

长江流域水生态保护利益补偿的法律调控

杜 群

(武汉大学环境法研究所, 武汉 430072)

摘 要 当前长江流域水生态补偿实践主要以水质、水量和水能三类可量化的流域生态资源开发利用的形态出现,是“流域生态效益补偿”模式,其目标利益是流域整体生态保护效益,通过政策或区域政府间的协议、以财政转移支付为手段完成政府、行政区域单元之间的利益传送,其实质是一种行政治理措施、是基于权力的利益矫正,并没有将该补偿资金精确对应到真正的利益供应主体或受害主体,也就没有完成利益归宿的最终分配。长江流域生态保护利益补偿应当在效益补偿的基础上发展“生态保护产权利益补偿”模式,使生态保护利益从生态效益的结果行为端向原因行为端传递;产权主体特定性的识别,产权利益行为(增益或损益)与流域生态效益的连接,以及涉水产权法定即利益法定是构建长江流域产权利益补偿的法律要素。

关键词 长江流域;生态效益补偿;产权利益补偿;行政治理;法律调控

中图分类号: X321; D922.68

文章编号: 1674-6252(2017)03-0030-07

文献标识码: A

DOI: 10.16868/j.cnki.1674-6252.2017.03.030

The Legal Adjustment of Interests Compensation for Ecological Conservation in the Yangtze River Basin

DU Qun

(Research Institute of Environmental Law, Wuhan University, Wuhan 430072)

Abstract: The current ecological conservation compensation schemes in the Yangtze River Basin appear in three quantifiable forms of ecosystem services and resource utilization, including water quality, water quantity and water energy. All of them are of ecological effect-based compensation and rely on governmental authority to carry out the compensation between regions where were stakeholders in ecological conservation for the particular purpose and use of ecosystem service and use. The author argued that the effect-based ecosystem conservation compensation is not complete in the way to compensate substantial individuals that are real interest losers in the conversation. Therefore it is necessary to construct the property right-based ecological conversation compensation schemes in order to further accomplish the passage of interests remedy from the effect gain side bottom down to the cause gain side. The property right-based compensation scheme is the cause-oriented legal adjustment of interests according to the identities of the affected property right holders, actions and contributions of the effect of ecological conservation and the legal provisions of water-related property rights.

Keywords: the Yangtze River Basin; effect-based ecological conservation compensation; property right-based interested compensation; administrative governance; legal adjustment

1 长江流域水生态保护利益补偿法律调控的重要性和规范依据

1.1 长江流域水生态保护利益补偿法律调控的重要性

《生态文明体制改革总体方案》(2015)明确提出“在长江流域水环境敏感地区探索开展流域生态补偿试点”,以此“推进全流域水资源保护和水污染治理”这

一“十三五规划”提出的重要任务^[1]。2016年习近平在推动长江经济带发展座谈会提出“修复长江生态环境,不搞大开发”^[2],为长江流域的资源开发、经济建设与生态保护定下“协调发展”的权重后,长江流域的生态补偿机制建设问题备受上下游政府和左右岸利益主体的关注。《2017年国务院政府工作报告》明确要求进一步深化“全面推行河长制,健全生态保护补偿机制”。

一直以来,长江流域经济发展的同时,流域各区域

基金项目: 本文受国家社科重大招标项目(14ZDC030),教育部人文规划重大招标项目(16JJA015),“台达环境与教育基金会中达环境法学者计划”资助。

作者简介: 杜群(1968—),女,武汉大学环境法研究所教授,博士生导师,研究方向为环境与资源保护法, E-mail: qdu@whu.edu.cn。

的水资源与水生态维护面临着“生态支出成本上升”与“生态质量恶化加剧”双重压力。在实施全国主体功能区规划、生态红线和水资源保护红线之后,上下游之间的生态负荷承载的差别设计和生态保护目标的差别规划已既成事实。此一表象已被认识到其实质是长江流域水生态保护主体利益分配的不平衡问题,例如长江流域上游的发展,利益的增补很大程度上是以下游的生存权、发展权以及环境权益减损为代价。而长江流域水生态保护主体之间利益失衡折射到法律调控领域,则是权利、义务、责任的不匹配。

利益和利益冲突的解决(识别和衡平)是法学研究的基本范畴^[3]。利益,一般被认为是产生在个体与个体之间、个体与群体之间以及群体与群体相互之间的需求,而不同个体与群体的需求差异则形成利益的多样性并可能产生利益之间的冲突。利益是法律产生的条件也亦成为法律调整的对象,对利益的法律调控主要通过通过对权利、义务与责任进行法律上的表达、配置和运行予以实现。

目前尚没有“生态补偿”或“生态保护补偿”的实证法定义。从生态补偿的实践和学理上的讨论来看,生态补偿往往非常强调保护行为之结果意义上的生态效益反哺,即对生态系统或自然客体开展的修复、恢复或者维护的对价补偿,而比较忽视生态保护的“利益”补偿,即对保护行为原因意义的补偿,此类补偿往往以社会主体的利益识别为关联。笔者一直主张“生态补偿”的定义必须涵盖结果行为和原因行为的补偿,即指国家依法或社会主体之间按照约定,针对损害或增益资源环境的行为,由资源环境开发利用者或其他受益者缴纳税费,或支付费用或提供其他补偿性措施,使保护和建设资源环境主体或因此而利益受损的主体得到合理补偿,以实现保护资源、恢复和修复生态系统服务功能的生态目标和实现公平的社会目标^[4]。

1.2 长江流域水生态保护利益补偿规范依据

长江流域水生态保护利益补偿的规范依据主要有法律、行政法规和规范性政策。《水污染防治法》(2008)规定“国家通过财政转移支付等方式,建立健全对位于饮用水水源保护区区域和江河、湖泊、水库上游地区的水环境生态保护补偿机制”(第七条),即我国首次以法律的形式对流域生态补偿进行规定。《水土保持法》(2010)提出了建立国家水土保持生态效益补偿制度。《环境保护法》(2014)明确提出“国家建立、健全生态保护补偿制度”。《水法》(2016)在“水资源开发利用”、“水资源、水域和水工程的保护”等明确提及补偿制度,要求在水资源保护方面建立起生态补偿机制。

长江流域生态补偿机制的建设目前主要以规范性政策的形式推进。《国务院关于推进重庆市统筹城乡改革和发展的若干意见》(2009)以及《中共中央、国务院关于

加快水利改革发展的决定》(2011)均明确提出建立生态补偿机制。《南水北调工程供用水管理条例》(2014)提出建立“南水北调工程水源地”的水环境生态保护补偿机制。其他具体的指导意见如《关于依托黄金水道推动长江经济带发展的指导意见》(2014)、《关于加强长江黄金水道环境污染防治治理的指导意见》(2016)则提出具体的补偿原则和措施,如“谁受益谁补偿”、建立“横向生态补偿机制”、“长江干流补偿制度”等。《生态文明体制改革总体方案》(2015)明确指出“在长江流域水环境敏感地区探索开展流域生态补偿试点”。2016出台的《长江经济带发展规划纲要》以及《国务院关于印发“十三五”生态环境保护规划的通知》对上中下游横向生态补偿的试点以及对口支援试点进行了规定。

2 长江流域水生态保护利益补偿的主要类型和特征分析

2.1 基于“水质”利用的流域生态补偿

2.1.1 典型案例: 新安江流域水生态补偿试点

新安江属于钱塘江水系,流经安徽、浙江两省,且径流量占钱塘江水系的比重较大^[5]。新安江流域的上游为下游具有重要生态价值的湖泊以及钱塘江的优质水源地,对整个钱塘江流域生态以及水质的提高发挥着重要作用。2011年9月,财政部、环保部正式印发《新安江流域水环境补偿试点实施方案》,计划实施期限为2012—2014年。该方案规定,在监测年度内,以安徽、浙江交界处确定特定的水质标准并将其确定为考核依据^{①[6]},上游水质高于该标准的,由浙江对安徽补偿1亿元;相反,上游水质低于该标准时,由安徽向浙江支付1亿元作为补偿。补偿方式为纵向兼横向财政转移支付,由中央预算出3亿,安徽浙江两省各出1亿设立补偿基金。该试点是我国首个跨省的流域生态补偿实践,其实施效果基本符合预想,2011—2013年总体水质为优。为继续探索流域生态补偿模式,2015年的《生态文明体制改革总体方案》明确新安江流域生态补偿试点将继续推进。

2.1.2 主要特征和相关问题

新安江流域生态补偿试点案例是“水质目标控制”型生态补偿,即以流域上下游水体行政区域交界断面水质为责任的“上下游互相补偿”。补偿主体根据“流域环境协议”约定的“协议水质”而负有补偿义务,以“水质”的达标与否作为分配双方权利、责任与义务的边界。“上下游互相补偿”的流域生态补偿是近几年发展起来的模式,是一种上下游区域政府之间的环境合作治理^[7]。由于协议区域政府具有同等自治性,因此在协议水质目标、补偿标准和补偿资金等问题上还需要高度依赖于中

① 水质要求:以皖浙两省跨界断面高锰酸盐指数、氨氮、总氮、总磷四项指标平均浓度值(2008—2010年3年的平均值)为基本限值。

央政府的指导甚至是约束,这种“流域环境协议”才能实现。

基于水质的流域生态补偿类型涉及两个常见的法律问题:①环境标准问题。即水质标准的统一性问题,这与环境法中涉水环境标准有着密切的关系。新安江流域补偿“水质”的最初分歧在于“河流三类水质”与“湖泊二类水质”的差异^[8],而后以双方的协商水质作为补偿的标准依据。而在我国关于水资源的标准中,本身就包含着对于水资源标准的强制要求:国家Ⅲ类水质标准,这一标准应当成为流域水质补偿中的强制性水资源标准。②补偿性质与责任问题。双向型流域生态补偿暗含着一种对水质超标进行赔偿和水质达标进行补偿的制度内涵,实际上具有补偿与赔偿的双重属性:对达标者的法律后果是“生态补偿奖励”,对不达标者的法律后果是“违约者赔偿”。因此,这种补偿模式的关键在于明确上下游流域主体在生态补偿的水质考核和责任分配与承担过程中的达标合法性与不达标不合法性的边界,以及相应的合法达标给予奖励性生态补偿、不达标给予制裁性生态赔偿的界限。

2.2 基于“水量”利用的流域生态补偿

2.2.1 典型案例:南水北调中线丹江口库区水源地生态补偿

丹江口水库为南水北调中线工程的起点,水库跨湖北、河南两省,是具有防洪、航运、养殖等多重效益的综合性水库。南水北调中线工程以丹江口库区以及上游为调水的水源地,调往北京、天津等地,以解决该区域日益严重的水资源匮乏问题。按照调水方案,第一阶段已经于2014年开始,调水量较大,占汉江总径流量的比重较高^[9]。调水区上游地区经济发展程度较低,且生态比较脆弱,极易遭受破坏,在面临经济发展的多种机遇时依然要为库区水质的维护做出牺牲。

实际上,丹江口水库生态补偿由来已久,20世纪以来,国家就启动了重大生态保护工程,其中就包括长江上游的多种生态工程^[10]。这些工程对丹江口水库库区的生态环境恢复与保护起到了重要的作用。2006年国务院批复了《丹江口库区及上游水土保持及水污染防治规划》,规定补偿资金以中央财政拨款为主,主要用于库区多种水污染和水土流失防治以及工业点源治理^[11]。针对南水北调中线工程的水源地生态保护,2008年我国开始试点,将水源地归为国家重点生态功能区,并设立专项补偿基金以补偿为丹江口库区水量保护而牺牲的利益,该基金由中央预算支付^[12]。

2.2.2 主要特征和相关问题

国家对南水北调工程水源地的生态补偿主要有两个特征:①它是基于“水量”即以获取水资源使用权(消耗性使用)为目的。南水北调中线客观上改变了水资源的空间分布,使水资源基于“水量”的形态在空间上转

移,使受水区域获取水资源“水量”的使用权,丹江口库区及上游流域为水源地(调水水库)则权益减损。

②政府主导的补偿模式。中央政府以及各级沿线受水区的地方政府作为补偿主体,通过财政转移支付、政策倾斜、项目开展等方式对南水北调中线工程水源地进行补偿。

南水北调工程水源地生态补偿也存在一些法律问题值得深入思考:①补偿标的是否全面。调水工程调出的水是量化了的“资源产品”,具有价值;但同时库区周围由于调水其生态环境受到影响,还存在生态惠益损失的补偿问题,两者应当兼顾。②南水北调的生态补偿没有考虑调水区的流域因素。丹江口南水北调属于地方向中央调水,虽然水资源都是国家所有,但是国家所有的水资源的使用权还是具有地方和中央的区别,尤其丹江口水库是汉江流域汉水的源头,源头调水实际上极大地增加了汉江下游水质保护的负荷,但是中央对调水的补偿并不涵盖汉江中下游。③生态补偿是政府主导而且是中央政府主导的补偿模式,与新安江流域补偿案例相比,受益和受损的区域政府之间的关系及其水资源产权和水资源保护的权责利内容被虚化。

2.3 基于“水能”利用的流域生态补偿

2.3.1 典型案例:三峡水电站取水发电生态补偿

三峡水电站位于湖北省宜昌市境内,库区涵盖湖北省和重庆市。三峡水库流域面积与储水量较大^[13],其主要用来发电。三峡库区对整个长江流域起到生态屏障的作用,具有极重要的生态价值。为保障三峡工程建设及顺利运行以及库区生态功能不受破坏,大量居民丧失发展机会。

三峡水电站是目前世界上最大的水能发电站,安装着出力与尺寸最大的混流式水轮发电机组,其发电能力较强,但同时也对长江水资源流量提出一定要求。其取水行为涉及征收水资源费。根据2011年财政部等四部委发布的《关于三峡电站水资源费征收使用管理有关问题的通知》规定,中国长江电力股份有限公司按照用水量 and 有关规定缴纳水资源费,其10%上缴中央国库,剩余90%按比例(湖北省16.67%、重庆市83.33%)在两地之间进行分配,并分别上缴两省市国库^[14]。

2.3.2 基本特征及问题

水电站类型的生态补偿有两个基本特征:①服务于“水流水能利用”的流域生态补偿。三峡水电站利用水资源的目的是开发水能(即利用水资源的发电功能)。对于水能的利用不同于水量,它是一种非消耗性利用;也不同于水质,水质侧重于水环境,水能强调水的使用与利用。在权利归属上,可归类于“水能资源开发利用权”。水能资源开发利用权是为合理开发利用水能资源,实现水能资源的可持续利用而产生的一种涉水权利^[15]。这种权利属性本身可归属于特许物权^[16]。三峡水电站的水能资源利用模式并不以占据水资源本身或消耗水资源为目

的,而只是使用液体水的动能,因此是服务于水能资源利用的生态补偿。②保护特定“水生态空间”的生态补偿。《三峡后续工作总体规划》(2011)规定“在三峡水库土地淹没线到第一道山脊线之间的区域建立生态屏障区”^[7]、“将水库水域、消落区、生态屏障区和库区重要支流作为整体,综合采取控制污染、提高生态环境承载力、削减库区入库污染负荷等措施,建设生态环境保护体系”。这些三峡库区的生态保护措施都说明此类以水能开发为目标的水利工程的生态补偿具有保护库区水生态空间区域的特征。这是因为三峡库区影响长江中下游地区的生态损益问题。

水电站类水利工程的生态补偿的主要问题在于如何从水能利用的经济收益中反哺因“水能资源利用”受损的主体和水库生态空间产权主体。三峡水电站在水能资源利用中的经济项目收支分别是上网电费和水资源费。“水资源费”实际为水电站支付的利用水资源(取水权)的费用,其是否具有生态补偿的性质关键在于明晰水资源费的性质与用途。近年来,一直有全国人大代表呼吁,三峡水库的电费收入应当纳入生态补偿资金。

3 长江流域水生态补偿的法律调控现状及问题

尽管当前长江流域水生态补偿已经开始实行并初具成效,但其法律调控方式并不成熟,当前的长江流域生态补偿的利益调控机制主要存在两个方面的问题。

首先,以宏观的生态效益补偿为主,生态补偿是行政治理而非法律治理。长江流域生态补偿以提供基于水质、水量和水能三类可量化的生态产品和功能而展开。这三种类型是我国目前对流域生态资源开发利用的主要形态,也是生态补偿所依据的流域生态保护效益标的。从整体观察,当前长江流域水生态补偿调控方式的最大特点在于过于强调以政府、行政区域为单元,以财政转移支付为手段,因此其法理依据更多是基于权力而不是权利。这种基于一定生态效益而发生的区域政府间整体性补偿,主要通过政策或区域政府间的协议进行,通过地区间协议或中央与地方水质、水量等水生态要素指标控制的方式实现,其实质是一种行政治理措施,而不是深入到生态保护微观运行的产权主体的生态保护利益补偿。可以说,区域间政府主导的宏观性的、基于生态保护效益的生态补偿仅完成了生态利益在区域或群体之间的传送过程,并没有将该补偿资金精确对应到真正的利益供应主体或受害主体,也就没有完成利益归宿的最终分配。而且,这种政府主导的生态效益补偿的利益调整具有选择性、随机性,缺乏稳定性和长效的法治保障。以法律调整长江流域生态保护利益补偿应当成为今后发展的方向。

其次,基于产权的生态保护利益补偿缺失,不能精准地补偿实施生态保护个体的利益。如果说宏观的效益补偿是偏向于行政治理,那么法律规制下的生态保

护利益补偿必须是基于产权或者通过产权的路径才能最终实现。以东阳一义乌水权交易为例,该案例是政府之间的水权交易,水权交易的开展更多是以国家负有向区域内居民供水的国家义务和公共政策为权力出发点,以实现高效率供水为目的;而没有真正从产权主体的利益角度充分考虑到东阳市居民的水资源使用权用益,以至于出现了东阳市内的政府与农民之间的产权冲突(农民对横锦水库水资源的取水权),以及东阳市因引水、卖水与嵊州市产生了水资源的产权冲突。这种冲突的实质在于水资源产权利益补偿的缺失,水资源产权个体同样对水资源具有用益权——在当前物权法强化使用权而非所有权的情形下,其构成水资源产权的核心内容。再以“三峡水库生态补偿”与“三峡水电站取水发电”为例,国家每年给予库区政府或相邻区域政府的财政补贴和财政转移支付的资金,主要用于库区生态环境恢复与建设而较少考虑到个体的损益甚至损害。目前国家对受三峡水库影响的民众个体利益受损的生态补偿主要是采取移民政策,但是移民的个体毕竟是少数,还有更广大的存在于三峡库区周边的民众个体——其生存环境受到三峡大坝建设的巨大影响且其生产和生活方式必须得到转变,因而他们对库区水域、水生态承担了更为严格的水环境保护责任,而他们的生态保护利益却并没有给予与提供整体生态效益相匹配的基于产权的差异化补偿。

4 长江流域水生态保护利益补偿法律调控的完善

4.1 长江流域生态保护利益补偿法律调控应然模式

4.1.1 “生态效益补偿”与“生态保护产权利益补偿”联合的模式

笔者主张长江流域生态保护利益补偿法律调控应当采取“流域生态效益补偿”与“生态保护产权利益补偿”联合的模式,即流域生态补偿的法律调控目标应当既能能够反哺生态系统又能够对参与生态保护的社会个体的利益给予公平的补偿。生态效益补偿是宏观的,主要是政府间的补偿,强调的是结果补偿,表现为纵向中央政府财政补贴与横向财政转移支付。生态保护产权利益补偿是微观的,是对长江流域水资源微观的个体补偿,表现为政府的财政资金补偿到长江流域水资源产权个体。长江流域水资源保护利益补偿应当是政府间的效益补偿和对水资源用户个体的利益补偿兼顾的模式,如此才能有效地化解利益的冲突与矛盾,才能协调不同利益群体的失衡,特别是微观个体的利益失衡。可以说,只有产权利益补偿才具有真正私法意义上的个体行为补偿,而实现基于产权的利益补偿的过程必定是以产权法定为前提的法律调控过程。惟“法律是获取或减损利益的方式,是利益认可、给予、限制、剥夺或致损的正当、正式、规范、合法、最终的方式和手段”^[8],故通过产权法定,

兼顾产权行使与生态保护效益的内在的（不一定是一一对应的）、特定的因果关系，才能将生态效益补偿金通过利益识别后给予分配、补偿与救济，才能最终实现流域生态保护利益补偿分配的合理和平衡。

4.1.2 “生态保护产权利益补偿”具有不可替代性

流域生态补偿法律调控中，基于产权的生态保护利益补偿是落实生态效益补偿的关键环节。产权主体享有流域资源的开发利用权利，当因流域生态保护的需要而遭遇利益受损或发展机会被剥夺时，其应当从区域整体性的生态效益补偿金中取得其应得的利益补偿——因为其产权行使与流域生态功能的保护或维持着非特定但是必然的因果关系。也就是说，产权主体从流域地区整体受偿的生态补偿金中获取应得的利益补偿是流域生态补偿的应有之义，其应当成为流域生态补偿不可缺少的组成部分。产权主体依据其水资源和水生态的“法定产权”而分享区域整体生态补偿资金，这就要求将生态补偿资金从流域生态保护的结果行为主体（生态效益共享主体代表）转移到原因行为主体（产权利益主体）上，这个过程是流域生态补偿的法治过程。从现实状况分析，一个流域补偿单元内产权主体应得的补偿利益总和并不必然等于甚至会一直小于该区域整体生态效益受偿所得，这是因为区域整体生态效益是该区域多种原因行为综合作用的结果，产权主体的产权相关利益减损是为其中的部分，产权利益生态补偿的法律调控仅仅在产权主体相关利益减损的限度和范围内发挥作用。产权之外的生态保护补偿则应当交由公共治理方式分配和使用，由此形成流域生态补偿中生态效益公共补偿与流域产权利益补偿互为合作和弥补的治理形态。

4.2 生态保护产权利益补偿调控方式的完善

从前文可发现，长江流域基于产权的生态保护利益补偿的调控方式是不完善的，此应当成为完善长江流域水生态补偿制度的着力点。基于产权的生态保护利益补偿调控的法治功能是对接流域生态效益保护的公共治理目标与生态保护个体利益保护目标，是对受制于公共治理目标的产权利用限制行为所产生的私权利益分配不正义的矫正。而且，有别于公共治理的是，这种私权利益分配不正义的矫正必须遵循法律治理的规则和规律，是法律调控手段。在因长江流域生态保护公共治理目标所引发的私权利益分配的法律矫正中，长江水环境、水生态和水资源各有关产权法律关系成为判断生态保护利益补偿发生和运作的条件和依据。笔者认为长江流域生态保护产权利益补偿的法律要素主要是：产权主体特定性的识别，产权利益行为（增益或损益）与流域生态效益的连接，以及涉水产权法定即利益法定。这三个法律要素分别对应解决谁补偿谁，为什么补偿（有别于经济学尤其是环境资源经济学关注的“补偿什么”

和“补偿多少”），以及补偿利益可诉诸司法保护的法律问题。

4.2.1 产权主体的特定性及其识别

长江流域水生态保护利益主体非常繁杂，恰当识别并非易事。笔者认为，必须紧紧围绕长江流域生态效益补偿的目标（如“水质”、“水量”、“水能”），以最密切关联为原则划定基于产权的利益主体。尤其应当注意两对关系问题：①政府（中央政府和区域政府）代表“国家”在长江流域生态补偿中的身份地位。政府具有双重角色即作为“资源生态服务功能的行政管理主体”和“作为资源经济价值的所有人主体”^[4]，这两者的关系不可机械地分离也不可笼统地混同。也因此，政府作为双重主体，在生态保护资金的分配上应该区分长江生态保护公共治理资金和用于产权利益补偿的资金及其比例。②长江流域水生态保护的产权利益补偿主体应当降落到直接影响产权“利用”或“经营”的主体。水流资源国家所有权的权能往往通过有偿出让或转让自然资源使用权及其经营权而被层层分解行使和实现，因此要因地制宜地识别受保护目标直接影响的具体产权利益主体，并将其纳入补偿计划。

4.2.2 与流域生态保护目标相连接的产权利益行为的识别

流域生态补偿产权利益行为的识别，应当分类别分析。对于基于水质保护的流域生态补偿而言，主要在于识别什么是水质的增益行为。一般而言，维持特定水域法定的水质标准是履行环境法律管制的一般义务，为达到和维持法定水质而牺牲的利益，从法律性质上讲不具有物权补偿属性，甚至可以说那些在不达法定水质目标下的获利行为都有“不当得利”的成分，因此不属于生态保护利益的增益效益，不能纳入流域生态保护补偿制度框架。笔者认为，当前基于水质目标的流域生态补偿实践中，对不达法定水质而进行的生态补偿只能属于政府为提高义务人履行义务积极性而进行的政策性激励，属于行政调控而不是法律调控。只有对高于法定水质的水流输出——在履行了一般法定义务基础上供给出增益性的生态系统服务产品时，才能够开展“协议水质”补偿。这一基于水质增益的流域补偿原则，笔者定义为“流域生态补偿中的共同但是有差别的责任”^[8]，适用于上下游政府之间（作为产权管理人的身份）和其他产权利益主体之间的流域水生态增益的补偿，这种补偿关系可以通过意思自治形式（如协议）纳入到产权利益法律保护框架。

对于基于“水量”和“水能”利用的流域生态补偿而言，对受补偿的区域，主要是判断受损益的产权利用行为是什么。对于跨流域的南水北调工程，要区别分析两种效益影响：第一种是水资源有偿使用权基础上的水权交易，本质是水资源跨流域利用和水资源产品配置的

效益；第二种是水资源产品被调离之后被调水地区因水资源量的减少而引起的水流生态环境和承载能力的减弱，并导致该区域产权利用的损益。对于第一种水资源利用效益而言，由于我国水资源是国家所有制，国家（无论是中央政府与地方政府还是地方政府之间）开展水权配置是有宪法基础的，需要服从水资源有偿使用的法律原则，其实质是水资源对价交易或有偿使用问题而不是生态保护补偿问题。第二种情形才是真正意义上的生态保护利益补偿，这种情形同样适用于基于水能利用的流域生态补偿，即为利用水能而改变了河流和水流的生态环境并使水流或涉水产权利益受到损害。长江流域生态补偿实践应当更多关注此类情形。对该种生态保护的利益补偿应当在水流产权或涉水产权法定的基础上予以实现。在确定与流域生态保护目标相连接的产权利益行为时，还应当注意流域生态保护不同于湿地、山岭、森林等其他自然资源和生态系统的特征，应当将保护地保护措施如设立岸线保护区、饮用水源区、生态功能区以及湿地等，以及禁止区管制措施如禁止养殖区（畜、渔）、环境保护区（禁止排放和污染）等具有很强空间属性的区域，作为识别产权利益行为的重要空间要素。

4.2.3 水流或涉水产权法定

流域生态保护利益补偿与其他类别的生态补偿不同的是它具有很强的空间性。例如，“三峡水电站库区”生态补偿实践就是基于整个水库的生态空间展开，补偿措施是以水库的生态空间保护与恢复为核心。长江流域丹江口水库水源地保护生态补偿实践，也是针对库区、岸线等不同区域开展的针对性的保护。可以说，长江流域水流产权和涉水产权的确权和法定化是长江流域也是所有流域生态效益补偿、产权利益补偿的前提，如果不能合理界定长江流域水流和涉水产权利益主体的权利边界，则无法在微观的个体层面区分利益的边界，也就无从实现差异化的利益补偿。但是，我国水流或涉水产权法律制度并不完善，相关改革试点工作正在紧锣密鼓地开展。

4.3 水流产权法律制度的完善

近年来，我国启动了水流产权确权及其法定化（登记）改革进程。2015年中共中央、国务院发布的《生态文明体制改革总体方案》中提出“坚持资源公有、物权法定，清晰界定全部国土空间各类自然资源资产的产权主体。对水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等所有自然生态空间统一进行确权登记，逐步划清全民所有和集体所有之间的边界，……推进确权登记法治化。”2016年12月20日国土资源部等七部委联合发布《自然资源统一确权登记办法（试行）》，在已经不动产登记基本制度下，基于自然资源的整体属性进行统一确权登记，以“推进自然资源确权登记法治化，推动建立归属清晰、权责明确、监管有效的自然资源资产产权制度”，在进行统一登记的自然资源中，水流是重要项。2016年11月，

水利部与国土资源部联合印发《水流产权确权试点方案》，在宁夏回族自治区、甘肃省疏勒河流域、陕西省渭河、江苏省徐州市、湖北省宜都市、丹江口水库六个地区进行水流产权确权试点。

《水流产权确权试点方案》明确了水流产权确权的两大标的即水域、岸线等水生态空间和水资源，但是对水生态空间产权和水资源产权属于什么内容的权利及其在既有物权权利体系中的地位并没有进行说明。因此，应当加强对水流和涉水的产权问题进行更深入的理论研究，解决：①水生态空间产权是否等于“水生态空间使用权”，是否属于独立的产权形态？如果不是，它与所依附的土地、林木、湿地等自然资源产权是什么关系？②在以“水流”整合“水资源”与“水生态空间”两个标的之前，“水资源”权在学理上已经有较为认同的解释，即将取水与用水行为定性为两种不同的权利属性，并分别解释为“新型用益物权”^[18]或“新型的准用益物权”^[19]。那么在引入“水流”和“水生态空间”标的之后，“水资源”权的权利属性又有什么变化？根据宪法规定水流属于国家所有，那么水流产权是否能定性为用益物权？它又有哪些权利构成？③水流产权如何在民法、物权法与环境法上进行立法确认并建立衔接？④能否将地役权理论应用到水流产权上？如果可以，水流地役权应当如何进行法律表达和解释？

应该明确的是，水流产权确权乃至水流产权法定化是对水流实行有效产权法律保护的前提和重要步骤，但也还只是第一步。有效的水流产权保护和管理制度——如流域生态补偿，只有以此为平台和基础将具体的生态保护措施建构在产权制度的法律框架之下，渗入到产权主体的责权利当中，才能真正发挥法律矫正利益分配不当的作用，也才能进而迈向诉诸司法的权利保护法治轨道。

5 结语

基于“水质”、“水量”及“水能”利用的长江流域生态补偿不能仅停留在以政府为主体、以行政区域为单元的整体性生态效益补偿的状态，其生态保护利益应当从生态效益的结果行为端向原因行为端传递，才能精确补偿为长江流域的生态保护而牺牲利益的产权个体。目前国家实施的水流产权试点也为长江流域水生态保护利益补偿提供了必要的基础性制度支持，但是具体的理论问题仍然有待进一步发掘。长江流域水生态补偿机制应当向基于产权的法律调控转变并在理论探索和试点实践的互动中逐渐完善。

参考文献

- [1] 新华网. 十三五规划纲要（全文）[EB/OL]. (2016-03-18). http://sh.xinhuanet.com/2016-03/18/c_135200400_9.htm.

- [2] 新华网. 习近平: 走生态优先绿色发展之路 让中华民族母亲河永葆生机活力 [EB/OL]. (2016-01-07). http://news.xinhuanet.com/politics/2016-01/07/c_1117704361.htm.
- [3] 李启家. 环境法领域利益冲突的识别与衡平 [J], 法学评论, 2015, (6): 134-140.
- [4] 杜群. 生态保护法论 [M], 北京: 高等教育出版社, 2012(12): 322.
- [5] 刘玉龙, 许凤冉, 张春玲, 等. 流域生态补偿标准计算模型研究 [J], 中国水利, 2006(22): 35-38.
- [6] 马庆华, 杜鹏飞. 新安江流域生态补偿政策效果评价研究 [J], 中国环境管理, 2015, 7(3): 63-70.
- [7] 杜群, 陈真亮. 论流域生态补偿“共同但有差别”的责任——基于水质目标的法律分析 [J], 中国地质大学学报 (社会科学版), 2014, 14(1): 9-16.
- [8] 黄山新闻网. 永葆新安江流水——黄山市新安江流域生态补偿纪实 [EB/OL]. (2013-10-16). <http://www.news.hs.com/a/20131016/00216.htm>.
- [9] 李平. 浅谈南水北调中线工程水源地生态与水资源补偿机制的建立 [J], 中国水土保持, 2008(9): 19-22.
- [10] 朱金兆. 林业生态工程技术体系 [J], 中国农业科技导报, 2000, 2(1): 27-31.
- [11] 王国栋, 王焰新, 涂建峰. 南水北调中线工程水源地生态补偿机制研究 [J], 人民长江, 2012, 43(21): 89-93.
- [12] 刘军民. 南水北调中线水源地财政转移支付生态补偿探讨 [J], 环境经济, 2011(11): 17-23.
- [13] 梁福庆. 三峡库区生态环境保护回顾与思考 [J], 重庆三峡学院学报, 2009, 25(2): 17-20.
- [14] 中华人民共和国财政部. 关于三峡电站水资源费征收使用管理有关问题的通知: 财综〔2011〕19号 [EB/OL]. (2011-04-16). http://zhs.mof.gov.cn/zhengwuxinxi/zhengcefabu/201104/t20110426_542210.html.
- [15] 崔建远. 水工程与水权 [J], 法律科学 (西北政法学院学报), 2003(1): 65-72.
- [16] 王明远. 我国水能资源开发利用权制度研究 [J], 中州学刊, 2010(2): 102-105.
- [17] 国务院三峡工程建设委员会办公室. 生态屏障区建设概况 [EB/OL]. [2017-02-23]. <http://www.3g.gov.cn/3Gxxxq. ycs?GUID=4510>.
- [18] 裴丽萍. 水权制度初论 [J], 中国法学, 2001(2): 90-101.
- [19] 曹明德. 论我国水资源有偿使用制度——我国水权和水权流转机制的理论探讨与实践评析 [J], 中国法学, 2004(1): 77-86.

(上接29页)

预防性的长期补偿协议, 对偏离水质标准 (改善或恶化) 的情形采取累进的奖罚措施, 增强双方的参与积极性。

(2) 由于缺乏法律规范, 合约的存废在很大程度上取决于地方主政官员的偏好。如果地方主政官员属于政治型官员, 合约成功的概率较高; 如果地方主政官员属于经济型官员, 情况则相反。建议尽快制定国家层面的生态补偿法规和具有可操作性的实施指南, 落实水资源和水环境治理的属地责任制, 使横向生态补偿有法可依。

(3) 目前的横向生态补偿试点政治市场色彩较浓, 在制定补偿标准时缺乏科学依据和成本核算。今后在由试点转向推广阶段时, 中央财政和地方财政均将面临补偿可持续性的问题。建议建立一套普遍认可的生态服务价值评估方法, 合理确定生态补偿的资金标准。

(4) 目前上下游一对一的谈判和补偿模式仅适用于中小流域, 对于流经多省的大流域, 需要有数个一对一的合约才能构成一个完整的横向生态补偿体系, 届时高昂的交易成本将使目前的模式失效。对于大流域的生态补偿, 建议由中央和省区政府共同组建生态补偿基金, 委托第三方管理。借鉴排污权和碳排放权配额的基准分配方法, 基于各跨省区断面的水质水量数据信息, 参考国家水功能区对河流的水质标准计算出补偿基准, 如果排污量超标, 水质水量综合系数劣于基准, 则按照其差

距向基金支付相应的补偿金额; 相反, 如果排污量少、产水量多, 水质水量综合系数优于基准, 则依据系数差额从基金获得相应补偿。这种基于共同基准的、奖罚并举的综合补偿机制既可以避免高昂的交易成本, 而且可以化解上游发展权与下游环境权之间的冲突, 构建一种正负外部性可以同时实现内部化的激励相容机制^[4]。

参考文献

- [1] GÓMEZ-BAGGETHUN E, DE GROOT R, LOMAS P L, et al. The history of ecosystem services in economic theory and practice: from early notions to markets and payment schemes[J]. Ecological economics, 2010, 69(6): 1209-1218.
- [2] HURWICZ L. The design of mechanisms for resource allocation[J]. The American economic review, 1973, 63(2): 1-30.
- [3] 丹尼尔·W·布罗姆利. 经济利益与经济制度——公共政策的理论基础 [M]. 陈郁, 郭宇峰, 汪春, 译. 上海: 上海三联书店, 上海人民出版社, 2006.
- [4] 张捷, 傅京燕. 我国流域省际横向生态补偿机制初探——以九洲江和汀江-韩江流域为例 [J]. 中国环境管理, 2016, 8(6): 19-24.