

论美国水权制度及其与公共信托制度的区别与冲突

王灵波

(江西师范大学政法学院,江西 南昌 330022)

摘要:美国的水权制度包括河岸权制度、先占权制度以及许可权制度。公共信托制度主要适用于水资源领域,因此,水权制度与公共信托制度之间既存在紧密的联系,也有较为重大的区别。如果充分适用各自的范围,则两者之间会出现难以避免的冲突。我国水权是指经过主管机关审批许可而取得的特许使用之权。从公共信托理论的角度,我国应对水资源的特许使用之权进行合理的规范和控制。

关键词:公共信托制度;水权制度;区别与冲突;平衡智慧

中图分类号: DF3

文献标识码: A

文章编号: 1672-9617(2016)02-0186-06

美国东西部诸州的自然条件差距非常之大,以西经100度为界,东侧各州降水量大于20英寸,西侧各州降水量小于20英寸。美国水法并非由联邦统一制定,而是由各州自行制定,各州在制定本州水法时,主要考量本州的自然条件,因此,西经100度的东西两侧诸州的水法就会存在很大差异。至今美国的水权制度主要有三类:河岸权制度、先占权制度以及许可权制度。

一、河岸权制度

“*Riparian*”的词根为“*Ripa*”,意指河岸。根据河岸权理论,水权起因于与湖泊或溪流等这样的天然水道相毗邻的土地所有权。河岸土地所有人之土地所有权是一种“自然权利”。如果自然之水流经河岸土地所有人之土地,则河岸土地所有人自然享有利用河道之水的权利。河岸权制度适用

自然流动原则或合理使用规则解决水资源用户之间的冲突。

1. 河岸权制度的基本原则

(1) 自然流动原则。在自然流动原则之下,水道上的河岸所有者,享有溪流以自然形态流经其土地的权利,其他水资源用户不得阻碍、减少或污染溪流。尽管自然流动原则并没有完全地禁止水资源的消费性使用,但是它区分了“自然用水”和“人工用水”。自然用水包括沐浴、饮用、家庭用水,对于自然用水的情形,河岸权人可以水尽其用;人工用水主要包括农业引水灌溉、工业生产制造、水力发电、矿业开采以及大规模畜牧业用水,人工用水对于人类生存而言并非必不可少的,但是可以提高人类的舒适度以及增加经济的繁荣。与自然用水相比,自然流动原则下对人工用水的要求更加严格,河岸权人在人工用水时,不得实质性地妨碍水

收稿日期: 2016-03-08

基金项目: 国家社会科学基金重点项目(15AZD066)

作者简介: 王灵波(1984-),男,江西波阳人,讲师,博士,主要从事自然资源环境行政法学研究。

道的自然流动。

(2) 合理利用原则。根据合理使用原则,每个河岸权人可以为任何有益目的合理使用水资源,河岸权人还应考虑其他河岸权人的需求,并不得过度地妨碍其他河岸权人的合理使用。在合理使用原则之下,水权并不是固定不变的或固定在特定数量之上的,而是可能随着环境变化而有所改变。因此,当其他河岸权人在水道上启动新的使用方式时,原本合理的使用方式可能会变得不合理。某种水资源的使用方式是否为合理使用,美国经过了从抽象标准到具体个案标准的演进。“抽象标准”被认为:“客观上先验地存在一个‘合理用水’的判断标准,这个标准仅仅取决于主体的用水方式和手段,与争议的另一方当事人所受的实际损害无关。”^{[1]46}“抽象标准”在实际案例中难以操作,所以“合理用水的确定有赖于个案具体情况,不当综合州范围内的各种考虑因素为其先验地确定标准。”^{[2]1}

2. 河岸权制度与公共信托制度的区别

河岸权是一个权利束,内容包括“达宾(达河岩或宾岸,下同)、修建码头、垂钓、饮用、航运、家庭用水、工商业用水、水力发电、水轮驱动等对水资源进行利用的权利。”^{[1]30}乍一看,河岸权的内容与传统公共信托在通航性或非通航性水域中所保护的权利内容非常相仿。实际上两者有着本质性的区别。根据河岸权规则,河岸权之达宾、建码、垂钓、航运等内容,是河岸土地所有权人所享有的当然权利,这是河岸土地所有权人的“自然权利”,除河岸土地所有权人之外,任何人不得享有这些权利内容,即便河岸土地所有权人享有这些权利内容,河岸土地所有权人自身也不得将水资源作非毗邻土地之用,譬如河岸土地权人的 A、B 两块土地相邻,而 A 块土地与 C 河流相毗邻,但 B 块土地被 A 块土地所拦腰截断,B 块土地与 C 河流之间相隔 A 块土地,因此河岸土地权人当然地享有引 C 河流之水灌溉 A 块土地之用,但不得引 C 河流之水灌

溉 B 块土地。与此相反,公共信托所保护的是公众的用水权利。譬如,C 河流属于公众的财产,传统公共信托理论认为公众享有在 C 河流上进行通航、垂钓及开展商业的权利,现代公共信托理论进一步拓宽公众在 C 河流上的权利内容,包括休闲、审美、游泳、沐浴等使用方式,因此,除 C 河流的河岸权人享有前述权利内容之外,一般公众都可享有公共信托的权利内容。就达宾权而言,公共信托之达宾权与河岸权之达宾权就有着本质的不同,甚至公共信托之达宾权,一定程度上还存在着对河岸土地所有权人的权利进行限制,譬如在 C 河流毗邻着 B 块土地,为保证公众能尽享 C 河流上的公共信托权利内容,公众享有穿越 B 块土地以达 C 河流的权利,公众在公共信托下所享有的这种达宾权,一定程度上就限制了 B 块土地的权利。

二、先占权制度

先占权制度指“先占用水体并将将其投入有益利用者,享有排斥后来的权利要求者的继续分导和利用该水体的既得权利。”^{[3]74}首先,先占权制度适用的是“时间在先,权利在先”的优先权规则,谁优先占有和使用水资源,谁的权利就优先受到法律的保护。其次,先占权制度遵循的是“勤勉规则”,即“用水即可享有先占水权,不用水则丧失先占水权”(Use It or Lose It)。

1. 先占权制度的基本要件

(1) 有益用水的要件。根据先占权制度,除非有益使用水资源,否则任何使用者不可能获得水权。从理论上而言,有益用水应包括质量和数量两方面的要求。就质量而言,有益用水必须是为法律承认和接受的目的而使用水资源。占用人看来是有益适当的用水,也许并不符合法律之要求。有益用水的质量要求,实际上是用水目的要件的外在量化,用水目的是对用水人主观上的要求,本无法考量界定,通过有益用水的质量要求,将用水目的必

须限于法律承认和接受的目的而使用水资源,这本质上就是对用水人主观目的之客观要求。就用水量而言,用水人只能对符合用水质量要求的特定水量享有先占水权,超过该特定水量,用水人无权享有先占水权,其目的在于促进水资源的利用效率,消除用水人对水资源的浪费。

(2)实际引水的要件。为了构成对水资源的占用,传统规则还要求水用户必须物理上将水从水体上转移出来。物理上实际引水的要件为占用水资源提供了客观证据,也向其他新的水用户进行了公示。同时,这一要件也被认为有效防止了单个水用户垄断整个水流。但是,现代许可制度的出现,使得物理上实际引水的要件逐渐过时。向水资源管理机关提出许可申请的行为就体现了申请占用水资源的意愿,以及向其他水用户进行公示。类似地,水资源管理机关通过许可制度比物理上实际引水要件更加有效地拒绝对水资源占用的过分要求。当然,美国西部仍然有某些州在坚持物理上实际引水要件。

2. 先占权制度与公共信托制度的区别

公共信托所保护的是通航水域或非通航水域上的商业、通航、垂钓、游泳、审美等内径流的用水方式。先占权制度所保护的是消耗性用水等外径流用水方式。先占权制度是在美国大力支持天然产业的历史时期中发展出来的,所以先占权制度主要有利于水资源的消耗性使用方式,这毫无疑问地损害了公共信托所保护的“内径流使用方式”。先占权制度下实际引水的这一要件,甚至有效地阻止了“内径流用水方式”的先占。因为“内径流用水方式”必须将水资源保持原状,导致先占权人无法对水资源进行消费性使用,所以美国法院和州立法机关曾经将“内径流用水方式”视为一种本质上对水资源的浪费。譬如,富勒顿诉州水资源控制委员会一案,为了在枯水期间保护渔业,美国加利福尼亚州的渔猎局申请每年使用马拓河 38400 英亩—英尺水资源。加州政府决定申请人要对水资源进

行物理控制。根据这一要求,加州渔猎局并不需要进行物理上实际引水,因为加州渔猎局通过取得河岸所有权的方式或通过在上游构建蓄水坝的方式,就可以实现对水资源的物理控制。加州政府的裁决,得到美国加州初审法院和上诉法院的赞成和确定。根据上诉法院,先占权制度是由采矿用水的习惯发展而来的,采矿用水需要“占用人必须物理上获得对水资源的控制,而控制之方式就是将水资源引出水道,转移自其矿场进行使用。”^{[4]524}法院认为,加州获得水权的法定程序也体现了这一原则。

三、许可水权制度

1. 许可水权的种类

(1)河岸许可权制度。相比于传统河岸权制度,实行河岸许可制度后,只有取得州水资源管理机关的许可,用水人始得占用水资源。在签发许可证之前通过一系列的行政程序,水资源管理机关即已对潜在的争议以及重大的影响进行了听证和评估,一定程度上排除了潜在的用水纠纷。此外,后续申请用水许可证的用户必须证明其申请的用水不会妨碍现有的水用户。而且,水资源使用许可证并不是永久有效的,它们一般在限定的期限后就会失效。

这种在法律上实行许可证制度,比单纯地实行河岸权制度,更能强有力地保护生态用水。在法定水资源分配制度中,政府做出水资源使用的决定,不再单纯地依靠用水的经济影响。相反,是由行政机关对水用户进行管理,这些行政机关在做出水资源分配的决定时,有权并且必须考虑公共利益。有些州明显地开始实行体现环保和休闲价值的综合性水资源计划。水权人必须定期重新申请水资源使用许可证,行政机关可以根据需求及环境的变更重新分配水资源。

(2)占用许可权制度。历史上,与河岸权制度

相比,美国占用水权制度很少承认和关注内径流的生态用水。但是,有些西部州已经改变了传统的水资源分配制度,开始保护内径流生态用水。这些州已经承认了生态用水的占用许可权制度。在适用“公共利益”标准考虑占用许可证申请时,这些州也承认了生态用水的价值。譬如,在某些西部州中,州的行政机关开始用生态用水占用权制度来保护自然环境。在流动的溪流之中,生态用水占用许可权制度作为保护环境价值的手段,非常有用,占用权人可以抵制与其相违的后续用水许可。

但是有些州也质疑生态用水占用权制度的有效性。质疑者认为,生态用水占用许可权制度违反了宪法规定,因为这一制度“试图垄断州内未被占用的水资源或侵害已经被他人占用的水资源。”^{[5]927}爱达荷州最高法院不同意这种观点,它认为已被占用的水资源同样可以由下游用户占有使用,法院同时也反对该制度违反宪法的观点,认为爱达荷州宪法并没有要求占用水资源必须物理上将水资源转移。

3. 许可水权制度与公共信托制度的冲突平衡

自从淘金热开始,水权制度就已经占据了加州水法的主导地位,而公共信托也早已经成为水资源的保护盾。自从加州最高法院第一次承认公共信托保护环境和休闲价值以来,这两个制度之间就一直存在冲突碰撞。在莫诺湖案中,加州最高法院面临的是州内水资源使用和分配中两项完全竞争性的制度。解决这项争议,法院有三种选择。第一,法院接受洛杉矶水电部的观点,公共信托制度包含于加州调整水权的法律之中;第二,法院站在原告全美奥杜邦协会的立场上,接受公共信托制度独立于加州水权制度并且公共信托制度具有优先性的观点;第三,法院可以整合公共信托制度和先占许可水权制度之间的教义和价值。加州最高法院明智地选择了第三条路径。法院的判决同时包含了公共信托价值且保存了水权制度的完整性。

整合公共信托和加州水法的关键,在于州政府

具有持续监管占用水资源的責任。在管理水资源中,州政府有义务考虑或重新考虑使用内陆水资源的保护。在莫诺湖判决之前,加州政府解释它的責任受公共信托限制,这一点已经在水法中规定,加州政府认为在适用水法时对休闲和生态适用进行单独评价,足以符合公共信托制度的要求。但是法院并不同意这种观点,认为水法并没有为公共信托制度提供充足的保护,1955年之前,水法并没有在水权制度中为公共信托制度提供保护,因此,只有公共信托制度本身才能提供充足额外的保护,公共信托制度必须被融入加州水权制度之中。

根据先例,法院认为即使在许可权已被授予之后,公共信托制度也必须对水权制度进行监管。政府对信托财产的持续监管责任,要求政府“只要切实可行”都应考量公共信托制度。这就要求政府定期重新考虑水资源分配决定。但是“只要切实可行”是一个模糊的概念,不能给加州水资源委员会遵循莫诺湖判决提供明确的指导方向。然而,重新考虑的要求,表明加州最高法院已经意识到水资源需求和使用随着州的发展和内水资源价值的变化而变化,这就要求对水权的许可决定实时重新考虑。

四、启示:我国水资源特许使用的规范与控制—从公共信托的角度

1. 我国水权(水资源特许使用权)的含义

所有基于水资源使用类型所形成的权利都称为水资源的使用权,简称水使用权。一般使用与许可使用,法律事实上是允许人人皆可对特定水资源使用和收益。既然人人皆可享有,则在这种使用关系中,使用人取得的法律地位具有平等性,故有平等权构成说赋予其权利性质,也具有自由性,故有自由权构成说构架其权利性质。泛泛而谈自由权或平等权,与反射利益并无太多的实质上的区别。依使用人对特定水资源的依赖程度来判定其是否

具有权利的性质,不具有可操作性。因此,笔者认为借鉴公共信托制度之要求,赋予公众在水资源一般使用和许可使用上享有衡平法所有权,始为恰当。

在特许使用中,使用人获得了一种继续且排他的开发利用特定水资源的法律权利,即水权,也称水资源的特许使用权,这是用水人从水资源主管机关中经过特许获得的公法上的特别使用权。水权属于特许权的一种。水资源使用类型的权利体系见下图。

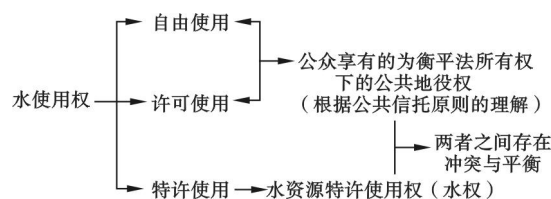


图1 水资源使用类型的权利体系

2. 水资源特许使用的规范与控制

水资源在美国普通法上的所有权属于政府,衡平法上的所有权属于人民,政府受其人民之信托而管理水资源。所以,水资源作为公共信托财产,承载了人民的信托利益。人民对域内所有可通航性水域或非通航性水域,享有通航、商业、渔业、赏美、游猎等权利。公众对可通航水域或非通航性水域上水资源的使用,是一种内径流的使用方式,即将清洁的水资源保有在水域之中的使用方式,公众的这种内径流使用方式是无偿的。为了经济发展,政府必须对由人民信托所有的水资源进行外径流的消耗性用水,抽取湖泊溪流等水域的水资源,用于家庭生活、农业灌溉、工业发展等等。因此,外径流用水必不可少、内径流用水至关重要,外径流用水过大,必定损害内径流用水,甚而会影响整个水域的生态环境;反之,为维持内径流用水,极大限制外径流用水,又会对人们的生存发展产生不利影响。因此,平衡两者之间的关系,是政府的法定当然责任。我国实行的是水资源特许使用的许可制度,被许可人经政府特许之后,获得的是水资源特许使用

权,从公共信托与水权制度的区别及冲突平衡之中,我国的这种水资源特许使用权本质上也因受到一定程度的规范和控制,兹有以下几点启示:

第一,在我国水资源特许使用的许可制度中,获得许可的水权人既可能追求的个人利益,也可能追求的是公共利益,这种利益极易会与水资源一般使用和许可使用中公众的利益无可避免地产生冲突。根据公共信托制度,政府在签发许可权证之前,就以公共信托考量水用户的用水行为可能对水域内径流用水的影响。即便在签发许可权证时已考量了公共信托,但事后这些许可权证的用水行为对内径流用水产生负面影响的,政府仍然可以重新以公共信托考量许可权证的签发。如果许可水权对内径流用水并无影响的,则水权人可以继续用水,如果许可水权严重损害了内径流用水的,则政府可以撤销水权许可。因此,政府承担着双重职责,一方面要保障域内人民基于公共信托而享有对水资源的内径流用水需求,一方面要保障域内人民经济发展和人口增长的外径流用水需求。在这两者之间,政府必须寻求到最佳的平衡。

第二,水资源特许使用的许可,实际上与法国行政法上的公用公产特别独占使用许可具有类似性,都是行政机关允许特定行政相对人对水资源进行独占排他性的使用,这种特许使用应不能与一般使用的目的相抵触,即不能违反公共信托的信托目的。根据美国公共信托制度的要求,政府的特许行为如果有悖信托之宗旨,政府自行或法院可以撤销之或废止之,水权人因此类撤销或废止行为而遭受的损失,没有征收补偿请求权。在我国,依照《行政许可法》第八条的规定,行政机关不得擅自改变已经生效的行政许可,如因特殊理由确需改变的,应当对相对人遭受的损失进行相应补偿。一旦水资源特许使用中适用该款的规定,自然也应对水权人的损失作出补偿,这不符合前述公共信托制度之基本精神。

第三,水资源特许使用的许可,不适宜用招标、

拍卖的方式做出。根据我国《行政许可法》第五十二条之规定,对有限自然资源开发利用、公共资源配置以及直接关系公共利益的特定行业的市场准入等,需要赋予特定权利的事项,除法律、行政法规另有规定的外,行政机关应当通过招标、拍卖等公平竞争的方式做出决定。根据公共信托制度,使用人因水资源特许使用的许可而取得之水权,是一种非既得的权利,属于一种非稳定的权利,如果水权违反了公共信托的信托目的,有可能遭到主管机关的撤销,因此,通过招标、拍卖方式而取得之水权,遭受政府的撤销而不予补偿的话,则会使政府成为不守信用的政府。

第四,应当允许法院以公共信托理论审查水资源特许使用的许可行为。使用公共信托理论保护生态用水是一项非常具有吸引力的策略。公共信托的概念反映的普遍感觉就是水资源非常重要以至于水资源不能完全脱离公众的控制。公共信托制度的主要特征为二:首先,公共信托并非僵化固定的,它具有开放性和灵活性,可以在时代变迁中迅速调整,满足生态环境保护的多样性需求;其次,

它将水资源上的所有权一分为二,政府只是普通法上的所有权人,公众享有衡平法上的所有权,当政府怠于履行其职责,公众可以其所有权人的身份,向法院提起诉讼,法院应以公共信托作为规制政府行为的武器。法院的审查极有可能逆转政府作出的决定。因此,我国也应允许法院审查水资源特许使用的许可行为,以公共信托理论作为司法审查的标准。

参考文献

- [1] 王小军. 美国水权制度研究[M]. 北京:中国社会科学出版社,2011.
- [2] Brian E. Gray. The Property Right in Water[J]. Hastings W. - N. W. J. Environment Law and Policy, 2002, 9:1.
- [3] 王 曦. 美国环境法概论[M]. 武汉:武汉大学出版社,1992.
- [4] Anthony B. Manzanetti. The Fifth Amendment as a Limitation on the Public Trust Doctrine in Water law[J]. Pacific Law Journal, 1984, 15:1293.
- [5] Robin Kundis Craig. Adapting to Climate Change: the Potential Role of State Common-Law Public Trust Doctrines[J]. Vermont Law Review, 2010, 34:781.

On the Difference and Confliction of the Water Rights System and the Public Trust Doctrine of the United States

WANG Ling-bo

(College of Political Science and Law of Jiangxi Normal University, Nanchang Jiangxi 330022, China)

Abstract: The water rights system of the United States include the riparian rights system, preemption system and approval system. The public trust doctrine is mainly suitable for water resources. There are not only close links, but also a significant difference between the water rights system and the public trust doctrine. If applied to the full extent of their scope, would occupy the field of allocation of stream waters to the exclusion of any competing system of legal thought. The water right of our country is the right of the concession which is obtained through the examination and approval of the competent authorith. According to the public trust doctrine, it is necessary to carry on the reasonable standard and the control for the right to use water resources in our country.

Key words: the public trust doctrine; the water rights system; difference and confliction; balance wisdom

(责任编辑 伊人凤 校对 祁 刚)