

# 简论国际河流水权理论的构建

王志坚<sup>1,2</sup>

(1. 河海大学法学院, 江苏 南京 210098; 2. 南京大学—约翰斯·霍普金斯大学国际问题研究所, 江苏 南京 210093)

**摘要** 国际河流水权研究长期被忽略, 成果较少。构建完善的国际河流水权理论是解决水冲突的关键。国际河流水权应界定为扣除生态需水量的水体所有权。以水权为基础建立流域国权利义务对等的法律关系不仅具有学术创新意义, 对于维护我国国家利益也十分重要。

**关键词** 国际河流 水权 生态需水量

**中图分类号** :D993.3      **文献标识码** :A      **文章编号** :1003-9511(2012)02-0022-03

## 1 国际河流水权研究现状

水权从诞生起就是一个国内法的概念, 从罗马法开始, 水资源就被定性为公有之物, 不能为私人占有。当今世界各国也大多在宪法里规定, 水为国家所有, 所以国内法上的水权大多是排除水资源所有权的。水权往往被解释为是一个由汲水权、引水权、蓄水权、排水权、航运权等组成的权利束<sup>[1]</sup>。基于这样的理论前提, 对于国际河流水权问题, 国内外学者很少进行相应的研究。我国较早研究国际河流水权的冯彦等学者沿用国内水权的概念和制度建构来倡导国际河流水权及其制度建设, 认为国际河流水权为各国在利用国际河流水资源时都享有公平合理利用水资源的权利<sup>[2]</sup>。鉴于国际河流水资源利用过程中的矛盾和冲突与国内河流有本质区别, 该派学者后来对国际河流水权的定义做了重要修正, 加入了所有权的内涵, 认为水资源权属可简称为水权, 水权主要是对水资源的所有权、使用权、经营权等与水资源有关的一组权利的总称; 国际水道中的跨境共享水资源权属也包括不同流域国家对流经或产生于其领土内的水资源的所有权和使用权等, 通常与国家主权密切相关<sup>[3]</sup>。

贾生元、戴艳文认为, 一国的水权为国家所有, 而国际河流的水权则为河流流经的国家分割拥有。一个国家只有其一段或一部分主权, 而不是全部主权, 主权下的任何水权行为不得侵犯或损害其他国

家的主权与水权。所以, 沿岸国保护水资源的义务要为全流域负责, 即拥有部分主权, 却必须承担并履行全部的保护义务, 才能体现全流域可持续发展<sup>[4]</sup>。这种观点其实对国际河流上游国来说, 无疑是极不公平的。正因为国际河流沿岸国对其境内的水资源具有永久主权, 而各国都在一定程度上面临水资源短缺或水环境恶化, 都试图将国际河流的境内水利利益最大化, 而不是将整个流域利益最大化, 所以以上游国的自我限制来满足下游国家的利益最大化为基础的水权不可能成立。

围绕国际河流的开发利用, 国际水权的理论基础从当初的“绝对主权(管辖)论”和“绝对领土完整论”, 演变到现在的“有限主权论”和“沿岸国共同体论”, 其发展脉络实际上是从绝对化水资源主权到相对化水资源主权, 再到超越水资源主权, 当今世界国际河流水权暗合的理论基础实际是“沿岸国共同体论”。胡文俊、张捷斌认为: “沿岸国共同体论”更多地考虑整个流域的最优利用、综合发展及用水利益的共享, 而不仅仅考虑沿岸国各自在某一利益分配中的得失<sup>[5]</sup>。但何艳梅认为, 实际上“沿岸国共同体论”实质是一种追求最大正和效益, 超越国家主权界线, 追求流域最大利益的近乎“乌托邦”式的理论学说<sup>[6]</sup>。也正因为此, 陶雷认为, 整个国际河流水权制度也就只能是国界消逝的大同世界的理想蓝图, 国际河流水权至少在目前并不是一个有着真实外延的理论概念<sup>[7]</sup>。

基金项目: 国家社会科学基金后期资助项目(11FFX043)

作者简介: 王志坚(1975—)男, 江苏连云港人, 讲师, 博士, 主要从事国际河流法研究。

## 2 构建国际河流水权理论的必要性

国际法上,国际河流属于各有关国家的领土,各国享有对流经其领土的那一部分河流的所有权<sup>8]</sup>。由于国际河流水权理论与国家主权、国际河流水资源所有权密切相关,而相当一部分国际水法专家认为,正是由于各国过于强调主权才造成国际河流争端难解的原因。而在1997~2004年,国际大坝委员会国际河流专业委员会对3600多份与国际水资源相关的条约进行了要点汇总中,其中并未有对国际河流水权概念的任何阐释<sup>9]</sup>。这也使一些学者认为,国际河流水权并未成为有效解决国际水事争端的技术、制度或话语工具<sup>10]</sup>。

但国际河流最核心的冲突,是国际河流水体竞争性使用所带来的。仅仅强调使用权,将使国际河流冲突变得无解。要公平解决国际河流问题,就必须纠正当前理论上存在淡化主权、回避水权研究的倾向。只有明确国际河流的水权(所有权及其派生权利)归属,在这个基础上明确流域各方对等的权利义务,以此作为指导各流域国家缔约与行为的基础。这样,才能解决当前存在着的理论与现实的脱节问题,使国际河流水权理论不但能指导国际河流实践,而且还能真正解决国际河流中存在的问题。

国际河流理论淡化主权、回避水权的倾向有其内在的逻辑:国际河流利用问题最初是水面利用,即航行。随着自由航行制度伴随殖民主义在非洲、南美等一些国际河流的推行,淡化主权倾向在国际河流法理论中初露端倪。而国际河流水体利用矛盾出现后,在国家利益驱动下形成的两个绝对主权理论(绝对领土管辖和绝对领土完整)的尖锐对立,又使有关学界将淡化主权的理论适用于国际河流的水体利用争端解决上,出现了有限主权论。随着全球水资源的日益缺乏、污染问题的日益严重,环境保护问题的提出使国际河流领域忽视主权理论程度不断深化。虽然国际环境法的第一个原则就是主权原则与跨界不伤害原则,但是在国际河流利用领域,由于回避主权问题,该原则适用的实质还是上下游国家两个极端对立的理论。因而,国际河流环保领域提出了利益共同体论,进一步忽视主权,回避国际河流争端的实质,使理论与实践严重脱节。

## 3 国际河流水权性质的界定

国际河流是沿岸国家的共同财产,具有一定的公共性。亚里士多德说:“凡属于大多数人的公共事务,常常是最少受到照顾的事务。”这就是所谓的“公

地的悲剧”,而这正是现在各国对国际河流竞争使用情况的真实写照。国际河流的公共性导致各国认为自己不利用就会为他人所用,所以会“出于国家主权和国家利益的考虑<sup>11]</sup>对国际河流进行掠夺性的开发,产生无节制的污染等行为。防止国际河流公地的悲剧的有效途径之一,就是建立国际河流的水权制度。

国际河流因其位于两国之间或者流经不同的国家,其整体性被国界所分割,其水权为国家主权所涵盖,使水权的利用首先面临的问题是处理好水权与主权或主权与主权之间的关系问题,这正是国际河流水权区别于国内河流水权的所在。

一个国家对国际河流的主权分为对国际河流水面的管辖权以及国际河流水面以下水体的所有权,水体的所有权是确立国际河流水权的基础。

之所以将国际河流水体的所有权作为国际河流水权的基础,而不是将国际河流的使用权作为国际河流水权的基础,是基于以下考虑:按照现代各国水法的一般理解,一国的水权是国内法上的法律主体依法对于地面水和地下水取得使用或收益的权利,水权可以是水资源的非所有权人依照法律的规定或合同的约定所享有的对水资源的使用或收益权。国内法上的水资源所有者一般都定性为国家,由国家通过法律的形式对水利用权进行分配,故水权由水资源所有权派生而来,水资源所有权乃为水权之母;若不存在独立的水资源所有权或者所有权权属不清,水权也就无从产生并独立存在<sup>12]</sup>。但是对于一国国内而言,国家对于水资源的利用、管理及其收益分配有统一调配权,水权的初始分配以及水权交易离不开超然于用水者之上的公权力的介入。公民、法人等国内法主体对于水资源的利用、收益与补偿等法律行为只能是建立在水使用权的分配与贸易之上,不存在法律意义上的水所有权交易。

但在国际法的层面,如果将水权定位于使用权,那么获得国际河流使用权的是国家。但问题是,国际法上并无一种超越于国家之上的立法机关,没有这样的机关在国家之间对河流使用权进行初始配置。因此,国内水权与国际河流水权有着显著的区别,对于国际河流来说,其水权的界定应该是建立在国际河流水体所有权的基础之上。

## 4 国际河流水权与主权的关系

所以,在国际法层面,国际河流水权既是国际河流主权,也是国际河流水体所有权的组成部分。国际河流水体所有权与国际河流水面主权的叠加,是

国际河流的主权。而在国际河流水资源利用与管理的层面,流域国对于自己享有的国际河流水权当然可以再次分配,如引水权、排水权等使用权,他们是该国国内的水权,公民、法人可以对自己拥有的水权进行交易。同样,在国际河流流域国之间,也是可以参照国内水法进行国际河流水使用权进行交易的,但他们之间交易的标的,也不是所有权。

有一些学者认为,由于1997年联合国大会通过的《国际水道非航行使用法公约》,2006年联合国国际法委员会通过的《跨界含水层法》等国际水法文件都多次提到水资源的主权,而非水权。国际水法的核心范畴是水资源主权而非国际河流水权<sup>[13]</sup>。持该种观点的学者们其实是将国内法上的水权概念——水使用权——等同于国际河流水权。将国际河流水资源使用权定义为国际河流水权,将使每一个国家对国际河流的权利处于非常不确定的状态,如一国人口增加、经济发展导致生活用水和工农业用水的增加、流域国之间对水资源使用权的争夺,都会带来各自水权的变化,也正是这种理论才使国际河流利用纠纷增多、国际水冲突愈演愈烈。

同样,虽然国际河流水权是主权的一部分,但主权概念具有非常深厚的政治内涵,比如说,我们不可能对某一主权的利用来产生电力。因而,笔者认为将国际河流水权界定为国际河流水资源主权并不合适,只能借鉴与国际法同源的古罗马法理论,将其定位于所有权性质。国际河流水权是沿岸国对河流水体自由支配的权利,它是一个扣除了维持河流生态水量的水体所有权。对于一国国内来说,国际河流水权是其国内相关水权的基础,由河流汲水权、引水权、蓄水权、排水权、水能利用权等水使用权表现出来的“权利束”成为国内水权的内容。国际河流国内水权是用益物权,包括开发使用权、经营权及与水有关的其他权益,它是通过对水的利用而获取的一种受到法律保护的利益。

## 5 基于预留生态需水量的国际河流水权构建

对于整个国际河流流域来说,国际河流水体是各国共有财产,所有流域国都有义务保证国际河流的生命与健康延续,这是最新的国际河流利用理论。因此,各国所拥有的国际河流水权不是该河流在本国国界线以内所有国际河流水体的所有权,因为“绝对主权论”和“绝对领土(河流)完整论”在同一条河流上的完全对立使这种绝对水权理论上早已被摒弃,在实践上也不会被施行。所以,国际河流水权应该是扣除了生态需水的那部分径流量。生态需水量

具有全球环境与生态保护的意义,不能作为沿岸国确定的水权而存在。国际河流水权是由河流相关主权国家主权占有、自主使用、自由出售和收益的那部分水体所有权。

基于预留生态需水量的国际河流水权研究,生态径流的计算是确定水权的基础,是确立沿岸国能有多少河水可以支配的第一阶段。以贡献量减去生态需水量的水权,对于各沿岸国家来说,是公平合理的。也可以说,基于国际河流水权建立流域国权利义务对等的国际河流法律关系是国际河流合作利用领域的基本原则,它是公平合理原则的细化,也使公平合理原则极具操作性。

虽然,全球已经有44个国家进行河流生态环境需水量计算研究<sup>[14]</sup>,但至今尚未见系统的结合生态需水量的国际河流水权研究,所以综合生态水文学有关原理和国际法学基本理论,构建符合客观规律的国际河流水权理论,并将其运用于具体国际河流案例,对有关国际河流水资源合作做出评价和指示,具有学术创新意义。同时,用该研究成果作为我国和周边国家水资源合作谈判的理论参考,对于维护我国国家利益无疑具有重要作用。

## 参考文献:

- [1] 崔建远. 水权与民法理论及物权法典的制定[J]. 法学研究, 2002(3): 37-62.
- [2] 冯彦, 何大明. 国际河流的水权及其有效利用和保护研究[J]. 水科学进展, 2003(1): 124-128.
- [3] 何大明, 冯彦. 国际河流跨境水资源合理利用与协调管理[M]. 北京: 科学出版社, 2006.
- [4] 贾生元, 戴艳文. 国际河流的水事矛盾与水权讨论[J]. 四川环境, 2003(2): 46-48.
- [5] 胡文俊, 张捷斌. 国际河流利用权益的几种学说及其影响述评[J]. 水利经济, 2007, 25(6): 1-4.
- [6] 何艳梅. 国际水资源利用和保护领域的法律理论与实践[M]. 北京: 法律出版, 2007.
- [7] 陶蕾. 国际河流水权概念辨析[J]. 水利经济, 2010, 28(6): 27-29.
- [8] 劳特派特修订. 奥本海国际法(上卷)[M]. 王铁崖, 陈体强, 译. 北京: 商务印书馆, 1972.
- [9] 贾金生. 国际共享河流开发利用的原则与实践[M]. 北京: 中国水利水电出版社, 2009.
- [10] 张梓太, 陶蕾. “国际河流水权”之于国际水法理论的构建[J]. 江西社会科学, 2011(8): 13-18.
- [11] 管纪尧. 浅议国际河流水权制度[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年全国环境资源法学研讨会(年会)论文集. 南京: 河海大学, 2008.

(下转第67页)