

# 水权与民法理论 及物权法典的制定

崔建远\*

---

**内容提要:** 水权由水资源所有权派生出来,是汲水权、引水权、蓄水权、排水权、航运水权等组成的权利束,具有私权与公权的混合性质。由其支配形式的特殊性与其客体的特殊性所决定,其客体的特定性是个别形态,不特定性反而常见。汲水权、引水权等类型犹如水所有权主体的转换器,其运行使水所有权从水资源所有权中分离出来,转归水权人享有。因此,它们不含有占有权能。水权基本上不具有排他性,应通过优先性规则来解决水权人之间的利益分配。依据先占用原则取得的水权闲置达一定年限便归于消灭。因水权与典型物权差别过大,物权法不宜直接规定,但应为其预留足够的发展空间。相关的民法理论亦应进行反思。

**关键词:** 民法 物权法 准物权 水权

---

本文的构思和写作,主要源于三方面问题的凸现,并萦绕于心:其一,水资源的重要性已有目共睹,对水资源进行全方位的法律调整便愈加急迫,水权制度作为基础的一环必须引起我们的重视。其二,我国正在制定物权法典,水权、矿业权等准物权是否被纳入其中,既取决于立法者对物权法准确地总体把握,又离不开对准物权的透彻了解。即使追寻着德国法系的物权编的体例,我国物权法典不直接规定准物权,也应给准物权的存在尤其是发展预留适宜的空间,而不是成为它们生长的羁绊。只有我们熟知准物权的属性、构成和效力,才能使物权法的总则适合准物权的要求,成为填补准物权规范漏洞的依据;使各种物权制度与准物权制度衔接和配合得恰到好处。以水权制度简陋、水权理论贫瘠的现状,我们不能胜任其责。其三,既有的民法理论系对以往的民法现象的概括和总结,可能涵盖不住其后出现的民事关系。某些民法理论已不能令人信服地说明现在活跃着的民事权利义务的状态,未能概括出全部民法现象的本质要求,亟待修正。矿业权、水权及其制度的独特属性和法律要求,既是我们修正某些民法理论的动力,研究它们的成果本身也就是达到上述目的的组成部分。笔者曾经就矿业权问题作过探讨,本文专就水权问题加以讨论。

---

\* 清华大学法学院教授。

## 一、水权的概念分析

水权,是权利人依法对地表水与地下水使用、受益的权利。也有人说它是权利人引取定量之水与存蓄定量之水的权利。<sup>[1]</sup>相比较而言,前者界定得全面,后者系针对汲水权、引水权、蓄水权等类型的水权所作的概括,未能涵盖排水、航运水权等类型,故不够准确。由此显现出应将水权认定为一束权利的必要性。实际上,水权为一集合概念,它是汲水权、引水权、蓄水权、排水权、航运水权等一系列权利的总称。不同类型的水权所具有的性质、效力、功能可能有所差别,甚至相距甚远。为准确与方便起见,除非特别指明,本文所论水权,主要以汲水权、引水权等用水权为审视与概括的对象。

按照通说,水资源所有权属于特殊主体所享有的权利,在我国归国家享有。水资源及其所有权基本上不作交易的对象。水所有权,或称水体所有权,已归普通的民事主体享有。业已引入企业的储水设施、家庭水容器中的水,不再是水资源所有权的客体,而是水所有权的客体。水权,系从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。水权人行使水权,便得到水所有权。据此,如下观点宜再斟酌:“水权之水,所有权仍属于国家,惟为经水权人之取水设施引入或汲出之水,为‘私水’。水权之水,此处之水已非天然状态之水,为水权人之额定水权内之水,但不保证水权满额之水量。水权之水已为水权人所占有,为物,为动产,已非为公物之公用物,为公物之特别用物。占有人无民法之所有权,惟适法有使用或收益之权,其使用或收益依水利法及民法占有之规定。”<sup>[2]</sup>就汲水权、引水权、航运水权、竹木流放水权等类型的水权而言,作为水权客体的水仍然与作为水资源所有权客体的水源融为一体,并未分离、独立出来,故水权人对此处之水不享有所有权,只是间接占有(引水权等场合)或者直接占有(航运水权等场合),此处之水仍归国家所有。这种观点可予赞同。但是,“经水权人之取水设施引入或汲出之水”,水权这个“占有人无民法之所有权”,则值得商榷。原因在于,此处之水的所有权已归水权人享有,不再是水资源所有权的客体,不再归国家享有。水权人与此处之水的关系,本质上是所有权人与水所有权客体之间的关系;准确的称谓,应是水所有权人而非水权人享有水的所有权。同理,“水权之水已为水权人所占有”之说,亦不妥当,因为此处水权人占有的水,系“经水权人之取水设施引入或汲出之水”,它已经不再是水权的客体,而是水所有权的客体,是水权人的所有物,是其财产。

水权属于何种类型的权利?一种观点认为,水权是独立于水资源所有权的一种权利,也是一项法律制度。<sup>[3]</sup>另一种观点主张,水权就是水资源所有权和各种用水权利与义务的行为准则和规则,它通常包括水资源所有权、开发使用权、经营权以及与水有关的其他权益。<sup>[4]</sup>前者思考的方向正确,后者值得商榷,理由有三。第一,这违反了财产权体系内部的位阶关系。水

[1] Jan G. Laitos, *Water Rights, Clean Water Act Section 404 Permitting, and the Takings Clause*, University of Colorado Law Review, (1989).

[2] 林柏璋:《台湾水权及其法律性质之探讨》,载水利部政策法规司编《水权与水市场》(材料选编之二),2001年,第196页。

[3] 裴丽萍:《水权制度初论》,《中国法学》2001年第2期。

[4] 冯尚友:《水资源持续利用与管理导论》,科学出版社2000年版,第189页。

权属于财产权。<sup>[5]</sup>而在财产权体系中,水资源所有权的上位权利是财产所有权,再上位权利是物权,不会是水权。水权概念若有存在的必要,逻辑上只能是水资源所有权的下位概念。所以,“水权包括水资源所有权、开发使用权”说是把水权作为了水资源所有权的上位概念,这不符合民法逻辑。正如有人所说,水权不是对水的占有权、所有权,水权人不享有受法律保护的水所有权上的利益(interest in the ownership of the water itself),受保护的权利只是用水权。<sup>[6]</sup>第二,如果一个人既对水资源享有所有权,又自己利用该水资源,那么,在法律上只设置水资源所有权制度便足矣,没有水权制度存在的必要。只有在非所有权人为自己的利益而需要使用水资源时,为清楚地划分他与所有人之间的利益,也为了对抗其他人,才有设置水权制度的必要。在这种背景下存在的水权,恐怕它只会从水资源所有权中派生,系分离该所有权中的使用、受益诸权能而形成的他物权。由此可见“水权包括水资源所有权、开发使用权”说犯了本末倒置的错误。第三,在中国,它不符合《中华人民共和国水法》的立法原意以及具体规定。水法区分了水资源所有权和开发利用权,强调水资源属于国家所有,属于集体所有的,仅限于农村集体经济组织所有的水塘、水库中的水;至于具体的单位和个人,仅享有开发利用水资源的权利(第3条)。后者相当于我们所说的水权。这两类权利是各自独立的。前者不得易其主体,而后者则可以转让。第四,从比较分析的角度观察,会发现至少通说都主张水权不含有水资源所有权。在美国西部,大多数水法都宣称公有权存在于水资源之上,采用先占用原则规律用水权,用水人从州的水资源管理部门获得许可证时,该用水权就是水权。<sup>[7]</sup>在日本,学说认为水权是利用水的权利,而非对水享有所有权。<sup>[8]</sup>我国台湾水利法规定,水权是依法对于地面水或地下水取得使用或收益的权利(第15条),可归团体公司或人民取得,而水资源所有权则只归国家享有(第2条)。可见水权不含有水资源所有权。由此可知,“水权包括水资源所有权、开发使用权”说显然忽视了水资源所有权和水权之间的性质差别。

应予指出,对于普通的市场主体来说,其用水根据至少有两类,一是水权,二是水合同及其债权。水合同债权虽是用水人使用水的权利,但它不具有物权的性质与效力,仅仅是债权。就是说,水权的真实含义窄于其定义的字面意义,仅指具有(准)物权性质及效力的用水资格。

水自身为“动产”,但水权却是不动产权益。<sup>[9]</sup>因水权派生于水资源所有权,故水权属于他物权;因它是权利人使用水并获得利益,而不是为担保债权的实现,故它为用益物权,即为特定的用途从特定的源流而引取、使用水的权利。<sup>[10]</sup>但同一般的用益物权相比,水权具有以下自身的特点,于是人们称其为准物权。

第一,客体具有特殊性。水权的客体是水,包括地表水和地下水。它存在于河流、湖泊、池塘、地下径流、地下土壤之中。当水由用水人从河流、湖泊等处引取来存蓄于自己的水池、水塔等容器里时,它就不再是水权的客体(更不是水资源所有权的客体),而是水所有权的客体。除极少数情形外,作为水权客体的水,在物理上并未与水资源相分离地孤立地存在着,而是融汇于水资

[5] John C. Peck, Kent Weatherby, *Condemnation of Water and Water Rights in Kansas*, University of Kansas Law Review. (Summer, 1994).

[6] Jan G. Laïos, *Water Rights, Clean Water Act Section 404 Permitting, and the Taking Clause*, University of Colorado Law Review. (1989).

[7] I Wells A. Hutchins, *Water Rights Law in the Nineteen Western States*. 298-306(1971).

[8] 金泽良雄:《水法》,法律学全集第15卷,载园部敏、田中二郎、金泽良雄:《交通通信法·土地法·水法》,有斐阁1968年版,第81页。

[9] K.S.A. ? 82a-701(g) (1997).

[10] John C. Peck, *Assessing the Quality of a Water Right*, Journal of the Kansas Bar Association. (May, 2001).

源中,是水资源的一部分。就是说,在现实世界中,在水权设定时直至行使前,水权的客体与水资源所有权的客体是融为一体,在物理上无法识别出独立性的。按照传统的界定特定物的标准衡量,水权的客体是不特定的。但另一方面,水权确实在质与量上存在着,并受到法律的承认和保护。如果彻底而绝对地否认水权客体的特定性,又如何能在范围上使水权同水资源所有权区别开呢?况且人们都承认这样的原理:物权系主体直接支配客体的权利,只有客体特定才能实现支配,故客体的特定性便为物权的一大特征。<sup>[11]</sup>水权同为支配权,逻辑上亦要求其客体具有特定性。对此,应如何认识呢?笔者认为,一应反思客体一律自物权设定之时就必须具备特定性的僵硬模式,承认支配力及其内容的不同对客体何时具备特定性的要求并非一致;二应反思特定性等同于同一性的结论,承认客体特定性的含义和表现形式在不同类型的物权中不尽相同;三应探讨水权客体的特定性能否依赖水的量化及其方式来体现,解释客体的特定性可以有一定的弹性。以往理解物权客体的特定性,基本上是聚焦于客体自始至终保持不变这点上,简言之,将特定性等同于同一性。实际上,这仅仅反映了所有权和一般用益物权对其客体在存续上须保持同一性的要求。其错误在于,其一,它不适当地舍弃了物权客体特定性在空间上的要求;其二,它将所有权和一般用益物权对其客体特定性的要求武断地上升为全部物权的要求。这种以偏概全地界定客体特定性的思路应予改变。经过反思,笔者认为,对客体的特定性在一定程度上可以弹性把握。其一,客体的特定性,在空间上表现为客体有明确的范围,不得以他物替代;在客体的存续上即表现为同一性。其二,客体的特定性表现为客体的定量化,股权客体的特定性为其著例(当然,有学说否认股权为物权)。其三,客体的特定性由特定地域加以确定,探矿权客体的特定性即如此。其四,客体的特定性由特定的期限加以固定,浮动抵押权客体的特定性系例证之一。之所以如此宽泛地解释客体的特定性,是因为物权客体的特定性并非物权的初始要求,它来自于物权人支配客体的需要,更终极地说来自于实现物权目的的需要。所以,界定物权客体的特定性,主要地应从支配客体的要求与物权目的实现需要的方面着眼,同时要兼顾登记、公示的技术要求。如果这一观点是正确的话,那么可得如下结论:其一,就不以登记为成立要件或者对抗要件的物权而言,物权行使时其客体特定化即可,不必强求客体的特定性必须在物权设定时完成;对以登记为成立要件或者对抗要件的物权来说,基于登记的技术要求和公示的需要,物权成立时其客体应特定,但在浮动抵押权、水权等类型的物权场合,其客体的特定性在物权成立时要求不严格,待物权行使时再精确化,不会产生不适当的结果。其二,若通过特定的数量、特定的地域或者特定的期限等方式能使物权人直接支配客体,实现物权目的,就可以认定该客体具有特定性,至少在物权行使时具有特定性。笔者认为,水权客体的特定性就因个案情形而会分别呈现出上述四种形态之一:有的以一定的水量界定水权客体,有的以特定的水域面积界定水权客体,有的单纯地以特定地域面积界定水权客体(以地下水作客体场合即如此),有的以一定期限的用水作为水权的客体。也正因为对水权客体特定性的界定富有如此之弹性,所以,某些类型(如后两种类型)的所谓特定性,从严格的意义上说是不特定性。如此,物权客体须具有特定性的通说就需要重新检讨。同时,基于探矿权客体的不确定性,就得出准物权的客体具有不特定性的结论,也不够全面。因为有的水权客体具有严格意义上的特定性,有的水权客体究竟具有特定性抑或无特定性,取决于解释的标准。按严格的标准,该客体具有不特定性;按宽泛的标准,该客体具有特定性。兹详细考察和分析如下:

[11] 我妻荣:《日本物权法》,有泉亨修订,李宜芬校订,台湾五南图书出版公司,1999年版,第10页以下。

客体的特定性即客体的同一性的结论,来自对所有权人、一般用益物权人支配客体的现象的直观归结。所有权以特定的有体物为客体,该特定物灭失,所有权便归于消灭,显然该特定性在客体的存续上即表现为同一性。一般的用益物权以有体物为客体,物权化的土地使用权的租赁权名义上是以权利为客体,实际上仍是以土地为客体。在土地使用权的租赁权,租赁权人显然是通过使用土地而不是土地使用权来满足其需要。此时,土地使用权的作用在于,租赁权人利用土地的使用价值具有合法性。客体为有体物场合,用益物权人通过反复地、不断地使用该有体物而实现其利益,达成物权的目的。该有体物必须存在并于其存续期间保持同一性,它一旦灭失或被消耗掉,立于其上的用益物权便不复存在。由此可见,客体在时间上和空间上有无同一性,直接决定着一般用益物权的存废。水权客体的特定性仅在少数情况下表现为客体的同一性。例如,特定地域的地下水(地下径流除外)作为客体场合,该地下水的特定性有时就是同一性。

在以特定的数量确定水权客体的情况下,该客体若取自河流,那么它仅在概念上、在数量上,保持同一性,在物理、化学上难谓有同一性。于此场合,与其说该客体具有特定性,莫如说它呈现着不特定性,更为贴切。该客体若限于封闭的池塘,可能在物理上具有同一性,但这并不重要,关键的是水量、水质和用水期。在以特定的期限确定水权客体场合,同一性可完全不予考虑,水质、水量、用水期和特定的水权类型诸因素居于重要地位。于此场合,从严格的意义上说,该客体同样具有不特定性。之所以如此,是由水权的支配形式与被支配的水两者的特殊性决定的。所谓水权的支配形式特殊,在汲水权、取水权等用水权类型,是指水权通过减少其客体的量而达到目的,水权人及时地得到定量的水就是实现着支配,至于这些水是独立存在于特定的容器,同水资源所有权的客体相分离,成为“特定物”,还是与水资源融为一体,无关紧要。这显然不同于所有权与一般用益物权的支配形式。

应该看到,区分客体在存续上是否具有同一性,在侵害水权的判断方面具有意义。在无同一性要求场合,无水权的主体从同一水资源取水仅仅侵害了水资源所有权,不构成对水权的侵害,除非盗水行为影响了水权行使。反之,在客体须具有同一性的情况下,无水权的主体从同一水资源取水,当然侵害了水权。不过,当侵权行为表现为水质污染时,结论可能会改变,即在水资源全部被污染时,水资源所有权与水权就都受到了侵害。

上述水权客体的特点决定了侵害水权的形态,也使判断侵害水权的标准呈现着特殊性。对一般用益物权的侵害,通常要求有损害后果,加害行为与损害后果通常紧密相连,要么是毁损灭失标的物,要么是妨碍用益物权的行使,所谓“危险”,并不在其中。在所谓“危险”未达至确有可能损害他人的合法权益的威胁时,不以侵权行为论,用益物权人不得主张停止侵害、赔偿损失。只有具备采用消除危险这一救济方法的要件时,危险才被视为侵权行为。可见,危险大多不构成对一般用益物权的侵权行为。与此不同,侵害水权场合,侵权行为的实施与损害后果之间时常有一个时间差,有时间隔得还比较长,在水权客体来自河流场合尤为明显。待水权遭受损害时才主张停止侵害、消除危险、赔偿损失,效果往往不佳:可能未能将损失止于最小状态。而在危险一出现时即允许水权人主张停止侵害、消除危险、赔偿损失,局面就会改观。可以这样说,危险是侵害水权的常见形态。

明确水权的上述特点,对民事权利的分类并进而赋予不同类型的权利以相应的法律效果具有意义。虽然就权利与利益之间的关系而言,权利系手段,利益为目的。权利的价值就在于主体保有或行使它来取得利益,满足需要。但在权利体系内部,则不仅存在着手段性权利,同时也有目的性权利。后者如人格权、所有权,前者如债权、水权。主体通过债权这个手段,获得

物权或与物权具有同等价值的权利;通过水权这个手段,取得水的所有权。客观事实证明,目的性权利只有存在而非消失才能使其主体取得利益,满足需要,于是,法律赋予目的性权利长期的存续期间,如人格权、所有权具有永久性;与此不同,手段性权利永久存续反倒不能使权利人取得相应的利益,不能实现设立该权利的初衷,只有它消灭才能达到权利目的。有鉴于此,法律便限定手段性权利的存续期间。还应看到,手段性权利内部,又存在着差别。非继续性债权通过自身立即消灭使权利人取得目的性权利,担保权通过自身立即消失使权利人实现债权,两者一并死亡。比这复杂得多的是,水权系水的所有权从一个主体移转到另一个主体的转换器(排水权、航运水权等除外),唯其存在,水的所有权才能移转;待其消失,水的所有权移转便停止。由此决定,水权一直存续不灭方能达到目的。有趣的是,此处所谓存续不灭,不得是水权的质与量一成不变,而须是其质不变,量在减少。该减少的量正是水所有权移转的数量。水权这种通过自己的萎缩而非立即死亡使权利人获得目的性权利的属性决定了,水权的存续期限愈长,用水量愈大,对水权人愈有利,但却使水资源所有权人陷于不利的境地。于是,在水权人支付的代价(水资源费税)固定的情况下,水资源所有权人会限定水权的存续期限;水权人欲取得存续期限长的水权,就必须多支付水费。

第二,用水状态、用水人与水权并非一一对应配置。民法对主体依法占有、使用、收益乃至处分标的物的状态,一般要确认为物权;并区分这类状态内部的细微差异分别赋予主体以所有权、用益物权或者担保物权,呈现着支配状态—物权—物权人的对应配置现象。只有在不动产租赁权与法律未来得及承认为物权等极少数情况下例外。若循此逻辑,主体依法较长期地用水场合,他应享有水权,方为正常。但事实上,某些主体合法用水却不享有水权,倒不在少数。例如,处在市区并依赖市政供水系统的家庭,有些是基于水权而用水,有的虽然用水却不享有水权;诸如商场、工厂或者高尔夫球场等工商业的公司亦时常不享有水权。如何解决它们用水又不构成侵权这一问题?美国的一些州通过合同制度达到目的,即用水的家庭、商场、工厂等主体与水资源的所有者或者水管部门签订水合同,他们凭借合同权利而用水。<sup>[12]</sup>应该承认,舍去物权制度而用债权制度使主体利用物,并非水法所独有,消费借贷、土地租赁、我国的国有土地使用权的租赁等即为著例。在日本,土地所有人总是要利用其事实上强有力的地位及法律上的绝对自由,尽可能强化其支配地位,于是利用土地极少设定用益物权,大部分是设定租赁契约。<sup>[13]</sup>但不容置疑的是,在水法领域,用水人不是基于水权而是根据合同债权用水,更为突出,更加普遍。在水权制度不发达的我国,尤其如此。探求造成这一现象的深层原因会有积极的意义。

本来,民法将具有物权之实的权利确立为物权,赋予其物权的效力,比仅认其为债权更有利于权利人,除非法律为强化债权而为其配置了若干附加的制度。据此推论,用水人基于具有物权效力的水权而非依靠债权用水,受法律保护的力度更强。但为什么还有那么多人选择债权作为其用水的依据?最根本的原因在于,对于用水权利的保护,国家不仅设有民法保护方法,更提供了除此而外的社会政策、社会制度、管理部门及相应的救济方法等。后者的保护效果更强烈于物权保护方法。例如,基于确保生存权的要求,家庭用水必须优先保障。为达此目的,国家已经建成或正在建设完善的设施,组成健全的管理组织,提供有效的行政、刑事的制裁

[12] KAN. STAT. ANN. ? 82a- 1305(1989). ; John C. Peck & Kent Weatherby, *Condemnation of Water and Water Rights in Kansas*, University of Kansas Law Review. (Summer, 1994).

[13] 我妻荣:《债权在近代法上的优越地位》,王书江、张雷译,中国大百科全书出版社1999年版,第12页。

手段和民事的救济方式。一旦供水不足,凡有效措施都及时采取,问题便迅速地得到解决,远比单纯依赖物上请求权有效率。在这种背景下,物权与债权之间的差别在解决用水的效果方面显现不出来,或者表现得微乎其微,于是,用水人选择水权抑或债权作为用水的正当根据,显然无关紧要。就是说,在水资源所有与水的使用领域,水权制度以外的制度大量存在,它们并非先转化为水权制度而后规范水的使用关系,也不是透过水法的原则、制度和规范来发挥作用,而是直接地调整着水资源所有权人、用水人、水管部门之间的相互关系并发挥着有效的作用,使得相当数量的用水人选择了用水状态—用水人—债权的配置模式。这一事例告诫我们:其一,完善水权制度,制定物权法,我们应把视野放宽一些,注意相关法律部门之间的衔接配合,甚至于扩大到所有的社会制度的协调。换言之,“综合调整”的效果不可漠视。其二,在大环境良好的前提下,应尽可能地将社会政策、立法政策具体化为水法的原则、制度和规范,尽可能地具体化为水权制度,来规范用水关系。反之,一味地倒向依赖水权制度以外的制度、政策直接解决用水问题,易使行政权力泛滥,使政策替代法律,弱化法治。在我国,这方面的教训是深刻的。其三,即使在公法色彩浓厚的水法领域,意思自治仍有发挥作用的余地,立法者不得漠视。法律应同时提供水权与债权两类用水的法律依据,供用水人选择。

第三,水权在占有权能方面具有特殊性。水权中汲水权、引水权等一类同航运水权、竹木流放权等另一类在其权能方面差别极大。前一类不含有占有的权能。这既是它们所具有的以利用为重心的性质的反映,也是由水权的客体与水资源所有权的客体融合一体的特点决定的,还是为保护其他用水人能够利用同一水资源所必需的。正如有人所说,水权具有两个要素:一是占用的优先权,二是依有益目的而最大限度地用水。对特定量的水享有权利则不是水权的本质,而是水所有权的关注点。前者包括就同一水资源优先于其他水权人而占用。它在枯水季节或者过度取用水体场合最显重要。于此场合,优先权保障最后取得水权者(下位序水权人)逆水权取得的先后顺序而削减,直到最早取得水权者能满足依有益目的用水为止。后者,即依有益目的用水,简称为有益用水(beneficial use),是水权的衡量尺度、基础和边界。在所谓衡量尺度和基础的范围内,依有益用水的概念保障水权人能引取定量之水与存蓄定量之水,足可使用,实现目的。如果用水的有益性缺失,那么水权将被剥夺。<sup>[14]</sup>换言之,水权不包括任何继续利用无益设施的权利。<sup>[15]</sup>从另一角度认识水权以优先权与有益用水为要素,结论就是(汲水权、引水权等类型的)水权并非用水人实际占有特定之水的权利,不是占有权,只是有益用水的权利。<sup>[16]</sup>

汲水权、引水权等水权不含有占有权,不但在地表水作客体场合如此,在地下水为客体的情况下亦然。因为与矿业权具有客体的复合性(特定矿区或工作区的地下土壤与其所含的矿产资源)与权利构成的复合性(勘探、开采矿产资源的权利与地下使用权)不同,<sup>[17]</sup>水权的客体仅仅是水,不包含承载水或蓄含水的土地;水权的构成中亦无土地使用权。既然如此,水权不含有占有权就不难理解了。

汲水权、引水权等水权不含有占有权的属性把水权同渔业权区别开来,因为后者以权利人占有一定水域或水体为必要;它也把水权同一般用益物权相区别开来,因为后者必然含有占有

[14] Jan G. Laitos, *Water Rights, Clean Water Act Section 404 Permitting, and the Takings Clause*, University of Colorado Law Review. (1989).

[15] Alamosa—La Jara Water Users Ass' n. v. Gould, 674 P. 2d 914, 934—35 (Colo. 1984).

[16] David C. Hallford, *Environmental Regulations as Water Rights Takings*, Natural Resources and Environment. (Summer, 1991).

[17] 崔建远、晓坤:《矿业权基本问题探讨》,《法学研究》1998年第4期。

的权能。

与汲水权、引水权等类型的水权有别,航运水权、竹木流放水权等水权则含有占有权。因为权利人不占用水则无法驾船航行或流放竹木等。

第四,所有权和用益物权均具有排他性,排他原则解决了这些物权之间的效力冲突。水权作为用益物权却不尽相同,在特定区域的水资源上可同时存在着数个水权,排他原则对水权之间的效力冲突时常无能为力。对此,美国联邦最高法院曾阐述过,具有排他性的财产权稀少,水权不在其中。<sup>[18]</sup>至于水权人之间的利益冲突,则通过优先权规则加于协调。先取得水权者优先以有益目的而用水,待其获得满足后,后取得水权者才可用水;若水资源不足,后取得水权者的用量即被削减,甚至其水权的目的落空。<sup>[19]</sup>这与担保物权的位序规则类似。水权的这一性质既与水权的客体与水资源所有权的客体融为一体有关,又进而与水权不含有占有权相呼应。因水权不以占用水资源为必要,就为数个水权并存提供了可能;因水权的客体与水资源所有权的客体融为一体,就为数个水权的实现奠定了物质保障。

关于排他性与优先权之间关系的认识,可有宽严之别。从宽解释,具有优先权的水权优先得到实现,后位序的水权不得越位。这同样体现出了排他性。还有,在河岸权原则为唯一的水权取得原则的法律制度下,依河岸权原则取得的水权暗含着排他性。

第五,所有权和用益物权产生后,无论物权人是否行使,物权依然存在,除非该物权被他人依取得时效取得或者因违反社会公益、禁止性规范而被取缔。<sup>[20]</sup>与此不同,按照美国西部的科罗拉多等州的立法,在先占用原则制度下,奉行“用水则有水权,反之则失水权”(use it or lose it)的原则,闲置的水权将被废止,就是说,水权人不利用水资源(达到一定期间)便不再享有水权。<sup>[21]</sup>这符合效益原则,是合理分配有限的水资源的良策,在水资源短缺的今天,更具有合理性,我国水法应该采用。

第六,水权是具有公权性质的私权。关于水权究为私权抑或公权,存在争论。日本的美浓部博士及其他某些公法学者,基于日本河川法第 3 条的规定、水权的设定须经行政厅的特许、水权的客体为公用物、水权的移转须经行政厅的许可、根据公益上的理由、可变更或消灭水权等理由,主张水权为公权。<sup>[22]</sup>与此对立,鸠山、末弘等私法学者与某些判例则坚持私权说,其理由如下:1. 河川法第 3 条所谓“私权”,可解释为包括水权。2. 水权与一般的私权在抽象的内容上没有差异,只有为自己的利益而利用公用水的具体内容的区别。3. 河川法第 21 条规定水权的移转以行政厅许可为条件,这是把水权作为私权的表现,因为公权移转不需要确认。<sup>[23]</sup>折中说认为水权为公权与私权混合的权利。金泽良雄教授认为,从水权产生的领域看,将水权定性为私权没有问题,但水权的取得须得到行政的许可虽然未从根本上抹杀水权的私权性,但

[18] United States v. Willow River Power Co., 324 U.S.499, 510(1945).

[19] Jan G. Laïos. *Water Rights, Clean Water Act Section 404 Permitting, and the Takings Clause*, University of Colorado Law Review. (1989).

[20] 例如,《中华人民共和国房地产管理法》第 25 条规定,超过出让合同约定的动工开发日期满 2 年未动工开发的,可以无偿收回国有土地使用权。

[21] Janet C. Neuman and Keith Hirokawa, *How Good Is An Old Water Right? The Application of Fofeiture Provisions to Pre- Code Water Rights*, University of Denver Water Review. (Fall 2000).

[22] 美浓部:《行政法判例》,第 34 页以下,转引自金泽良雄:《水法》,法律学全集第 15 卷,载园部敏、田中二郎、金泽良雄:《交通法·土地法·水法》,有斐阁 1968 年版,第 83 页。

[23] 鸠山:《增订日本债权法各论》,第 876 页;末弘:《债权各论》,第 1025 页;大民判 1937 年 6 月 18 日(新闻 4145 号 16 页);札幌地判 1936 年 2 月 28 日(新闻 4153 号 7 页);转引自前引[22]书,第 84 页。

给它烙印上了公权性,故水权为私权与公权混合的权利。<sup>[24]</sup>东京高等裁判所亦曾就公水使用权而论,认为“公权说系就权利的形式着眼,私权说则是就权利的内容而言,二者均不免失之一偏,即使就公水使用权之本质采私权说,为私权之水权利同时亦受公共性之规范,亦即具有公权私权的重叠性。”<sup>[25]</sup>

在美国,有判例主张,水权,即引取定量之水、存蓄定量之水、排泄定量之水等的权利,不应是绝对的,而应是服从于为有益于社会公共利益以及其他水权人的合法权益而制定的行政法规。<sup>[26]</sup>例如,美国西部的多数州在其宪法和制定法中宣称,州境内的水资源不是属于社会公共利益就是归州所有。<sup>[27]</sup>依科罗拉多州的宪法规定,州内未被占有的水资源属于本州人民的财产。<sup>[28]</sup>这些州作为统治者在水权上仍保持着警察权益(police power interest)。<sup>[29]</sup>据此警察权,州政府仍在社会公共利益的范围规律水权的利用。<sup>[30]</sup>由此决定,对水权的取得、行使、转让等诸多方面课以种种公法上的义务,法律对水权设置不少监督、管理的规定,行政机关的干预在此领域异常活跃。为了社会公共利益用水而征用水权,置水权人是否同意于不顾,<sup>[31]</sup>即为一例证。就是说,水权具有强烈的公法属性,水法中虽有相当的私法规范,但在总体上为公法。

在我国台湾,有采私法物权说的,认为水权之标的物为水资源之水,其权利内容为使用或收益之支配权,系基于水利法之特别规定,为准物权。<sup>[32]</sup>也有采水权公法物权说者,认为水权之性质为受益行政处分,经核准登记者,取得公法上之水权,其有类似专利权或著作权之私法上效果而已。<sup>[33]</sup>还有采折中说者,认为水权为公权兼私权性质,惟公权程度比私权强。其理由如下:“(1)其权利取得的形式(水权),系属公权,为公法物权,惟水利法尚未创制明定说明。使用权(特许),对应水权费。(2)其权利的内容(水权之水),系属私权,为私法物权,惟仍受公共性之规范,仅限于使用或收益,似为准物权。收益权,对应损害赔偿(协议补偿或在主管机关核定下)。(3)水权公权程度比私权强些之论述点,在于损害赔偿的内容,非损害赔偿(公权),亦非损害赔偿(私权),而是介于两者之间。”水权对水权人有私的经济利益,具有财产价值,其权利内容具有私权之性质。其一表现在,用水顺序可从各标的权利人之协议,可说明水权权利之内容具有私权之性质。其二表现在,因优先用水造成之损害赔偿,其补偿金额由双方协议定之,协议不成,方由主管机关按损害情形核定补偿,故此权利内容之水之损害赔偿金额可经由双方协议定之,可说明水权利之内容具有私权之性质。<sup>[34]</sup>

我国采折中说的学者认为,一方面,水对权利人来说是一种财产,水权由此呈现出私权性;同时,水资源又是一种公用物,因为水资源上附着了一些不具有竞争性和独占性的生态环境因

[24] 前引[22]书,第84页。

[25] 东高判昭和35年10月14日行裁集11卷10号,第2917页。

[26] *Shokal v. Dunn*, 109 Idaho 330, 707 P.2d 441 (1985); *Alamosa-La Jara Water Users Protection Ass'n v. Gould*, 674 P.2d 914 (Colo. 1983); *Stempel v. Department of Water Resources*, 82 Wash. 2d 109, 508 P.2d 166 (1973).

[27] *W. Hutchins, Water Rights Laws of the Nineteen Western States*, 159-65 (U. S. Dep't Agric. Misc. Pub. No. 1206, 1971).

[28] COLO. CONST. ART. XVI, ? 6.

[29] *City & County of Denver v. Sheriff*, 193, 96 P.2d 836, 840 (Colo. 1939); (*Pratt v. Department of Natural Resources*, 309 N. W. 2d 767, 771 (Minn. 1981)).

[30] *Lanimer County Reservoir Co. v. People ex. Rel. Luthe*, 8 Colo. 614, 9 P. 794 (1885).

[31] *State ex rel. Fatzner v. Urban Renewal Agency*, 179 Kan. 435, 438, 296 P.2d 656 659 (1956).

[32] 陈增镛:《中日美三国水权法令之探讨》,《法学丛刊》第12卷第1期(1967),转引自前引[2],林柏璋书。

[33] 翁岳生:《法治国家之行政法与司法(论行政处分)》,黄锦堂:《我国水权核发以及事后管制区缺失之检讨》,陈敏:《行政法总论》,台湾三民书局2001年版,转引自前引[2],林柏璋书。

[34] 前引[2],林柏璋书。

能和社会公共利益。后者的价值大于前者,即财产价值。<sup>〔35〕</sup>

笔者赞成折中说,但是对于是否采纳公法物权说持慎重态度,因为我国民法、行政法的理论尚未采纳公法物权论,况且,公法物权的概念有无存在价值,尚不清楚;同时,对于公权的性质大于私权的性质之说,笔者同样持审慎的态度,因为公权的一面在于说明水权受到的公法限制,这些限制并未动摇水权的准物权属性。

明确水权兼有私权性与公权性的特点,对于把握法律赋予水权效力的尺度,对水权进行民法、行政法、自然资源与环境保护法、刑法等“综合调整”的合理配置,对于调整水权人的用水行为,对于规范水管部门管理水资源、水权运行等,都具有积极意义。在这里,下述观点具有启发性:“水权究竟是公法物权或私法物权,其性质之不同将导致整个法律制度设计上的差别。申言之,若水权是私法物权,则私法物权从属于当事人间的自由交易(民法上的私法自治与契约自由原则)。反之,若水权是公法物权,则整部水利法便必须偏重于水权核发的许可条件、行政机关的裁量权限、审查主体、审查程序、使用权的附期限,水权的废止与撤销等。”<sup>〔36〕</sup>需要反思的是,因物权法的强行性规范远较合同法为多,公法成分亦然,所以“私法物权”的交易仍然受到许多公法规范的限制,水权尤甚,集中调整水权的水法当中公法规范具统治地位,就是明证。

## 二、水权的类型

就总体而言,水权是一集合概念,标示着一束权利。就是说,水权系列内部存在着丰富多彩的各种具体的水权,其目的、功能、构成、效力、登记内容或许不同,并且在某些分类中表现得尤为突出。在这种背景下,类型化的工作就显得特别重要。因所依据的标准不同,水权的类型便有区别。

(一) 从水权行使的形态着眼,水权的类型可有汲水权、引水权、蓄水权、排水权等。

所谓汲水权,又称抽水权,是指用水人借助一定设施抽取地下水并取得水所有权的权利。所谓引水权,是指用水人利用分水渠等输水系统引水并取得水所有权的权利。所谓蓄水权,是指在地表或地下修建水库等蓄水池,以存蓄水的权利。所谓排水权,是指用人为方法排泄流动或积存于地表或地下的足以造成危害或可供循环利用之水的权利。

应予指出,本文遵循矿业权、水权与渔业权组成准物权的通说,故捕捞权与养殖权属于渔业权的范畴,不在水权的系列。如此界定,既有捕捞权、养殖权同水权的目的不同作根据,又有下述原因:捕捞权、养殖权包含占有、利用水域的权能,而汲水权、引水权等水权无占有的权能。

该角度观察的法律意义在于,其一,功能不同。汲水权、引水权系水所有权主体的转换器,此类水权的行使过程就是水所有权从水资源所有权人处移转到水权人之手的过程。与此不同,蓄水权、排水权无转换水所有权的功能。这就明确了不同类型的水权所达到的目的有所差异,不同类型的水权所具有的功能不同。其二,界定水权的思路宜有区别。汲水权、引水权这些手段性权利可被界定为用水人汲水或引水并取得水所有权的水权;而排水权、蓄水权则相反,它们并非使用水人取得水所有权,而是使用水人获得其他利益,例如使土壤湿度适宜,水量增多。其三,法律限制的侧重点不同。法律限制排水权等,基本表现在控制环境污染方面,因

〔35〕 前引〔3〕,裴丽萍文。

〔36〕 转引自前引〔2〕,林柏璋书。

为“利用地表径流来稀释废水排放或运输污染物通常被认为是一种不合理使用”，<sup>[37]</sup> 会被课以罚款甚至被撤销水权。与此不同，法律限制汲水权则表现为禁止超采地下水（水法第 25 条），或者水管部门直接限定汲水量。法律限制引水权也表现在限定水量方面。这些种类的水权在我国实务中大量存在，水法对引水权、蓄水权与排水权也是承认的（第 12 条）。当务之急是修改水法，进一步完善各类水权规范。

（二）以用水目的为分类标准，水权可有家庭用水权、市政用水权、灌溉用水权、工业用水权、水力用水权、航运水权、竹木流放水权、稀释用水权、娱乐用水权等。

所谓家庭用水权，是指一般用于家庭、度假胜地、旅馆、有组织的营地和军营基地等用水的权利。家庭用水包括家庭喂养的家禽、家畜的饮用水以及家庭小面积的装饰性灌木丛、花园和水果蔬菜的灌溉用水。将处于城市和镇内的水井中的水用于家庭需要方面的，也属于家庭用水。但位于市区的家庭用自来水则不属于家庭用水。<sup>[38]</sup> 所谓市政用水权，系指市政为家庭、商业、灌溉、娱乐或者工业等各种目的，通过市政供水系统供水的水权。市政用水包括无家庭用水权的餐馆、旅馆、汽车旅馆、教堂、营地、教养设施、教育机构和类似单位的用水。此处所谓市政供水系统，包括市政管理的供水系统、农村水域、公共批发水的供应区域、为居所或者移动住房而贮存相当水量（可由法定或水管部门确定）的人或者单位所管理的供水系统、其他类似的为各种目的向其他用水人供水的系统。<sup>[39]</sup> 在美国，此处所谓人，不但指自然人，而且包括州的机关或联邦政府。<sup>[40]</sup> 所谓灌溉用水权，是指利用地表水或地下水供给农田所必需水量的权利。所谓工业用水权，是指采矿、木材加工、纸浆制造、热电厂冷却、钢铁冶炼、食品生产等用水的权利。所谓水力用水权，在狭义上是指发电等用水的权利，在广义上还包括航运、鱼类与野生动物保护等方面的用水权。所谓航运水权，是指航运公司等主体享有的使其船舶在河道内等航行水域通行的权利。所谓竹木流放水权，是指利用河道流放竹木的用水权。所谓稀释用水权，是指为稀释废水等污染物而利用河道径流与其他淡水水体的权利。所谓娱乐用水权，是指公园、游乐场、自然保护区等娱乐事业，不是通过市政供水系统供水，而是取得独立的水权许可而将水流、水面等用于娱乐的权利。

该角度观察的法律意义在于，其一，当数个水权并存于同一水资源上时，时常以用水目的作为确定水权优先位序的依据。例如，家庭用水权一般处于最优先的位序。在数个水权取得的时间相同时，水权的位序排列规则是，家庭用水权、市政用水权、灌溉用水权、工业用水权等。在美国，许多州对水资源进行特别控制，以服务于鱼类与野生动物、娱乐及其他美学价值类对水资源的需求。这些价值被视为公共价值，所以，水资源可以优先分配给它们。一些州已制定法律，将部分河流指定为风景类河流，禁止开发。环境价值已取得了较高的优先权。<sup>[41]</sup> 我国水法对此设有原则性的规定（第 14 条、第 16 条、第 31 条），但不全面，现在的工作是应加快水权制度的完善。其二，在我国现行法上，家庭用水权的取得毋需申请取水许可，而工业用水权等的取得则以取水许可为程序要件（水法第 32 条）。

[37] John R. Teerink and Masahiro Nakashima, 《美国日本：水权、水价、水分配》，刘斌、高建恩、王仰仁译，天津科学技术出版社 2000 年版，第 12 页。

[38] John C. Peck and Kent Weatherby, *Condemnation of Water and Water Rights in Kansas*, University of Kansas Law Review, (Summer, 1994).

[39] Id.

[40] KAN. STAT. ANN. ? 82a- 701(a) (1989).

[41] 前引[37]书，第 20 页。

确定了水权的优先位序, 就既明确了每一水权的对抗范围, 又成为确定征用对象的依据。

(三) 以生成的阶段与效力的强弱为标准, 水权可被分为不完全水权与完全水权。

所谓不完全水权, 是指用水人已在实际用水但尚未取得水权许可阶段所享有的权利。所谓完全水权, 是指用水人已获得水权许可阶段所享有的水权。

该分类的法律意义在于, 其一, 生成阶段不同。不完全水权可能成长为完全水权, 也可能因水管部门不予批准而夭折。完全水权则不存在这个问题。其二, 法律效力的强弱不同。完全水权的法律效力齐备, 法律保护的力度强, 可以对抗除优先位序水权人以外的一切人。其三, 产生的领域不同。奉行先占用原则的领域, 可产生不完全水权。实行河岸权原则的领域, 只产生完全水权。

(四) 基于水权取得的原则不同, 水权可有基于河岸权原则取得的水权与基于先占用原则取得的水权。

该分类的法律意义在于, 其一, 构成要件不同。基于河岸权原则取得的水权不以实际用水为要件, 而基于先占用原则取得的水权, 按通说须以实际有益用水为要件。其二, 消灭的原因不同。前者场合, 即使水权人未继续用水, 水权也不消灭; 后者场合, 水权人停止实际用水达一定期间, 水权便归于消灭。其三, 取得程序不同。基于河岸权原则取得水权毋须经水管部门登记, 基于先占用原则取得水权必须经水管部门登记。

(五) 基于是否消耗水体的标准, 水权可分为消耗性用水权与非消耗性用水权。

所谓消耗性用水权, 是指从一个河系、湖泊、池塘或地下水流域引取水而未将水回流或回流后不能用于其他用途的权利。家庭用水权、灌溉用水权等即属此类。所谓非消耗性用水权, 是指水力用水权、蓄水权、航运水权、水质控制权及其他美学目的的河道内用水权。

该分类的意义在于, 第一, 用水计量的标准不同。对家庭用水、灌溉用水等消耗性用水常常利用可接受的单位水量进行计量控制。水权分配通常是以引取水的总量而不是以消耗性用水量为基础。引水总量包括消耗性用水量加上输送、调度过程损失的水量, 再加上其他损失的水量。对非消耗性用水可以用径流流量来计算。当包含水库蓄水时, 该数量可以用特定时期内释放的库容来计量。第二, 是否存在水所有权主体的转换不同。消耗性用水权场合, 存在着水所有权从水资源所有权人处转移至水权人之手现象; 非消耗性用水权场合则否。

此外, 水权还可分为须经登记许可而产生的水权与不经登记许可的水权, 等等。

### 三、水权与土地权利之间的关系

在自然界里, 水存在于地表或者地下, 与土地结合在一起。镜像式地反映并确认这种物理属性的法律, 便把水资源(以及石油、天然气等)和土地作为一个客体, 将水权(以及油气矿业权等)附属于土地所有权, 换言之, 土地所有权中包含着水权(以及油气矿业权等)。我们将这种模式称之为土地所有权吸收水权模式。日本法虽然把河川水资源作为公用财产, 但对地下水却作另类处理。按日本民法规定, 土地所有权, 于法令限制内, 及于其土地的上下(第 207 条)。就是说, 土地所有权包含了相应地下水的的所有权, 因此, 只要土地处于指定的河川区域之外, 土地所有权人从其土地下抽取地下水, 不需要水权。换言之, 土地所有权人抽取、利用其地下水

的正当根据在于其土地所有权。<sup>[42]</sup>英国普通法也认为土地所有权人的权利上至天空,下达地心。除法律另有限制外,土地所有权人可以尽其所好地修建任意高的楼房,有权挖掘任意深的矿藏。附属于土壤的任何东西都是土地的构成部分。不但生长着的树、庄稼是土地的构成部分,而且地上的湖泊与河流亦然。<sup>[43]</sup>土地所有权人对下的水资源拥有绝对的所有权,可随意抽取、使用甚至浪费水资源,毋须考虑用水的合理性以及其他权利人对同一水资源的利用。

这种模式偏顾了土地所有人的利益,对急需水(以及石油、天然气等)的非土地所有人过分苛刻,尤其是忽视了社会公共利益、国家战略利益的需要。于是,许多国家的立法改变思路与视野,认为水(以及石油、天然气等)与土地结合在一起的天然状态,并不一定导致法律机械地将它们视为一个物,甚至让它们同属于一个主体,进而形成其上仅竖立着一个土地所有权的法律架构。相反,为了达到物尽其用,实现效益最大化,合理地分配自然资源于各个主体之间,满足社会公共利益、国家战略利益的需要,在法律上把土地、水资源(以及石油、天然气等)视为不同的物,分别承认土地所有权、水资源所有权(以及石油、天然气资源所有权等),完全能够成立。多数立法还进一步将水资源所有权与水权分立,如此便形成了水权与土地所有权两立的模式,宣称水权不附属于特定的土地。<sup>[44]</sup>施行于英格兰与威尔士的水资源法、水法一反普通法的原则,改采水资源归国家所有的制度。例如,该水法开宗明义,规定河流属于国有。美国的一些州法规定水资源属于公有。制定于1892年修改于1957年的日本河川法规定河川水资源属于公共财产(第2条)。法国对土地实行私有制,但其1992年的法国水法却规定,水是国家共同资产的一部分。与此相同,俄罗斯联邦虽然实行私有制,但其1995年的俄罗斯联邦水法却规定,水体可以属于俄罗斯联邦所有,也可以属于俄罗斯联邦各州、区所有。在国家所有权下,一个水体不能同时分属于几个州、区所有。在联邦德国,著名的“湿采石裁定”及其引发的联邦德国水利法的修改,清楚地显示出水权与土地所有权两立。所谓“湿采石案”,案情大概如下:某采石业者在其所有土地上经营采石业多年,为提高采石的产量,欲扩大开采范围,采用“湿采石”作业方法,这就涉及到地下水的使用。他依据联邦德国水利法第2条第1项的规定,向主管机关申请许可。经审查,该主管机关以该土地位于水源保护区,采石工作面的扩大将危及地下水为由,未批准该申请。该采石业者不服,依程序提起行政诉讼,但被驳回;他转而向联邦普通法院提起诉讼,请求补偿。该普通法院在审理该案件的过程中,发现联邦德国水利法第2条第1项关于地下水使用限制的规定未设有补偿内容,似乎违反了联邦德国基本法第14条第3项规定的立法意图,于是提请联邦宪法法院审查。联邦宪法法院于1981年7月15日作成裁定,认为系争规定与联邦基本法的立法意图尚无不合。联邦宪法法院特别指出,土地所有权人对于其土地地下水的利用权能,自始不属于联邦基本法保障财产权的范围,从而,地下水的利用置于国家公法的管理体系之下。<sup>[45]</sup>在此裁判的指示下,联邦德国在修改其水利法时增订第1a条,其中第3项规定:“土地所有权人不享有以下权利:1.依本法或依各邦水利法规定须经许可的水资源利用;2.地面水的开发。”这明确揭示了“水资源的利用”非属土地所有权的内涵。<sup>[46]</sup>我国元代以前,水资源的分配是“按地定水”,水权仅仅是地权的附庸,即“水随地形”。

[42] 前引[37]书,第99页。

[43] F. H. Lawson and B. Rudden, 《财产法》,施天涛、梅慎实、孔祥俊译,中国大百科全书出版社1998年版,第20页。

[44] 2 Kinney, *Irrigation and Water Rights* 1787(2d ed. 1912).

[45] BverfGE, 58, 300 (338 f.), 转引自李建良:《论环境保护与人权保障之关系》,《东吴法律学报》2000年第2期。

[46] 参见上引,李建良文。

但到了明清时期,关中地区水权的买卖就比较常见了,水权和地权已经分离开来。<sup>[47]</sup>民国时期于 1942 年制定的水利法明确规定,水为天然资源,属于国家所有,不因人民取得土地所有权而受影响(第 2 条),现在,该法仍然适用于我国台湾地区。学说认为,天然状态之水为宪法第 143 条第 2 项规定的经济上可供公众利用的天然力,所有权属于国家,故天然状态之水非为土地之重要成分,非主物(土地)之成分。<sup>[48]</sup>我国现行法一直采取土地所有权、水资源所有权、水权分立的模式(水法第 3 条)。

明确我国等立法例采取土地所有权、水资源所有权、水权分立的模式,既寻找到了水权自成体系的法律及理论基础,又搞清了水权可以脱离土地所有权而单独取得、转让、抵押的前提,当然,也带来了如何协调水权与土地所有权、土地使用权之间的关系等复杂的问题,需要解决。下文关于河岸权原则、水权与相邻权或地役权的讨论,即属这方面的内容。还有,水权同土地所有权、土地使用权的分立,并不排斥水权与土地所有权或土地使用权一起处分。在实际生活中,它们被一同转让的案例并不鲜见。美国的堪萨斯州水占用法就规定,作为不动产权的水权,有的附属于土地,有的与土地分离。前者场合,它随着土地的出卖、出租、抵押、遗赠或者其他自愿处分的方式而移转(第 701 条 g)。后者场合,当纯粹的土地所有权未被授予水权时,所有权人须另外申请水权,无许可证而用水会负刑事责任(第 728 条)。

## 四、水权的优先权

优先权是水权的两大要素之一,在水权制度中处于非常重要的地位。水权制度中的优先权有两个功能:一是决定水权是否产生,在某些情况下(如依河岸权原则)甚至是排他地确定水权的取得;二是确定数个水权之间的先后顺序,协调水权人之间的利益冲突。称前者为水权的产生依据,后者为水权的优先位序,更为准确。为方便起见,同时照顾到用法习惯,本文在不同的场合使用相应的称谓。

因确定标准不同,水权所处的场合不同,确定优先权的原则和规则便呈现出差异。以下分门别类予以介绍,并尽可能地作出评论。

(一) 以地表水为客体场合,确定水权取得的优先权类型。

1. 河岸权原则。准确地说,河岸权原则应该叫作依河岸地所有权或使用权确定水权归属的原则。它指水权附属于相邻于水的土地,<sup>[49]</sup>换言之,土地所有权人对与其土地相毗邻的河流当然地享有水权。在我国古代,水使用权(水权)取得的原则中即有渠岸权利原则,<sup>[50]</sup>我国现在的用水习惯中有它一席之地。在英国,它滥觞于普通法。后来,它被美国东部各州的法律所沿袭,也被西部一些州的法律所承认。其性质有三:其一,它适用于河流与土地毗邻场合取得水权。依该原则取得水权,仅需要存在着河流的天然径流、土地所有人对毗邻的河岸享有所有权两项条件,至于当时该河流中是否蓄存着水,水量大或小,则在所不问。其二,依该原则取得水权系当然的与自动的,毋需经人为的程序来授予。其三,依该原则取得的水权具有永续性,同权利人利用水资源与否无关。该水权既不会因权利人利用水资源而丧失,也不会因利

[47] 常云昆:《黄河断流与黄河水权制度研究》,中国社会科学出版社 2001 年版,第 78 页。

[48] 前引[2],林柏璋书。

[49] David H. Getches, *Water Law in a Nutshell*, 77(2d. 1990)。

[50] 萧正洪:《环境与技术变迁》,中国社会科学出版社 1998 年版,转引自前引[47],常云昆书,第 60 页。

用的时间先后而产生优先权。<sup>〔51〕</sup>应当指出,由于我国现行法规规定直接从地下、江河、湖泊中取水要适用取水许可证制度,因此,对河岸享有所有权、土地承包经营权、“四荒”土地使用权、国有土地使用权的用水人,取得水权也需通过申请—审批—发证的程序。

河岸权原则同我国法上的相邻用水排水权类似,但两者具有本质的不同:其一,相邻用水排水权,是不动产权利人用水排水,牺牲毗邻不动产的权利人的利益的法律根据,反映的是这种利益彼增此消的关系,其主体是相互毗邻不动产的所有权人或者使用权人,水资源所有权人及其利益不在其中。河岸权原则解决的恰恰是不动产权利人从水资源所有权人处取得用水的权源问题,有时是不动产权利人从其他水权人处获得水权的问题,总之不是相邻不动产权利人之间的问题。其二,在无偿用水的时代,或者在土地与水相结合为土地所有权客体的制度中,不动产权利人即使无水权也可基于相邻用水排水权而自然享有用水的权利,一些国家或地区的民法确实是如此规定的,我国民法的通说也是这样主张的。但这确实是无故地牺牲了水资源所有权人的利益,是不当的利益分配,也同水法的原则相冲突,容易使人产生相邻用水权中当然含有水权的错觉。在水资源所有权独立于土地所有权并归国家享有,又实行有偿用水制度的背景下,必须修正上述规定及其学说,确立下述规则:相邻用水排水权中无水权这一成分,亦非确定水权取得的基准;而河岸权原则恰恰是取得水权的依据。其三,在建筑物排水场合,相邻用水排水权与河岸权原则不搭界。在与河流毗邻的土地需用水排水场合,若无水权存在,亦不会有相邻用水排水权,只在已取得了水权之后,才会产生上下游的土地所有权人或者使用权人之间在用水排水方面存在的问题,才会有相邻用水排水权的运用。其四,河岸权原则解决的是水权从无到有的问题;相邻用水排水权解决的是有了水权以后,水权运用过程中发生的利益冲突问题。由此可以得出结论:如果所谓“民法对基于土地及房屋的相邻而产生的水的相邻关系已经形成了较为成熟的制度”,“水权与相邻权、地役权之间就存在着调整范围上的重叠和交叉”<sup>〔52〕</sup>的观点,是对我国现行法尤其是针对正在制定中的我国物权法所作的描述或者展望的话,那么它显然不是妥当的利益分配方案,不符合发展方向。另外,究竟是行使毗邻房地产的权利而形成的相邻关系,还是所谓“水的相邻关系”,需要澄清,笔者认为前者。

依据上述原理,可以认为:我国现行法尚未明定依河岸权取得水权,这与我国一直未形成完整的水权制度、水资源所有者基本上用行政手段分配用水、不注重用经济杠杆调节用水关系、无偿或者低费用水十分普遍、缺水现象未象今天如此严重有关。不过,几十年来在实务上则一直存在着基于河岸权取得水权的事实,并已形成了习惯,农村用水排水的纠纷大多据此习惯获得调解。因此该习惯应被法律认可。应该注意到,所谓河岸权,在主要以行政手段处理土地关系的年代,基本上指的是土地所有权,在农村更是如此;但在土地所有权、土地承包经营权、“四荒”土地使用权、国有土地使用权分立,并可归不同的主体享有的今天,它便呈现出多样化,既可以是主体对河岸享有的土地所有权,也可以是对河岸地拥有的承包经营权、“四荒”土地使用权,还可以是对河岸地取得的国有土地使用权。

2. 先占用原则。它是指按占用水资源的时间先后来确定水权的取得以及水权之间的优先位序的原则。有人将它表述为,先占用水资源者,优先取得水权,或者其水权居于优先位序。其产生和存在的必要性首先表现在,非毗邻水资源的土地同样需要用水,可是按河岸权原则却

〔51〕 前引〔37〕书,第32页。

〔52〕 前引〔3〕,裴丽萍文。

达不到目的,而依据先占用原则就能如愿以偿。它包括三项基本规则:其一,水的利用仅可以是直接的、实际的和有益的;其二,首次有益用水者相对于其后的用水者取得优先权;其三,该权为继续的权利,以继续而有益地用水而非浪费为存续条件。<sup>[53]</sup>其中,第一项规则包含对水权的三项限制:首先,水权是用益权,仅在于用水。其次,由有益用水决定的水量确定着水权的范围,<sup>[54]</sup>水权人不享有超出其实际有益用水量的权利。再次,起初将有益用水的类型限制为,矿业用水、灌溉用水和畜牧用水。<sup>[55]</sup>近来,法院与立法机构将有益用水的类型扩张到娱乐用水、环境用水和回流河道用水。<sup>[56]</sup>第二项规则赋予了首先的或最早的有益用水者处于优先位序的水权。该权整体地优先于随后的用水人的水权。该水权的优先日期溯及至用水人首次引取水的时间。<sup>[57]</sup>其例外有,当居民申请家庭用水时,水管部门可以不顾时间的先后而承认他优先于其他申请者。第三项规则要求水权人继续用水以保持其水权。只要有有益用水在继续,水权便存续;<sup>[58]</sup>不用水或者浪费用水便导致水权丧失。<sup>[59]</sup>

先占用原则与河岸权原则的不同十分明显:其一,它不以水资源毗邻土地为取得的条件。其二,时间因素是水权取得以及优先位序的决定性因素。其三,就毗邻土地的特定水域而言,河岸权原则暗含着排他性,土地所有人或者使用权人享有了该水域的水权,他人就不再能享有该水域的水权,于此场合,本不具有排他性的水权因以河岸权为基础反倒呈现出排他性。先占用原则无此功能,正因如此,先占用原则具有确定水权的优先位序的功能。应予指出,河岸权暗含的排他性,仅在法律只承认河岸权原则而否定先占用原则的背景下存在,在这两个原则并立的情况下,便极其弱化乃至消失。其三,依河岸权原则取得水权,不以实际用水为要件;而基于先占用原则取得水权,必须具备实际有益用水这一条件。其四,除美国西部早期基于先占用即获水权的习惯不需登记以外,现行法要求,依先占用原则而取得水权均须登记,获得水权许可。基于同样道理,加上用水管理的需要,我国水法第 32 条第 1 款规定,除家庭生活、畜禽饮用取水和其他少量取水的以外,国家对直接从地下或者江河、湖泊取水的,实行取水许可制度。与此相反,河岸本身即为公示标志,基于河岸权而取得的水权自身既昭示着水权的存在,又确定着水权的位序。故即使基于河岸权原则取得的水权不为登记,只要土地的所有权或者使用权予以登记,水权问题便随之获得解决。如果这一观点是正确的话,那么,所谓“水权的取得必须进行登记”<sup>[60]</sup>的观点就至少是犯了绝对化的错误。

在我国古代,水使用权的取得原则中就存在有限度的先占用原则。<sup>[61]</sup>在美国,先占用原则起初在西部的矿区因矿主在采矿方面承认优先权而成为习惯。处于干旱区域的农场主因其土地与河流、湖泊等水源不相邻,对河岸权原则同样不满。<sup>[62]</sup>于是造成投资减少,人们投奔他乡

[53] Krista Koehl, *Partial Fofeiture of Water Rights: Oregon Compromises Traditional Principles to Achieve Flexibility*, 28 *Envtl. L.* 1140- 41(1998).

[54] I Wells A. Hutchins, *Water Rights Laws in the Ninetine Western States*. 440(1971).

[55] Charles F. Wilkinson, *Crossing the Next Meridian: Land, Water, and the Future of the West*, 234(1992).

[56] Steven J. Shupe, *Water in Western Water Law: A Blueprint for Change*, 61 *Or. L. Rev.* 483, 488(1982).

[57] *National Water Comm' n, A Summary- Digest of State Water Laws* 5(Richard L. Dewsnup & Dallin W. Jensen eds., 1973).

[58] Janet C. Neuman, *Beneficial Use, Waste, and Fofeiture: The Indficient Search for Efficiency in Western Water Use*, 28 *Envtl. L.* 920(1998).

[59] David H. Getches, *Water Law in a Nutshell* 76(2d ed. 1990).

[60] 前引[3], 裴丽萍文。

[61] Krista Koehl, *Partial Fofeiture of Water Rights: Oregon Canpromises Traditional Principles to Achieve Flexibility*, 28 *Envtl. L.* 1140- 41(1998).

[62] David H. Getches, *Water Law in a Nutshell* 74, 78(2d ed. 1990).

的后果。由此可见河岸权制度在西部并非良法,需要加以改变。该转变过程大致如下,矿主、农场主首次从公有地的河流中引取水,便获得事实上的水权。这种引取水的现象逐渐发展成为地方习惯与地方规则,法院随之将这些地方规则中的大部整合成法律,拒绝河岸权原则。<sup>[63]</sup>但华盛顿州的法院同时承认河岸权原则与先占用原则。如果河岸权人未实际地用水或者在合理的期限内几乎未引取水,法院就允许其他占用人引取水。进而,1917年的地表水法典规定,在华盛顿州,先占用原则是取得利用地表水的权利的唯一依据。1945年的地下水法典在地下水领域也适用这一规则。近来,华盛顿州最高法院不再遵循河岸权原则,仅承认先占用原则。<sup>[64]</sup>实际上,原来遵循河岸权原则的州大约有半数转而采纳先占用原则,废弃或者严加限制河岸权原则;那些依旧认可河岸权原则的州也另外承认了先占用原则。<sup>[65]</sup>

但这同时产生了新的问题。其一,制定法确立先占用原则势必侵害或者削弱了关于河岸所有人的普通法规则,即限制了制定法实施时已经行使的河岸权。不过,其改变定有限度,只要实际利用水资源的状态受普通法的保护,制定法就不得伤害任何人基于河岸权享有的水权。<sup>[66]</sup>其二,这种二元体系的存在使水权的取得及其位序的确定复杂化了,纠纷也额外地增多了。

先占用原则的精神在日本法上同样存在。在日本水法上,水权分为许可水权与习惯水权,前者的优先权按批准水权的时间顺序予以确定,后者则包含上游用水优先权、旧稻田优先权与平等用水原则。<sup>[67]</sup>上游用水优先权使上游用水人优先于下游用水人而用水,即使下游用水人取得水权的时间在先,也是如此。旧稻田原则,是最早引水并灌溉稻田者取得最优先位序的水权,而不是以水管部门批准的时间确定水权的位序。日本水法还承认,其一,取得堤坝用益权者不受先占用原则的束缚,他有权利用水库的一定存蓄容量。当分配到的水库蓄水容量存蓄满后,堤坝用益权人有权从堤坝甚至下游引取这部分水量。该水权优先于其他水权,即使后者取得的时间在先。其二,暂时性水权或暂时性湿润年份水权无优先性,即使它取得的时间在先,也是如此。因为它是在近期将要建设有关蓄水设施且流域水资源具有湿润年份条件时批准的,它只暂时性地存在于一定期间内。<sup>[68]</sup>

从先占用原则的功能与产生发展史可知,先占用原则较河岸权原则更妥当地兼顾了各方面的利益与需要,我国法应予采用,水法修改时应予明确。作为权宜之计,对水法关于国家对直接从江河、湖泊取水的,实行取水许可制度,除非系家庭生活、畜禽饮水和其他少量取水的规定(第32条第1款),可解释为承认了先占用原则。因为水管部门审核取水申请,签发取水许可,应该按申请时间的先后确定各个水权的位序。日本的习惯水权制度承认上游用水优先权、旧稻田用水优先权、堤坝用益权人的水权优先诸规则,与我国的用水习惯相符,我国法应予借鉴,并作为先占用原则的例外。日本法关于暂时性权利或暂时性湿润年份水权无优先权的规则,作为先占用原则的另一例外,具有合理性,值得我国法借鉴。在这里,一个回避不了的问题

[63] *National Water Comm'n, A Summary - Digest of State Water Laws* 5 (Richard L. Dewsnup & Dallin W. Jensen eds., 1973).

[64] *Abbott v. Department of Ecology* (In re Matter of Deadman Creek Drainage Bash), 103 Wash. 2d at 686, 687-88, 694 P. 2d at 1071, 1072.

[65] 前引[37]书,第32页。

[66] Janet C. Neuman & Keith Hirokama, *How Good Is an Old Water Rights? The Application of Statutory Forfeiture Provision to Pre-Code Water Rights*, University of Denver Water Law Review. (Fall 2000).

[67] 前引[22],金泽良雄文。

[68] 前引[37]书,第112页。

是,我国法仅确立先占用原则还是同时承认两个原则?对此问题可有两个思路加以解决,一是避开麻烦之路,仅承认先占用原则,河岸权仅是授予水权时优先考虑的一个因素;一是承认两个原则并立,但须确立优先位序规则,以解决水权之间的效力冲突问题。前者解决问题简单,但在我国采用则属无视几十年间形成的习惯,产生新的纠纷,可能得不偿失。采纳第二个思路则必须先确立水权之间的优先位序规则。笔者赞成后一方案,优先位序规则在下文讨论。

需附带指出的是,与河岸地相邻的土地需用河水场合,在水资源所有权归国家享有并实行有偿用水制度的今天,必须先取得水权(或者取得水合同债权),然后才有正当权源用水。于此场合,相邻关系规则仅仅使该土地的权利人享有在河岸地铺设输水管或者修筑输水渠的权利。笔者不同意所谓该土地的权利人基于其相邻权就自然享有使用水的权利的通说。因为承认该通说就意味着允许毗邻的水源地的权利人无权处分本属于国家所有的水体,意味着可以置水资源所有权人的意思和利益于不顾。

3. 取得时效原则。取得时效亦为水权取得的根据之一。适用取得时效取得水权须符合以下条件:其一,须有占用不属于自己的水资源的状态;其二,该状态须持续较长的期间;其三,该占用水资源须为和平的、公然的。具备了上述条件,占用水资源者便取得水权。这一制度在美国的一些州是通过判例而被确立的,但在另一些州却未被承认。我国正在制定物权法,拟承认取得时效制度。这一设计一旦变成现实,应适用于水权的取得。

#### (二) 以地下水为客体场合,确定水权取得的优先权规则。

地下水大致分为地面入渗水和地下径流。后者是指流动于一条“确定、已知、可探查”的地下水道中的水流。当地表河流入渗并在该河床下继续流动时,以地下径流论。在美国,取得地下径流的水权一般适用取得地表水的水权的规则。当地下径流与地表河流相通时,水权的取得、分配应考虑该地表河流这一因素。就通常情形,地下水的水权取得原则有绝对所有权原则、先占用原则等。按绝对所有权原则,土地所有权人当然拥有其地下水的的所有权,可随意抽取、使用乃至浪费地下水,而毋需考虑使用的合理性,也不必顾及其行为是否损害了他人对该地下水享有的水权。按先占用原则,先使用地下水者优先取得水权。如此,在土地所有权人从未使用地下水的情况下,已经取得开发、使用地下水许可的非土地所有权人取得位序在先的水权,而土地所有权人只能享有后位序的水权。<sup>[69]</sup>

绝对所有权原则即使在今天的西方国家也不合适宜,更同我国现行的水资源归国家所有、农村土地归集体所有、市场主体依法用水的法律制度相冲突,还不符合我国水权制度的发展方向,我国应弃之不用。根据我国水法第 32 条第 1 款规定,可推知:宅基地使用权人有权不经审批程序而径直抽取其宅基地下之水来满足其生活需要。与此不同,土地所有权人须经水管部门审批并签发取水许可方有权抽取、使用其地下之水,土地承包经营权人、“四荒”土地使用权人亦应如此,国有土地使用权人须经批准方有权抽取、使用其用地下之水。水管部门审核、批准取水许可,应按申请时间的先后确定水权的取得以及位序。就此说来,我国法实行的是先占用原则。

我国以往鲜有水权人抽取、使用异地的地下水的现象,所以基于先占用原则取得异地地下水的水权尚不多见。就是说,在地下水的水权取得方面,先占用原则的适用范围较窄。随着市场经济的发展,若水权人抽取、使用异地的地下水的需要增强,事例增多,那么先占用原则的适

[69] 前引[37]书,第 35 页。

用范围会拓宽。

应该承认,由于法规不配套、执法不严等多方面的原因,我国抽取、使用地下水的实务未令人满意地贯彻水法第32条第1款的规定,土地承包经营权人、“四荒”土地使用权人等抽取、使用地下水大多未申请并取得用水许可证。因取水许可制度未落实,先占用原则自然就难以贯彻。这种状况亟待改变。

顺便指出,水权人抽取、使用异地的地下水,时常需要通过他人所有或者使用的土地,于此场合,尚须取得相邻权或者地役权。

(三)在以地表水为客体的情况下,数个水权并存于同一水资源场合,确定水权优先位序(优先权)的规则。

因用水目的不同导致水权的效力冲突场合,我国水法第14条设有原则性的解决规则。在解释论上,可认为该条确立了如下位序表:家庭用水、灌溉用水、工业用水、航运用水。这基本符合21世纪议程文件所定“在开发和利用水资源时,必须优先满足基本需要和保生态系统”的目标要求,与“实现粮食安全是一件高度优先的事情”的行动依据相一致,系我国国情要求的反映,其方向是正确的,但不够全面,应予补充。在这方面,一些国家和地区的立法可供参考。我国台湾水利法按下列规则确定水权的先后顺序:家用及公共给水;农业用水;水力用水;工业用水;水运;其他用途(第18条第1项)。美国的堪萨斯州则采用下列顺序规则:家庭用水;市政用水;灌溉用水;工业用水;娱乐用水;水力用水。不过,当水资源不能满足所有的水权需要时,则并非依用水目的而是按取得水权的先后时间来确定引取与使用水资源的权利的位序。<sup>[70]</sup>我国台湾水利法将家用与公共给水一并列为第一位序,未准确地反映出人们获取生活用水与卫生环境用水乃其基本权利的思想,不如将家庭用水列为第一,把市政用水列为第二更为精确、可取。水运的位序过于靠前,不尽符合我国的实际。美国是个自然资源丰富的发达国家,人们的生活水准已达到很高的程度,水法将娱乐用水的位序排得靠前些可能是适宜的。我国则不然,故娱乐用水在近期应位于水力用水之后。还有,环境价值的位阶在价值体系中正在上升,与此相适应,环境用水的位序在我国法中宜前移。在这点上,欧盟于1998年9月在其《水资源可持续管理的战略措施<sup>4/4</sup>水资源开发合作导则》中关于环境原则的观点值得重视:由于水的自身价值及它与人类生活息息相关的原因,保护自然水环境是非常重要的。例如,由于鱼和水生态环境都离不开水,湿地和沿海地区的生态系统也都依赖于水。河流和湿地具有保护野生动植物、航运和娱乐的重要作用。它们同样有助于保护自然界的生物多样化。这决定了需要考虑这方面用水的优先性。最后,灌溉用水优先于工业用水,基本上是针对业已存在的灌溉水权而言的。在我国实务中,新增农田的灌溉用水在位序上往往处于工业用水之后。对于所谓“当水资源不能满足所有的水权需要时,则并非依用水目的而是按取得水权的先后时间来确定引取与利用水资源的权利的位序”,我国法亦不宜盲目照搬。因为第一,水法关于首先满足居民生活用水的规定确立了家庭用水处于第一位序的规则,应该坚持。我国用水习惯中的上游用水优先权,也是依取得水权的先后顺序解决冲突的一个例外。况且连有的美国学者都认为,家庭用水是最受保护的,不得被征用。<sup>[71]</sup>这就否定了完全依取得水权的先后时间解决冲突的结论。第二,在申请水权或者在授予水权时,若申请的用水量超出水资源的供应能力,宜按先

[70] KAN. STAT. ANN. ? 82a- 707(b)(1989).

[71] John C. Peck and Kent Weatherby, *Condemnation of Water and Water Rights in Kansas*, University of Kansas Law Review. (Summer, 1994).

占用原则或者先申请原则决定将水权授予谁,若有数个水权时确定出并登记清楚各自的位序,调和冲突。但在已经存在数个水权且无登记的位序场合,则宜按前述依用水目的确定水权位序的规则,协调冲突。

笔者建议,在以地表水为客体的情况下,关于调和数个水权之间的效力冲突的规则,我国水法宜采纳如下方案:1.以用水目的作标准,各个水权的位序为,家庭用水、市政用水、灌溉用水、工业用水、水力用水、娱乐用水(娱乐用水属于环境用水时除外)等。如此排序具有如下理由:第一,该位序表符合我国目前阶段的价值位阶体系,即生存权、发展权、享用权等位阶体系。第二,它与我国目前的发展水平相一致。在这里,需进一步作的工作,一是将环境价值作为上述各种用水类型(目的)的限制原则,把环境用水的位序前移,在娱乐用水属于环境用水的情况下,娱乐用水的位序亦应前移,但不得位于家庭用水之前;二是界定家庭用水等概念的含义。2.依水权取得的时间先后确定位序,先取得的水权位序优先。3.特殊的优先权规则,如我国实务遵循的上游用水优先权,应被水法所认可。我国台湾水利法关于“按水权状内额定用水量比例分配之或轮流使用”(第20条后段)的规定具有合理性,可以借鉴。日本习惯法上的堤坝用益权人的水权优先权,符合我国实务中运用的河岸权原则,应予借鉴。4.征用规则在解决数个水权的效力冲突方面发挥着独特的作用,我国水法对征用水权问题应明确而详细地加以规定。目前,可把水法第20条的规定解释为含有征用的精神。上述四方面的规则的着眼点不同,视个案情况决定采纳何种规则,以达圆满调和冲突之目的。具体运作方式如下:当水资源不足时,首先适用用水目的位序规则确定那个水权优先,即家庭用水权最为优先,市政用水权为第二,灌溉用水权列第三,等等(参见水法第14条)。两个以上的水权的目的相同时,适用依水权取得的时间先后确定位序的规则,即先取得的水权优先。<sup>[72]</sup>当两个以上的水权不但目的相同而且取得的时间相同时,可采用上游用水优先权、堤坝用益权人的水权优先等规则,或者按水权许可证规定的用水量比例分配或轮流使用等规则。

(四)在以地下水为客体的情况下,数个水权并存于同一水资源场合,确定水权优先位序(优先权)的规则。

适用先占用原则取得地下水的水权,同样会产生数个水权的效力冲突问题,解决的规则基本上按地表水的水权取得的时间顺序确定位序,<sup>[73]</sup>但也有特殊之处,即土地所有人对其土地下之水享有的水权绝对优先于从该地下抽取水并向异地输送的水权。<sup>[74]</sup>这实际上否定了依用水目的确定水权位序的规则,带有绝对所有权原则的影子。对于我国法来说,在吸收该规则时应设有例外,方案可有二:一是依用水目的确定水权的位序,二是通过征用的方式满足非土地权利人的水权需要。

#### (五) 征用水权。

美国的许多州的立法都赋予市政当局依法征用水权的权力。它对解决数个水权之间的效力冲突有着独特的作用。对此,John C. Peck 教授和 Kent Weatherby 联席总顾问总结道:在满足以下两个条件的情况下,水权可被征用:其一,权利人必须享有制定法赋予的征用权;其二,从

[72] 参见我国台湾水利法第20条前段。

[73] Department of Ecology v. Theodoratus, 135 Wash. 2d 582, 590, 957 P. 2d 1241, 1245, 1246(1998).

[74] 前引[37]书,第37页。

制定法规定的水权的位序表看,拟取得的水权的位序高于被征用的水权的位序。<sup>[75]</sup>这两个条件同我国法的精神不矛盾,可以借鉴。

我国是个农业大国,在国民经济中,农业处在极其重要的地位,故灌溉用水权一般不得因工业、高尔夫球场和公园草地的用水而被征用。灌区有权征用工业用水权、娱乐用水权或者水力用水权,但无权征用家庭用水权、市政用水权或者灌溉用水权。<sup>[76]</sup>工业系统的单位无权征用家庭用水权、市政用水权或者灌溉用水权。就特定主体而言,可征用何种水权确实为一复杂的问题,我国水法应权衡各方面的利益慎重对待,总的原则是,遵循生存权优先、有利于社会发展等原则。

## 五、水权取得的条件

除河岸权原则以外,基于先占用原则、取得时效制度取得水权均需有益用水这一要件。有益用水是水权的两大要素之一,所以,在明确了水权取得的原则之后,有必要讨论有益用水问题。

在美国,依先占用原则授予水权许可,是基于实际有益用水,还是以输水系统的输水能力为根据,争论激烈。在 *Department of Ecology v. Theodoratus* 案中,华盛顿州坚持后者,华盛顿最高法院采纳前者。案情大致如下,1973年,George Theodoratus 向华盛顿州的生态部申请水权许可,以促进 Skagit 县的私人住宅开发。依照审核报告,生态部授予 Theodoratus 抽取地下水的许可。许可证中的用语意在创设一既有水权,一旦 Theodoratus 的供水系统有输水能力,就依华盛顿州地表水法典第 90·03·330 条的规定签发给他水权证书。尔后,华盛顿州以输水系统的输水能力而非 Theodoratus 的实际用水量为根据,签发了定量之水的水权证书。1992年,用水许可期满失效。于是,Theodoratus 再次申请将许可延长至 2001 年,生态部起初拒绝,但在 Theodoratus 上诉后,生态部同意将许可延长至 2001 年 1 月 1 日。此次,生态部注重的条件改变为,水权证书的签发系以有益用水的实际水量为根据的,而不再是基于输水系统的输水能力。显然,该用水许可延长的条件改变了以前签发水权证书的根据。Theodoratus 不同意以实际有益用水作为水权许可延长的条件,就此上诉到污染控制听证会。该听证会认为,输水系统的输水能力固定了水权证规定的有益用水的实际用水量,Theodoratus 有权占用与其所建输水系统的输水能力相等的水量。简言之,听证会以输水系统的输水能力为水权取得的条件。生态部反对听证会的观点,上诉到高级法院。高级法院认为,生态部已经自行确定了延长用水许可的条件,那就是由实际有益用水决定的水量。生态部必须在实际有益用水发生前签发用水许可证。该法院指出,所谓“合理的有益用水”,可能包括诸如已完成的公共供水系统的输水能力等条件,其范围是在合理的期间内有益用水。生态部交互上诉至华盛顿州最高法院,认为高级法院关于有益用水的界定是错误的,因为它考虑了输水系统的输水能力与未来用水。最高法院裁决,生态部只能在申请人实际地有益用水之后签发给他用水许可证,无论是普通法还是制定法均未允许生态部以输水系统的输水能力为根据签发用水许可证。依该案的判决,合法占用

[75] John C. Peck and Kent Weatherby, *Condemnation of Water and Water Rights in Kansas*, University of Kansas Law Review. (Summer, 1994).

[76] John C. Peck and Kent Weatherby, *Condemnation of Water and Water Rights in Kansas*, University of Kansas Law Review. (Summer, 1994).

水与颁发用水许可证必须基于实际有益用水,而非以用水人完成的输水系统的输水能力为根据。<sup>[77]</sup>

我国法如何取舍呢?以输水系统的输水能力作为水权取得的条件,其缺点是,不论水是否被实际利用,输水能力都不会改变。这使水权处于推断之中,导致水权管理的不确定。它会同先占用原则及“用水则有水权,反之则失水权”的规则相抵触。在水资源短缺的背景下,申请人实际用水量小却故意修建输水量大的设施时,更显出其不足。如果以实际有益用水作为水权取得的条件,就不会存在上述问题。就此看来,在奉行先占用原则的框架下,以实际有益用水作为水权取得的条件比较合理。我国水法应采取这一观点,改变以输水系统的输水能力授予水权的思路。在此前提下,尚需界定实际有益用水的含义。笔者认为,普通法关于有益用水既指用水的类型,又指水权的衡量标准与边界<sup>[78]</sup>的观点,可资借鉴。

该有益用水是指既有的状态抑或未来的状态?亦有争论。首先应予说明的是,前者与上文所谓“实际有益用水”相一致,而后者则同所谓“输水系统的输水能力”有时重合,有时不同。所谓“不同”,表现在拟于未来的用水可能小于或者大于输水系统的输水能力。华盛顿州最高法院坚持前者,即水权的取得以既有的用水状态为条件。<sup>[79]</sup>赞成者列有三点理由:其一,这同普通法上的水权要求相一致,是华盛顿州水权法典的基础;其二,这符合华盛顿州水权法典的用语和目的;其三,既有的实际用水较之输水系统的输水能力,更贴近当代的用水管理考虑。<sup>[80]</sup>所谓“这同普通法上的水权要求相一致”,主要是指这符合先占用原则。所谓“这符合华盛顿水权法典的用语和目的”,是若将地表水法典第 90·03 条与地下水法典第 90·44 条联系起来解释与适用,可知它们要求申请人必须估算两个时间,一是修建输水系统所需时间,一是实际有益用水的时间。生态部必须设定后者。它们要求,“合法占用水”以实际有益用水为构成要件。由于输水系统的输水能力有时与拟于未来的用水重合,所以上述第三点理由可被解释为既有的实际用水较之拟于未来的用水,更贴近当代用水管理的考虑。

有益用水系指未来的状态,在美国西部的普通法上有两项理论支持,也是 Department of Ecology v. Theodoratus 案少数意见所赞成的观点。一为进步增长理论(progressive growth doctrine),承认为灌溉用水常常不需要具备立即实际用水的全部可能性,只要存在着拟实际用水的诚实信用与用水人为实际用水而尽其所能地工作即可。诸如用水人正努力地修建输水渠等,即为拟实际用水的诚实信用与为实际用水而尽其所能地工作的表现。另一项理论为发展中的社区共同体理论(growing communities doctrine)。它支持基于未来用水的意思授予水权。按照该理论,一个社区共同体可以合理地预期未来所必需的水量而行使水权。持此观点的少数意见者以 City and County of Denver v. Sheriff 判例为权威依据,并认为它应适用于 Theodoratus 案,因为一个社区共同体拟于未来用水的最好指示器是它已建成的供水系统的输水能力。<sup>[81]</sup>因为在 Theodoratus 先期开发社区共同体中的私人住宅的过程中,每建成一新屋,就会相应地增加用水的需求,所以,为满足该需求,不致于新屋落成需要用水时却无水权作为用水的依据,便

[77] Department of Ecology v. Theodoratus, 135 Wash. 2d at 586, 587, 588, 589, 957 P.2d. at 1243, 1244, 1245, 1246, 1247, 1248(1998).

[78] Id. at 590, 957, P. 2d at 1245.

[79] Id. 2d 582, 587, 957 P. 2d at 1241, 1243(1998).

[80] Darryl V. Wareham, *Washington Water Rights Based on Actual Use or on Delivery System Capacity? Department of Ecology v. Theodoratus*, Seattle University Law Review. (2000).

[81] Department of Ecology v. Theodoratus, 135 Wash. 2d at 614, 957 P. 2d at 1257.

应以拟于未来的用水为根据将水权授予 Theodoratus。<sup>〔82〕</sup>赞成以拟于未来的用水而非既有的用水作为水权取得条件者大有人在,其理由之一是,以既有的实际用水而不是拟于未来的用水作为授予水权的根据,会增加其他开发者投资的不确定性,导致他们放弃开发计划。<sup>〔83〕</sup>

我国现行法是采取用水人先取得取水许可证,然后才有资格用水,就是说,以未来的用水作为取得水权的条件。在修改水法时是坚持这种作法还是进行修正呢?将既有的实际用水作为水权取得的条件,存有如下缺点:一是用水人在取得水权之前的用水欠缺法律依据;二是水权在量的方面未必符合用水人对水的未来需求,在用水人拟增加用水量的场合尤其如此。“申请水权许可系为未来的用水而非以往的用水”,<sup>〔84〕</sup>从另一角度说明了这一道理。以未来的有益用水作为水权取得的条件,同样存在缺点:其一,它同先占用原则相矛盾;其二,在申请人届时未完成或者根本未建输水系统场合,会出现一方面先位序的水权闲置,另一方面阻碍后位序的水权人用水的局面。笔者认为,折中的观点及其方案为适当的选择。美国有的判例<sup>〔85〕</sup>与华盛顿州水权法典承认不完全水权(inchoate rights)的思想给我们以启示。我国法可以这样设计:除依河岸权原则取得水权以外,1.在无水权许可的情况下,用水人实际有益用水,他享有不完全水权。这既使其实际有益用水有正当权源,又贯彻了先占用原则。2.待用水人取得水权许可证时,他享有完全水权,或者说是效力齐备的水权。3.对于拟于未来的用水,在申请人原本无任何输水系统也未修建此类系统场合,不授予他任何水权。这使其他用水人有机会取得先位序的水权,使水权人乃至整个社会都获得最佳的效益。4.有确凿证据表明申请人正修建输水系统或将确定地修建时,自其申请被批准时授予不完全水权;待其实际有益用水时,再授予完全水权。如此,用水人、其他用水人、管理部门几方面的权益都可得到兼顾。如果这一结论是正确的话,那么,我国应放弃按未来的用水授予水权的思路。

## 六、水权与物权法典的制定

综上所述,可知水权乃至整个准物权与物权的差异很大,主要表现在:(一)在客体的特定性方面,水权或者有的不具备,或者有的要求得不严格,典型状态仅在个别场合存在。与此相关,(二)在一物一权主义方面,水权类似于抵押权,表现得很弱。(三)水权无追及效力。在水权的客体与水资源的客体融为一体时,盗用水构成侵害水资源所有权,基本不构成侵害水权;即使构成,因水一旦被盗用,就不再是水权的客体,水权人自然不能基于水权请求返还。该结论同样适用于水权的客体与水资源所有权的客体相分离的场合。(四)优先性在水权中虽然突出,但独具特色。第一,因水权与其他物权、与非水合同债权不会基于同一客体而发生,故谈不上谁优先于谁的问题。优先性仅发生在水权之间或者水权与水合同债权之间,范围较窄。第二,优先性在水权中既表现在水权的取得方面,又体现于水权之间的位序上,比较丰富。(五)水权与矿业权、渔业权之间,后两者与物权之间,均存在着很大的区别,等等。

既然差异如此之大,如果物权法典规定水权乃至整个准物权,会产生许多难以处理的棘手

〔82〕 Id. at 617, 957 P.2d at 1258.

〔83〕 See Darryl V. Wareham, *Washington Water Rights Based on Actual Use or on Delivery System Capacity?* *Department of Ecology v. Theodoratus*, *Seattle University Law Review*. (2000).

〔84〕 *Department of Ecology v. Theodoratus*, 135 Wash. 2d at 605, 957, P.2d at 1252(1998). 需要说明,“拟于未来的用水”在原文中是“输水系统的输水能力”。这两个概念在此处都在指定同样的状态,基于上下文的需要,笔者作了改译。

〔85〕 *City & County of Denver v. Sheriff*, 105 Colo.193, 204, 96 P.2d 836, 842(1939).

问题。其一,就水权属于民法物权性质的内容而言,物权法典虽然可予以规定,但操作起来,会出现许多物权制度都要规定例外的情形。如此,一是不经济,二是使得物权的确定性大打折扣,三是物权总则涉及的水权规范凌乱不清,莫不如将水权规范汇集一处,更利于对水权的总体把握。但如果都汇集于物权分则中的水权一章,会因本属于总则的规范夹杂其中而显得逻辑性差。只有另定单行法才比较理想。

其二,水权的公权色彩强烈,水权制度大多为行政法律制度、自然资源与环境保护法,还有若干刑罚规范。这些,尤其是行政法律制度,在物权法中难以尽如人意地得到反映。而欲理想地规制水权问题,离开行政法律制度是不可想象的。十分明显,在立法技术上,我国宜采用的上策是,首先,物权法典承认水权为物权的一种,并将其定位为准物权。这样,一是满足物权法定主义的要求,二是作为水权制度展开、生长的基点。其次,物权法总则在理念上,在规范设计上,给水权乃至整个准物权留足成长空间。至于水权制度的躯干及枝叶,均应由作为单行法的水法来设计。这种模式的优越性可从公司法、票据法等单行法成功实践推断出来。

## 七、水权与民法理论的反思

### (一) 思维方法的反思

毋庸讳言,我国民法学的思维方法深受德国法律思维方式的影响,而德国法律思维方式具备逻辑性形式理性的特征。在德国,法律思维的理性建立在超越具体问题的合理性之上,形式上达到那么一种程度,法律制度的内在因素是决定性尺度;其逻辑性也达到那么一种程度,法律具体规范和原则被有意识地建造在法学思维的特殊模式里,那种思维富于极高的逻辑系统性,因而只有从预先设定的法律规范或原则的特定逻辑演绎程序里,才能得出对具体问题的判断。<sup>[86]</sup>其优点显而易见,法律工作者能使先验的观念走向生活并且拥有广泛的演绎才能;<sup>[87]</sup>法官适用法律裁判个案远较英美法系中的裁判容易;在无充分的理由证明一项法律原则或规则、一种理论或结论不正确或不妥当或非最佳时,就承认其有存在的合理性或必要性,具有证明力,减轻了法律工作者思考的负担,使立法、法律的解释与适用更有效率。同时,其缺点也不容忽视:法律工作者常常带着危险蠕蠕独行;<sup>[88]</sup>当法律原则或规则、理论或结论错误、过时或不尽理想时,却仍以其作为演绎的前提、基础,一味地从抽象到抽象,我们的研究结论、方案设计至少是无用的,很可能危害巨大。既有的物权法乃至民法的理论,在抽象、概括物权现象时对水权等准物权的本质及其要求未予以足够的重视,致使有些原则、原理不适合于它们,犯有以偏概全的错误。这也提醒我们,在我们继续沿用逻辑性形式理性的思维方法的同时,也应尽可能地具体的物权及其他具体的民法现象入手,加以归纳总结,抽象、概括出一般性的原则或学说。在这里,有必要提出,英美法系的具体的个案思维方法,对一切简单的概括抱有深刻怀疑的精神,<sup>[89]</sup>也值得我们学习。大陆法系与英美法系之间在法律思维方法方面正在接近的事实,<sup>[90]</sup>似乎在证明着这一结论的合理性。

### (二) 物权客体的特定性理论的反思

[86] D. M. Trubek, 语, 转引自 Alan Watson, 《民法法系的演变及形成》, 李静冰、姚新华译, 中国政法大学出版社 1992 年版, 第 29 页。

[87][88][89][90] Konrad Zweigert und Hein Kotz, 《比较法总论》, 潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译, 贵州人民出版社 1992 年版, 第 132 页。

既有的物权客体的特定性理论误把传统的用益物权对其客体的特定性要求上升为全部物权的性质,已经不能令人信服地解释浮动抵押权等物权对其客体的要求,与探矿权对其客体的要求相反,用它来说明水权客体的特定性也显得牵强附会。笔者在本文的第一部分尝试了新的思路,得出了新的结论,旨在抛砖引玉。

### (三) 民事权利的分类应增加新的类别

水权的作用在于使权利人获得水的所有权,在水权与水的所有权这对范畴中,犹如债权与标的物所有权之间的关系一样,前者是手段性权利,后者是目的性权利。划分目的性权利与手段性权利,意义是多方面的。第一,目的性权利存续的期限长,手段性权利须有存续期限。水权作为手段性权利,决定了应有存续期限,但因其系水所有权主体的转换器(排水权等除外),其存续期限的长短取决于用水目的的需要、用水人支付水价的多少与双方当事人的意思,当然须被水权许可所准予。第二,据此反思我国法的制度、理论与实务,会发现我国现行房地产法关于国有土地使用权之上的建筑物所有权有存续期限的规定,在理论上是违反所有权的本质要求的,在实效上阻碍了国有土地使用权人的后期投入,还大大地增加了房地产转让的难度。此外,还会发现我国既有的用水制度存在的问题,其中之一是有些事实上的水权无存续期限。这在理论上违反了水权应有存续期限的性质,在实际上不利于合理调整有限的水资源在不同用水人之间的最佳分配,在无水价或水价较低场合还损害了国家这个水资源所有权人的利益。第三,对汲水权、引水权等类型的界定,应尽可能反映它们的本质要求。不妨把它们界定为用水人引取水并获得水所有权的权利。

不完全水权与完全水权的类别,一是可清楚地显现出水权的成长阶段不同:不完全水权属于事实上的权利,或者说是习惯权利,尚未得到法律的正式确认,甚至可能被法律所否定;而完全水权正相反。二是构成条件有异:不完全水权仅具备了实际用水这一条件,欠缺水管部门的审核批准这一必备条件(程序),而完全水权正相反。三是不完全水权的效力较弱,例如,用水人无权对抗所有的水权人;而完全水权的效力强,可对抗一切人,位序在先的水权优先于后位序的水权。四是赔偿范围有不同:不完全水权受到第三人的不法侵害致使不完全水权不能转化为完全水权时,侵权人赔偿信赖利益的损失,即用水人信赖能按预期获得水权却因该侵权行为而未取得所造成的损失;完全水权受到不法侵害,侵权人赔偿期待利益的损失,即行使水权应该取得的利益却因侵权行为而未得到的损失。

视野延伸,在附条件的法律行为、附期限的法律行为中,存在着条件未成就与期限未届至时的债权期待权,条件成就与期限届至时的债权。前者为不完全债权,后者是完全债权。在登记物权中,设定物权的当事人的行为或事实具备,但尚未经有关部门的登记,存在着物权期待权,待完成登记,物权产生。前者可以不完全物权论,后者即为完全物权。将它们抽象、概括,形成不完全民事权利与完全民事权利的分类,具有积极的意义。因为它们具有许多不同,法律时常分别配置不同的规范。有学者论述到,期待权与完全权利(vollrecht)的原则区别在于,保障完全权利的法律之力并不完全保护期待权。在强制力方面,期待权人与完全权利人的法律地位不可能相同,而应比完全权利人弱。但这并不排除期待权具有符合其作为权利取得的准备阶段与过渡阶段的本质而受到限制的法律上之力。因为期待权只能具有比完全权利弱些的权能,期待权人对抗前权利人或第三人对未来完全权利的取得或享有利益之保护的保障权能

与防御权能,可能要受到一定的限制。<sup>[91]</sup>

#### (四) 相邻用水排水关系理论的反思

传统的相邻用水排水关系的规则及其理论认为,相邻用水排水权人当然地享有用水权、排水权,无需另外再取得水权。这在水资源所有权与土地所有权及土地使用权两立、水资源短缺、实行有偿用水制度的今天,显然是不当的利益分配方案与制度设计,是对水资源所有权人的合法权益的侵害,在一定程度上也是造成水资源浪费的原因,必须予以修正。我国法宜确立这样的规则:相邻用水排水权不含有水权因素,相邻权人须先取得水权才有资格用水排水;相邻用水排水权也不是取得水权的依据。地役权与水权之间的关系遵循同样的规则。笔者建议正在制定中的物权法典采纳这一观点。

---

---

**Abstract:** Water right is a cluster of rights derived from the ownership of water resources. It consists of the rights to draw, divert, conserve, and discharge water and the right of navigation on water and has the mixed nature of private and public rights. Due to the special character of the form of its disposition and of its objects, its objects are more of a non-specific nature than of a specific nature. The right to draw and to divert water and other types of water rights are like converters for the subject of ownership of the water. Their operation separates the ownership of water from the ownership of water resources and transfers it to the owners of water. Therefore, these rights do not have the capacity of possession. Basically, water right is not an exclusive right and the distribution of interests among the owners of water should be resolved according to the principle of priority. Water right acquired according to the principle of priority will become extinct if left idle for more than one year. Because water right differs greatly from the typical right of things, it should not be directly provided for in the Code on the Right of Things, which, however, should leave enough space for its development. The relevant civil law theories should also reflect on this issue.

---

---

[91] Ludwig Raiser, Dingliche Anwartschaften, J. C. B. Mohr Tubingen, 1961, S. 12.; 申卫星:《期待权理论研究》,中国政法大学博士学位论文,第 37 页。