

文章编号: 1674 - 5205(2014)01-0068-(012)

# 论我国水资源的所有权客体属性及其实践功能

单平基

(东南大学法学院,江苏 南京 211189)

〔摘要〕 水资源的日益重要性使其在法律上逐渐与土地资源分离,成为独立的所有权客体,且不悖于所有权客体特定性原则。在比较罗马法中的共用物、法国的公产、德国的公物及日本的公用物、公共用物等公共物品类型的基础上,应将我国的水资源界定为公共用物并为其选择所适用的法律规则。水资源公共用物的定性不仅有利于彰显水资源负载利益的全民性,将其与满足行政目的的公用物相区分,而且为理顺水资源由全民所有、宪法上国家所有至民法上国家所有等所有权类型的转化路径,直到为人人平等享有用水机会创设的水权制度提供了深层理论基础。

〔关键词〕 水资源;所有权客体;公产;公物;公共用物

**Abstract:** With their growing importance, water resources are legally separated from land resources step by step and become independent ownership object subsequently, which is in line with the rules of particularity of ownership object. Based on comparative analysis of the public goods types such as the publica juris gentium in Roman Law, the domaine public in France, the Offentliches Sachenrecht in Germany, the res public use and ? ffentlichen Sachen im Gemeingebrauch in Japan, this article defines the nature of water resources in China as ? ffentlichen Sachen im Gemeingebrauch and establish applicable rules. The definition of Water Resources' Nature as ? ffentlichen Sachen im Gemeingebrauch shall provide the deep theoretical basis not only for the transformation from the water resources ownership of the whole people to the state ownership on water resources in constitution and the further transformation to the state ownership on water resources in civil law, but also for everyone's right to use the water resources equally and for establishing the system of water resources state ownership - water rights.

**Key Words:** water resources; ownership object; domaine public; offentliges sachenrecht; ffentlichen Sachen im Gemeingebrauch

中图分类号: DF466 文献标识码: A

《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》)第46条将水资源作为独立的所有权客体归于国家所有,显示出它亦为物的一种。物有私人物品和公共物品之分<sup>①</sup>。民法上的物一般针对私人物品而言,不具有公共物品属性。而水资源不能为国家之外的私人所有,且兼具私人物品和公共物品双重属性。水资源所具有的双重属性不仅决定了其与传统民法上的物具有不同的特性、归属及利用关系,也意味着

必须对其作为所有权客体的法律属性进行明确界定。若水资源的所有权客体属性界定不清,水资源的所有权归属<sup>②</sup>将缺乏理论根基。这不仅不能理顺从水资源全民所有、宪法上水资源国家所有权到民法上水资源国家所有权之间的过渡关系,而且将无法为水资源国家所有权的证成提供理论支持。这会进一步导致

收稿日期: 2013 - 02 - 15

基金项目: 教育部人文社科基金青年项目(12YJC820016)“水资源危机的私法应对”; 国家社科基金项目(11BFX006)“现代权利理论研究”; 江苏省法学会课题(SFH2012D09)“自然资源危机的私法应对”

作者简介: 单平基(1984—),男,山东莘县人,东南大学法学院讲师,法学博士。研究方向: 民法学、资源法学。

① 根据经济学的观点,公共物品是指不论个人是否愿意购买,都能使整个社会每一成员获益的物品。私人物品则是对他人没有外部收益或外部成本的物品。参见(美)保罗·萨缪尔森、威廉·诺德豪斯《经济学》(第18版),萧琛主译,人民邮电出版社2008年版,第321页。

② 面临日益严峻的水资源危机(用水争端、水资源短缺、枯竭、浪费及水资源污染严重等),无论是维持行政权力在水资源配置中的核心地位,还是增强市场在其中的作用,都需要明确一个前提,即水资源所有权的归属。因为水资源所有权是水资源分配及水资源利用的基础。参见参考文献〔6〕,第10页。水资源所有权客体属性的界定恰是确立水资源归属的前提。

以水资源所有权为母权的水权<sup>①</sup>缺乏权源基础,从而成为“无源之水,无本之木”,进而构建合理的水权取得等制度<sup>②</sup>亦将成为泡影。这不仅不利于水资源的合理配置,而且将会导致用水争端频发,甚至会引起社会动荡<sup>③</sup>。而且,水资源的所有权客体属性若界定不清,还容易引起水资源与满足行政目的之公用物相混淆<sup>④</sup>,从而无法体现水资源负载利益的全民性及水资源使用目的的公共性。水资源作为所有权客体属性的界定是研究与水资源相关的一切法律问题的逻辑前提。

## 一、引论:水资源的所有权客体属性研究述评

### (一) 水资源的所有权客体属性界定——一个无法回避的法学问题

针对滥用、乱用、抢占水资源的状况,目前学界主要侧重于水权问题的研究。一方面,关注水权的基础性问题,例如,崔建远教授、裴丽萍教授对水权的基本理论问题进行了论证,证成了水权的用益物权属性<sup>⑤</sup>;王洪亮教授进一步对水权许可的私法效力进行解读,得出了行政许可亦不会影响水权私法属性的结论。<sup>(1)43-54</sup>另一方面,学者注重对水权配置的研究,包括水权初始配置及市场配置(特别是水权转让)两个层面,提出从用益物权“特许设定”角度完善水权初始配置<sup>⑥</sup>,并利用水权转让发挥市场对水权再配置作用的设想,<sup>(2)37-62</sup>论证了“可交易水权”的制度设计。<sup>(3)143</sup>与此同时,有学者从环境法角度对水权进行了研究,<sup>(4)91-93</sup>有学者从经济学角度对水权进行了解释,<sup>(5)140-164</sup>还有一些学者对美国水权配置制度进行了研究,主要集中于对美国水权取得规则及水权转让的借鉴运用<sup>⑦</sup>。

从学者对美国、日本、澳大利亚、新西兰等国水资源的研究来看,均通过政府和市场的结合来配置水权,从而最大限度发挥水资源效益,可持续地予以利用<sup>⑧</sup>。然而,无论是继续沿用传统——维持行政权力在水权初始配置中的核心地位,还是寻求突破——增强市场在水权再配置中的作用,都需要明确一个前提,即水资源所有权的归属。必须承认,之前学者大多忽略了这一点,绕过关于水资源所有权的解读,径行进行水权问题的论证。然而,“水资源所有权是水资源分配及水资源利用的基础”。<sup>(6)10</sup>若无水资源所有权作为权源,水权就成了“无源之水,无本之木”。如今,学者逐渐开始重视对水资源所有权问题的研究。例如,裴丽萍教授、彭诚信教授等均对水资源国家所有权进行了理论证成<sup>⑨</sup>。

在论证水资源归属的过程中,对水资源的所有权

客体属性进行界定是一个常常被忽略,却无法回避的问题。这对水资源归属、水权定性及水权配置等具有重要影响。水资源兼具私人物品与公共物品双重属性,决定了其不能为任何私人所有。而传统民法上的物一般仅针对私人物品而言,原则上不具有公共物品属性。由此可见,若不对水资源所有权的客体属性进行界定,必然会导致尴尬局面:虽在民法上确立了水资源的所有权归属,却无法理清水资源的所有权客体属性;更为严重的是,若客体属性界定不清,水资源的所有权归属将缺乏理论根基。原因在于,客体属性的界定恰是确立水资源归属的前提,其属性界定既有利于彰显水资源负载利益的全民性,也是证成民法上水资源国家所有权的理论基础。申言之,若对此缺乏系统论证,会进一步导致以水资源所有权为母权的水权缺乏权源基础,不能为水权配置前提——平等用水机会的确立提供理论根基,进而构建合理的水权取得及水权转让制度亦将成为泡影,根本无法实现运用法律手段应对水资源危机的目的。

### (二) 当前已有研究的回顾和评论

我国法学界已认识到这一点,对水资源所有权客体属性的研究有所增强,但亦存在很大不足。例如,

① 需说明的是,此处的水权是指派生于民法上水资源国家所有权的水资源用益物权,而非水资源所有权或其他权利。水所有权、水资源所有权与水权具有不同内涵。水资源所有权属于国家,尚不可作为交易客体进行流通。水所有权可归普通民事主体享有,已成为可交易的客体,例如,已引入企业储水设施、家庭水容器中的水。参见参考文献(21),第303页。水权则是一种对水资源的使用权,属于用益物权的一种。参见参考文献(6),第11页。

② 毕竟,水资源的所有权客体属性会对水权取得的制度安排、因素考量等产生重要影响。

③ 例如,2009年晋冀豫三省发生了16万民众关于清漳河用水之争。参见陈勇《晋冀豫清漳河水权之争》,《民主与法制时报》2010年1月18日,第A07版。

④ 水资源作为公共物品与为满足行政目的之公用物具有不同的特性,二者的具体区别在文中第三部分有详细论述。

⑤ 参见参考文献(2),第37-62页;参考文献(13),第90-101页。另可参见崔建远《准物权研究》(第2版),法律出版社2012年版,第98-125页。

⑥ 相关研究参见参考文献(23),第257页。另可参见崔建远:《物权法》(第2版),中国人民大学出版社2011年版,第382-397页。

⑦ 详细论述参见王小军、陈吉宁《美国先占优先权制度研究》,《清华法学》2010年第3期,第42-60页;〔美〕A.丹·塔洛克《水(权)转让或转移:实现水资源可持续利用之路——美国视角》,胡德胜编译,《比较法研究》2006年第6期,第761-768页;魏衍亮、周艳霞《美国水权理论基础、制度安排对中国水权制度建设的启示》,《比较法研究》2002年第4期,第42-54页。

⑧ 参见参考文献(6),第1-26页;参考文献(5),第140-164页。另可参见〔美〕里昂德·伯顿〔新西兰〕克里斯库克林《新西兰水资源管理与环境管理政策改革》,杜群译,《外国法译评》1998年第4期,第22-31页;王凤春《美国联邦政府自然资源管理与市场手段的应用》,《中国人口·资源与环境》1999年第4期,第95-98页。

⑨ 参见参考文献(44),第98-115页;参考文献(37),第95-103页。

王洪亮教授将水资源界定为公物的一种,认为水权在性质上首先是一种公法役权。基于水资源的公物属性,国家对特别使用采取了许可主义,以保障水资源能被用于公共目的。<sup>(7)105-115</sup>将水资源界定为公物一直以来都是德国学者采用的思路,<sup>(8)456</sup>但确值商榷。一方面,公物在德国既包括供公众使用的外部财产,亦包括仅供行政主体使用的内部财产。<sup>(8)456</sup>笼统地将水资源界定为公物而不与仅供行政主体使用的财产(如行政机关的办公楼)区分,既无法体现水资源的公共物品属性,也无法彰显水资源负载利益的全民性,更不利于水权的合理配置。另一方面,就我国水资源所适用的法律规则而言,与德国法上的公物也是不同的。德国公物是属于公法人的财产,且可以被转让<sup>①</sup>。我国水资源作为所有权的客体虽可适用私法规范,但不可作为交易客体而被转让。

另外,有学者在物的分类中对水资源的属性进行了界定,将其定性为公用物的一种<sup>②</sup>,但究竟何为公用物却分歧较大。例如,梁慧星先生将公用物界定为供一般公众所使用的物。<sup>(9)69</sup>史尚宽先生认为“公用物者,供公众一般使用之物也,与公有物不同,其所有权之关系,不必为问题,例如河川、道路、图书馆。”<sup>(10)253</sup>与此不同,公用物在日本则是公物的一种,是与公共用物相对的概念,指直接提供于政府机关使用的物,如日本大藏省及县政府的建筑物及其占地即是公用物<sup>③</sup>。无论采取何种对公用物的含义界定,作为所有权客体的水资源都难以纳入其中。如果采纳梁慧星先生、史尚宽先生所持公用物为公众使用之物的观点,那么将无法凭此来确定水资源具体的归属,也不能将其归属为日本法上直接供政府机关使用的物。

反观其他国家,与我国不同,对此问题的关注由来已久,且愈加深入。早在罗马法时期就有关于水资源属性的论证,将其界定为共用物(全人类所“共有”的物)的一种<sup>④</sup>。与此不同,水资源在法国属于原则上适用公法规则的公产<sup>⑤</sup>;在德国属于原则上适用私法规则的公物<sup>⑥</sup>;日本河川水资源属于公物中的公共用物,以区别于仅能供行政机关使用的公用物<sup>⑦</sup>。不同的公共物品(共用物、公产、公物、公共用物、公用物等)具有各自的特性,并由此生发出了不同的法律制度体系,并非仅是单纯称谓的差异。上述国家对此问题的研究已非常系统深入,对我国水资源属性的界定具有重要借鉴意义<sup>⑧</sup>。

### (三) 亟需解决的问题

界定水资源的所有权客体属性是研究一切水资源法律问题的理论基础和逻辑前提。基于其在水资

源所有权归属的证成、水权定性及水权配置中的重要意义,审视我国学界对此问题的研究现状,必须回答如下问题:

1. 水资源能否作为独立的所有权客体?与一般民法上的物有何不同?如何与民法中的所有权客体特定性原则相衔接?

2. 与私人所有物相对,在非私人所有物场合,面对共用物、公物、公产、公用物、公有物、公共用物等不同类型,如何解读水资源所有权客体的法律属性?为何罗马法将水资源定性为共用物,法国法将其定性为公产,德国法将其定性为公物,而日本法将其定性为公共用物?几种典型非私人所有物之间有无不同?针对我国的法律实践,应作何选择?

3. 界定水资源的所有权客体属性具有何种实践价值?对水资源所有权的归属、水权配置乃至整个水资源法律体系的构建具有何种影响?

## 二、水资源作为独立所有权客体的证成

要作为独立的所有权客体,水资源必须能从土地资源权属中分离出来,并且符合所有权客体的特定性原理。

### (一) 水资源作为土地资源附属的传统做法

传统上,水资源未独立于土地之外,而是被作为土地的附属对待<sup>⑨</sup>。蒂瑞克指出,在早期美国西部一些州的水法中,规定土地所有者拥有土地之下水资源的绝对所有权。在这种立法例下,居于地下水资源之上的土地所有者可随意抽取、使用,甚至浪费该项资

① 论文第三、四部分对德国公物有系统介绍。另可参见参考文献(27),第169页;参考文献(8),第480页;参考文献(18),第201页。

② 参见参考文献(9),第69页;参考文献(10),第253页。

③ 相关论证参见参考文献(28),第771页;参考文献(18),第195页;参考文献(34),第190页。

④ 参见参考文献(31),第8页;参考文献(32),第142页;参考文献(33),第23页。

⑤ 参见“罗结珍译注”载(法)弗朗索瓦·泰雷、菲利普·森勒尔《法国财产法》(下),罗结珍译,中国法制出版社2008年版,第663页注释②;王名扬《法国行政法》,中国政法大学出版社1988年版,第301页。

⑥ 参见参考文献(27),第169页;参考文献(8),第480页;参考文献(18),第201页;参考文献(34),第194页。

⑦ 参见参考文献(28),第753、771页;参考文献(18),第195页;参考文献(34),第190页。

⑧ 对共用物、公产、公物、公共用物、公用物、公有物等的介绍、比较及我国水资源的属性选择在论文第三、四部分有系统论证。

⑨ 需要指出的是,现今仍有极少数立法例将水资源作为土地的附属对待。例如美国《加利福尼亚州民法典》第662条规定“为更好地正确使用土地,发挥其效益,诸如土地上的道路、水道,及来自或经过土地的光、空气或热等的通道,都被认为是土地的附属。”See California Civil Code, Section 662.

源,而无需考虑使用的合理性及对同一地下流域内的其他用水者的影响。<sup>(11)17</sup>在这类立法例之下,水资源并未成为独立的所有权客体,而是与其所依附的土地共同归属私人所有。

水资源在早期未被作为独立于土地的所有权客体对待的原因至少有以下两方面:

首先,水资源之所以未被重视与人们过于重视土地的价值有关。罗伯特·霍恩曾指出“在经济上以农业为主的时代,土地所有权是财富和名誉的源泉,即使到了工业时代,土地所有权也仍然备受重视。”<sup>(12)195</sup>当时水资源的价值主要体现在便于土地资源效益价值最大发挥上,只要处理好土地资源配臵及效益问题,水资源问题即迎刃而解。水资源自身的经济、环境及生态价值还远未凸显出来。

其次,当时水资源的非稀缺性,亦是其未能与土地相分离的原因。水资源所表现的非稀缺性导致了其价值性被人们所忽略,其原因或许在于“当时的社会经济背景以及人们对水资源价值的认识”。<sup>(13)92</sup>韩洪建教授曾非常形象地描述了当时人们对水资源的认识,“远古时代,人类社会消耗的水量很少,相对于滔滔不绝的江河,简直就是微乎其微,因而产生了‘取之不尽,用之不竭’的概念,因此对水也就极不重视,随意使用,甚至把最‘差’最‘坏’的事拿来和水相提并论,如‘水货’、‘用钱如用水一样’,如此等等”。<sup>(14)6</sup>按照西方经济学家的观点“所有权的基础是稀少性。若是一件东西预期会非常丰裕,人人可以取得,不必请求任何人或者政府的同意,它就不会成为任何人的财产。若是供给有限,它就会成为私人的或公有的财产”。<sup>(15)298</sup>在当时情况之下,水资源是一种所谓的“自由财产”,<sup>(13)92</sup>无须确立独立的排他性所有权。

## (二) 水资源从土地资源权属中的分离

水资源稀缺造成的价值骤增使得人们日益重视水资源的归属。兰德尔曾说“信息、技术和相对稀缺性的变化都能把以前没有价值的物质变成宝贵的资源。”<sup>(16)12</sup>随着社会的迅速发展,水资源在水量短缺性及水质上的被破坏性,使人们逐渐认识到,水资源自身具有独立的经济、生态及社会价值。如果将水资源仅作为土地的组成部分,其配臵及开发利用不合理,有可能导致诸如断流趋势加剧、水质等级下降、生态环境恶化、洪水风险加大等一系列问题。<sup>(17)134</sup>传统的处理方式显然不能解决上述问题。更为重要的是,水资源配臵及利用所产生的诸如环境、生态等问题,不仅会对土地(包含着水资源)所有权人的利益产生影响,而且还会涉及该土地所有权人之外的其他人的

利益,甚至整个社会的公共利益。为了解决人的无限需求与有限资源之间的矛盾,必须界定水资源的归属。世界主要国家或地区因此大都采取将水资源从土地资源中分离出来,作为独立的所有权客体进行调整。这不仅仅是某一个国家或地区出现的个别现象,而是水资源立法的整体性发展趋势<sup>①</sup>。

将水资源作为独立所有权客体进行调整的趋势在大陆法系主要国家有关水资源的立法中都有所体现。水资源在德国属于国家所有。德国《联邦水管理法》第1条(基本原则)第3款第3项坚持了土地与水资源所有相分离的原则,将地下水的利用排除在其上土地的所有权之外,拥有土地并不等于享有根据水法的要求须获得许可证或执照的水源以及改变地表水的权利。<sup>(18)234</sup>按照德国《水生态平衡法》第8条的规定,任何对地上水或地下水的使用原则上均须获得国家的许可(Erlaubnis)或授权(Bewilligung)<sup>②</sup>。水资源在法国亦属于国家所有。《法国水法》第1条规定“水是国家共同资产的一部分。作为一种可利用资源,在尊重自然平衡的同时,其保护、增值以及开发是符合大众利益的。在框架范围内,和其他已确定的权利一样,用水的权利属于所有人。”<sup>(19)</sup>日本对地下水和地上水资源的归属区别对待。虽然地下水资源仍依附于土地,属于私人所有,<sup>(20)51</sup>但属于地上水资源的河川水资源亦与土地资源权属相分离,成为独立的所有权客体。《日本河川法》第2条规定,河流属于公共财产,河流的流水不能为私人所有。<sup>(21)349</sup>

将水资源作为独立所有权客体进行调整的趋势在英美法系主要国家有关水资源的立法中也同样明显地反映出来。英国传统普通法认为,土地所有权人的权利上至天空,下达地心。土地所有权人的权利及其区域内的湖泊与河流。<sup>(22)21</sup>但《英国1989年水法》一反普通法的传统,确立了水资源与土地权属相分离的原则,其第7条第1款规定“王室拥有权利使用、保持水流畅通和控制所有水道中的水以及所有地下水”<sup>③</sup>。在美国,除个别州(例如前述加利福尼亚州)仍将水资源视为土地的附属,与该土地一起归属土地所有权人之外,绝大多数州都将水资源与土地资源权属相分离。美国有些州将水资源直接规定为州所有。例如,《路易斯安那州民法典》第450条规定:“公共物品归州和作为公共管理人的州政府机构所有。归州所有的公共物包括流水、适航水域的水体和

① 关于水资源归属的详细立法例可参见参考文献〔44〕,第99-102页。

② Siehe Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts, § 8.

③ U. K. Water Act 1989 Part 2 Division 1 Section 7(1).

水底、界海和海岸。”<sup>①</sup>一些州规定水资源属于全体人民所有。例如,《华盛顿州水法》第10条规定“州内的水资源都归公众所有。关于水的任何权利或者对水的使用,今后都只能通过为了有效利用而占有水的方式,并且通过法定的方式取得。”<sup>②</sup>《马萨诸塞州水法》第2条规定,“水资源属于全体公民”<sup>③</sup>。

### (三) 水资源对所有权客体之特定性原则的适用

#### 1. 所有权客体之特定性原则

得以成为所有权客体必须符合其客体特定性要求。传统理论认为,所有权之支配性决定所有权客体原则上须为特定物、独立物和有体物。<sup>(23)8</sup>所有权客体之特定性要求此物与彼物可依人为划分,而独立存在。物权系对物直接支配之权利,故物权之客体必须为特定物,未具体特定之物,不能以之作为物权之标的。<sup>(24)11</sup>

水资源具有流动性、非固定性的特征,且水资源系统内的地上水、地下水、河流的上下游、干支流之间相互影响和制约。关于其与所有权客体特定性原则是否相符,有持否定观点者,认为《德国民法典》就是基于所有权客体特定性原则而没有将水资源规定为所有权客体;<sup>(7)106</sup>而我们则持肯定观点。

#### 2. 水资源作为所有权客体符合所有权客体特定性原则

水资源不同于一般物的物理特性,决定了论证其符合传统所有权客体特定性原则的不易,如德拉佩纳指出的,“水资源的物理特性是其适用财产规则的难点”。<sup>(25)416</sup>这就需要采取更广泛、动态的视野加以论证。

首先,它符合所有权客体范围逐渐扩大的趋势。随着人们对物质资料的支配能力进一步提高,所有权客体(物)的范围在不断扩大,越来越多的“自然力”能源被纳入其中。人们逐步掌握了支配以“自然力”形态出现的、非固定物的技术,于是这些非固定物(如流水等),甚至非有体物(如电、热、声、光等),也被纳入物的范围,从而成为所有权客体。这也就是卡尔·拉伦茨指出的,根据一般之观点,“自然力”不属于有形的客体,但人类可以控制的能量则属于法律意义上权利的客体。<sup>(26)381</sup>作为法律调整对象的水资源,显然就是在现有经济技术条件下,人类可以控制、利用的天然能量。

其次,它符合所有权客体特定性的动态发展认识。所有权客体特定性原则所要求之特定性并不代表固定不变、静止不动<sup>④</sup>。这一传统观点的症结在于,“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”。<sup>(21)220</sup>将特定性等同于客体存在的同一性可能源于对所有权支配性的直观归结,即认为所有权客体之同一性直接决定着所有权本身的得丧。然而,作为所有权客体的特定物应是一种观念的存在,而非物理的存在。诚如谢在全先生所言“惟所谓特定物仅须一般社会或经济观念为特定物即可,非必须为物理上之特定物。”<sup>(24)12</sup>也就是说,所有权客体之特定性并非同一性,而是范围可确定性、可支配性<sup>⑤</sup>。虽然水质、水深、水温及水量的不断变化是水资源存在的常态,但若通过特定数量、地域或期限等方式能使物权人直接支配水资源,进而实现物权目的,就可认定水资源具有特定性。<sup>⑥</sup>另外,对水资源的利用在一定场合恰恰需要水资源的流动性特征,这恰是对作为权利客体之水资源的非同一般性要求<sup>⑦</sup>。因此,要求所有权客体必须保持同一不变,进而主张所有权必须与固定不变之特定物相对应的观点,已经不符合对于所有权客体特定性的动态发展认识。

#### (四) 小结:水资源可作为独立所有权客体

水资源的日益重要性要求必须将其从土地资源权属中分离出来而作为独立的所有权客体。水资源作为独立的所有权客体既能顺应现今社会立法趋势,也与所有权客体特定性原则相契合,符合所有权客体之范围逐渐扩大的趋势及所有权客体特定性的动态发展认识。

### 三、水资源作为所有权客体的法律属性之形态

水资源自身所具有的环境、生态及社会价值决定了其具有公共物品的属性,通常非为私人所有,从而

① Louisiana Civil Code Section 450.

② Washington Water Code Section 10.

③ Massachusetts State Waterways Section 2.

④ 在传统社会,物权客体限于一些固定且有形的特定物,这与当时的生产力水平是分不开的。当时人们有能力支配的仅是那些确定地以固定形式存在且易被支配之物。在罗马法时代,物被作为外部世界的一部分,仅指可以感觉的有形物。罗马法物权的标的只能是实体的物,罗马人也称它为物体(corpus)。这种实体性要求物权标的物应是可见的、可触觉的,即可明显感知的。参见参考文献〔32〕,第141页。承袭罗马法中物的定义,《德国民法典》第90条规定,“法律意义上的物,仅为有体的标的”。参见《德国民法典》(第3版),陈卫佐译注,法律出版社2010年版,第29页。基于此,“对‘流水’享有私人所有权,是无法想象的”。参见(德)鲍尔、施蒂尔纳《德国物权法》(上册)张双根译,法律出版社2004年版,第605页。

⑤ 不仅是水资源,土地作为所有权客体也存在着其特定性如何被确定的问题。土地在物理上是一个绵延无垠的实体。土地的笔数或宗数乃至土地的独立性并不是依自然的界线或使用的范围来确定,而是依不动产登记簿上所记载的区域(范围)来确定。

⑥ 如通过水量、特定的水域面积或特定的地域面积(地下水作为权利客体)来确定水资源的特定性。

⑦ 如为流放竹木而利用河水资源、为对废水等污染物进行稀释而利用水资源等。

跟传统民法上不具有公共物品属性的私人所有物有所不同<sup>①</sup>。与私人所有物相对,在非私人所有物场合,尚有共用物、公物、公产、公用物、公有物、公共用物等不同类型,水资源也确曾在不同时代、不同国家或地区被纳入其中的不同类型。问题在于,针对我国的法律实践,应该如何理解水资源作为所有权客体的法律属性?

### (一) 水资源在法国属于原则上适用公法规则的公产

法国学界现今通常以财产是否用于公共目的作为判断是否构成公产<sup>②</sup>的标准,即以“财产直接为公众使用,或者,用来服务于公共事业”作为评价财产是否属于公产的标准<sup>③</sup>。依此标准,水资源在法国属于原则上受公法规制的公产范围。首先,从理论上讲,某项财产是否属于公产,需根据它所履行的功能判断,而非根据其性质判断。水资源在功能上符合“财产直接为公众使用”这一目的性用途要件。其次,除上述要件外,当一项财产已经由某些法律法规明文纳入公产范围时,则当然属于公产。水资源即属于这种情况。《法国民法典》第 538 条将包括河流在内的水资源纳入了公产的范围<sup>④</sup>。另据罗结珍教授考证,法国立法机关在《法国民法典》之外制定了一系列有关公产的法律和法令,其中就包括关于河流公产的法律<sup>⑤</sup>。

### (二) 水资源在德国属于原则上适用私法规则的公物

水资源在德国属于公物的范畴。公物有广义与狭义之分,它们的共同之处在于物所达致的公共目的。广义上的公物既包括供公众使用的外部财产,亦包括仅供行政主体使用的内部财产,如“道路,广场,自然水流或者人工水流,走廊,儿童乐园,学校,图书馆,影剧院,营房,演练场,行政机关、统治机关和法院的办公楼、办公用品,行政机关的飞机,教堂等。”<sup>(8)456</sup>狭义上的公物则仅指供公众使用的外部财产,如公路、水体等。

公物原则上受私法调整。与法国公产有所不同,德国公物之上所设立的为“修正的私有财产权”,<sup>(8)474</sup>只不过所有权主体一般为公共行政主体。之所以称其为“私有财产权”,是因为公物原则上适用《德国民法典》中有关所有权的规定。如平特纳所言“根据德国法律,原则上公物并不享有特殊地位,而是民法中属于公法人的财产。”<sup>(27)169</sup>公物可转让,并且当公物被损害或毁损时,所有权人可根据《德国民法典》的规定要求私法上的损害赔偿。<sup>(8)480</sup>

公物涉及公共目的的属性决定了其也要受公法

约束,以防止公共目的的实现受权利人意志的摆布。在德国,“公物原则上适用民事法律;但在某些方面,特别是公共使用上,又与公法约束相重叠”。<sup>(27)169</sup>另据大桥洋一介绍,在德国法上,公物的转让以及在公物上设定物权都是可能的,但是,原则上(同转让人一样)受让人的私权利因公用开始行为<sup>⑥</sup>而受到限制。因此,依据《德国民法典》对善意、无过失第三人所进行的保护就被排除在外,妨碍公物利用的交易皆为无效。<sup>(18)204</sup>

### (三) 河川水资源在日本属于公物中的公共用物

在日本,河川水资源属于公物的一种,具体而言

① 民法上的物一般针对私人物品而言。参见王泽鉴《民法物权》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 373 页。

② 公产为法国行政法上的公法概念(参见孙宪忠主编《中国渔业权研究》,法律出版社 2006 年版,第 334 页注释⑦)。“法国法律把行政主体的财产区分为公产和私产,前者原则上受到行政法的支配和行政法院管辖,后者原则上受私法支配和普通法院管辖。”(王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社 1988 年版,第 301 页)这里的私产并非通常所言归于私人所有的财产,而是“属于公法人所有但又不属于公产”。(参见(法)弗朗索瓦·泰雷、菲利普·森勒尔《法国财产法》(下),罗结珍译,中国法制出版社 2008 年版,第 666 页。)为公法人所有的公产与私产适用完全不同的规则。法国公产原则上受行政法规私法规则的适用则是例外。如有学者所言“在没有专门法律规定时,在不可转让、不可取代、不受相邻权的限制并且与公产的目的相一致的范围之内才能使用私法制度。”(参考文献[32],第 476 页。)与此相对,私产原则上受私法支配和普通法院管辖,可以进入商业交易领域,作为所有权人的国家可以转让这些财产,并且可以用其设置有利于个人的物权,个人也可以依时效取得这些财产。(参见(法)弗朗索瓦·泰雷、菲利普·森勒尔《法国财产法》(下),罗结珍译,中国法制出版社 2008 年版,第 663 页。)与私产不同,据王明扬先生考证,公产原则上受到行政法的支配和行政法院管辖,不能转让,不能适用取得时效,也不得用其设置具有任何私人利益性质的役权。(参见王名扬《法国行政法》,北京大学出版社 1988 年版,第 301-336 页。)

③ 公产的判断标准在法国理论界其实经历了一个转变过程。早期的学者一般以财产的性质来认定是否属于公产,认为“不能成立私人所有权的财产才属于公产”,从而只能供所有人使用。可参见(法)弗朗索瓦·泰雷、菲利普·森勒尔《法国财产法》(下),罗结珍译,中国法制出版社 2008 年版,第 665 页。

④ 该条规定“由国家负责管理的道路、公路与街道,可航运或可漂流的江河、海岸、海滩、港口与小港口、停靠锚地,广而言之,不得具有私有财产权性质的法国领土之任何部分,均视为公产不可分割之部分。”《法国民法典》(上册),罗结珍译,法律出版社 2005 年版,第 451 页。

⑤ 参见“罗结珍译注”,载(法)弗朗索瓦·泰雷、菲利普·森勒尔《法国财产法》(下),罗结珍译,中国法制出版社 2008 年版,第 663 页注释②。

⑥ 公用开始行为是指,为将公物提供给公众使用,除该物需具有形体性要件外,还应具有所有权主体将该物提供给一般公众使用的意思表示。参见参考文献[18],第 201 页;参考文献[34],第 194 页。

属于公物中的公共用物<sup>①</sup>。《日本河川法》及《日本道路法》是规制典型公共用物的公物管理法。河川水资源并非仅能为行政机关或其他特定人员使用,而是可以供不特定的公众所使用。公共用物既可以是动产(例如公立图书馆的书籍),也可以是不动产,河川中的流水即是作为不动产公共用物来看待的。<sup>(28)752-753</sup>

作为公共用物的一种,河川水资源在日本由国家支配,不能成立私人所有权。美浓部达吉曾讲到:“海及河川等不是私有财产的目的物,无论何人亦不能主张海及河川的所有权。但那不是无主之物,谁亦不能用先占的方式而取得之。因为那是在国家的公的支配权之下的东西,除有国家的特别许可者外,是管何人都不能适法地去占有的。”<sup>(29)78-79</sup>《日本河川法》第2条第2款明确规定“河流的流水不能为私人所有。”<sup>(30)137</sup>之所以如此规定,日本河川法研究会给出的解释是,对河川行使私人财产权会给河川管理带来障碍。<sup>(28)756</sup>

不能成为私人所有权的标的,并非意味着河川水资源不受私法规则的调整。例如,在私人妨害公共用物之自由使用的情况下,虽然日本公物法理论对是否给予救济没有给出明确的答案,但日本最高法院判例认为,对于自由使用的妨害,可以构成日本民法上的不法行为,从而可以通过侵权行为法进行救济。关于公共用物是否可成为强制执行的对象以及是否可根据时效取得所有权,则是争议的。<sup>(28)756-755</sup>

(四)小结:水资源在不同国家被纳入不同的公共物品类型

水资源价值的多重性决定了其与私人所有物不同,具有公共物品属性。水资源在不同国家被纳入不同的公共物品类型,具体体现为法国的公产、德国的公物及日本的公共用物。不同的公共物品具有各自的特性:法国公产原则上受行政法规范,私法规则的适用则是例外;德国公物原则上受私法调整,且可作为私权进行转让;属于公共用物的日本河川水资源为国家所支配,以提供于不特定多数的公众之利用为其本质。

#### 四、我国水资源之公共用物客体属性的证成

水资源作为所有权客体的属性,除公产、公物、公共用物等非私人所有物类型之外,在罗马法上属于公用物,在学理上尚有公用物、公有物等非私人所有物类型。因此,要明晰我国水资源作为所有权客体的法律属性,则需要根基于与上述非私人所有物的比较分析。

(一)水资源作为所有权客体无法纳入罗马法上的公用物范围

水资源在罗马法上属于公用物。公用物是罗马法上的概念。罗马法时代,针对诸如空气、大海等不能作为所有权的客体,而为全人类所“共有”的物,学者称其为公用物。<sup>(31)8</sup>此类物为不易由个人获取或实行经济管理的物品,因而它不由法律进行调整,而是放任大家共同使用。<sup>(32)142</sup>这类物在罗马法上有时也被称为一切人共有的物。杰尔苏在《法学汇纂》中指出,“大海如空气一样,为全人类所共用”<sup>②</sup>。根据格劳修斯的观点,一切人共有的物是指不属于任何一国一民,而是属于整个人类之物,即为所有人共同使用而不为任何人专有。<sup>(33)23</sup>空气、公海等即为适例。

水资源在罗马法上并非所有权客体,而是人人可以共享之公用物。如马尔西安在《法学阶梯》中所言,“的确,根据自然法:空气、流水、大海及海滨属于公用物”<sup>③</sup>。水资源作为公用物的一种,不可以成为私人所有权的客体,其效用可归不同民族和国家的全人类共同享用。在使用这些人共有之物时,仅受到正义的约束<sup>④</sup>。

在我国,水资源已与土地资源分离,成为独立的所有权客体,这与罗马法上的公用物不同。诸如日、月、星辰、空气等公用物,由于其本身的特性,往往不能成为所有权的客体,一般亦不纳入法律的调整范围。水资源在我国不应纳入公用物的范围。

(二)水资源不宜纳入学理上的公用物、公有物范围

① 公物是指国家或公共团体直接为公共目的而提供使用的有体物。(参见参考文献〔28〕,第742页。)日本的公物概念采取了法国公产和德国公物概念之所长,“公物法理论与公物法法制是受到作为公所有权学说代表的法国法和作为私所有权学说代表的德国法的影响而发展起来的”。(参考文献〔18〕,第192页。)根据利用目的的不同,公物在日本有公共用物与公用物之分。公共用物为供社会一般公众生活、生产所需之公物,例如水资源、公共道路等;公用物为可供行政主体自身需要使用之公物,例如行政办公场所、国立学校校舍等,实际上(特别是法律上)是由限定范围内的人来使用的。(参见参考文献〔28〕,第753、771页;参考文献〔18〕,第195页;参考文献〔34〕,第190页。)公共用物和公用物使用目的的不同决定了不同的使用方式。公共用物由于其以提供于不特定多数的公众利用为目的,一般而言,以自由使用为原则,以许可使用为例外。例如,使用河川中的流水需要得到管理者的许可,但任何符合法定条件的人均可申请。公用物为实现特定行政目的而存在,以行政目的性使用为原则,以目的外许可使用为例外,一般仅能为管理者和特定人员所使用。(参见参考文献〔28〕,第771-780页。)

② (古罗马)杰尔苏《法学汇纂》第39卷,转引自参考文献〔31〕,第10页。

③ (古罗马)马尔西安《法学阶梯》第3卷,转引自参考文献〔31〕,第8页。

④ 参见 Cicero, De officiis, I. 7. 20. 转引自参考文献〔33〕,第24页。

### 1. 水资源不宜纳入公用物范围

针对学理上的公用物,学者有不同理解。梁慧星先生认为,公用物是指为一般公众所使用的物,例如公共道路、桥梁、图书馆、公园等。公有物和公用物属于国家所有,不得转让,不得作为取得时效的客体。<sup>(9)69</sup>史尚宽先生认为,公用物属于不融通物的一种,属于法定的不融通物,与性质的不融通物相对。“公用物者,供公众一般使用之物也,与公有物不同,其所有权之关系,不必为问题,例如河川、道路、图书馆。”<sup>(10)253</sup>与它们不同,公用物在日本则是公物的一种,是与公共用物相对的概念,指直接提供于政府机关使用的物,如日本大藏省及县政府的建筑物及其占地即是公用物。

无论采取何种对公用物的含义界定,作为所有权客体的水资源都难以纳入其中。如果采纳梁慧星先生、史尚宽先生所持公用物为公众使用之物的观点,那么将无法凭此来确定水资源具体的私人归属,也不能将其归属为日本法上直接供政府机关使用的物。

### 2. 水资源不宜纳入公有物范围

公用物之外,学理上尚有公有物的概念。公有物是指就其自身而言容易获取与管理,但是出于公共福利的目的,它们被实证法保留给公民普遍使用之物,比如港口、公共道路等。<sup>(32)142</sup>罗马法上的公有物与共用物是不同的,共用物可以供不同国家和民族的全人类所共同使用,但是公有物却已经纳入了一国法律的调整,只能由本国公民自由使用。

我国学界所言公有物的概念与罗马法上公有物的含义不同。罗马法上的公有物一般由实证法保留给国民普遍使用,而我国学理上的公有物为公共服务的目的由政府机构使用。如史尚宽先生认为,“公有物者,‘政府’及其他公共团体所有之物,广称之为公有物。此所谓公有物者,谓其与纯为收益之财政财产不同”。<sup>(10)253</sup>梁慧星先生主持的“中国民法典草案建议稿”第273条将公有物界定为“为公共服务的目的而由政府机构使用的物。”在对该条的说明中认为,广义的公有物除了包括政府官厅的建筑物、军事设施、警车等,还包括政府所有的其他可交易的财产,如有价证券等。前者即行政机关行使行政权力所需要的物,属于行政财产;后者是行政机关用于收益的物,属于收益财产,性质上与一般的私有财产相同,可以转让,可以被私人取得或因时效而消灭。<sup>(9)69</sup>

水资源在我国不宜纳入公有物的范围。其一,水资源的特性与罗马法上的公有物虽然具有相符性,即只能为公共利益的目的由公众共同使用。但是,如上所述,公有物亦有时被学者界定为“为公共服务的目

的而由政府机构使用的物。”罗马法上的公有物与我国学者所言之公有物虽然称谓相同,但实质内涵却有很大差别。如果将水资源纳入其中,不免会滋生疑义。其二,广义的公有物除了政府机关的建筑物、军事设施、警车等外,还包括政府所有的其他可交易的财产,如有价证券等,这类公有物可以转让,可以被私人取得或因时效而消灭。这与我国水资源所具有的国有公用、不可转让的特性亦不相同。

### (三) 水资源之公共用物属性界定——基于德国公物、法国公产及日本公共用物比较

水资源在我国非私人所有的特征使其与法国法上的公产、德国法上的公物以及日本法上的公共用物均具有相似之处。但要明晰水资源在我国作为所有权客体的法律属性,则需要结合我国针对水资源的相关法律规定与上述这些国家针对水资源各自的法定性而适用的具体法律规则予以认定。

就我国水资源作为所有权客体所适用的法律规则而言,其与德国法上的公物是不同的。德国公物是属于公法人的财产,公物之上所设立的为修正的私有财产权,原则上适用《德国民法典》中有关所有权的规定,且可以被转让。当公物被损害或者毁损时,所有人可以根据《德国民法典》的规定要求私法上的损害赔偿。我国水资源作为所有权的客体虽可适用私法规范,但不可作为交易客体而被转让。

我国水资源所适用的规则亦不同于法国法上的公产。公产作为法国行政法上的公法概念,原则上受到行政法的支配和行政法院管辖,不适用民法规范。这与我国《民法通则》及《物权法》已将水资源作为所有权客体进行私法规范的立法现实不符。法国公产之上不得设置具有“任何私人利益性质的役权”的规则,亦有悖于我国《物权法》第123条允许于水资源所有权之上设置私人性质的用益物权制度的规定。

我国水资源更近似于日本法上的公共用物。日本关于公共用物的规则与我国水资源的现行立法规定具有相似之处。例如,日本公共用物不能作为交易的客体符合我国现行立法关于水资源所有权不可以转让的立法现状。而使用作为公共用物的河川水资源需要得到管理者的特别许可,则与我国《水法》第7条关于用水权原则上须经申请的规定相符。水资源在日本不能成为私人所有权的标的,并非意味着包括河川水资源在内的公共用物不存在任何适用民法的可能。例如,在对公共用物的自由使用被私人妨害的情况下,可以构成日本民法上的不法行为,从而可以通过侵权行为法进行救济,这也为我国构建水资源使用权的法律保护机制提供了借鉴。

(四)小结:水资源在我国具有类似于公用物的属性

水资源在我国无法纳入罗马法上的共用物、法国公产、德国公物、日本公用物及学理上的公用物、公有物范围,但具有类似于日本公用物的属性。原因在于:罗马法上的共用物不属于任何一国一民,归于人类全体,尚不能成为所有权客体;法国公产原则上受公法调整,私法规则只是例外适用;德国公物虽受私法调整,但允许公物所有权转让,与我国水资源归国家所有且不可转让的法律规定不符;日本公用物为达行政目的,限于行政管理者及特定人员使用,与水资源得为人人使用相悖;学理上的公用物、公有物概念易使水资源的归属产生疑义,无法通过其属性明晰水资源权属关系。水资源在我国具有类似于日本公用物的属性。作为公用物的日本河川水资源为国家所支配,以提供于不特定多数的公众之利用为本质,与我国水资源不能归于任何私人所有,而只能为公众依法申请使用的特性相符。

#### 五、水资源在我国定性为公用物的实践功能

将水资源与普通私人所有物区分,进而定性为公用物具有重要的实践功能。主要体现在以下几个方面:

(一)水资源公用物属性的界定有利于水资源与满足行政目的之公用物的区分

水资源之公用物属性使其区别于为满足行政目的之公用物<sup>①</sup>。公用物与公用物的价值目标不同。公用物在于实现公众使用之公共目的,满足公众的一般性需要;公用物则为实现行政目的,满足行政主体从事行政事务之行政性需要。<sup>(34)190</sup>公用物之制度设计应以对行政主体使用公用物之行政行为进行规制为核心;而公用物之制度设计则应立足于公众对公用物使用权之实现及保障。行政机关为履行行政职务得对公用物进行使用,包括对行政机关办公场所、公用车辆等的利用。虽然行政相对人为申请行政许可等事项进入行政机关场所者亦会产生对公用物之利用问题,在特定情况下亦有使用公用物的可能,但“行政相对人没有使用行政财产的当然权利。在一定条件下,所谓的进入权——例如允许公众进入办公楼——产生于与主管公务员接触以便处理特定行政事务的权利,而且是后者的附属权利”。<sup>(8)460</sup>与之不同,水资源之公用物属性不仅意味着任何私人在满足法定条件下均可取得水资源使用权(水权),而且人人得以享有平等用水机会恰是水权设计的制度性前提。

水资源之公用物属性决定了水资源的制度设计应以水权的合理配置及有效保障为核心。实现公众对水资源合理使用既是水资源作为公用物的核心要素,也是构建水资源法律制度的起点及归宿。水资源法律制度涉及到水资源所有权、水资源管理及水资源利用等众多内容,而公用物的属性决定了水资源的制度设计应着重于水权的合理配置,应立足于公众对水资源使用权的合理取得及有效实现。当水资源稀缺性逐渐显现并导致用水人之间冲突频发时,就需要有效规则规范水资源的利用。若水资源仅能被一小群人拥有和使用,而其他不能享有这本应具有的水权,这显然是不公正的。水资源之公用物属性决定了人人享有平等用水机会是设定水资源使用规则必须承认的前提。

(二)水资源公用物属性的界定有利于彰显水资源负载利益的全民性

水资源之公用物属性使其与普通私人物品区分明晰化。物有私人物品和公共物品之分。在私人所有权模式之下,所有权客体一般表现为私人物品,具有支配上的排他性。公用物则在使用和消费上不具有排他性,向一位公民提供水资源生态环境保护并不减少为其他公民提供保护的数。数量。

水资源不同于普通私人物品是由水资源自身所负载的环境、生态及社会价值所决定的。一方面,水资源所具有的价值多重性决定了其不可能为私人独享;另一方面,人人需要享用水资源的现实也决定了不能将其划入竞争性商品的行列。原因在于,“竞争会导致分配从人人享有平等份额发展为一个人拥有财产的99%,而其他人分享余下的1%”。<sup>(35)116</sup>水资源依据其价值多重性及自然状态当然成为公用物,不需要所有权人特别的意思表示。与此相似,水资源公用物属性也仅当其自然状态永久确定性灭失后方消失,而不能以所有权人的意思表示任意为之。例如,由于水利工程或洪水等自然现象改变了河川流向时,新的河川水资源自然成为公用物,而废川腹地就自然丧失了作为公用物的属性。

水资源之公用物属性可充分体现水资源负载利益之全民性。公用物是提供给一般公众使用的物件。<sup>(34)191</sup>水资源自身所具有的多重价值决定了其不应当成为任何个人的私有财产,而应为每个人享用其价值。1976年国际水法协会(IAWL)在“关于水法和水行政第二次国际会议”上明确提倡“一切水都要

<sup>①</sup> 将公物细分为公用物与公用物有利于为不同性质的公共物品设计不同的制度规则,并生发不同的制度体系。

公有,为全社会所有,为公共使用,或直接归国家管理,并在水法中加以明确”。<sup>(36)25</sup>水资源所具有的公共物品属性,一方面决定了任何国家机关、企事业单位、组织以及个人均不能成为水资源的所有权人,另一方面意味着任何个体均可依法取得水资源使用权,充分体现水资源之上负载利益的全民性。

(三) 水资源公共用物属性的界定是证成民法上水资源国家所有权的理论基础

水资源之公共用物属性决定了水资源不能归属于私人所有,而只能归于代表全体人民意志的国家所有,体现为水资源国家所有权。作为公共用物之水资源所负载利益的全民性必须经由一定的权利制度设计来实现。水资源全民所有并非严格意义上的法律概念,需要过渡到宪法上所有权以获得法律保护。在宪法层面上,国家系为每个国民而存在,而不是相反。水资源的公共用物属性及国家代表利益的全民性决定了在宪法上只能采取水资源国家所有权形式。由于宪法上水资源国家所有权范畴内的国家乃就主权意义而言,面临无法具体行使民法上水资源所有权的窘境,具体个体也无法获得水资源的使用权,因而宪法上水资源国家所有权需要进一步转化为民法上水资源国家所有权才能使水资源作为民法上所有权的客体,也方能为个体所取得之水权提供母权基础,进而保证水资源合理使用目标的实现<sup>①</sup>。

民法上水资源国家所有权有利于体现水资源负载利益的全民性,进而彰显水资源的公共用物属性。私人往往为追求短期、直接的经济利益而忽略长远、整体的社会价值,无法彰显水资源的公共用物属性。如裴丽萍教授所言,“水环境、娱乐、景观等公共物品属性与水资源私人所有权的独占性及排他性水火难容。故此,将水资源整体交由私人所有和支配,既不必要也不可行”。<sup>(37)110</sup>同时,民法上水资源国家所有权也符合经济学对公共物品的效率性的要求。经济学认为,效率因素在区分私人产品与公共产品上具有决定性的作用。换句话说,“效率要求具有竞争性和排他性的产品由个人或较小的群体所有;非竞争性和非排他性的产品则属于公共产品,应该由较大的群体,如国家来行使”。<sup>(35)108</sup>

民法上水资源国家所有权能够使普遍的个体得利,从而体现水资源的公共用物属性。民法上水资源国家所有权的主体虽具有唯一性,但能够体现水资源负载利益的全民性。因为只有国家才是全民所有之水资源在宪法上的所有者,进而过渡为民法上的水资源国家所有权。国家对水资源在法律上的权利乃由全民授权而得,而组成全民的则是活生生的社会个

体。水资源的合理开发、高效利用及优化配置始终要以不断提高个体的生活质量、改善人居环境、保证水的饮用安全为中心而展开,而不能无视水资源的公共用物属性及水资源国家所有权创设的初衷。基于此,《物权法》第45条才规定了由国务院代表国家行使所有权,即界定了国务院乃是国家所有权的代表者,而不是所有权人。由此出发,从中央到地方各地行政主管机关,虽然可依法处分包括水资源在内的国有财产,如授予水资源使用许可等,但是国家行政机关实施上述行为所凭借的权源乃是国家所有权的委托(授权)行使,而非国家所有权本身。

(四) 水资源公共用物属性的界定为水权配置前提——平等用水机会的确立提供了可能

水资源之公共用物属性意味着水资源不能为任何私人所有,但得为公众合理使用,在法律上即体现为任何个体却可依法取得水权。巴洛和克拉克即认为“在这个任何事物都可能被私有化的世界上,公民们必须清楚地划出一片禁区,包括对生命而言是神圣不可侵犯的、或对社会和经济的公正性是完全必要的那些事物。人人享有平等的用水权这个命题对生命和公正性都绝对是最重要的事物之一。”<sup>(38)170</sup>越来越多的学者开始接受,对水资源的使用应当属于公共领域,并应为人人得以使用,而不能由少数人特有。<sup>(39)943-944</sup>就如其他法律领域一样,法官一直在试图制定和证成水权取得的应然规则,但这一规则的前提必然是水权乃人人都得享有的一项平等权利。<sup>(40)116</sup>

水资源之公共用物属性决定了经济效益并非设定水权的首要目标。获取最大的经济效益永远属于制定法律规范过程中的一种重要考量因素,但通常情况下对经济效益的追求却并非法律的首要目的。毕竟,“作为法律的首要目的的,恰是秩序、公平和个人自由这三个基本价值”。<sup>(41)2</sup>若单纯从经济效益角度考虑,那么净社会产出是负值的人就应该从社会中被淘汰吗?就不能获得维持其生存所必需的水资源吗?水资源之公共用物意味着水权取得规则的设定标准不可能仅取决于什么样的经济目的更值得追求的效率性判断。单纯的经济效益分析并非配置水权的恰当方法。诚如蒂瑞克所言“虽然经济效益是评价一项水资源工程资金耗费的一种方法,但它并不能支配水资源分配。项目选择和授权中还有一些其他因素,而这些因素不能在经济分析中货币化(如环境质量、

<sup>①</sup> 水资源全民所有至民法上水资源国家所有权的转化路径可参见本文参考文献(44),第105-111页。

地区发展和社会福利)。”<sup>(11)13</sup>

为确立与实现水权配置之前提——平等用水机会,水资源之公共用物属性要求牺牲必要的经济利益。水权取得规则不必运作绝对完美,也可能并非最有效率。乙或许不能比甲更好地利用水资源,但这并不能得出乙不值得取得水权的结论。如果每个人都可以他人不能较自己更好利用水资源为理由而取得水权,最终结果将只有极少数人会取得所需要的水权。因此,有必要牺牲追求经济利益所具有的优先地位,使任何人都能以适当的方式平等地享有取得水权的机会。

#### (五) 水资源公共用物属性的界定有利于合理水权制度的构建

人人均需用水是维持人类自身生存的基础,人人享有平等用水机会是设定水权制度必须承认的前提,也是水资源之公共用物属性的必然要求。就如 *Uright v. Howard* 案的判词一样:人人均有使用河流中流淌之水的平等权利,任何人无权享有高于他人用水的特权。<sup>(40)116</sup> 法律没有任何正当理由能够让一个人忍受饥渴<sup>①</sup>,从而也就不能将作为公共用物的水资源仅赋予拥有较强经济实力之人,毕竟“正义就是给每个人自己的一份”。<sup>(42)22</sup>

水资源之公共用物属性有利于合理水权取得制度的构建。为防止用水争端,必须针对不同的用水目的确立合理的水权取得规则。正如史普博和萨巴奇教授在探讨美国西部干旱地区的水资源供给时所言:“如果干旱地区的水资源供给是有限的,农业利益就会与市政和产业用户为寻求稳定可靠的供给进行直接竞争。结果就是这些地区的重点也逐渐从不断开发水资源转向对现有供给的更好管理。”<sup>(43)6</sup> 水资源之公共用物属性要求基于不同的用水目的确立合理的水权取得位序进而规范配置,而不能将水资源归入私人物品范围,由个人排他使用。从用水目的来看,水为生命之源,家庭生活用水必须保证;生态用水系生存环境所需,应予以重视;水乃生产之本,农业用水事关国计民生,工业用水关乎社会发展,均应合理配置。

为实现水资源作为公共用物之人人得以合理使用的目的,水权取得需遵循相应规则。<sup>(44)112</sup> 当私人的用水需求可预先知晓时,理想的规则是将水资源优先

赋予给对水资源具有最高需求者。当用水需求无法预先知晓或具有相同用水目的情况下,最好的规则是将水资源授予给最先使用者,倘若之后的用水者需要改变用水目的,则可要求其支付给在先使用者补偿费用。为防止在先使用者“敲竹杠”,后使用者支付的补偿费用应相当于因改变用水目的而给在先使用者造成的损失,而非水资源可给后使用者带来的价值。数个具有不同目的的水权并存时,以用水目的,而非申请时间,作为确定水权优先位序的依据。例如,不论两个水权取得的时间是否相同,家庭生活用水一般应处于最优先的位序。

#### 结 语

水资源所具有的环境、生态及社会价值不仅要求其土地资源相分离,成为独立的所有权客体,而且决定了其与私人物品不同,应属于公共物品的范畴。水资源在不同时代及不同国家被纳入共用物、公产、公物、公用物及公共用物等不同的非私人所有物类型。水资源在我国应界定为公共用物的属性,并在此基础上为其选择所适用的法律规则。水资源之公共用物的定性保障了水资源负载利益的全民性,为理顺水资源全民所有至民法上水资源国家所有权的关系、证成民法上水资源国家所有权提供了理论基础,并为在人人平等享有用水机会基础上构建合理的水权制度铺平了道路。把水资源定性为自然界赐予人类均可使用的公共用物,并辅之以“水资源国家所有权——水权”的制度创设,能够使水资源最终回到人们手中而得由私人享用其价值。这并非论证循环,其间蕴含着法律制度的魅力,体现着法律对人的深深关切。理论价值需要实践检验,将作为所有权客体的水资源定性为公共用物必将对确立水资源的归属与使用起到积极的推动作用。

<sup>①</sup> 如卡拉布雷西与伯特比指出的,在分配有限资源时,“每当非市场的分配方法不通过自身,而是由国家强制力保证实施的时候,由其做出的‘一些人得死’的决定就变得特别引人关注”〔美〕盖多·卡拉布雷西、菲利普·伯特比《悲剧性选择》,徐品飞、张玉华、肖逸尔译,北京大学出版社2005年版,第127页。

#### 参 考 文 献

- (1) 王洪亮. 论水权许可的私法效力[J]. 比较法研究, 2011(1): 43-54.
- (2) 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.
- (3) 裴丽萍. 可交易水权研究[M]. 北京: 中国社会科学出版社, 2008.
- (4) 吕忠梅. 物权立法的“绿色”理性选择[J]. 法学, 2004(12): 91-93.

- (5) 王亚华. 水权解释 (M). 上海: 上海三联书店, 上海人民出版社 2005.
- (6) John R. Teerink, Masahiro Nakashima. Water Allocation, Rights and Pricing: Examples from Japan and the United States (M). Washington, D. C.: The World Bank Press, 1993.
- (7) 王洪亮. 论水上权利的基本结构——以公物制度为视角 (J). 清华法学 2009 (4): 105 - 115.
- (8) [德] 汉斯·J·沃尔夫, 奥托·巴霍夫, 罗尔夫·施托贝尔. 行政法(第2卷) (M). 高家伟, 译. 北京: 商务印书馆 2002.
- (9) 梁慧星. 中国民法典草案建议稿附理由·物权编 (M). 北京: 法律出版社 2004.
- (10) 史尚宽. 民法总论 (M). 北京: 中国政法大学出版社 2000.
- (11) John R. Teerink. Water Allocation Methods and Water Rights in the Western States, U. S. A. in John R. Teerink, Masahiro Nakashima. Water Allocation, Rights and Pricing: Examples from Japan and the United States (M). Washington, D. C.: The World Bank Press, 1993.
- (12) [德] 罗伯特·霍恩. 德国商法导论 (M) 楚建, 译. 北京: 中国大百科全书出版社 1996.
- (13) 裴丽萍. 水权制度初论 (J). 中国法学 2001 (2): 90 - 101.
- (14) 韩洪建. 水法学基础 (M). 北京: 中国水利水电出版社 2004.
- (15) [美] 康芒斯. 制度经济学(上册) (M). 于树生, 译. 北京: 商务印书馆 1962.
- (16) [美] 阿兰·兰德尔. 资源经济学 (M). 施以正, 译. 北京: 商务印书馆 1989.
- (17) 王伟中. 中国可持续发展态势分析 (M). 北京: 商务印书馆 1999.
- (18) [日] 大桥洋一. 行政法学的结构性变革 (M). 吕艳滨, 译. 北京: 中国人民大学出版社 2008.
- (19) 《法国水法》[DB/OL]. 水利部政策法规司, 译. (2012 - 12 - 23). <http://shuizheng.chinawater.com.cn/gwsf/gwsf5.htm>.
- (20) Masahiro Nakashima. Water Allocation Methods and Water Rights in Japan. in John R. Teerink, Masahiro Nakashima. Water Allocation, Rights and Pricing: Examples from Japan and the United States (M). Washington, D. C.: The World Bank Press, 1993.
- (21) 崔建远. 物权: 生长与成型 (M). 北京: 中国人民大学出版社 2004.
- (22) F. H. Lawson, Bernard Rudden. The Law of Property (second edition) (M). Oxford: Oxford University Press, 1982.
- (23) 梁慧星, 陈华彬. 物权法(第5版) (M). 北京: 法律出版社 2010.
- (24) 谢在全. 民法物权论(上册) (M). 北京: 中国政法大学出版社 2011.
- (25) Joseph W. Dellapenna. Global Climate Disruption and Water Law Reform (J). Widener Law Review 2009 - 15, p. 416.
- (26) [德] 卡尔·拉伦茨. 德国民法通论(上册) (M). 王晓晔, 邵建东, 程建英, 徐国建, 谢怀栻, 译. 北京: 法律出版社 2003.
- (27) [德] 平特纳. 德国普通行政法 (M). 朱林, 译. 北京: 中国政法大学出版社 1999.
- (28) [日] 盐野宏. 行政法 (M). 杨建顺, 译. 北京: 法律出版社 1999.
- (29) [日] 美浓部达吉. 公法与私法 (M). 黄冯明, 译. 北京: 中国政法大学出版社 2003.
- (30) 国家计委国土局法规处. 北京大学法律系. 外国国土法规选编(第2分册) (M). 北京: 北京大学出版社 1983.
- (31) [意] 桑德罗·斯奇巴尼. 物与物权 (M). 范怀俊, 译. 北京: 中国政法大学出版社 1999.
- (32) [意] 彼德罗·彭梵德. 罗马法教科书 (M). 黄风, 译. 北京: 中国政法大学出版社 2005.
- (33) [荷兰] 格劳修斯. 海洋自由论 (M). 宇川, 译. 上海: 上海三联书店, 华东师范大学出版社 2005.
- (34) [韩] 金东熙. 行政法 II (第9版) (M). 赵峰, 译. 北京: 中国人民大学出版社 2008.
- (35) Robert Cooter, Thomas Ulen. Law and Economics (fifth edition) (M). Addison Wesley Publishing, 2008.
- (36) 黄锡生. 水权制度研究 (M). 北京: 科学出版社 2005.
- (37) 裴丽萍. 论水资源国家所有的必要性 (J). 中国法学 2003 (5): 105 - 113.
- (38) [加] 莫德·巴洛, 托尼·克拉克. 水资源战争——向窃取世界水资源的公司宣战 (M). 张岳, 卢莹, 译. 北京: 当代中国出版社 2008.
- (39) Joseph L. Sax. Rights that 'Inhere in the Title Itself': The Impact of the Lucas Case on Western Water Law (J). Loyola of Los Angeles Law Review 1993 - 26, pp. 943 - 944.
- (40) James Gordley. Foundations of Private Law: Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment (M). Oxford: Oxford University Press, 2006.
- (41) Peter Stein, John Shand. Legal Values in Western Society (M). Edinburgh: Edinburgh University Press, 1974.
- (42) [英] 托马斯·霍布斯. 一位哲学家与英格兰普通法学者的对话 (M). 毛晓秋, 译. 上海: 上海世纪出版集团 2006.
- (43) Nicolas Spulber, Asghar Sabbaghi. Economics of Water Resources: from Regulation to Privatization (M). Kluwer Academic Publishers Press, 1998.
- (44) 彭诚信, 单平基. 水资源国家所有权理论之证成 (J). 清华法学 2010 (6): 98 - 115.

(本文责任编辑 松 明)