

# 论水权转让的客体

文学容<sup>①</sup>

(湖南工业大学 思政部, 湖南 株洲 412008)

**摘要:** 水权转让是实现水资源优化配置的有效方式之一。水权转让是一种法律行为, 其客体水权是一种新型的用益物权, 又是具有公权性的私权, 同时具有外部性的特征。被转让水权应符合权利转让的要件, 为生态环境分配的水权及法律有禁止性规定的水权不得转让。

**关键词:** 水权; 可转让水权; 水权转让

中图分类号: DF466 文献标识码: A 文章编号: 1674-117X(2010)01-0049-03

## The Object of Water Rights Transfer

WEN Xuerong

(Department of Ideology and Politics, Hunan University of Technology, Hunan Zhuzhou 412008, China)

**Abstract** The transfer of water rights is one of the efficient ways of allocating water resources. It is a legal act. The object, water rights, is a new use right as well as a private right with some public right features, thus containing external features. The transferred water rights should meet the basic requirements of right transfer. The right of the water which is allocated for the protection of environment and which law prohibits from being transferred can not be transferred.

**Key words** water rights; transferable water rights; water rights transfer

水资源短缺已经成为我国乃至全球经济和社会发展的主要制约因素。加强水资源综合管理, 提高水资源利用效率, 建立节水型社会, 促进水资源可持续利用已经成为各国面临的重大问题。目前, 世界许多国家和国际组织都在积极探索促进水资源高效利用的对策和措施, 以实现这种稀缺资源的优化配置。而水权转让是实现水资源高效利用的途径之一。

### 一、水权、可转让水权与水权转让

要探讨水权转让的有关法律制度, 首先要明确水权的定义。水权一词来源于英美法系国家, 一些国家将水资源产权称为水权。国外也有人认为水权是权利人引取定量之水和存蓄定量之水的权利, 它不包含对水资源“所有”的内容。在我国, 对水权的定义存在两类观点, 两类观点的主要分歧在于水权是否包含水资源所有权。第一类观点认为水权就是

水资源所有权和各种用水权利与义务的总称, 通常包括水资源所有权、使用权、经营权以及与水有关的其他权益。第二类观点认为, 水权是单位或个人依照法律法规的规定对国家所有的水资源进行使用、收益的用益物权。例如, 裴丽萍教授认为, 水权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, 属于民法上一类新型的用益物权。<sup>[1]</sup> 崔建远教授认为, 水权是权利人依法对地表水和地下水使用、收益的权利, 是一种不同于一般用益物权的准物权。<sup>[2]</sup> 笔者在文中采用第二类观点关于水权的定义, 并以其为基础研究水权转让的有关法律问题。

水权转让又称水权交易, 是指平等的市场主体之间对水权进行的有偿让与。水权转让是一种法律行为, 必须具备法律行为的成立要件, 即主体、客体

<sup>①</sup> 收稿日期: 2009-09-15

作者简介: 文学容(1975-), 女, 湖南株洲人, 湖南工业大学讲师, 主要从事民法研究。

与意思表示。水权转让的客体是水权转让这一法律行为所指向的对象,也即可转让水权。可转让水权又称可交易水权,是法定的水资源非所有人对水资源份额所享有的一种财产权。<sup>[3]</sup>它来源于水资源所有权,但又是与水资源所有权相分离的独立的权利。可转让水权是水权的高级表现形式,具有水权的一般性质。

## 二、水权的性质

### (一)水权是一种新型的用益物权

首先,水权的客体具有特殊性。史尚宽先生主张,矿业权、渔业权、水权为物权,而且明确水权为用益物权。<sup>[4]</sup>水权具有与传统用益物权相同的法律属性,如同样以对标的物的使用、收益为主要内容。然而,水权与其他用益物权相比,在客体上存在较大差异。“民法对用益物权之规定,可谓几乎完全系对土地而发”,<sup>[5]</sup>而水权的权利客体并非土地,而是水。传统用益物权的客体为特定物,与传统民法上的用益物权相比,作为水权客体的水一般以液态形式存在,具有流动性,难以特定化,按照传统民法理论,它不能作为物权的客体。客体在时间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。因此,在确定具体的水权客体时,可以采用一定的弹性标准予以界定。

其次,水权因不行使而消灭。所有权和用益物权产生后,无论物权人是否行使,物权仍然存在,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。与此不同,按照美国的科罗拉多等州的立法,在先占用原则下,奉行“用水则有水权,反之则失水权”的原则,闲置的水权将被废止,也即水权人在一定期间内不利用水资源便不再享有水权。澳大利亚联邦西澳大利亚州的《水权与灌溉法》规定,水与河流委员会有权变更、中止或者吊销许可证,地表水特别许可证的被许可人如果不遵守许可证条款,其许可证有可能被变更或吊销。我国《取水许可和水资源费征收管理条例》第44条规定,连续停止取水满2年的,由原审批的水行政主管部门注销其取水许可证。但由于不可抗力或者进行重大技术改造等原因造成停止取水满2年的,经原审批机关同意,可以保留取水许可证。这一规定有利于实现水资源的流转和高效利用。

### (二)水权是具有公权性的私权

现代法学一般认为,凡涉及公共权力、公共关系、公共利益和管理关系、强制关系的法,即为公法,

公法中法律关系主体享有的权利即为公权;而凡属个人利益、个人权利、个人选择和平等关系的法为私法,私法中体现的权利为私权。水权具有公权性质:水权是按照《水法》这种公法产生的,水权在诸多方面受到《水法》的限制,如在水权取得上,我国实行取水许可制度,除法律规定的免于申请的取水事项外,一切取水单位和个人,应当按照国家取水许可制度和水资源有偿使用制度的规定,向水行政主管部门或流域管理机构申请领取取水许可证,并缴纳水资源费;在水权的运行方面,不得损害公共利益和他人合法权益,禁止在饮用水水源保护区内设置排污口;在水权终止方面,未按照批准的取水许可规定条件取水,情节严重的,可被吊销取水许可证;行政机关依据法律、行政法规的授权对水资源加以管理,对各种开发、利用、节约、保护水资源和防治水害的行为进行监督,从而实现国家对水资源的宏观调控,保护社会公共利益。

但是,就水权的内容观察,水权是一种私权。水权是用益物权的一种,具有占有、使用、收益等权能,具有物权的某些特征,只因区别于一般物权,因此称为准物权。水权作为对水资源的使用和收益权,它建立在水资源的效用性和稀缺性之上,水权人可以在一定的范围内对水资源进行排他性的支配,从而为自己创造财富。水权于水权人而言具有私的经济利益,具有财产价值,其权利内容具有私权的性质。其一表现在,用水顺序可从各标的权利人之协议;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,可说明水权权利之内容具有私权之性质。<sup>[6]</sup>

### (三)水权具有外部性

外部性是指那些生产或消费对其他主体强征了不可补偿的成本或给予了无需补偿的收益的情形。<sup>[7]</sup>当有人没有承担他的行为引起的成本或收益时,或者反过来说,当有人承担了他人的行为引起的成本或收益时,就存在外部性。外部性可分为外部经济性与外部不经济性。外部经济性是指使他人受益且他人无需付费;外部不经济性是指使他人受损自己又不需承担责任。水权具有一定的外部性,这是由水权的性质所决定的。由于水权的客体具有公共品属性,水权具有浓厚的公法色彩,从而导致了水权的外部性。就流域而言,如果上游过多地利用水资源,就可能导致下游可利用的水资源减少,甚至江河的断流,从而导致下游一定的经济损失并有可能

导致严重的生态问题。

在市场经济体制下, 不管哪个国家都存在市场失灵和外部性问题, 从而造成诸如水资源等“公共物品”的浪费和破坏。为了解决市场经济体制下这种市场失灵和外部性问题, 市场经济体制发达的国家, 一般都实行政府行政调控与市场调控相结合的原则, 将“看得见的政府之手”与“看不见的市场之手”有机结合起来, 实现对市场的有效调控。目前我国尚处于经济体制转型时期, 由于水资源的公共性和政治经济体制方面的原因, 我国的水权转让以及水资源完全由市场配置在体制上还存在一些障碍, 水资源市场很难成为一种完全的市场。只有将政府行政调控与市场调控结合起来, 将看得见的政府之手与看不见的市场之手结合起来, 才能克服外部性, 建立水权转让的有效运转机制。

### 三、可转让水权的范围

#### (一) 可转让水权应具备的法律要件

不能依水权的初始配置取得水权又急需用水的民事主体, 可以通过水权转让这一法律行为取得水权。但并非任何水权都可以自由转让。可转让水权应当符合以下要件:

首先, 该水权应合法、有效地存在。法律行为生效, 必须在标的或内容上符合法律要求。《德国民法典》第 310 条规定: “当事人一方以合同让与其将来的财产或其将来的财产的一部分, 或对其设定用益权为义务者, 其合同无效。”法律行为的标的应合法、妥当、确定和可能。标的合法要求水权符合我国现行法律规定; 标的妥当要求水权不违反水事政策和社会公共利益; 标的确定要求该水权类型确定, 并具有明显区别于其他水权的特点; 标的可能要求该水权在有效期内合法、有效地存在。

其次, 让与人有权处分该水权。水权是一种对水资源的用益物权, 水权主体享有对水资源使用、收益的权利。若非水权人或非水权人的代理人处分水权, 则构成无权处分, 应准用《合同法》第 51 条的规定, 转让行为的效力待定; 转让人有过失的, 负缔约过失责任。在转让他人水权的情况下, 例如转让人采取欺骗手段转让他人的水权, 或者继承人误将他人的水权作为被继承人的权利而继承, 并与受让人签订了水权转让合同, 都构成无权处分。这种情形也应准用《合同法》第 51 条的规定, 转让合同的效力待定, 其实质是水权转让行为的法律效力待定。

#### (二) 禁止转让的水权

一般来说, 下列两种水权是严格禁止转让的。

第一, 为生态环境分配的水权不得转让。对于水资源的经济价值, 人们有目共睹; 而对于水资源的生态价值, 自 20 世纪中叶以来, 随着水资源多元价值的日益体现, 人们也逐渐对此予以重视起来。在全国水资源开发利用的格局中, 除了农业用水、工业用水、城市生活用水等重要项目外, 生态环境用水 (也可简称为生态用水) 正在越来越成为引人注目的用水项目。我国水法已对这个问题重视起来, 《水法》第 21 条规定: “开发利用水资源, 应当首先满足城乡居民生活用水, 并兼顾工业、农业、生态环境用水以及航运等需要。在干旱和半干旱地区开发、利用水资源, 应当充分考虑生态环境用水需要。”水权转让是一种对水资源高效利用的行为, 在产生较大经济效益的同时, 必须兼顾社会效益。鉴于此, 《水利部关于水权转让的若干意见》中规定, 为生态环境分配的水权不得转让。

第二, 法律或合同条款中有对水权转让的禁止性规定的, 该类水权不得转让。《水利部关于水权转让的若干意见》中规定, 取用水量超过本流域或本行政区域水资源可利用量的, 除国家有特殊规定外, 不得向本流域或本行政区域以外的用水户转让; 在地下水限采区的地下水取水户不得将水权转让; 以及水权主体不得向国家限制发展的用水户转让。此外, 依据合同自由原则, 合同中如果对水权主体有严格的限制, 或者合同中有对水权的禁止转让条款, 只要这些规定不违反法律和社会公共利益, 就必须遵守合同的约定。

#### 参考文献:

- [1] 裴丽萍. 水权制度初论 [J]. 中国法学, 2001(4): 91.
- [2] 崔建远. 准物权 [M]. 北京: 法律出版社, 2003: 253-263, 347.
- [3] 裴丽萍. 可交易水权论 [J]. 法学评论, 2007(4): 45.
- [4] 史尚宽. 物权法论 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000: 15.
- [5] 谢在全. 民法物权论 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1999: 50.
- [6] 林柏璋. 台湾水权及其法律性质之探讨——公水之特许使用 [J]. 台湾水利, 2001(3).
- [7] 萨缪尔森, 诺德豪斯. 微观经济学 [M]. 肖深, 译. 北京: 华夏出版社, 1999: 267.

责任编辑: 黄声波