

取水权优先效力规则研究

张 舒

摘 要: 取水权要成长为独立而稳定的物权, 对于清晰的优先效力规则存在制度需求。优先效力规则的建立和完善一直是传统水权制度发展的核心, 河岸原则和先占原则最显著的变化之一就在于同时考虑权利成立时间和用水目的因素而确定权利优先效力。按照时间顺序确定取水权的优先顺序, 与传统物权效力规则相一致, 体现取水权的私权属性; 按照用水目的区分取水权的优先级别, 则更多地体现公权力对水资源的价值预判和倾斜性配置。取水权优先效力规则集中体现了取水权的物权属性和对其公权干预之间的矛盾与平衡。我国需要综合考虑权利成立时间和用水目的因素, 建立稳定的取水权优先效力规则。

关键词: 取水权; 河岸原则; 先占原则; 生态环境水权

中图分类号: D922.660.1 **文献标识码:** A **文章编号:** 1671-0169(2021)03-0076-14

DOI:10.16493/j.cnki.42-1627/c.2021.03.007

一、引 言

我国超过三分之一的土地面临着高或极高的水资源压力^[1]。联合国政府间气候变化专门委员会第五次评估报告认为, 全球气候变化已是不争的事实, 将增加水资源短缺的风险^[2]。如何规范水资源的合理利用, 是立法和司法实践必须解决的问题。我国目前的改革方向在于建立健全水权制度, 积极培育水市场, 鼓励开展水权交易^①。要发挥市场在自然资源配置中的决定性作用, 就必须明确界定非所有者开发利用自然资源的权利^[3]。取水权的优先效力是其作为物权的重要属性之一, 决定了取水权在缺水时期的实现程度, 是衡量其价值的关键因素。取水权优先效力规则的合理设计, 是建立健全水权制度的重要环节。我国现行立法中对取水权优先效力的规定过于简单, 司法实践中也未能形成统一规则, 对此需要进一步研究。

二、我国取水权优先效力规则的现状

《民法典》物权编第329条明确了取水权的用益物权属性。优先效力是实现物权价值的关键因

基金项目: 中国人民大学新教师启动金项目“气候变化对法律的挑战与回应研究”(2017030103)

作者简介: 张舒, 中国人民大学法学院博士研究生, zs2018100816@ruc.edu.cn (北京 100872)

① 2012年发布的《国务院关于实行最严格水资源管理制度的意见》中提出, “建立健全水权制度, 积极培育水市场, 鼓励开展水权交易, 运用市场机制合理配置水资源”。2015年发布的《生态文明体制改革总体方案》中提出, “探索建立水权制度, ……分清水资源所有权、使用权及使用量”。2016年发布的《国务院关于全民所有自然资源资产有偿使用制度改革的指导意见》中提出, “鼓励通过依法规范设立的水权交易平台开展水权交易, 区域水权交易或者交易量较大的取水权交易应通过水权交易平台公开公平公正进行, 充分发挥市场在水资源配置中的作用”。2019年4月发布的《关于统筹推进自然资源资产产权制度改革的指导意见》中提出, “健全水资源资产产权制度”。

素^①。其实质在于，当同一物上存在两个以上相互兼容的权利，数个权利的行使发生冲突时，法律赋予其中一个权利以优先保护的效力^{[4](P28-29)}。对于取水权而言，确定可取水量、取水地点、取水时间等因素并不足以使权利全然明确。因为流动的水资源不同于其他自然资源，不同主体能够通过各自的方式同时用水，数个取水权之间能够相互兼容。但由于年度自然来水量的不确定性，同一水域的任何新设或既存权利都可能对取水权人产生影响。尤其是在年度来水量未达到预计来水量的情况下，取水权人之间的用水冲突十分常见。当数个取水权都指向某特定水域，哪个权利人的意思能够排斥其他权利人而优先发挥作用，就体现了取水权的优先效力。但目前我国立法中对取水权优先效力的规定过于简单，不足以解决实践中的纠纷。

（一）取水权优先效力规则的立法现状

我国现行法律法规中并不存在清晰的取水权优先效力规则。从《民法典》物权编、《水法》《取水许可和水资源费征收管理条例》（以下简称《取水条例》）中的相关规定来看，立法中实际上存在三种确立取水权优先效力的不同思路。

第一，依照权利成立时间确定取水权之间的优先顺序。一般而言，物权相互之间的优先效力是以物权成立时间的先后顺序确定的，这在本质上是成立在先的物权具有支配性的体现^[5]。《民法典》物权编并未针对取水权的优先效力作出特殊规定。《水法》第28条规定：“任何单位和个人引水、截（蓄）水、排水，不得损害公共利益和他人的合法权益。”此处“他人的合法权益”显然包括既存的取水权，体现出对在先权利的保护。

第二，根据用水目的确定取水权之间的优先顺序。《水法》第4条将“协调好生活、生产经营和生态环境用水”作为开发利用水资源的原则，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，并兼顾农业、工业、生态环境用水以及航运等需要”。有学者据此认为我国确立了“生活用水、生产用水、生态用水”的取水权配置位序^{[6](P103)}。《取水条例》第5条进一步规定：“省、自治区、直辖市人民政府可以在同一流域或者区域内，根据实际情况对各项用水规定具体的先后顺序。”然而在实践中，各地并未制定具体的细化规定。例如，《上海市取水许可和水资源费征收管理实施办法》就直接照搬了《取水条例》中的条文，规定“实施取水许可应当首先满足城乡居民生活用水，并兼顾农业、工业、生态与环境用水以及航运等需要”，其余地方立法亦本同末异。

第三，不明确区分取水权之间的优先顺序。对于相邻用水关系，《民法典》第290条第2款规定：“对自然流水的利用，应当在不动产的相邻权利人之间合理分配。对自然流水的排放，应当尊重自然流向。”这一规定体现出不动产相邻权利人所具有的取水权均处于平等地位，需要合理分配自然流水，并未考虑权利成立时间或用水目的等方面的差异。

从物权效力的角度理解上述规定，可以看出取水权优先效力的影响因素涉及权利成立时间、用水目的和地理位置等多个方面，而现行立法并未对上述不同因素之间的关系作出进一步协调。首先，对于相邻用水，是承认取水权之间的平等地位，还是根据权利成立时间或用水目的进一步区分优先位序，并不存在明确结论；其次，对于权利成立时间和用水目的，何者是影响取水权优先效力的决定性因素，法律也并未作出明确规定；再次，对于不同用水目的之间的优先位序，《水法》仅规定居民生活用水处于最优先的地位，而其他用水之间的关系和位序并不明朗。因此，当取水权冲突发生时，只能由行政机关或司法机关在“合理分配自然流水”、“首先满足居民生活用水，并兼顾其他用水需要”以及“不得损害公共利益和他人的合法权益”等不同原则性规定的指引下，对数个

^① 通说认为，物权的优先效力既包括对外的优先性，也包括物权之间的优先性。本文要讨论的取水权优先效力指的是数个取水权之间的优先效力。

取水权之间的优先顺位作出个案判断。

(二) 取水权优先效力判断的司法困境

在取水权纠纷、排除妨害纠纷、财产损害赔偿纠纷等民事案件中,都存在由司法机关通过裁判对取水权的优先效力作出判断的情况。而现行法律法规对于取水权优先效力的规定分散、模糊且原则化,无法为司法裁判提供充分的依据和指导,不足以解决普遍出现的取水权冲突问题。

整体上看,法院倾向于避免对取水权的优先效力作出实质性裁判。法院在裁判中往往鼓励争端双方“共同取水,无先后顺序之分”,暗示取水权之间具有广泛的平等性。有的判决甚至提出,“水资源的利用关乎每位公民的生存和生活,不应区分先后顺序”^①。具体而言,既存的司法裁判之间存在矛盾之处。首先,关于时间因素对取水权优先效力的影响,司法裁判见仁见智。在一些判决中,法院依据时间顺序确定取水权实现的优先顺序,提出应当“尊重历史形成的取水权”^②。例如,在一起侵权责任纠纷中,法院认为成立在先的矿业公司无义务保障后设立之水电站的用水量,矿业公司的取水权应当优先得到满足^③。有的判决则将时间因素弃之度外。例如,在一起排除妨害纠纷中,原被告先后取得了用于水力发电的取水权,双方为取水多次发生纠纷,法院认为原被告双方均系合法取水,但并未对权利优先顺序作出裁判,而是告知当事人申请重新核定各自的取水权^④。其次,关于用水目的因素对取水权优先效力的影响,司法实践也未形成统一结论。目前,裁判的共识在于认可村民及村民小组的家庭生活用水具有优先性。例如,在同一村民小组成员的农业灌溉用水与人畜饮水发生冲突时,法院认为人畜饮水需要得到优先实现^⑤。而在此之外对用水目的的考量则为司法实践所忽视。在现实生活中,不同用水方式之间的冲突屡见不鲜,例如采矿用水与灌溉用水^⑥、水力发电用水与生产经营用水^⑦、洗车等经营活动用水与工业生产用水^⑧、农业生产用水与生态工程用水^⑨之间的冲突等。在相关案例中,常见裁判结果是协调争端双方的用水时间或判决“证据不足,驳回起诉”,并未对这一问题作出实质性回答。再次,在一些判决中,法院倾向于将保障水流自然状态视为维持用水秩序的关键,而疏于考虑权利成立时间或用水目的等因素。例如,在一起相邻用水纠纷中,法院依据“尊重水流自然流向”作出裁判,认为不应通过挖渠引水等改变水流自然流向的方式用水^⑩;在另一起取水权纠纷中,法院认为应当“依山水自上而下,上满下流的自然引用方法来用水”^⑪,同样强调尊重水资源的自然流向。

综上,从上述法律规定和司法裁判可以看出,原则化的规定无法应对实践中的需要,并且可能导致判决结果的矛盾。为解决立法和司法实践中的问题,需要建立更加明确且具有可操作性的取水权优先效力规则。

三、传统水权原则的演变及经验

水资源的利用和分配是各国立法都无法回避的重要内容。我国古代习惯法和成文法中虽未明确

① 参见广西壮族自治区桂林市中级人民法院(2014)桂市民一终字第640号民事判决书。

② 参见云南省红河哈尼族彝族自治州中级人民法院(2017)云25民终755号民事判决书。

③ 参见湖南省郴州市中级人民法院(2018)湘10民再66号民事判决书。

④ 参见湖南省永州市中级人民法院(2020)湘11民终1962号民事判决书。

⑤ 参见重庆市第二中级人民法院(2017)渝02民终2518号民事判决书。

⑥ 参见浙江省遂昌县人民法院(2018)浙1123民初1055号民事裁定书。

⑦ 参见湖北省十堰市中级人民法院(2019)鄂03民终694号民事判决书。

⑧ 参见贵州省贵阳市中级人民法院(2016)黔01民终5712号民事判决书。

⑨ 参见甘肃省敦煌市人民法院(2015)敦民初字第1079号民事判决书。

⑩ 参见最高人民法院(2015)民提字第144号民事判决书。

⑪ 参见云南省红河哈尼族彝族自治州中级人民法院(2016)云25民终1075号民事判决书。

规定水权或取水权，但普遍存在对取用水次序的规定^{[7](P4-5)}。在国外关于水资源的法律制度中，“Water Rights”即包含了取水权的含义。传统水权原则主要有两种，即河岸原则（Riparianism）和先占原则（Prior Appropriation）。通常认为，河岸原则诞生于水资源丰富的英国，成立于同一流域的河岸水权具有广泛的平等性；而先占原则起源于美国加利福尼亚州的早期矿业习俗，数个权利遵循“时间在先，权利优先”的优先顺序。实际上，这两项原则一直处于不断发展变化之中。考察传统水权原则之下的取水权优先效力规则及其演变趋势，可以为我国建立相应规则提供一定启发。

（一）河岸原则下的取水权优先效力规则

河岸水权意味着河岸土地的所有权人或使用人有权利用河道内的水^{[8](P401)}。早期河岸原则的核心要素在于权利的平等性。数个河岸水权之间是相互关联的，如果没有充足的水满足所有河岸水权人的需要，所有的用水者必须根据其权利比例减少用水量，有时候则根据土地数量减少用水量^{[9](P4)}。例如，在 City of Canton v. Shock 案中，法院认为上诉人市政公司和被上诉人下游工厂的取水权是平等的，如果河流内没有足够的水以供应所有河岸水权人的生产需要，相关的用水者需要共同分担水量不足导致的损失^①。在河岸原则发展过程中，最重要的变化在于合理利用理论和综合许可制度的产生和演变。

1. 合理利用理论（The Reasonable Use Theory）。随着工业革命以来用水需求上升，河岸水权之间的绝对平等很快就发展为一种有限的平等。首先，各个河岸水权之间并非完全不存在优先级别之分。通常，家庭生活用水居于最优先地位。其次，合理利用理论逐渐成为判断哪一项河岸水权能够优先实现的标准。1955 年的 Harris v. Brooks 案被认为是河岸水权原则现代运用的体现^[10]。在这一案件中，法院认为一个河岸水权人的行为即便对其他权利人具有严重损害，但如果其社会价值大于损害的严重程度，那么就可以被认为是合理的^②。也就是说，只要用水方式可以创造更大的社会价值，就构成合理利用，而其他权利人必须接受这一用水所带来的损害。这实际上意味着社会价值较高的取水权取得更优先的地位。

第二次冲突法重述详细总结了“合理利用”的判断标准，包括“用水目的；用水方式是否适合该水道或湖泊；使用的经济价值；使用的社会价值；造成损害的程度；其他权利人改变用水方式以避免损害的可行性；调整每个权利人用水方式的可行性；对用水、土地、投资和企业现有价值的保护；由造成损害的权利人承担损失的公平性”^③。很多情况下，原告和被告的用水行为都是基于有益目的并具有经济价值，而且通过增进用水效率、减少浪费等方式根本无法避免严重损害的发生。此时法院依然需要衡量原告和被告用水行为的价值和效用，并将具有更大社会价值的用水认定为合理利用^④。同时，第二次冲突法重述将“保护水的使用、土地、投资 and 企业的现有价值”作为判断合理利用时要考虑的关键因素之一，这实际上意味着侧重于对成立在先的权利进行保护^[11]。简而言之，合理利用理论的核心在于对不同用水的社会经济价值进行权衡，并由价值更高的河岸水权获得实质上的优先性^[10]。合理使用理论赋予法院决定用水优先顺序的巨大自由裁量权^[12]。用水行为的社会价值具有模糊性和不确定性，且需要与其他用水行为的比较加以确定，这也就意味着河岸水权之间的优先顺序具有模糊性和不可预测性。很多法院和学者们都认为这严重阻碍了私人对水资源的开发投资^[10]。

2. 综合许可制度。随着缺水问题愈发严峻，美国东部各州都颁布了一些管理法规来处理水资

① City of Canton v. Shock, 66 Ohio St. 19 (1902)。

② Harris v. Brooks, 225 Ark. 436 (1955)。

③ Restatement (Second) of Torts § 850A (1979)。

④ Restatement (Second) of Torts § 850A cmt. a (1979)。

源问题。河岸水权从纯粹的财产权演变为行政管制下的财产权,权利之间的优先效力规则也随之出现变化。自20世纪50年代以来,美国堪萨斯城以东约有一半的州开始针对取水权实施行政许可制度^[10]。有学者将其称为“综合许可制度”^[13],也有学者称其为“受管制的河岸水权制度”^[10]。在综合许可制度下,取水权不再单独来源于对河岸土地的所有权或使用权,而必须经过行政许可才能成立。但获得许可的时间在先并不导致权利优先^[14]。水资源管理机构对取水行为的监管程度大大加强。面对水资源短缺危机,管理机构通常有权限制已经取得许可证的权利人的用水。

在综合许可制度下,管理机构拥有限制取水权的广泛权力,构成对财产权的严重威胁。为解决这一问题,一些州对于取水权优先顺序进行详细规定。例如,爱荷华州建立了最为全面和严格的取水许可制度。根据爱荷华州立法,任何基于非家庭生活需求而从地表水或地下水中转移、存储或提取水的人都必须获得自然资源部的许可^①。在许可证颁发之后,管理机构仍有权在特殊情况下限制被许可人的取水权^②。限制的次序如下:首先受到限制的是跨州调水,其余依次为娱乐用水和景观用水;灌溉用水;工业生产用水;向公众供电的发电用水;畜牧业用水;农村或城市供水系统向公众提供的生活和卫生用水;最后受到限制的是个人生活和卫生用水^③。阿肯色州同样存在较为明确的取水权优先顺序,该州立法规定,在缺水时期,如果水流量不足以满足所有取水权需求,阿肯色州自然资源管理委员会有权限制和分配用水。首先,家庭用水、市政用水和联邦水权属于不参与分配的保留水权,即具有最高的优先效力;其次,其余水量的分配顺序依次为农业用水、工业用水、维持最小径流量用水、水力发电用水、娱乐用水及其他有益用水^④。在此规定之下,综合许可证制度允许政府事先确定某一特定用途的重要程度,不再依赖法院对各种用途的合理性进行个案衡量,从而在一定程度上提升河岸水权的确定性^[15]。

(二) 先占原则下的取水权优先效力规则

先占原则起源于加利福尼亚州早期的矿业习俗,之后得到法院的认可与适用,并逐步扩展至西部各州。1855年的 *Irwin v. Phillips* 案正式确立了先占原则^⑤。在采矿过程中,先到先得被认为是分配稀缺资源时最简单、高效且公平的规则,因此被矿工们广泛应用于实践。为了将法律与社会需要结合起来,法院认为,对矿区的占有权和取水权的权利来源相同,其优先顺序取决于设立时间先后^[8]。先占原则以权利成立时间作为判断权利优先顺序的核心,但也逐渐发展出一些例外规定。

1. 时先权先规则。“时间在先,效力优先”被视为先占原则的中心信条^[11]。“先占优先”宛若一个奖励先行者的排队机制:在缺水时期,在先权利人(Senior User)依然能够按其需要取水,而在后权利人(Junior User)不得不减少或停止取水。先占优先的简单规则是一项明确且公平的稀缺水资源分配规则。在先权利人能够对自己的可用水量怀有合理预期,进而有动力和信心对用水设施进行长期投资。时先权先规则在很长时间内具有无可撼动的地位。1893年的 *Nichols v. McIntosh* 案判决中写道:“通常情况下,一项先占水权的主要价值就在于其优先于同一河流上的其他先占水权,剥夺权利的优先性就是剥夺权利中最宝贵的部分。”^⑥

在先占原则的发展过程中,政府逐渐对先占水权施加更多行政管理,但这并未实质性改变先占优先的效力规则。在先占原则确立初期,先占水权的成立缺乏记录,用水通知的发布难以被其他权

① Iowa Code Ann. § 455R 268 (West)。

② Iowa Code Ann. § 455R 266 (West)。

③ Iowa Code Ann. § 455R 266 (West)。

④ Ark. Code Ann. § 15-22-217 (West)。

⑤ *Irwin v. Phillips*, 5 Cal 140 (1855)。

⑥ *Nichols v. McIntosh*, 19 Colo 22 (1893)。

利人知悉，优先效力也因为缺乏有效证明而难以执行^[16]。政府意识到，建立管理先占水权的行政系统以及追踪这些权利的有效记录，将优于早期法规下的自由放任式管理。1890年，怀俄明州最先颁布法令，要求任何试图开始新用水的人必须首先向行政管理机构申请并获得取水许可证。先占水权所受到的行政干预逐渐得到强化，但这并未创立新的取水权规则，而是通过行政管理机构对先占水权的取得、行使和转让进行监督，确保先占水权的优先效力规则得到实现^[11]。

2. 权利优先级别。在气候变化影响下，美国西部降水量越来越稀少，干旱愈发严重。过于强调时间上的优先性，将使得位于优先位序末端的权利人几乎无水可用。有学者提出，先占优先规则必须不断改善以适应变化的社会条件^[17]。时间顺序不再是决定取水权优先效力的唯一因素。

基于用水目的而形成的优先级别（Preference）^①成为时先权先规则的重要例外。普通法中的先占原则并未发展出对任何特定水资源用途的偏好^[18]。但各州立法逐渐认可基于特定用水目的的取水权具有更高的优先效力，并因此而区分出“高级用途”和“低级用途”。有学者将用水目的的优先级别分为两种类型^[19]。第一，完全的优先效力。在缺水时期，成立时间在后但优先级别较高的权利（Junior Preferred Rights）优先于成立在先但优先级别较低的权利（Senior Non-preferred Rights）得到实现，而且受损害的在先权利人无法得到任何补偿。例如，科罗拉多州宪法中规定，在水资源无法同时满足所有用水需求时，对于用水目的相同的先占水权，按照时间顺序确定其优先效力；对于用水目的不同的先占水权，家庭用水权具有最高的优先效力级别，农业用水权的优先级别高于制造业用水权^②。科罗拉多州最高法院认为，这种家庭用水并不包括市政供水公司通过大型管道取水并向城市居民供水的取水权^③。第二，不完全的优先效力。许多立法规定当高级用途的取水权得到实现时，需要为受损害的在先权利人提供补偿，从而形成一种类似于征收和补偿（Condemnation and Compensation）的权利关系。这一程序不需要经过低级用途取水权人的同意，只要高级用途取水权人提供了合理补偿，就可以优先实现其取水权^[20]。例如，爱达荷州和内布拉斯加州的宪法均规定，当可用水量不足以满足所有先占水权时，家庭用水权具有最高的优先级别，农业用水权的优先级别高于生产业用水权，但是优先级别较高的权利必须在向低级用水权作出公正补偿的情况下，才能够优先得到实现^④。

关于先占优先规则如今的地位和效力，有学者认为，与其他所有严厉的规则一样，先占优先规则的重要性更多地体现在其威慑力而不在于实际应用。这一规则会鼓励各先占水权人进行合作以减少优先效力规则的实际执行^[11]。尽管先占原则在发展过程中受到质疑和改变，但目前并不存在正式的替代方案^[21]。

四、取水权优先效力规则中公权与私权的平衡

由于水资源兼具经济性和公共性，取水权制度似乎总在私法保护和公法管制之间摇摆不定。从域外经验来看，美国的取水权制度是逐渐在自由财产权上施加公法管制，而我国的制度则是从完全的公法管制逐渐走向私法化。长久以来，我国属于政府供给自然资源的国家，水资源分配在我国一直带有强烈的行政命令色彩。如今的改革方向是“健全水资源资产产权制度”以及“使市场在资源

① 通常，priority 被理解为取水权在时间上的优先性，而 preference 被理解为用水方式和目的的优先性。

② Colo. Const. art. XVI, § 6。

③ Montrose Canal Co. v. Loutsenhizer Ditch Co., 23 Colo. 233 (1896)。

④ Neb. Const. art. XV, § 6; Idaho Const. art. XV, § 3。

配置中起决定性作用”。在建立健全水权市场的需求之下,取水权必须作为可转让且相对稳定的财产权;而在水资源日益稀缺的时代背景下,取水权无法作为绝对自由的财产权而存在。因此,取水权优先效力规则既需要保障其作为物权的稳定性,又要为公权力对水资源配置的干预留下一定空间。这种对于公权干预和私权属性的平衡具体体现在规则的建立模式和影响因素两个方面。

(一) 取水权优先效力规则的存在模式

取水权优先效力的确定可以总结为两种模式,一是个案判断模式,二是建立稳定的一般性规则。建立稳定的优先效力规则是对取水权物权属性的强化,而由公权机构进行个案判断或时常改变优先效力规则,则带有强烈的公权力配置水资源的色彩。

1. 个案判断模式。对取水权优先效力进行个案判断的情形可以分为两种。一是我国目前的情形,法律中只提供了取水权优先效力所遵循的原则,例如“首先满足生活用水,并兼顾其他用水需要”。实践中,在取水权冲突发生后,由司法机关在上述原则的指引下对数个权利之间的优先性作出个案判断。第二种情形是对取水权优先效力列举出个案判断标准。例如在河岸原则之下,第二次冲突法重述中对合理利用列举了诸多判断标准,并且在条文之后的评论中对如何适用这些标准进行了详细阐述:首先考虑数个取水权之间能否和谐共存,其次综合考虑权利成立先后、损害程度等因素,终极标准在于各种用水方式的社会经济价值。

取水权优先效力的个案判断模式将增加权利的不确定性,进而削弱取水权的物权属性。物权的重要功能在于明晰权利边界,维持社会秩序。个案的处理方式往往不注重规则的一般性,受具体案件事实的影响较大,因此难以产生一般的、确定的法律上的权利概念和权利预期^[22]。即便存在复杂的判断标准,这种不确定性依然十分显著。实际上,对于河岸水权制度的批评和质疑就集中在合理利用要求的不确定性之上。在坚持适用合理利用标准的美国东部,每一种用水方式的合理性是通过与其他河岸水权人的对比而决定的,除了少量家庭生活用水外,其他所有用水方式都可能被认定为不合理使用^[23]。在一些案例中,如果法院认为最近开始的使用更合理,即使是长期存在的用水也可能在没有补偿的情况下被切断^[10]。取水权优先效力的个案判断模式实质上意味着行政机关和司法机关有权决定各项取水权之间的优先顺序,使得取水权更接近于依附于公权力的资质而非稳定的财产权。

2. 一般性规则。一般性的取水权优先效力规则是对取水权之物权属性的体现和增强,能够为权利人提供合理预期。清晰的优先效力规则意味着取水权不会受到来自其他权利人的难以预测的和非自愿的侵占,这是形成财产权的必要前提。只有明确界定的取水权才适于通过市场进行交易,进而促进水资源利用效率的提升。例如,早期的先占原则通过严格执行,将风险完全分配给在后权利人,且这些在后权利人在取得权利时即对这种风险存在明确的认知^[24],用水者可以评估这种取水权是否值得冒险,或者根据自己的预期作出经济上合理的调整^[23]。

一般性规则所带来的稳定性和确定性并不一定需要通过严格执行而实现。建立稳定的取水权优先效力规则有助于促进权利人通过合作解决纠纷,从而避免规则的严格执行。大多数取水权人属于长期用水者,例如村民小组成员或投资较大的水电站运营者,他们因此具备合作的动机,而不愿意陷入互相争执的僵局。在缺乏明确取水权优先效力规则的情况下,争端方之间的合作更为困难。产权的明确界定将有助于降低人们在交易过程中的成本,提高经济效率。而取水权优先效力规则的不明确恰恰意味着权利边界并不明确。每个权利人都认为或希望自己的权利优于他人的权利,因此在合作时不容易达成一致,甚至基于理性而选择“敲竹杠”。理性的敲竹杠者越多,合作以失败告终的可能性越大^[25]。我国司法实践中常见的情形是村民小组成员在并不实际缺水的情况下,因为私人恩怨而对水源地的使用互不相让,对于一些能够通过沟通与合作而解决的问题依然诉至法院。例

如，对于家庭生活用水，新设立的取水权和设立在先的取水权之间是否平等^①；对于位于承包地内的水源，是设立在先的取水权优先还是承包权人的取水权优先^②等。而最终法院的判决往往是鼓励当事人友好合作，共同用水。如果事先存在一般性规定，例如农村家庭生活取水权一律平等、取水权的优先效力与地理位置无关等，争端方在达成合作时就会有更明确的心理预期和更充足的动力。

在未得到严格执行的情况下，取水权优先效力规则作为一项“影子规则”，能够成为权利优先者在取水权重新分配时主张赔偿或补偿的依据^[17]。现实生活中，当优先效力较低的取水权人对权利更为优先者造成减损，并向其提供赔偿，实际上构成水资源在冲突双方之间的重新分配。美国环境法学者提出，未来时先权先规则的功能将主要体现在以下三个方面：第一，作为小规模取水权冲突的“默认解决机制”；第二，对于复杂的取水权冲突，规则的强制执行并非最佳解决方案，并因此而促进争端方积极合作以避免其最终执行；第三，在争端方自愿达成合作或者在其他特殊情况下水资源被重新分配时，时先权先规则是在先权利人得到赔偿或补偿的依据^[17]。这在我国司法案例中也同样有所体现。例如，在2011年发生的一起某水电站和某水电开发公司关于取水权的纠纷中，被告在原告取水点上游取水，造成原告近40平方公里的集雨面积水被截流，影响原告的发电量。原被告因此而协商达成经济补偿合同，由被告每年支付原告一定补偿款^③。争端双方自行依据时先权先的一般规则建立补偿协议，法院只需处理原被告在支付补偿款过程中的纠纷，不需要对取水权优先效力作出决定性裁判。此时不论取水权是得以实现，还是通过协商得到补偿，对于权利人来说都是可以预期且较能接受的。因此，清晰的规则即便没有得到严格执行，也能够起到维持权利秩序的作用。

（二）取水权优先效力规则的影响因素

取水权优先效力规则需要以具体的决定因素作为支撑，这种因素可以是权利成立时间、用水方式和目的、地理位置或其他因素以及不同因素的组合。随着需水量的扩大，水资源被应用于远离水源的土地，地理位置因素的作用范围有限。目前，河岸原则和先占原则最显著的变化之一在于同时考虑权利成立时间和用水目的因素来建立优先效力规则。纯粹的时先权先规则能够最大程度地体现取水权的物权属性，保障在先权利的支配性和稳定性，而根据用水目的决定优先效力则将不可避免地体现公权力对取水权的价值预判。

1. 时间因素。物权优先效力的一般规则在于时先权先，这体现出先成立物权的支配性和稳定性。早期的先占原则是根据时间顺序构建优先效力规则的典型范例，在很大程度上是为了迎合人们对于用水权利之确定性的迫切需要^④。先占优先尽管是公平的一个基本要素，但同时也具有一些功利主义的根据，为了减少纠纷和强取暴掠并为利用资源提供动因，占有的稳定性十分关键^{[26] (P92)}。在先权利人能够得到最有保障的取水权，进而鼓励长期投资。缺水风险主要被分配给在后权利人。用水者可以评估这种取水权是否值得冒险，或者根据自己的预期作出经济上合理的调整^[23]。

随着社会经济发展，时先权先规则遭受一定抨击。人们提出质疑的主要原因在于这一规则将缺水风险完全置于在后权利人，缺乏对用水经济效益的考量^[27]，甚至可能产生反人权的后果^[28]。随着缺水问题愈发严峻，位于时间位序末端的权利人往往无水可用。例如在美国西部地区，成立时间最早的先占水权大部分为灌溉用水权，其次是采矿业用水权。如今，城市扩张和工业发展需要大量用水，灌溉用水的边际效用被认为小于家庭消费、商业和制造业用水的边际效用^[23]。但是最古老、

① 参见广东省高级人民法院（2017）粤民申4380号民事裁定书。

② 参见云南省红河哈尼族彝族自治州中级人民法院（2017）云25民终755号民事判决书。

③ 参见浙江省丽水市中级人民法院（2011）浙丽民终字第87号民事判决书。

④ Arizona v. California, 460 U. S. 605, 103 S. Ct. 1382, 75 L. Ed. 2d 318 (1983)。

最有保障的取水权被分配给农业和采矿业，导致经济效益更高、与人们关系更密切的用水方式面临削减危机。为解决这一问题，越来越多的立法在构建取水权优先效力规则时加入对用水目的的考量。随之而来的问题是如何划分取水权优先级别，这就需要对规则中的目的因素作进一步分析。

2. 目的因素。在构建取水权优先效力规则时加入对用水目的的考量，体现出立法者的价值预判，是一种对于取水权价值的“非市场检验”^[29]。通常为重新分配水资源而发展起来的制度是可转让财产权和水权交易市场。理论上，市场唯一认可的优先级别是那些反映了经济上最佳使用的取水权，那些能够从单位用水量中获得最高净收益的人，将为此目的购买并行使相应的取水权^[20]。而根据用水目的设置优先级别则是将稀缺水资源分配给法律所认定的价值更高的用水方式。

对于兼具经济价值、生态价值和人权属性的水资源来说，对特定用水目的和方式的偏好意味着将特定利益放在优先地位。首先，赋予家庭生活用水最优先的地位已经成为建立取水权优先效力规则的普遍共识，这体现了人格利益的最优先地位。我国《水法》第21条明确规定，“开发、利用水资源，应当首先满足城乡居民生活用水”。其次，保障生态环境用水需要逐渐成为水权制度新的发展趋势，体现出对环境公共利益的保障。美国一些州在水法中确立了内径流水权（Instream Flow Right）。内径流水权是根据用途所划分的权利类型，与家庭用水、灌溉用水等并列，主要适用于采用先占优先原则的州^[30]（P128-129）。此外，美国一些州对其他生产经营性取水权的优先级别进行了详细规定。例如，得克萨斯州立法中确立的顺序为：家庭用水和市政供水，农业和工业用水，采矿业用水，水力发电用水，航运用水，休闲娱乐用水以及其他有益用途^①。根据用水目的设定的取水权优先级别越细化，意味着公权力对水资源进行倾斜性配置的程度越高。

综上，我国关于取水权优先效力的规定不足以体现取水权的物权属性。不论个案判断的结果是先设立的权利优先、产生最大经济效益的权利优先还是数个取水权平等实现，都只能在零散的个案中实现冲突协调，无法形成稳定的权利秩序。这种情况下的取水权优先效力规则相当模糊，使得作为物权的取水权依附于公权力，进而使得我国水资源管理体系停留在公权力管理配置水资源的阶段，难以形成运转良好的水权市场。综合用水目的和权利成立时间因素建立稳定的取水权优先效力规则，应当作为我国水权制度的发展方向。

五、我国取水权优先效力规则的完善

我国需要建立稳定的取水权优先效力规则。《关于统筹推进自然资源资产产权制度改革的指导意见》中提出，要根据自然资源资产产权制度改革进程，推进修订水法等一系列自然资源法律及相关行政法规。在此背景之下，现行立法中存在的“合理分配自然流水”、“首先满足居民生活用水，并兼顾其他用水需要”等原则性规定需要得到进一步细化。按照时间顺序确定取水权的优先顺序，与传统物权效力规则相一致，能够保障在先权利的支配性和稳定性，体现出取水权的私权属性；按照用水目的区分取水权的优先级别，则体现出公权力对水资源的价值预判和倾斜性配置。取水权优先效力规则既需要充分体现其作为物权的稳定性，又需要为公权力对水资源的配置预留空间。

（一）建立取水权优先级别

取水权优先效力规则不应当基于用水目的而设定过于详细的优先级别。对用水目的之优先级别作出判断，实际上是对目的背后蕴含的利益进行权衡，对此学界言人人殊。例如，崔建远教授认为应当构建“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）”的取水权位序^[31]（P363）。还有学者认为应当确立“生活用水、生态环境用水、农业用

① Tex. Water Code Ann. § 11.024 (West)。

水、工业用水、娱乐性用水以及其他类型用水”的优先位序^[32]。上述排序方式有各自的道理，但不无缺陷。一方面，认为何种用水目的优先将不可避免地显示出强烈的价值偏好，其中难免含有无法被证立的价值判断成分，极有可能引起人们对法律公平性的质疑。博登海默认为，当立法者被禁止在立法中进行不合理的分类时，就在平等的阶梯上向前迈进了一大步^{[33](P311)}。立法必须谨慎确立取水权的优先级别，只有在必要的情况下才能据此作出区别对待，并需要以理性论据作为支撑。另一方面，优先级别的设定尽管往往能够反映当前的经济和社会思想，但可能很快就会与社会脱节^[34]。规则越具体明确，出现漏洞的可能性就越大。从实践情形看，美国各州详细的优先级别很少能够得到真正应用^[11]。因此，取水权优先级别的设定不应当过于细化，且应具备充分理由。

传统物权规则在取水权领域的缺陷在于未能将公共利益纳入考量范围。对于兼具经济价值、生态价值和人权属性的水资源来说，这种缺陷尤其需要矫正。水资源的非经济属性往往被市场忽略，例如维持生命、保护生态、保护物种等。要解决这些问题，立法的预先安排就显得尤为重要。在制定取水权优先效力规则时加入对用水目的的考量，在一些情况下具有必要性，一是对于水资源之人权属性的体现，二是对于水资源环境价值的保护。

1. 生活用水取水权。以居民日常生活用水为目的的取水权与水资源的人权属性密切相关，是对水资源生存保障功能的体现，应当具有最优先的效力。2010年7月28日，联合国大会宣布获得安全、清洁的饮用水和卫生设施是一项人权，是充分享受生活和其他人权的必要条件。取水权规则必须保证每个人都能拥有维持正常生活的可用水量，否则是对人权的剥夺^[28]。为提供居民日常生活用水，存在两种取水权，即私人家庭生活取水权和市政供水公司的取水权。

第一，在城镇供水系统覆盖范围愈发广泛的情况下，私人的生活取水权主要是指农村家庭生活取水权。根据《取水条例》，家庭生活和零星散养、圈养畜禽饮用等少量取水属于不需要经过取水许可的法定取水权。少量取水的限额，由省、自治区、直辖市人民政府规定。这种家庭生活用水一方面取水量较小，对其他取水权人影响也较小，另一方面具有完全的生存保障性质。因此农村家庭生活取水权不论权利成立时间先后，均应当具备最高的优先效力和完全的优先性，且数个农村家庭生活取水权之间具有平等地位，在缺水时期应当共享可用水源。

第二，供水公司为提供城乡居民生活用水而成立的取水权。供水公司的取水权同时具有生产经营性质和民生保障性质，且取水量较大，对下游取水权人影响相对严重。从传统水权原则发展过程来看，早期市政供水公司的取水权一般不被认为属于生活用水^①。但随着经济发展，城市规模扩大，城乡居民生活用水保障成为重要问题。美国西部各州赋予市政供水以不完全的优先性，对于我国立法具有参考意义。目前，我国部分司法判决中也体现了这种不完全的优先性。例如，在一起取水权纠纷中，原告某水电站建设并在先取得取水许可证，之后被告某镇政府和其发包的某自来水厂实施饮水工程，导致原告发电损失。法院认为自来水厂是基于公共利益而取水，但仍需依照约定数额向原告支付补偿款^②。据此，赋予供水公司取水权最高的优先级别，同时规定在实现其优先效力时需要补偿因此而遭受损害的设立时间在先的取水权人，既符合保障居民生存利益的原则，也与我国已有的司法实践相符合。

2. 生态环境水权。水资源作为生态环境的重要组成部分，具有气候调节、河流输沙、生物多样性保护等多种生态服务功能。水资源所彰显的生态利益属于典型的环境公共利益。长期以来，我国经济的高速发展是以消耗自然资源为代价的。我国水资源使用权分配过程中的常见现象是，“主

① 根据第二次冲突法重述中的规定，家庭用水不包括市政当局或供水公司为城市居民提供的家庭用水，以及旅馆或度假村基于商业目的为游客提供的生活用水。

② 参见福建省龙岩市中级人民法院（2018）闽08民终1791号民事判决书。

要对社会经济用水进行分配,认为生态用水不成问题,水少了就顾不上生态用水”。在此背景之下,生态环境用水更需要受到重视。

根据生态环境用水发挥的作用,生态环境用水量可以分成两部分:一部分是最基本的生态环境需水量,属于基础性生态环境用水;另一部分是提高生态环境保护标准的用水量,相对具有灵活性,属于非基础性生态环境用水^{[35](P48)}。与之相对应,生态环境水权在理论上可以分为维持生态环境的基础性生态环境水权,以及旨在提高生态环境质量的非基础性生态环境水权。基础性生态环境水权的用水目的在于维持生态环境的基本功能,例如必要的湖泊湿地补水、超采地下水回补、防护型林草植被建设用水以及其他生态工程用水。非基础性生态环境水权的设立目的在于提升生态环境质量,包括城市景观建设用水等。例如,在华北平原存在严重的地下水超采问题,已经形成世界上最大的地下水降落漏斗区。据测算,华北地区每年超采地下水达到 55 亿立方米,目前地下水超采累计亏空已经高达 1800 亿立方米^[36]。对于华北平原,为实施地下水补水工程而获得的取水权应当属于基础性生态环境水权。而基于景观河道补水工程的取水权应当属于非基础性生态环境水权。基础性生态环境用水需要被赋予仅次于生活用水的优先地位。明确基础性生态环境水权的优先效力,有助于确保这部分水量优先得到保障,而不是让步于生产经营性取水权。同时,基础性生态环境水权在实现其优先效力时需要对成立在先的取水权提供合理补偿。非基础性生态环境水权对应改善环境质量的更高层次需求,在丰水地区和时段应当得到更多供应,而在缺水地区和时段可以减少供应,不具有特殊的优先效力,应当依时间顺序确定优先效力等级。实践中,哪些生态环境用水应当被归类于基础性生态环境水权,可以根据不同地区的水资源禀赋而有所差异。

生活用水取水权和基础性生态环境水权的优先地位应当在法律中得到确认。此外,其他生产经营用水取水权以及非基础性生态环境水权之间不适宜再划分统一的优先级别。但在具有充分理由的情况下,各地区也可以根据用水目的进一步细化取水权优先级别。

(二) 明确时先权先的优先效力规则

对于优先级别相同的取水权,其优先位序应当根据时间顺序决定。按照时间顺序分配缺水风险几乎不带有主观价值预判,具有显而易见的公平性。从经济效率的角度看,时先权先规则足以为建立水权市场提供充分前提^[29]。根据时间顺序进行的初始分配定义了可以进行市场交易的起点。随着时间的推移,权利将被分配给那些给予它们最高价值的用水者。

我国立法中的时先权先规则应当综合考虑先申请优先和尊重历史形成的取水权,进而明确具体的取水权优先权日。在取水行政许可制度确立之前,用水先后顺序只能通过实际用水行为来确定。这导致对用水意图和实际用水日期的判断通常并不准确且容易招致争议^[16]。取水行政许可制度确立之后,取水时间和用水目的得到更加明确的记录,优先权日应当以取水许可为依据。1988 年颁布的《水法》中已经写入了取水许可制度。但实践中依然存在先用水再补办许可证的情形。例如,在一起相邻关系纠纷中,原告某电厂于 1994 年投产发电,但在 2015 年才取得取水许可证;被告某水电站于 2008 年建成发电,位于原告某电厂的上游,在 2011 年取得取水许可证。结合水文数据和电量结算表,可以认定自被告运行发电起,原告的来水量和发电量均有所减少,法院最终判决被告赔偿原告发电量减少之损失^①。在此案中,原告实际取用水时间远早于被告,但其申领取水许可证的时间较晚。法院并未严格按照取水许可证的申请或颁发时间判断权利优先顺序,而是将实际用水时间作为判断因素。对于补办取水许可证的权利人,在有充分证据证明其实际取水时间的情况下,可以将其优先权日提前至实际取用水的日期。这种优先权日的判定方式更符合我国国情,也更能得到权利人的接受。

① 参见四川省乐山市中级人民法院(2013)乐民初字第 50 号民事判决书。

目前,我国正在推进取水许可制度的严格落实。2020年6月,国务院办公厅电子政务办公室、水利部办公厅印发《关于依托全国一体化在线政务服务平台做好取水许可电子证照应用推广工作的通知》,要求加快推进取水许可电子证照的应用,旨在促进取水许可审批和证照颁发的便利化和规范化。在此背景之下,对于新设立取水权优先权日的判定应当严格按照取水许可日期而判定。理论上存在两种选择,一是取水申请的提出日期,二是取水许可证的颁发日期,实践中选择前者更为适宜。首先,取水申请的提出证明申请人已经为用水付出了一定的时间和经济成本。根据《取水条例》,申请人提出取水申请时需要提交诸多材料,包括申请书、与第三者利害关系的说明、备案材料、建设项目水资源论证报告书等。由此可见,取水申请意味着申请人已经为取用水资源付出了一定努力,而并非纯粹的投机行为。其次,从取水申请的提出到取水许可证的颁发时间较长且无法确定时间间隔。如果以许可证颁发时间作为决定优先效力的依据,那么大型取水工程的优先效力位序将被延后,这将不可避免地削弱申请人投资建造大规模工程的动机。

综上,对于当前已经成立并补办取水许可证的取水权,可以综合考虑历史用水时间确定优先权日。未来对于新设立的取水权,应当严格按照申请日确定优先权日。

(三) 确立有限的均平用水

我国古代关于水资源的法律强调灌溉用水的“均平”,可使用水量一般按照耕种土地的面积以及总水量的多少来分配^{[37](P179)}。例如,《大唐六典》中规定在水量不足的情况下,以“轮灌”等方式均衡分配损失^{[37](P179)}。“均平用水”的规定在我国现行立法中依然有所体现,即《民法典》第290条所规定的“对自然流水的利用,应当在不动产的相邻权利人之间合理分配”。上述规定没有区分取水权成立时间和目的,而是体现出相邻用水权利平等以及尊重自然流向的要求。

均平用水的思想与早期河岸原则十分类似。当水资源不足时,所有河岸水权都会按照用水量或土地面积比例而受到限制,不存在先后顺序。尊重自然流向与早期河岸原则之下的自然流动理论也存在相似之处。自然流动理论强调权利人必须维护河流的水质和水量,不得干预河道的自然状态^[15]。在服从自然思想的指导下,任何改变河道自然状态的行为都被视为是对其他河岸水权人的损害,从而需要承担责任。如今,河岸原则已经不再恪守权利平等的要求,自然流动理论也早已在1827年的Tyler v. Wilkinson案中得到改变,取而代之的是更有利于促进用水效率的合理利用理论。为实现水资源的合理有效利用,我国立法中的“合理分配”和“自然流向”规定也需要作出一定改变。

首先,对于许可取水权,经济价值是权利中最珍贵的部分。这种经济价值需要在水权交易中得到体现并实现最大化。权利平等规则大大增强了取水权之间的相互关联性,削弱了权利的独立性和稳定性。自然流动理论将取水权与土地紧密相连,进而使得取水权流转难以实现。这两项规则已经不再适应取水权市场交易的需求。因此对于许可取水权,应该根据优先级别和时先权先规则明确其优先效力。此时对水流自然流向的尊重应当理解为保证水流不会被破坏,进而保证所有用水可持续。其次,在我国确立有限度的均平用水依然具有实践价值。对于一些法定取水权,即《取水条例》中规定的农村集体经济组织及其成员使用本集体经济组织的水塘、水库中的水,设立目的在于满足农村集体经济组织成员从事农业生产的需要,而并非进入市场交易。对于这部分取水权,权利平等规则具有存在空间。在我国司法实践中,一些法院认为农村集体经济组织成员对于村集体的灌溉水源应当享有平等的灌溉用水权^①。可见“合理分配”和“自然流向”规定符合农村灌溉用水的实际需求。

综上所述,我国需要建立稳定的取水权优先效力规则。首先,根据用水目的因素确定取水权优

① 参见山东省青岛市中级人民法院(2018)鲁02民终8234号民事判决书。

先级别。这体现出对取水权的价值预判,应当具有充分理由。其中生活用水取水权具有最高的优先效力,基础性生态环境水权具有次优效力。市政供水公司的生活用水取水权以及生态环境水权在实现其优先效力时,应当对受损害的在先权利人予以合理补偿。其次,对于其他目的取水权,根据权利成立时间因素确定其优先效力。生产经营性取水权的主要价值在于经济效益,应当避免对于其价值进行过多的非市场检验,并通过建立和完善取水权交易市场实现水资源的有效利用。再次,农村集体经济组织成员基于农业生产目的而持有的法定取水权之间应当遵循权利平等的规则。

六、结 语

水资源既是基础性自然资源,又是战略性经济资源,同时,与矿藏资源、森林资源、野生动植物资源相比,水资源具有更显著的人权属性。取水权优先效力规则应当体现物权属性与公权干预在一定程度上的平衡。取水权的成立意味着公权力机关已经实现对水资源的初始分配,而对于水资源的再分配,公权力的干预应当被限制在特殊情形之下。结合用水目的和时间因素建立稳定的取水权优先效力规则,能够为水资源的人权属性和生态功能提供优先保障,并作为取水权在特殊情形下受到限制的法律依据;同时能够体现取水权的物权属性,并为促进取水权的市场交易提供必要的制度环境。

参考文献

- [1] 吴乐珺. 全球水资源紧缺形势日趋严峻[N]. 人民日报, 2019-08-23(18).
- [2] IPCC. *Climate Change 2014: Synthesis Report*[R]. Copenhagen: The 40th Session of the IPCC, 2014.
- [3] 王社坤. 自然资源利用权利的类型重构[J]. 中国地质大学学报(社会科学版), 2014(2).
- [4] 马俊驹, 陈本寒. 物权法(第二版)[M]. 上海: 复旦大学出版社, 2014.
- [5] 钱明星. 论物权的效力[J]. 政法论坛, 1998(3).
- [6] 黄锡生. 水权制度研究[M]. 北京: 科学出版社, 2005.
- [7] 谢永刚. 水权制度与经济绩效[M]. 北京: 经济科学出版社, 2004.
- [8] Eric, P. *Environmental and Natural Resources Law*[M]. Newark: LexisNexis Matthew Bender, 2008.
- [9] [美]戴维·H. 格奇斯. 水法精要(第四版)[M]. 陈晓景, 王莉, 译. 天津: 南开大学出版社, 2016.
- [10] Dellapenna, J. W. The law of water allocation in the southeastern states at the opening of the twenty-first century[J]. *University of Arkansas at Little Rock Law Review*, 2002(1).
- [11] Tarlock, A. Prior appropriation: Rule, principle, or rhetoric[J]. *North Dakota Law Review*, 2000(4).
- [12] Dellapenna, J. W. The evolution of riparianism in the United States[J]. *Marquette Law Review*, 2011(1).
- [13] Abrams, R. H. Water allocation by comprehensive permit systems in the east: Considering a move away from orthodoxy[J]. *Virginia Environmental Law Journal*, 1990(2).
- [14] Grant, D. L., G. S. Weber. *Cases and Materials on Water Law*[M]. St. Paul: West Academic Publishing, 2010.
- [15] Kuntz, M. A watershed moment: Reforming the reasonable usage standard of water extraction rights in Illinois[J]. *University of Illinois Law Review*, 2017(5).
- [16] Johnson, N. K., C. T. DuMars. A survey of the evolution of western water law in response to changing economic and public interest demands[J]. *Natural Resources Journal*, 1989(2).
- [17] Tarlock, A. The future of prior appropriation in the new west[J]. *Natural Resources Journal*, 2001(4).
- [18] Beck, R. E. Use preferences for water[J]. *North Dakota Law Review*, 2000(4).
- [19] Trelease, F. J. Preferences to the use of water[J]. *Rocky Mountain Law Review*, 1955(2).

- [20]Oeltjen, J. C., L. K. Fischer. Allocation of rights of water; Preferences, priorities, and the role of the market [J]. *Nebraska Law Review*, 1978(2).
- [21]Hobbs, G. Priority; The most misunderstood stick in the bundle [J]. *Environmental Law*, 2002(1).
- [22]苏力. 秋菊打官司案、邱氏鼠药案和言论自由 [J]. *法学研究*, 1996(3).
- [23]Trelease, F. J. The model water code, the wise administrator and the goddam bureaucrat [J]. *Natural Resources Journal*, 1974(2).
- [24]Tarlock, A. How well can water law adapt to the potential stresses of global climate change [J]. *University of Denver Water Law Review*, 2010(1).
- [25]熊丙万. 私法的基础：从个人主义走向合作主义 [J]. *中国法学*, 2014(3).
- [26][美]迈克尔·D. 贝勒斯. 法律的原则——一个规范的分析 [M]. 张文显, 宋金娜, 朱卫国, 等译. 北京：中国大百科全书出版社, 1996.
- [27]Macdonnell, L. J. Prior appropriation: A reassessment [J]. *University of Denver Water Law Review*, 2015(2).
- [28]Schilling, K. Addressing the prior appropriation doctrine in the shadow of climate change and the Paris climate agreement [J]. *Seattle Journal of Environmental Law*, 2018(1).
- [29]Tregarthen, T. D. The market for property rights in water [J]. *Denver Journal of International Law and Policy*, 1976(Special Issue).
- [30]王小军. 美国水权制度研究 [M]. 北京：中国社会科学出版社, 2011.
- [31]崔建远. 准物权研究 [M]. 北京：法律出版社, 2012.
- [32]单平基. 我国取水权取得之优先位序规则的立法建构 [J]. *清华法学*, 2016(1).
- [33][美]博登海默. 法理学：法律哲学与法律方法 [M]. 邓正来, 译. 北京：中国政法大学出版社, 2017.
- [34]Tabor, E. J. A proposal for a regulated market of water rights in Iowa [J]. *Iowa Law Review*, 1980(4).
- [35]尹明万, 于洪民, 陈一鸣. 流域初始水权分配关键技术研究及分配试点 [M]. 北京：中国水利水电出版社, 2012.
- [36]张思楠. 加快华北地区地下水超采综合治理 [N]. *中国财经报*, 2019-03-23(2).
- [37]王亚华. 水权解释 [M]. 上海：上海人民出版社, 2005.

Research on the Prior Validity Rule of Water Intake Rights

ZHANG Shu

Abstract: Without a clear rule clarifying its prior validity, water intake rights can never grow into an independent property right. The establishment and improvement of the prior validity rule constitute the core of water rights system. The pure “first in time, first in right” rule can maximize the private property attribute of water intake rights, guaranteeing the dominance and stability of the prior rights, while determining the priority according to the purposes of water uses will inevitably reflect the value prediction of public power to the rights. The prior validity rule of water intake rights embodies the contradiction and balance between the private property and the public authority interference. Therefore, it is essential for China to set up a prior validity rule of water intake rights with the concern of both the time of establishment of rights and the purpose of water use.

Key words: water intake right; riparianism; prior appropriation; water right for ecosystem

(责任编辑 周振新)