

# 我国水权市场中行政垄断理论探析

蒋华剑,潘洪林

(河海大学常州校区人文社科部,江苏常州 213022)

**摘要** 我国水权市场中行政垄断是指水资源主管部门滥用行政权力,排斥或限制公平竞争,扰乱或破坏水权市场竞争秩序,严重阻碍水权市场的正常建构和妨碍水权市场按照社会主义市场经济规律运行的违法行政行为。水权市场中行政垄断具有区别于一般行政垄断的独特的表现形式、法律特征、形成原因以及特殊危害。

**关键词** 水权市场;行政垄断;法律规制

中图分类号:D922.29;TV213.4 文献标识码:A 文章编号:1671-4970(2010)04-0053-04

我国水资源在流域与区域之间分布相当不均的局面,到目前尚未根本改观。当下,水质的逐渐恶化与城乡水危机的不断加剧,更进一步阻碍了构建和谐社会、建设小康家园的步伐。特别是我国缺乏对水资源可持续开发利用的统筹规划,现行《中华人民共和国宪法》以及《中华人民共和国水法》等也无专门规定,使得水权市场建设缺失必要的法律保障。加上各级政府、水行政主管部门和流域管理机构依旧固守着计划经济时代对水资源垄断性管理的传统观念,在狭隘的局部或部门利益驱动下,官本位思想和官僚主义交互作用,形成“多龙管水”管得过甚而控权不足的局面,即管水源的不管供水,管供水的不管排水,管排水的不管治污,管治污的不管污水回用。水资源综合管理利用的统一属性被人为地分割<sup>[1]</sup>。

出现以上问题,其根本原因就在于水行政主体在滥用管水的公权力,不当干预水权市场正当建构,导致水权不能顺利地准入市场经济中,妨害了水权市场的正常运作,遏制了水权享有者权益的正当实现。

## 一、水权市场的建构与行政垄断的凸现

### 1. 我国水权市场已然处于理论探索和实践阶段

2000年的“义乌水权交易”被学界公认为是在实践中开辟了我国水权交易先河的创举,被誉为中国水权交易市场的破题之作<sup>[2]</sup>。此后,绍兴市与慈溪市也正式签订了供水合同,慈溪方面斥资7亿余元,从2005年至2022年的18年中,绍兴将向慈溪供

水12亿 $m^3$ <sup>①</sup>。

理论上,笔者比较赞同把水权界定为“依法对国家和集体所有的水资源而享有的取水、利用、开发、排污等各项权利的总称”<sup>[3]</sup>。此概念在广义层面上对水资源这个特殊“动产”形成的和一定范围内的处分权利给予了较为周延的阐释。水权具有非排他性、分离性、外部性或公益性等,而水权交易主体地位的不平衡性则是其重要的特征所在<sup>[4]</sup>。水权市场是为实现水权顺利流转而建构的重要交易媒介,分为一级和二级市场。其中,一级市场是水资源的所有者即国家,通过水资源管理部门和用水户之间进行的初次水权转让,通过该市场,水资源的使用权和经营权由政府向市场主体转移,不平衡性显而易见,极易滋生行政垄断的违法行为;二级水权市场所进行的是用水户之间的二次水权转让,通过该市场,实现水资源的使用权在用水户之间的流转。学者们倾向于认为水权市场的性质是准市场和有限市场,即水权交易在兼顾防洪、发电、航运、生态等其他方面的基础上,还得兼顾各灌区、各流域的基本用水需求。

由于经济发展水平和水资源管理体制的不同,国外水权市场的培育和建设相对较早。

比如,美国政府较早创建了水银行制度。水银行将每年的来水量按照水权分成若干份,以股份制形式对水权进行管理,水银行主要负责购买出售水资源的用户的水,然后将收购来的水卖给急需用水

收稿日期:2010-08-28

基金项目:河海大学中央高校基本科研业务费项目(2010B23814)

作者简介:蒋华剑(1978—)男,江苏泰兴人,讲师,硕士,从事水权法律制度、水域污染公益诉讼研究。

① 万润龙,吴钊谦.浙江水权交易新版本:慈溪花七亿从绍兴买水[N].文汇报,2003-01-15.

的用户。水银行的成员必须符合严格的条件,必须保证不会浪费用水,也不会购买多余的水。

由于局部水资源严重短缺,澳大利亚也有一些州建立了水权交易制度。此外,智利和墨西哥则是当前世界上仅有的两个建立国家级正式可交易水权制度的国家<sup>[5]</sup>。

这些国家依托各自国情,灵活采取水资源管理的市场化模式,已经被世界其他国家所重视。

我国要建构水权市场的原因主要是基于对其功能和作用的考察:一是水资源是典型的稀缺资源,市场的重要功能就是对此类资源及其衍生之权利进行优化配置;二是依托政府宏观调控,逐步形成水权交易的市场价格,促进节约用水,与构建和谐社会的战略相统一;三是通过在流域或区域之间调剂余缺,调节水资源供求关系,促进水利基础设施建设;四是在遵循“谁污染、谁治理”原则的前提下,通过废污水排放和处理领域的市场化,最终实现加大水环境保护力度之目的;五是水权进行市场化运作之后,将促进对水资源的优化配置。可见,构建具有中国特色的水权市场非常必要。

## 2. 水权市场建构中行政垄断的凸现

水利部于2005年1月11日颁布了《关于水权转让的若干意见》。该《意见》的出台表明了政府从制度层面上对水权转让给予了充分的肯定。《意见》第十七条规定:“水行政主管部门或流域管理机构应对水权转让进行引导、服务、管理和监督……水行政主管部门或流域管理机构应当向社会公告并举行听证。对有多个受让申请的转让,水行政主管部门或流域管理机构可组织招标、拍卖等形式。”由此可以看出,被授权者在承担重大管水责任的同时也掌握着巨大的资源垄断利益。在水资源管理过程中,水行政主管部门或机构容易在听证、招标、拍卖等环节中高居管理者之位,滥施管理者职权,该及时举办听证会的而不举行听证,或者曲解行政法的规定和理念,在听证程序上“搞形式、走过场”,比如在水价的制定和水权的初级市场流转过程中很容易出现程序违法,损害市场正常竞争者的利益,效仿某些基建项目在发包中惯用的肢解方式将原本必须实行招标的项目转变为非招标项目,使该招标的水权流转项目不招标,或只是在有限的范围内发布招标信息,或只采取邀请招标的形式妨碍其他具备实力的投标者参加投标,其实质是用政府的具体行政行为直接干预市场的具体运作,侵害的是市场主体之间的公平竞争权,有碍水权市场主体合法利益的正当实现。

## 二、水权市场中行政垄断的特质与法律构成

### 1. 概念界定

自20世纪80年代初国务院明确提出反行政垄断的任务以来,法学界从理论和实践两个层面着手研究与探索。对何为行政垄断,学术界主要有广义和狭义两说,其中狭义说把行政垄断理解为“指国家经济主管部门和地方政府滥用行政权力,排除、限制或妨碍企业之间的合法竞争<sup>[6]</sup>。或是“凭借政府行政机关或其授权的单位所拥有的行政权力,滥施行政行为,而使某些企业得以实现垄断和限制竞争的一种状态和行为<sup>[7]</sup>。广义说把行政垄断理解为“国家运用公权力实施并保护的排除或限制竞争的行为”,是“政府凭借公共权力来排除或限制竞争的一种表述”;它并不以违法为前提<sup>[8]</sup>。辨析广义和狭义两说,只有行政主体滥用经济管理职权实施的具有非法性的垄断才是本文所分析的行政垄断。在水权市场中,行政垄断则是水资源主管部门(即水行政主管部门或流域管理机构)滥用行政权力,排斥或限制公平竞争,扰乱和破坏水权市场竞争秩序的一种违法行为。

### 2. 特征分析

有学者认为:“行政垄断的主体是除国务院以外的各级各类国家行政机关,是一种政府行为而不是市场行为,动机和目的比较复杂,危害性大于经济垄断”。行政垄断的特征是:“主体地位具有特殊性,行为具有强制性与较强的隐蔽性,动机与目的呈现多样性,结果具有政治危害性。<sup>[9]</sup>具体到水权市场,其行政垄断的主体是水行政主管部门或流域管理机构,其实施的垄断行为的危害在社会民众心中形成巨大的负面影响。行政垄断的强制性在我国转型时期表现尤为突出,尤其在水权交易之初始分配的一级市场中,为追求某个地区或行业的局部利益,很多行政主体假借管水之名,行行政垄断之实。

此外,水权是具有公益属性的水资源权利,对损害水权的行政不作为行为缺失公益诉讼法律予以支持。例如2010年7月,中国最大的黄金生产商紫金矿业集团所属的紫金山铜矿发生污水渗漏事故,约9100m<sup>3</sup>废水进入了被客家人称为母亲河的汀江流域,该污染且跨省蔓延到广东省<sup>①</sup>。出现如此重大的损害水权的行为,却没有任何适格主体可以依法向紫金矿业提起诉讼。再如,流经江苏的京杭大运河,穿越江苏八市,出现了“水多、水少、水脏、水浑

① 紫金矿业污染汀江,政府禁渔3年引居民不满 N/OL [2010-07-16]. <http://news.qq.com/a/20100716/002131.htm>.

的问题,使得运河带周边水生态日益恶化<sup>[10]</sup>,但是,由于污染加害人具有不确定性,而污染受害人既无能力也无意愿提起民事公益诉讼,更为关键的是立法的不完善,使得通过民事公益诉讼来保护环境也陷入了困境。

从经济法视野分析,水权市场的行政垄断是行政主体在水权市场建构和管理中,滥用经济管理权力的特殊表现形态,势必损害政府作为经济管理者的公正廉洁的形象。

### 3. 法律构成

一般认为,从国家到地方的各级政府以及流域管理部门都是构成行政垄断的适格主体。客体方面是水行政管理主体滥用行政权力侵害了水权市场经济所赖以存在的公平竞争关系。在反垄断法学理论中,学者坚持把故意作为主观要件。水权市场行政垄断的客观要件是主体有滥用行政权力的行为。不管这种行为违反的是实体法还是程序法,不问行为是否在自由裁量的范围内被行使,如果目的和结果都因为行政主体的积极行为违法而“呈现极大危害性”,即构成滥用。

## 三、水权市场中行政垄断的表现形式与成因分析

### 1. 表现形态

一般而言,行政垄断分为地区垄断、行业垄断、强制交易行为与强制联合限制竞争四大类。在水权市场中,由于长期存在对水资源管理的“多龙治水”格局,形成了在流域上“条块分割”、在地域上“城乡分割”、在制度上“各自为政”的局面,这是水权市场中独具的行政垄断形态。从经济行政法学角度分析,水权市场行政垄断的实质是行政主体作为经济管理主体对水资源管理权的滥用,可以分为行政主体滥用抽象行政行为和具体行政行为两大类。前者是立法性的行政垄断行为,后者是执法性的行政垄断行为。前者主要表现为实行歧视性待遇和差别性制度规则:即设置水权两级市场交易的地方壁垒,限制外地资金的融入;设定专门针对外地水资源经营企业和行业的审批、专营制度等;后者凸现行政权力的强制性和被滥用状态,即在水资源所有权的管理中,对一级水资源市场中出现的行政垄断性督察不力或本身就是助长违法违规操作。在对水资源使用权和经营权的管理中,管理排水的部门却不管理治污,管理治污的部门不管水的回收利用,管理流域协调的却不管水生态的维护,从行政外部性的表征来考察,实为行政垄断的滥施。

### 2. 成因分析

政治、经济和文化等因素在中国经济管理领域里的融合,使得水权市场中行政垄断行为的成因极具综合性。根本原因是政府管理体制的不健全和不完善,第二位的原因是法治的不健全或相对落后,特别是对水资源的管理制度和产权制度的缺失。直接原因是地方保护主义和官僚主义这两股势力的交互作用,导致水权市场构建的严重迟缓。而经济基础则是生产力水平低,市场经济的不完善。法律基础是权利义务不对等。

研析深层次的原因,利益因素是转型期我国水权市场中行政垄断的主导因素。水权市场在构建过程中,行政垄断的危害已然非常严重。其产生的“毒树之果”体现在诸多“阻碍”上,一是对资源和能源的严重浪费,使防洪减灾、城乡供水、防治水污染和保护生态环境等工作方面存在许多矛盾,严重违背了水的自然规律,不利于各种涉水问题的有效解决,阻碍了建设节约型和谐社会的进程;二是破坏了统一大市场的建立与完善,影响合理水价的形成;三是侵犯用水户的合法权益,侵犯了竞争者的竞争权利,阻碍公平竞争水权市场秩序的建立;四是两类部门管理降低了行政效率和政府权威,造成腐败现象的蔓延。

另外,由于《关于水权转让的若干意见》的法律位阶不高,诉讼法律的缺失和监督检察机制的不力,也阻碍了行政垄断产生后司法救济效果的有效实现。

## 四、水权市场中行政垄断的法律规制

对水权市场中行政垄断进行法律规制,是构建我国健康有序的水权交易秩序必不可少的关键所在。但是面临的困境也很明显,主要体现在实体法的缺失,程序法的缺陷和救济渠道匮乏<sup>3</sup>个层面。其中,实体法的严重缺失主要表现为立法不科学。水权市场行政垄断属于违法行为,我国目前缺乏权威的法律对此予以规制,更令人遗憾的是,在《反垄断法》中,竟然把最重要的反行政垄断部分给删除了。法律漏洞和空白的大量存在给行政垄断的存续留下广阔的空间;执法机关设置不合理。依据《反不正当竞争法》的规定,我国反行政垄断的执法机关为工商行政管理部门。由于工商行政管理部门是政府直属的部门,其机构的行政隶属性导致其执法行为的有效性、裁决的可执行性以及公信力都大打折扣;法律责任不够严格。行政垄断行为是经济活动中一种严重的应受追究的违法行为,现行的法律条文只是规定了“由上级责令其改正”、“承担行政处分”等<sup>[11]</sup>,其法律术语含义模糊,可执行性也很差。程序法方面存在严重法律缺失,使得救济渠道显得非

常狭窄。不仅在我国刑法、行政法和经济法中没有“行政垄断”这一法律术语,更为严重的是与实体法配套实施的现行三大程序法也找不到对这种行政垄断行为的必要规制条款。同时,由于我国目前还没有创设民事公益诉讼制度,导致现时只能由利害关系人提出行政复议或行政诉讼,对公益受损案件无法起诉。还有,我国目前欠缺强有力的监督机制,社会监督的路径不够畅通。

## 五、结 论

由于行政垄断已经成为水权市场化正常运行中亟待突破的桎梏。在充分总结学术界研究成果和司法实践经验的基础上,需要制定出具有中国特色的反垄断法典,对水权市场建构中存在的非法行政垄断行为予以法律规制,建立严格的法律责任制度,如实行“双罚制”,追究致损单位和直接责任人的违法犯罪行为,设立具有权威性准司法性的反垄断主管机构,并赋予其对行政垄断行为发布禁令的权力。水权市场行政垄断具有特殊性,建议在反垄断主管机构中设立专门的行业管理部门进行垄断行为的管制,对现行的三大诉讼法进行科学严谨的法律修订,或者创设行政和民事公益诉讼制度,以拓展救济的途径,设立司法审查制度,对水资源管理主体在抽象行政行为和具体行政行为中违反根本法的行为给予严厉的打击,建立健全水资源专家、法律精英与立法和执法部门之间的互动机制,让他们为立法提供最有力的学术支撑,对水行政管理主体和流域管理部

门行使职权行为提供必要和及时的法律顾问,以减小违法机会成本,增强行政行为的公信力,让水权市场在我国的社会主义市场经济环境中得以合理构建和高效运行。

## 参考文献:

- [1]葛颜祥,周玉玺,张维.地下水可交易水权制度框架及其作用研究[J].水利经济,2010,28(3):25-27.
- [2]沈满洪.水权交易制度研究:中国的案例分析[M].杭州:浙江大学出版社,2006:56-59.
- [3]王利明.物权法研究[M].北京:中国人民大学出版社,2002:614.
- [4]姜文来.水权及其作用探讨[J].中国水利,2000(12):13-14.
- [5]赵海林,毛春梅.中外水权制度比较研究与我国水权制度改革[J].水利经济,2003(7):5-7.
- [6]关保英,黄辉,曹杰.行政垄断之行政法规制[M].北京:中国政法大学出版社,2008:1.
- [7]张瑞萍.关于行政垄断的若干思考[C]//王晓晔.反垄断法与市场经济.北京:法律出版社,1998:162-175.
- [8]李昌麒.经济法学[M].北京:中国政法大学出版社,1999:362.
- [9]郑鹏程.行政垄断的法律控制研究[M].北京:北京大学出版社,2003:34-59.
- [10]潘杰.江苏运河水环境与水文化问题的对策研究[J].河海大学学报:哲学社会科学版,2008,10(4):11-14.
- [11]方维亮.反不正当竞争法解释与例解[M].北京:同心出版社,2001:109.

·简讯·

## 河海大学获 12 项江苏省高校哲学社会科学研究优秀成果奖

2010年12月,江苏省教育厅公布了省高校第七届哲学社会科学研究优秀成果获奖名单,河海大学“江苏省水价弹性及其节水效果研究”等12项研究成果获奖,其中二等奖5项,三等奖7项。江苏省高校哲学社会科学研究优秀成果奖是为了促进江苏高校哲学社会科学事业的发展,表彰在高校哲学社会科学研究作出突出贡献的研究人员。

河海大学获12项教育部人文社科基金,2010年11月,2010年教育部人文社科研究项目评审结果公布,河海大学共获准立项12项教育部人文社科项目和2项江苏省科技厅软科学项目。

12项教育部人文社科项目包括规划基金项目3项,青年基金项目8项,思想政治专项项目1项,分别是“RJV<sub>s</sub>利益驱动下我国区域创新资源整合机理研究”、“城市供水水价形成机制的经济学研究”、“思想政治教育现代转型研究”、“组织间关系对软件接包联盟拓展市场能力的影响研究”、“供应链收益共享契约的协调模型、优化策略及其计算实现”、“中国房地产价格调控:目标、路径与绩效”、“毛泽东意识形态理论及其当代价值研究”、“英国政治教育理论的演变及其借鉴意义——基于‘问答逻辑’的研究”、“视觉文化研究中的凝视理论”、“CTO-CEO信任关系对企业技术战略决策模式的影响研究”等。

(本刊编辑部供稿)