

水权理论下《水污染防治法》的重构探析

吴迪*（昆明理工大学 法学院，昆明 650500）

摘要：自1984年制定《水污染防治法》，该法已实施了30年。但诸如淮河水污染案、松花江水污染案等水环境破坏事件仍不断发生，以排污权为基础构建起来的《水污染防治法》似乎已显拙荆见肘之态。法律无法满足水环境保护需求的思考，使得探讨一种全新视角下的水污染防治法已成为当务之急。
关键词：水污染防治法 水权 水权私有

引言

何为水污染？我国《水污染防治法》第60条规定：“水污染是指因某种物质的介入，而导致其化学、物理、生物或者放射性等方面特性的改变，从而影响水的有效利用，危害人体健康或者破坏生态环境，造成水质恶劣的现象。”²⁰世纪50年代起，我国卫生部门就已负责开展水污染防治工作，此时工作的重点仅在于饮用水卫生监督管理方面。70年代，随着经济的发展，工业三废排放日益增多，国务院及其相关部门相继开展防治工业三废污染水源、水系的工作，并且制定了一些规范性的防治水污染的文件。1979年9月，我国《环境保护法（试行）》首次以法律的形式对水污染防治作出了原则性规定。1984年5月，全国人大常委会通过了《水污染防治法》，该法于1996年5月通过修改。2000年3月国务院又制定了一个《水污染防治法实施细则》。¹可见，我国水污染防治工作的开展时日不短。然而，根据近几年环境保护部发布的《中国环境公报》中有关淡水环境的一些数据，我们可以看到水污染的污染源主体，废水，其排放总量呈逐年递增趋势。水污染的三大污染源之一，工业污染源，其中又以工业废水为主，其毒性大、数量多、不易净化及难处理的特点决定了污染治理工作的艰巨。环境保护部政策法规司副司长别涛曾坦言：“南方有水皆污，北方有河皆干。这话虽然有些夸大，却真实地反映了我国水污染的现状。”²在《水污染防治法》已实施近30年的背景下，如此严峻的水污染现状令人惊讶，并且必须反思该部法律实施不力的深层原因。笔者认为，《水污染防治法》实施效果不够理想的原因，在于其以庇古对环境外部性治理研究的理论为基础，而非依据科斯的产权定理。因此，本文试图从产权理论的角度出发，重新梳理水污染防治法应有之义，串联污染法治法的基本制度，弥补现行法律之不足，以期达到最佳水环境保护效果。

一、以庇古理论为基础的《水污染防治法》

（一）庇古对外部性的研究

几乎所有环境问题的产生都源自环境成本的外部性。外部性，是西方经济学中的一个概念，指在经济活动中，由于决策者在自己承担的成本之外，带给他人和社会以额外的成本和负担³。历史上对外部性进行研究并有突破性贡献的当属庇古和科斯。其中，庇古是最早进行外部性治理方案研究的学者，在其代表性著作《福利经济学》中首次提出了对正外部性行为进行补贴，对负外部性行为进行征税或收费。作为福利经济学的创始人，庇古提出用经济学作为“改善人们生活的工具”，“要制止环绕我们的贫困和肮脏、富有家庭有害的奢侈，以及笼罩许多穷苦家庭朝不保夕的命运等等罪恶”，即用经济学作为工具，在“保证不伤害人们主动性”的条件下提高社会福利。庇古的时代，是资本主义经济高速平稳发展的时代，经济理论较完美地解释了当时的经济形势，人们普遍认同自由竞争的市场机制，但巨大的贫富差距和市场失灵的现实，让庇古不得不对政府干预进行研究。对他而言，既然市场无法有效解决这些问题，那么问题的解决就应该付诸于政府。在他眼里，政府是个全能和仁慈的理想化政府，这一政府观对其庇古理论的提出有非常重要的影响。⁴

庇古的外部性研究理论主要建立在新古典经济学的基础之上，主要有四个假设前提，分别

* 作者简介：吴迪，女，昆明理工大学法学院，环境与资源法学专业2012级研究生

¹ 汪劲：《环境法学》，北京大学出版社2011年版，第347、349、350页。

² 别涛先生在接受《第一财经日报》记者采访时如是说。人民网，2012年5月10日，引自 <http://env.people.com.cn/GB/17850855.html>。

³ 王亮：《环境问题产生的根源及其对策——浅论环境外部不经济性》，《江苏企业管理》2002年第8期，第57页。

⁴ 谢枫：《庇古和科斯对环境外部性治理研究的比较分析——以环境污染为例》，《经济论坛》2010年4月，第222页。

是：第一，私人无法解决外部性问题；第二，政府可以获得充分的企业生产信息和社会影响信息；第三，对污染企业的征税或补贴比任何其他方法更有利于实现社会福利最大化；第四，是政府有福利最大化的自我要求。⁵从中我们可以看到，庇古对于依靠市场来解决外部性问题是缺乏信心的，相较于追求个人利润最大化的商人，考虑社会福利的政府显然更可信。这一观点，在 20 世纪 30 年代，世界性的经济危机爆发之时，成为经济学家约翰·梅纳德·凯恩斯反击新古典主义经济学说的基石，从而也发展出了凯恩斯主义——国家干预经济理论。随着后期经济危机的逐渐扭转，政府干预理论深入人心，各国政府开始接受并利用宏观经济理论来调节经济。

（二）庇古理论与水污染防治的基本法律制度

庇古对负外部性征收税费的理论研究，在进入我们的环境法学领域后，分别发展成为环境税收和排污收费两个制度。在排污收费制度方面，我国《水污染防治法》第 15 条规定：“企事业单位向水体排放污染物的，按照国家规定缴纳排污费；超过国家或者地方规定的污染物排放标准的，按照国家规定缴纳超标排污费。”这是一种双收费制。但显然学界已有诸多研究对该制度加以批判，其不合理的关键点在于“缴费排污即合法”的鼓励排污而非抑制排污之姿态。因此，即使双收费制看似严格，但实际上并未到达抑制排污、防治水污染的效果。

庇古理论的核心是政府干预。在环境法领域，就演变成为政府肩负环境保护的主要责任，或者说是较多责任的状况。对环境污染的规制，更大的程度上是由国家制定、政府操作相应的防治制度。综观我国的水污染防治法，水污染的防治管理制度主要有水污染防治规划制度、水环境标准制度、重点污染物排放的总量控制制度、城市污水集中处理措施、生活饮用水地表水源保护区制度、跨行政区域水污染纠纷协商解决制度以及水污染事故的调查处理制度⁶。此外，法律还规定了特别保护区排污口额禁限措施，在防止排放行为污染地表水体和防止地下水开采过程中遭受污染方面，规定了一般性义务规范和禁止性义务规范⁷。在对这些制度的相关含义认真阅读之后，我们可以看到几个高频词汇，如“国家”、“政府”、“行政部门”。无论是防治规划和水环境标准的制定，还是污染物排放总量的核定和排污费用的收取，无论是水源保护区的划定，还是纠纷的协商解决和事故的调查处理，我们的政府或者行政部门始终作为制度运行的重要主体而存在，水污染防治法律制度以政府干预为必然运行条件。这也证明了我国的《水污染防治法》正是以庇古的政府干预理论为基础而构建起来的。

（三）以庇古理论为基础的《水污染防治法》之弊

按照庇古理论，治理环境污染的方法应侧重“事后”，即在排污之后由政府通过对排污企业征税来解决环境污染问题。这种治理方法，实际上依然停留在“先污染，后治理”的思维模式下。显然，“先污染，后治理”并不利于保护环境，其高昂的治理成本和艰难的生态恢复进程，已使人们意识到必须对环境污染“防患于未然”。因此，单一侧重事后的庇古理论，对于环境保护并不能产生最佳能效，而政府干预下伴生的政府失灵，又是庇古理论无法回避的终极问题，更遑论政府失灵恰是环境问题产生的又一成因。政府干预不力或者政策导向的错误，常常会导致环境问题的加剧。并且，该理论的四个假设之二，政府可以获得充分的企业生产信息和社会影响信息，似乎又存在着实际上的完全获得困难。

国内学者在对《水污染防治法》进行研究的过程中，对于其在实践运行中存在的问题进行了剖析，其中，认为法律“在防治水污染方面没有充分发挥市场机制的作用⁸”的观点十分引人注目。绝对地依靠政府，已经不能保障防治水污染的有效实现，甚至可能带来回避现实污染情况而发布污染治理良好的信息假象，这种掩耳盗铃的状态最终导致的必然结果，就是污染的进一步加剧。

二、以水权理论为基础的法律重构

（一）水权理论概述

针对庇古理论下政府失灵这一不可回避的缺陷，科斯在《社会成本问题》一书中提出了产权理论。他认为外部性的解决必须依靠市场，并且解决的关键是权利应赋予给哪一方，即明确产权。产权归属明晰，市场就会自动达到帕累托最优。以产权理论为基础，国外针对污染防治主要采用了一种市场治理的模式，并且已取得良好的污染防治效果。在水污染防治法领域，产权理论衍生出了排

⁵ 谢枫：《庇古和科斯对环境外部性治理研究的比较分析——以环境污染为例》，《经济论坛》2010 年 4 月，第 223 页。

⁶ 汪劲：《环境法学》，北京大学出版社 2011 年版，第 350 页至 359 页。

⁷ 汪劲：《环境法学》，北京大学出版社 2011 年版，第 360 页至 361 页。

⁸ 汪劲：《环境法学》，北京大学出版社 2011 年版，第 363 页。

污权和水权两种权利理论。

何为水权？我国法律没有明确使用“水权”的字样，因此它只是一个法学概念，而非法律概念。目前国内学术界关于水权概念的说法多种多样，根据其内容，可将之分为三类：其一，以裴丽萍、崔建远为代表的“一权说”，认为水权就是单位和个人依照法律法规的规定，对国家所有或集体所有的水资源进行使用、收益的权利。它是从水资源所有权中派生，在法律约束下形成的、受一定条件限制的、对国家所有的水资源的用益物权。其二，部分人认可的“二权说”，认为水权主要是指水资源的所有权和使用权。其三，大多数学者所持的“多权说”。多权说的观点比较庞杂，但总体而言，都认为水权是包括水资源所有权和使用权在内的权利束。这三种学说在不同程度上均存在着一定不足，因此黄锡生先生以水在民法上被承认为物作为基础，重构了水权的概念。他认为，水权是指人类在开发、利用、管理和保护水资源的过程中产生的对水的权利，主要包括水物权和取水权。

在将水区分资源水和产品水的基础上，水物权又可以细分为资源水所有权、资源水他物权、产品水所有权、产品水他物权四类。取水权则是指基于申请取水的行政许可而产生的权利，带有较强的国家干预色彩。⁹

关于水权应当公有还是应当私有，是水权理论的关键问题之一。水权公有，意指水资源为国家所有。此种情形下，对用水者个体而言，水是一种公共物品。水权私有，即将水权看作私权而非公权，因为公民、法人或者其他组织是按照自己的意愿，依法开发利用水资源的，即使行政机关干预和管理水权的取得、行使和保护，但这并不影响水权的私权性质，行政机关对水资源的分配、调整、调度，只是一种行政管理¹⁰。水权分配，是水权理论的另一关键问题。这种分配，包含了以保障基本用水为目的的水权初始分配和以达到水资源最优配置为目的的再分配。前者以国家作为产权所有人，但该所有人并不能像其他产权所有人一样实行完全排他的权利，而是必须进行合理的资源调控和分配；后者以私人作为产权所有人，以市场作为依托，成为了水权交易制度的诞生基础。

正如排污权理论在实践中，诞生了排污权交易制度一样，水权理论也在发展过程中诞生了一系列的水权制度。以水权制度发展的楷模——美国、澳大利亚、智利三国的水权制度为基础，我们可以归纳出水权制度的基本类型，分别是滨岸权制度、优先性占用权制度、水权交易制度、公共水权制度、绝对所有权和合理使用权制度。¹¹我国实行的主要是公共水权法律制度。其中，水权交易制度，是当前学界最为关注的焦点之一，在此不多作论述。

（二）法律重构

以水权理论作为《水污染防治法》重构的新视角，其原因在于同为解决外部性问题的理论，科斯的产权定律弥补了庇古理论中政府失灵的缺陷。在进行法律重构之前，我们首先要确定是以“水权公有”还是以“水权私有”为重构的主要基础。

正如前文所言，水权公有之下的水资源对用水者个体而言，是一种公共物品。倘若以此为主要基础，那么新的外部不经济性又将诞生。当水资源的所有权属于国家时，水资源就具有了公共产权属性，水环境资源的使用权将不具有排他性，排污主体向公共领域的水资源排放污染而不承担成本，于是个人成本小于社会成本，从而导致水污染的继续蔓延。同时，由于水资源的所有权归国家和全民所有，属公共物品，人们对公共物品的关心程度势必会小于对个人私有财产的关心程度，于是水污染的治理问题只有政府居于最高关注地位，一般用水户很少或根本就不关心，单靠政府环保部门来治理严重的普遍的水污染问题，显然力量薄弱。由于不必考虑使用公共物品的成本和风险问题，个人对公共物品必定会竭力使用，此时“公地的悲剧”将再度上演，这与我们重构水污染防治法以达到更好的水环境保护目的相违背，因此，笔者认为，重构《水污染防治法》应以水权私有为基础。

以水权私有为基础，就意味着个人将作为权利的所有者，这也势必带来水污染防治法律制度的系列变革。首先就是破除过去那种以政府或行政部门为污染防治主体的状况，建立水权交易制度，以市场作为制度的运行主体，在资源的优化配置下实现高效利用，使水权私有，水资源不再完全公共，以解决我国目前公共水权制度下已经产生的公地悲剧，从而防治污染。以2000年我国首例水交易案例（东阳—义乌水交易案）为模板，采用合同的方式，确定交易双方在交易前、交易时、交易后的水环境保护责任及污染破坏责任归属，使这两种原本看似虚无缥缈的社会责任落实成为合同责任，必将使得确定责任的承担主体、承担方式更具操作性。为应对个人水权所面临的诸多风险，如行使权利而可能给他人造成污染损害，可以考虑纳入环境责任保险制度，从而将个人沉重的污染

⁹ 黄锡生：《论水权的概念和体系》，《现代法学》2004年8月，第134页至138页。

¹⁰ 张龙：《水权相关法律问题研究》，山东大学2009年硕士学位论文，第2页。

¹¹ 陈封锦：《经济法框架下的水权制度研究》，黑龙江大学2011年硕士学位论文，第28页至第31页。

责任平均分摊给每一个污染风险投保人,以确保在个人无法担责的情况下,污染问题并非无人解决。将水权的内涵做扩大化处理,由水物权、取水权扩展为个人享有的用水安全权、享受优美水环境权等,此时,以环境诉讼为主的的环境侵权救济制度可与之进行制度关联。当如上扩大化理解的水权遭受非法侵害时,启动侵权救济,以国家强制力维护个人权利的同时,强制要求侵权者修复水环境,从而达到减轻污染、保护水环境的目的。

当然,水权私有并非绝对地排斥水权公有。产权定律不可避免存在着市场失灵的缺陷,因此,这就需要一定的政府干预加以辅助。以水权公有为基础的水权初始分配制度之下,国家以取水许可的方式对水资源进行初次分配,控制用水量,从而促进合理用水,在一定程度上属于间接地防治了水污染,保护了水量和水质。

三、水权私有的进一步猜想

关于国家是否可以作为水权主体的问题,有人认为,国家是水资源的所有权人,所有人没有为自己设定定限物权的必要,因此,国家不是也没有必要成为水权的主体¹²。但是笔者认为,在水权私有的前提,可以考虑国家作为一种权利主体。尤其是法理学上也认为“国家在特殊情况下可以作为法律关系的主体¹³”。当国家可以作为水权私有的一种主体、一个个体时,建立区域性的或者国际性的水权市场,将水权作为商品流通,解决全球水危机问题就成为了可能。同时,这也对解决同一河流上下游国家之间河流使用争议的解决提供了一个新方向。此外,如果国家可以作为水权私有主体,当权利受到他国侵害时,是否可以启动侵权救济?当然,这大概需要国际法院权能的某种扩张,或者一个参照国际刑事法庭建立起来的国际环保法庭。即使国际法上,国家是不可诉主体,但何不基于一种生态至上主义的考虑对此种传统进行革新呢?

结 语

对《水污染防治法》实施不力的思考,是促进该法完善进步的前提。研究并充分认识到法律所存在的不足之后,提出完善的可供选择之径,是每一位环境法学人的首要任务。从水权理论的视角,对于我们认识水污染防治法乃至其他各种污染防治法的缺陷,都有助于更深层次的去认识法律、理解法律,探求法律的全新完善途径,而不拘泥于固有之论调,也十分有益于打破个人的思维惯性。或许以水权理论作为重构水污染防治法的基础尚有许多有待论证之处,但是,笔者期望这样的论证能够成为水污染防治法不断完善、发展的小小基石。

参考文献:

- [1] 中华人民共和国环境保护部公报编辑部:《2010年中国环境状况公报》、《2011年中国环境状况公报》、《2012年中国环境状况公报》,中华人民共和国环境保护部网站 <http://jcs.mep.gov.cn/hjzl/zkgb/>。
- [2] 卓泽渊:《法理学》,法律出版社2000年版。
- [3] 裴丽萍:《可交易水权论》,《法学评论》2007年第4期(总第144期)。
- [4] 杨浩宇:《水污染的市场调节机制》,《青年文学家》2011年第18期。
- [5] 刘斌:《论中国水权法律制度的完善》,西北农林科技大学2009年硕士学位论文。
- [6] 李启家、唐忠辉:《论财产权的环境保护功能》,《河南大学学报(哲学社会科学版)》2007年3月,第9卷第1期。
- [7] 刘嘉:《水权概念和体系的探析——基于资源水与产品水的划分视角》,《当代财经》2012年第6期。
- [8] 孙立:《水权探析》,《水利科技》1999年增刊。

The reconstruction of Water pollution prevention law in Water right theory

Abstract: The water pollution prevention law, was adopted by the standing committee of the national people's congress in May 1984, has been implemented for 29 years. However, the water environment destruction events continue to occur. For example, the Huaihe water pollution, the Songhua River water pollution. The water pollution prevention law was built by emission right, it seems to running low. People's cogitation about the law can't fulfill the need of water environment protection, make a new discussion on the prevention and control of water pollution from the perspective of law has become a pressing matter of the moment.

Key words: water pollution prevention law; water right; water rights private

¹² 李昌原:《水权研究》,山东大学2011年硕士学位论文,第8页。

¹³ 卓泽渊:《法理学》,法律出版社2000年版,第157页。