,我国水市场法律制度供给还表现为结构性不足,即制度体系的不完善和功能弱化。例如立法层次不高,缺乏一部具有综合性、纲领性和基础性的《中华人民共和国水资源法》;立法过于原则化,一些原本应该由法律或法规规定的事项往往由行政规章或者其他层级较低的规范性文件加以规定;已有的制度规范可操作性不强,且较难适用,这一点在公众参与水资源治理方面表现得尤为明显。由于规定并不具体,加上保障制度缺乏,我国公民参与环境保护的人数、涉及范围、深度以及影响力都十分有限^[1]。

2. 非均衡表现之二:制度供给过剩

制度过剩即是指相对于制度需求而言,某些制度是不必要的,或者某些已经落后于实践需求的制度、无效的制度仍然在运行。这就造成了制度供给过剩。我国水市场发展的制度供给过剩主要表现为主动性过剩,突出地表现在管理机制方面政府的过多干预,从而不利于对水市场的培育。

我国现行水资源管理仍然表现为单一的管理模式。尽管我国现行水资源管理贯彻“水资源流域管

理与行政区域管理相结合”的原则,但实际上仍是完全依据行政体系而建,其由各级政府组织、半行政半事业的流域管理局和政府主管部门下属的分散的、专门的事业性组织组成,除增设了流域管理机构外,水资源治理仍保持着以政府为主体的行政治理特征^[2]。因此在水资源管理实践中,一方面,行政管理体系仍然存在机构交叉、权限重叠等问题,导致的管理障碍实现水资源的整体治理的制度障碍仍然存在;另一方面,单一的政府水资源管理在获取市场信息、促进效率提高等方面的缺陷,使得水资源的配置无法达致效率的最大化。

就政府管理主体内部来看,则呈现各自为阵的局面。水资源治理涉及众多利益关系,包括区域利益、部门利益、个人利益等诸多形式。因此在水资源治理过程中就有可能存在治理主体成为本区域、本部门甚至个别主体的利益代表而忽略社会整体利益的需求。例如,在区域水资源管理中,尽管宪法规定水资源属于国家所有,但同时立法又授予各级地方政府对本管辖区域内水权的配置、水资源的开发、利用和保护具有实质性的决定权,因此在事实上形成了对水资源国家所有权的横向分割。在此背景下,显而易见的是,各级地方政府作为本区域利益的代表,在水资源的管理过程中必然表现出以本区域的需求为中心的自利性,进而在水资源的全国统一管理中难以保持方向一致、形成合力。又如,从部门管理的角度看,水资源管理涉及包括水利、能源、交通、城建、环保等十多个政府部门,各个部门分别对涉水事务进行管理,在事实上形成了对水资源国家所有权的纵向分割。表现在实践中,往往出现各职能部门只关注部门利益而缺乏整体和全局观念的现象,从而人为地割裂了水资源的统一性和整体性。

二、我国水市场法律制度非均衡的理论溯因及其厘清

1. 理论溯因:水权概念的认识模糊

法律是由法律概念系统化而组成,法律概念以其表达功能、认识功能和合理化功能而成为法律的核心^[3]。科学的核心概念体系的建立需要以明确的概念为前提,如此才能够促进法律规范的有效性、执行力以及系统性。“水权”是研究水资源法时必然要涉及的基本概念和核心概念。在英美法系国家,“水权”的概念被广泛应用^[4]。在理论上,学者普遍认为水权只是使用权而非所有权,例如Jungreis博士认为,“水权是一种非传统意义上的私人财产权。水使用人并不拥有某一含水层或某条河流等水资源的所有权,而仅享有使用该资源里的水

这一不完全的权利——用益权。”^[5]但对水权客体是否包括商品水,对水权主体是否包括联邦或地方政府和私人等方面存在分歧。在美国的法律实践中,水权仅仅指向公共水体^①,是对流淌于天然通道的江河、湖泊、溪流、潜水、地下含水层等公共水体进行使用的权利。关于水权主体,各州无统一实践,或明确承认联邦保留水权,或无明确认可。

大陆法系国家也较广泛地应用水权这一概念,但在理论和实践中尚存在争论。理论方面,我国学者对水权概念的争议足以反映这一分歧^②。至于存在分歧的原因,主要在于对“水”和“权”的理解不同,即,“水”是否包括商品水?“权”是否包含“权力”?如果仅指“权利”,又具体为哪些类型?立法实践中,各国一般使用水财产权、水资源所有权、水资源使用权、用水权、取水权、河川权利、流水占用许可等概念;而相对于此,水权这一概念使用较少,只出现在少数规范性法律文件中,而且并未对水权概念的内涵和外延加以界定。也有个别规范性文件将水权定义为某种具体类型,如取水权。例如我国《黄河水权转换管理实施办法》第2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。台湾2000年修正的《水利法》第15条规定:本法所称水权,谓依法对于地面水或地下水,取得收益或使用权。

以上考证表明,目前的“水权”并非严格意义上确定性、系统性和自足性的概念,诸多问题没有解决,例如,水权与物权、债权或其他权利的关系及相互之间的协调问题,水权的国家所有权的性质问题,等等。水权的概念不清使得以其为基础的水市场法律制度具有模糊性、分散性和非系统性。除理论原因之外,实践中,诸如体制改革的滞后、社会主体发育的缓慢等因素。学者已有相关详细阐述,本文不再赘述。

2. 水权概念的厘清

法律的制度建构必须以明晰的法律概念作为前提,因此水权概念的厘清对于水市场法律制度的建构与完善有着重要意义,可谓是后者之基石。水权的内涵界定,需要解决水权的属性和构成两方面问题:

首先,从水资源的归属来看,绝大多数国家或地

区都将水资源归于国家所有、州所有或全体人民所有,或者将其认定为公共财产^[6]。我国立法亦规定水资源属于国家所有。正因为此,水权以其较多地受到公权的制约而与传统物权相区别。例如,从权利的取得和变更来看,水权的取得和变更都需要经过申请、审批或许可的程序;从制度内容上看,水权制度通常表现为强制性的规范。因此,水权不应是物权,而应当属于准物权的范畴。

其次,从水权的作用对象看,其涵盖范围颇为广泛,由此延伸出来的权利内容必然有多种表现形式;从水权的目标来看,其具有广泛性,例如取用、交易、收益等等,因此就需要相应的权利结构予以支撑。由此可见,水权并非一项单一的权能,其是由若干具体权利构成的权利束体系,包含占有权、使用权、收益权和处分权。水权体系中的占有权具有特殊性,由于水资源的不可分拨性特点,一般情况下,水权的行使不必要以实际占有为前提。当然也不排除行使水运权、养殖权时的实际占有。水权体系中的使用权表现形式多样,目前实践中主要有取水权、水运权、水电权、养殖权等。水权体系中的收益权是指收取或获得水资源的孳自然孳息、人工孳息和法定孳息的权利。水权体系中的处分权主要是指水市场交易机制中的转让权和交易权。

综上所述,作为由具体权利组成的权利束体系,水权的内涵丰富,并随着社会经济的发展有进一步扩充的趋势。以水权为核心的水市场法律制度的建构必须注意以下几点:其一,水权所包含的占有权、使用权、收益权和处分权等内容应当在立法中都有所体现。其二,由于水权不仅仅是宪法上的权利,也可以具体化为成为民法、经济法上的权利,应当有一套水资源权属机制明确水资源领域全民、国家、私人的关系,为水资源的管理和使用奠定基础。其三,水市场法律制度的建构与完善的最终目标应是在水资源的开发、利用和保护过程中最大限度地实现权利人对水资源的合法支配,同时兼顾水资源国家所有权与私人水权的平衡,最大程度上实现水资源的经济价值、社会价值和生态价值。

三、水市场法律制度非均衡的应对

1. 立法理念的确立

前文就非均衡的理论原因作了分析,并明晰了

①关于这一点,澳大利亚的立法实践与美国不同。以维多利亚州《水法1989》为例,其中水权的客体比美国各州立法中的水权客体广泛的多;后者将水权界定为流淌于天然通道的江河、湖泊、溪流、潜水、地下含水层等公共水体使用权,而前者中的水权是指使用水稻中的水、公司水坝中的水、孔洞中的水和雨水等的权利。

②主要有以下几种观点:(1)专指水资源的使用权或收益权;(2)仅指水资源所有权;(3)水资源的所有权和使用收益权的总称;(4)包括水资源所有权、占有权、支配权和使用权;(5)有关水资源的权利的总和;(6)有关水资源和商品水的权利的总称;(7)有关水资源的权利和权力的总称;(8)有关水资源和商品水的权利和权力的总称。

水权的基本内涵,而后者正是建构系统的水市场法律制度、消弭非均衡现象的理论基础。此外,水市场法律制度的建立和完善还必须以一定的理念为指导。水市场法律制度的实质是建构水资源开发、利用和保护的有效机制。在这里,水资源的含义在于其是被赋予了资源意义的水。作为一项自然资源,水与国计民生息息相关,与国家利益、社会利益、公民个人利益紧密相连。因此,建构水市场法律制度应遵循资源化、多元化、权利化的立法理念。

关于资源化理念,是指水市场法律制度的设计和建构应当以水的资源属性为前提和基础。其一,由于水资源属于国家所有,因此对全国范围内水资源的宏观调控权归属于中央政府,对地方行政区域内水资源的中观调控和微观治理权则归属于各级地方政府,由此而实现国家对水资源的所有权;其二,水资源的不可分拨性和外部性表明其实际上是一类公共物品,由纯粹的市场机制予以调节只会引致市场失灵现象的发生,因此需要政府予以干预;但是如果政府作为公共物品的唯一管制主体,则会引致政府失灵现象的发生,因此,应当以市场调节作为水资源管理的基础,同时以政府调节作为有益的补充;其三,基于水资源的优化配置要求,必须由政府与市场在水资源配置过程中互相配合、互为补充。

关于多元化理念,是指水资源治理主体的多样化。现代政府的治道变革要求更多的主体参与社会经济治理,加之现代行政管理的内容呈现进一步扩张的趋势,社会主体的用水需求也越来越趋于多样化,因此单一的行政管理模式显然不具有适应性,必须寻求和实现水资源治理主体的多元化。早在中国科学院发布的《2007 中国可持续发展战略报告》中就指出,建立适合中国国情的现代水资源制度,其实质是正确处理水资源管理中的政府、市场和社会的关系,从而建立三者鼎足而立和有机结合的水治理结构。在这一治理结构中,市场应当在水资源配置中发挥基础性作用,政府则发挥主导作用而非基础性作用,同时建立广泛、全面、深度的且不仅限于协会、协商、咨询、听证等形式的社会参与机制。

所谓权利化,即建立有效的水资源权属机制,将对水资源的占有、使用、收益和处分权视为公民的基本权利予以维护和保障。主要考虑四个方面问题:一是权利主体问题,尤其是作为个体的主体地位的确认和保障问题^①;二是权利内容问题,权利内容的充实是与水权分配与流通过程密切联系。因此必须建立和完善在权利许可、权利有偿获得、权利交易等环节中的一系列机制和制度,至少包括水资源权市

场配置机制、水资源权交易机制、水价市场机制、水权运营经济补偿机制等;三是权利的救济问题,即应明确水事纠纷的解决途径,赋予主体提起行政复议或行政诉讼的权利;此外还应考虑在水资源造成人身或财产损失时,国家应给予的赔偿问题。

2. 水资源治理模式的确立

水资源治理模式的建构在于摒弃单一的行政管理模式,构建多主体共同治理的水资源管理模式,实现社会、市场和政府的良性互动和合理作用,达致水资源的合理有效配置。在这一模式中,社会、政府和市场三者是循环、互动的关系。

首先,政府起着主导作用,应当“从直接调配水资源转向实施水权管理调控、配置水资源;从直接投资办水利转向大规模利用社会资本办水利;从直接办污水处理厂转向制定标准和强化监管来保障水安全;从全方位提供水利产品转向专注于提供贫困人口吃水、生态用水、灌区节水改造和跨行政区污染控制等公共物品和服务;从直接行政管制转向宏观调控,做好水市场的裁判员、服务员和信息员。”^[7]

其次,市场起着基础性作用,即在明晰水权的基础上,水资源配置方式由政府向市场转化,且市场机制的作用不断增强,最终形成一种有效、规范的体系和运行制度。而发挥市场调节机制基础性作用的路径在于实现水资源的产权化、资本化和产业化以完善水市场的秩序规范和体系建构。正如有学者所指出的^[8],水资源的市场化应遵循一定的内在逻辑关系:水资源产权市场化是水资源市场化的制度核心,水资源产业市场化是水资源市场化的重要内容,水资源资本市场化是水资源市场化的发展方向。

再次,强化社会主体的实质性参与,就需要确认社会主体参与水资源治理的资格,同时扩大社会主体参与水资源治理的范围,从广度和深度两方面来增强水资源治理的公众参与度,实现全方位的社会主体参与。社会主体主要包括社会中间组织和公众。对于社会中间组织而言,由于直接与用水者联系,社会中间组织可以通过收集、统计、分析各种用水信息、研究和制定当地水资源的开发规划、进行实践调查等方式为政府的宏观调控提供基础数据,同时协调政府与其成员以及其成员之间的利益矛盾等^[9];同时,以行业协会为典型代表的社会中间组织还可以行使对政府水资源治理的制约和监督,例如参与政府的水资源决策、对政府违法治理行为提起行政复议或诉讼、支持社会个体提起行政复议或诉讼等等。

^①作为水资源权利主体,尽管法律规定个人和集体、国家的平等地位,但现实中力量对比的显著差别使得处于弱势地位的个人无法与国家机关对抗,因而其所享有的权利往往流于形式。

3. 水市场基本制度的建构与完善

水市场基本制度的建构与完善,主要围绕明晰水权、水权分配、水权交易和合理水价的形成、政府监管和社会监督等四个方面进行。

首先,确立水资源权属机制。一是水资源的国家所有权机制,对水资源开发和使用进行统一规划、总量控制和定额管理制度,制定水资源的宏观规划、分配方案、调度计划等等,同时制定各种补偿方案和应急水源地补偿机制明确水资源补偿和供水保障。二是确立水资源的使用权机制,主要包括水资源使用权的分配制度和权利主体的保护制度:前者包括宏观调控和微观管理指标体系的确定、流域水资源分配、大型用水户和公共区水权的配水机制、公共用水制度、生态用水权、水能开发权等管理制度;后者主要通过水权转让经济补偿机制和水资源费征收管理来体现。

其次,确立水权交易机制,包括水权转让管理,水权交易审批制度,水权交易公告制度,水权交易协商制度,水权转让第三方利益补偿制度以及第三方影响评价制度等。

再次,确立水市场监管机制。以市场为基础的政府主导、社会参与的水市场监管体系,应当包含水市场公共利益保障制度、水市场秩序管理制度、水市场危机管理制度以及水权交易价格监管制度。在监管主体方面,可以考虑在中央层面设立水资源监督管理委员会对水资源进行统一调控,对水权交易主体、范围、数量、年限、程序、价格进行监管,以及交易资金的监管、水功能区影响的监管等。

最后,确立水市场社会参与机制。社会参与机制包含内容广泛,其中直接相关的主要包括公众在相关政策制定和实施过程中的制度化表达机制、与公共利益有密切相关的涉水重大事项社会听证制度、强制性的信息披露制度以及水资源管理的公共决策机制等内容。此外,还应当建立和完善社会中间组织的培育和制约机制,同时以政策指导、制度支撑以及财政支持等多种方式为社会中间组织参与水资源治理提供良好的外部环境,使其能够真正发挥其功能,最终成为连接政府、公众和组织的桥梁以及国家与社会寻求共识的制度渠道,从而促进社会参与机制的完善。

四、结 语

目前水市场法律制度面临包括水资源国家所有权背景下政府对水市场的过度干预、财权与事权分配不均背景下地方政府对经济效益的重视及对环境效益的忽视、经济民主程度不高背景下的市场机制的发挥不足与社会主体的参与有限等在内的系统性困境。而当一项旧制度“深陷于一个系统性困境时,简单的‘头痛医头、脚痛医脚’方略,实际上是难

见其效的”^[10],因此,在实现上述应对策略时,整体性改革固然是解决问题的根本所在。但相对而言,寻找突破点进而以点带面、循序渐进的改革方案更为现实,可以考虑分三步走,即“《水资源法》的制定及相关立法的修改、水资源税制改革及经济民主建设”三个阶段。首先,基于目前水资源法律制度分散性、非系统性的现状,应统一立法,制定一部综合性的《水资源法》,并以此为切入点,建立以《水资源法》为核心的水资源法律制度体系,将水资源保护法、水利法、水运法、水能法、水污染防治法、水害防治法、特殊水体法、节水法、流域管理法包含在内,从而真正实现水资源开发、利用和保护的制度化和体系化。其次,同时进行税制改革,在合理界定水费、水资源费、污水处理费和水资源税的基础上开征水资源税,不仅可以大大降低地方财政对行政事业性收费的过分依赖,还可以保证地方财权与其事权相匹配。再次,推行公众参与程序,以充分体现水资源治理过程中的民意和社会公共利益,从而推动经济民主在更深层次的实现。综上所述,水市场法律制度的建设与完善并不是孤立的,而是水资源管理、财税体制、经济民主等诸多方面。其中,相关制度建设或具有同步性,或具有先后性。当然,经济民主的推进则是更为长远的目标。

参考文献:

- [1] 王建文,熊敬.我国地下水管理主要制度的构建[J].河海大学学报:哲学社会科学版,2012,14(2):62-67.
- [2] 刘芳.流域水资源治理模式的比较制度分析:以新疆塔里木河流域治理为例[D].杭州:浙江大学,2010:3.
- [3] 张文显.法理学[M].北京:高等教育出版社,2007:115.
- [4] 曹可亮.水权和水资源财产权概念比较法研究:兼论比较法研究中的概念移植问题[C]//吕忠梅.环境资源法论丛:第8卷.北京:法律教育出版分社,2010:251-299.
- [5] JUNGREIS J N. Permit me another drink: a proposal for safeguarding the water rights for federal lands in the regulated riparian east[J]. Harvard Environmental Law Review, 2005,29:369-401.
- [6] 彭诚信,单平基.水资源所有权基础理论解析[J].金陵法律评论,2011,春季卷:61-81.
- [7] 李雪松,夏怡冰,张立.中国水资源制度创新目标模式[J].水利经济,2012(2):1-5.
- [8] 刘普.中国水资源市场化制度研究[D].武汉:武汉大学,2010:42-48.
- [9] 杨宇,马友华.论我国水资源的多主体共同治理[J].华东电力大学学报,2011(1):1-6.
- [10] 沈岗.系统性困境中的违宪难题及其出路:以城市房屋征收迁制度为例[J].政治与法律,2010(12):4-18.