



德國法上授予水權之審查程序

胡 博 硯*

要 目

- | | |
|--|--------------------|
| 壹、前 言 | 肆、水權之申請暨審查程序 |
| 貳、水權的概念與水的利用 | 一、行政程序法規定之適用與程序性保障 |
| 一、水權的概念 | 二、許可與同意程序 |
| 二、聯邦水利基準法之規範 | (一)許可程序 |
| 三、水體的利用行爲 | (二)高等許可與同意之行政程序 |
| (一)利用行爲的概念 | 三、特別程序 |
| (二)利用行爲的種類 | (一)計畫確定程序 |
| (三)小 結 | (二)環境影響評估程序以及其他程序 |
| 參、授予水權之行政處分 | 四、小 結 |
| 一、許可 (Erlaubnis) 與同意 (Bewilligung) 之區別 | 伍、我國水權審查制度之省思——代結論 |
| 二、同意之特殊要件 | |
| 三、高等許可 (Gehobene Erlaubnis) | |

* 東吳大學法律學系助理教授，柏林洪堡大學法學博士。
投稿日期：九十九年三月十八日；接受刊登日期：九十九年七月二十八日

摘要

由於人類無法自行創造水資源，因此水資源的分配與管理對國家而言乃是一重要的任務。在此之下，任何利用水之行為原則上均應得主管機關之允准，始能為之。我國行政法長期師法之對象——德國，自十九世紀起即開始建構全國的水資源法律規範，對水的利用行為加以規制。德國水利基準法第二條即規定，所有的利用行為應得主管機關之許可或同意。在德國授予利用水資源之權利的行政處分可分為許可與同意，在部分的邦更有第三種行政處分。而其申請與審查程序則於各邦各有不同，原則上分別適用正式與非正式程序。比較特別的是水權的授予除了得單獨為之外，水權亦得在計畫確定以及環境影響評估程序中一併授予，就此點而言值得學習之。

關鍵詞：水權、行政處分、水利法、水資源、水資源管理

壹、前言

水是一種人類至目前為止尚無法控制的天然資源，完全依據上天的供給。因此水的分配與使用乃是一重要的課題。我國的地形多山少平地，為少數的高山小國，而河川往往水短流急，尤其近年來屢逢澇旱災，水的使用因此成為了更緊迫的議題。我國行政法長期師法的對象——德國，雖然聯邦水利基準法制訂於聯邦共和國成立十年之後，事實上早於十九世紀末在德國各地即有水利法的出現，而德國水利會組織也有百年的歷史。該國長年以來對於水資源管理的討論，實足令人加以探究，以作為我國之借鏡。本文雖然以水權之申請與審查程序為名，但首先必須要瞭解何謂水權，以及水的利用行為，在標題貳的部分則就德國法上關於水資源的利用權利與利用行為加以介紹。我國水利法第四章規範有關我國水權之取得程序，其中依據第二十七條規定，水權之取得必須向主管機關登記，也因此水權取得程序基本上被定名為水權之登記程序。然而德國法上就水權之取得並非僅是登記即可，毋寧必須得主管機關之允准，此項授予水權之決定就性質而言乃行政處分，但依據德國水資源相關規範，尚有不同的行政處分，對此於標題參的部分加以說明。最後，本文標題肆則著重於申請與審查程序的討論。

貳、水權的概念與水的利用

水權意指為何，是我們在討論其取得程序前，必須先行理解的概念。水權是否是種權利呢？人民對於水是否得以支配利用以及使用收益呢？

一、水權的概念

關於水的定位，我國在憲法第一四三條第二項中規定了「附著於土地之礦，及經濟上可供公眾利用之天然力，屬於國家所有，不因人民取得土地所有權而受影響。」基於此一規範，水利法第二條規定

「水為天然資源，屬於國家所有，不因人民取得土地所有權而受影響。」因此，水作為一種在經濟上可供民眾利用之天然資源，利用水的權利無法單純的以民事財產權的觀念加以理解。但是相同的條文並未出現在德國基本法當中，德國基本法當中對於水資源的規範，僅針對立法權限分配的問題，關於水或其他天然資源之概念與性質付之闕如。因此對於水資源的規制完全訴諸於立法者之規劃。關於在何種條件下以及以何種方法利用水資源，最主要是透過公法的規範¹，其中最主要的規範為聯邦水利基準法（Wasserhaushaltsgesetz, WHG）與各邦水利法規範。

在說明水權之前必須要先區辨水體的財產權（Gewässereigentum）與水的利用權（Gewässerbenutzung）兩件事情。對於財產權一詞的定義，筆者在此無須贅言，但是各種不同的水體，不管是地面水、地下水是否如同我國憲法規範一樣，為國家所有，由於德國基本法缺乏明確規範，僅能從相關規範尋找蛛絲馬跡。水利基準法條文中雖然多次提到所有權一詞，但卻沒有明文規定其歸屬，毋寧是交由各邦自行規定，特別是關於水體財產權之歸屬、其權利與義務為何，以及因為水利法上的相鄰關係所產生的請求權（Art. 65 EGBGB）等。各邦邦法規範關於地面水體的所有權歸屬，地面水體上之土地所有權是否僅及於床面，或也及於水資源（薩克森邦水利法第二十六條第一項第一句、圖林根邦水利法第四條第一項與第二項）。但是將水體視為土地所有權涵蓋的範圍，為通說所不採²。同樣的地下水原則上也無法成為財產權的標的，毋寧是一種專屬的支配權³。聯邦水利基準法的規範已經將所有權的概念與對其的支配權利加以分離，新修正之聯邦水

¹ Rudiger Breuer, Öffentliches und privates Wasserrecht, 3. Aufl., 2004, Rn. 156; Wilfried Erbguth/Sabine Schlacke, Umweltrecht, 2. Aufl., 2008, S. 249.

² Fritz Baur/Jürgen F. Baur/Rolf Stürmer, Sachenrecht, 17. Aufl., 1998, § 27, Rn. 48; Manfred Czychowski/Michael Reinhart, Wasserhaushaltsgesetz Kommentar, 9. Aufl., 2007, S. 74.

³ BGH ZfW 1978, 221; Jürgen Salzwedel, Wasserrecht, in von Münch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 1988, S. 748; Czychowski/Reinhart, aaO., S. 74.

利基準法第四條第二項規定地面水體與地下水均不得成為財產權之客體。該條第三項也指出土地所有權不及於須得主管機關許可之水體利用行為，以及水體之擴張。

如前所述，水體不能作為財產權之客體，土地所有權人並無法主張民法之保護，相反的卻要求所有權人必須容忍他人利用行為（水利基準法第四條第四項）。這樣的容忍不僅針對公共利用，毋寧及於以許可或同意為之的利用行為，所有權人對此僅有異議之權。即使水體之所有權人為聯邦（聯邦水道），依據各邦邦法仍應負容忍義務。由於此種公法上的限制，作為公共之用的水體被歸類為公物⁴。更進一步來說應將其界定為特別使用之公物或稱特別用物，該公物雖可供民眾使用，但限於物之使用目的並非任何民眾皆可使用，必須得主管機關之許可⁵。而水資源由於無法以人為方式製造，無法供應任何民眾自由使用就其性質而言，應屬特別用物⁶。我國水利法第十五條規定之水權為依法對於地面水或地下水，取得使用收益之權，是故就其定義而言，指的是對水體利用支配權限，而非所有權。而這樣的權利原則上必須得主管機關之許可，否則不得授予之。

二、聯邦水利基準法之規範

如前所述，關於水資源利用必須受聯邦水利基準法以及各邦水利法之規定，其中聯邦水利基準法具有框架性的領導地位。該法乃是一九五七年作為聯邦框架法而制定，其間經過多次修正但直到二〇〇九年前對於水利基準法之整體架構均無重大之變動。依據基本法第七十

⁴ Vgl. BverwGE ZfW. 1970, 149; BayVGH DVBL. 1976, 178; BayVBL. 1977, 84.

⁵ 李震山，行政法導論，第7版，2007年10月，頁127；吳志光，行政法，修訂第3版，2009年9月，頁124-125；黃俊杰、辜仲明，農業水權法制化研究，月旦財經法學雜誌，第15期，2008年12月，頁190；Czychowski/Reinhart, aaO. (Fn. 2), S. 75.

⁶ Breuer, aaO. (Fn. 1), Rn. 157; Erbguth/Schlacke, aaO. (Fn. 1), S. 250; Czychowski/Reinhart, aaO. (Fn. 2), S. 74; Günther-Michael Knopp, in: Sieder/Zeitler/Dahme, Wasserhaushaltsgesetz, 2008, § 3 Rn. 1.

條第一項之規定，倘若基本法未特別規定之事務的立法權，均屬各邦。而在基本法第七十一條至第七十五條分別規定了聯邦專屬立法權，競合立法權以及框架立法權。事實上框架性立法權限，其實也是一種競合的立法權，也就是在聯邦未對該事務制定法律之前，邦仍有該事務的立法權。但是不同於競合立法權的是，即便框架性的法律被聯邦制定了，仍未排除邦在此一方面的規範的立法權限，只是必須要遵從聯邦框架性規範的要求⁷。但是關於框架立法的憲法依據已經在二〇〇六年聯邦改革中被廢止了。原本框架性的規範則被規定到第七十四條，因此目前德國水利基準法的存立基礎為基本法第七十四條第一項第三十二款的規定，同時在第七十二條第三項規定，倘若聯邦對以下事項已為立法，各邦得透過法律制定不同的規範。此外，聯邦對此一領域的立法倘若聯邦參議院無另行規定外，應於公布後六個月生效。而聯邦法或邦法究竟何種法律之地位較為優先，視其制定之先後，後法優先於前法。但是邦法規定後，並未限制聯邦對於相同事務再規範，因此呈現所謂的「乒乓效應」⁸。為因應基本法之修正，聯邦水利基準法於二〇〇九年進行修正，全部修正條文則於二〇一〇年三月一日生效⁹。

該法之修正除了因應基本法的修正外，原本德國政府試圖透過環境法典之立法統一規範環境相關法規，但該計畫由於反抗者眾，所以於二〇〇九年年初即胎死腹中，聯邦環境部因此以逐步修法之方式解決之。其目的為以強化水利法規的整合性與體系性來達成水利法規的可理解性與實用性。藉此將原本很多邦法之規範於本法中加以整合，以形成新的聯邦一體性的水利法。而原本將地面水體、地下水以及海水做不同管理的體系，在新的水利基準法首次做了整合。新修正的水

⁷ Ipsen, Staatsrecht I, 15. Aufl., 2003, S. 160.

⁸ Kotulla, Wasserhaushaltsgesetz zwischen Hochwasserschutz, Strategischer Umweltprüfung und Föderalismusreform, 2007, S. 42.

⁹ <http://www.bundesumweltministerium.de/gewaesserschutz/downloads/doc/6900.php> (last visited: 2010.04.13).

利基準法共分爲六章，其中第一條至第五條關於該法之目的、適用範圍、名詞定義以及水體財產權之定義與所有權等爲第一章的總則的規定。第二章「水體的經營」中，除了在第一節（第六條至第二十四條）的一般性規範外，又細分爲地面水、海水與地下水三節。第一節一般性的規定當中，規範了經營水體的基本原則（第六條），以及水體之利用必須得到機關之許可或同意（第八條），以及其相關內容。關於水體經營的個別性條文規範在水利基準法第三章，分別規範了公共用水、污水處理、有害水體之物質等事項。後面的三章則分別規範了損害賠償、監督以及罰鍰的規範。

三、水體的利用行為

如前所述，作爲特別用物使用的水資源，必須得到主管機關之許可始能加以使用，德國水利基準法第一條規定「本法之目的在於透過永續經營的水資源管理以保護作爲自然循環的主要部分、人類的生活基礎、動植物的生活領域以及自然資產之水體。」因此水資源之利用必須要顧慮到該資源的永續經營，而同法第八條則進一步的規範所有的利用行爲原則上均應取得國家之允准。此時，必須要先界定的是何謂利用行爲。

(一) 利用行爲的概念

關於利用行爲的定義，水利基準法第九條第一項指出「依據本法規定利用包含以下意義：於地面水體中取水與引水，攔阻以及降低地面水體水位，由地面水體中取得固態物質，倘若該行爲會影響水體的狀態或者是水流，在水體中放置以及排放物質¹⁰，汲取、開挖、與取用地下水。」第二項則指出，某些特定之行爲被視爲利用行爲，其中包含透過爲此設計或者是適合的設備攔阻、降低地下水位以及使地下水改道；以及長期性的或在顯著的範圍內導致物理、化學或者是生物

¹⁰ 本款合併原第4款、第4款a以及第5款條文，原第4款原本是規範地面水體第4款a則是海水而第5款規範地下水，但規範內容相同，因此加以整合。

性質的傷害性改變措施。另外第三項則規定了擴張地面水體之行為不屬於本法所規範之利用行為。

就水利基準法第九條之規定而言，本法所稱之利用行為可分為真正與不真正之利用。其中真正之利用乃是一種取向於特定目的，且指向於水體本身的作為，依據水利基準法規定該行為通常必須取得行政機關之准許，始得為之¹¹。而第二項關於不真正利用的規範，則是指與水體本身並非直接關聯之作為，但該作為會造成水體重大影響，因此亦應受到規範。由於真正的利用取向於對於水體有直接影響的行為，在立法政策上則必須先考量，何謂直接之影響。

(二) 利用行為的種類

水利基準法第九條第一項之規定乃是原水利法第三條第一項修改而成，結構內容並未有變動，只是將相同之處加以合併，原第三條第一款至第四款規範對於地面水體之利用，第五款及第六款則是地下水的規範，後來增補的第四款a則是對於海水利用之規範。由此仍可得知水利基準法之利用行為在地面水體、地下水體以及海水之規範各有不同，為能便利瞭解，分別討論如下。

1. 對於地面水體之利用行為

如前所述，水利基準法第九條第一項第一款至第三款明白規範了地面水體的利用行為，第四款之規範則指向了所有水體，所以也包含地面水體。其中第一款於水體中取引水乃是對水體最一般的利用行為，指的是將水抽離水體，且因此造成水體內水量減少與水位下降。取水的定義與聯邦水道法第一條第三項第一句第一款之規定相同，即必須透過馬達等抽水設施始能達成¹²。引水則藉由水本身的流動力量，但是透過溝渠、河道以及涵管來流動¹³。但是如果將整個水體引

¹¹ Czychowski/Reinhart, aaO. (Fn. 2), S. 185.

¹² Michael Kotulla, Wasserhaushaltsgesetz zwischen Hochwasserschutz, Strategischer Umweltprüfung und Föderalismusreform, 2006, S. 108; Knopp, aaO. (Fn. 6), § 3 Rn. 12.

¹³ Breuer, aaO. (Fn. 1), Rn. 106; Knopp, aaO. (Fn. 6), § 3 Rn. 3b.

到新的河床體，則非屬第九條第一項第一款之利用行爲，而是該當所謂的水體擴張之概念。關於攔阻以及降低地面水體水位則是地面水利用行爲的第二種態樣，其中攔阻指的是以任何一種方式阻止水的流動，進一步來說則是以人造設施如攔河堰，對水位的升高加以影響¹⁴。但是透過設施使水位上升，不屬於本款之規範內容。另外，由於建築水壩及設置水庫等設施涉及水體之擴建，也非本項意義下之利用行爲¹⁵。對於攔水設施的建築，各邦邦法有著比水利基準法更爲詳盡的規範，例如關於水庫除役後之管理問題、降低水位後排水的問題、攔河堰的規範等。降低水位則是以使水位降低爲其結果，通常都是攔阻水流、擴張水的平面抑或是對於水體加以濬深後之結果。

本項第三款規定的利用行爲是由地面水體取得固態物質，而該行爲會影響水體的狀態或者是水流。在此的取得指的是有計畫的利用人造設備，例如利用挖土機、抽取設施採掘或取出特定固態物質。固態物質則種類繁多，舉凡砂石、植物、冰塊都屬之。但本款之利用行爲僅涉及到其取得措施對於水體造成影響者，對於水體的維護或者是擴張水體之行爲，應不屬於本款之規範範圍，倘若屬於對於水體的維護，依據第二十八條以下規定不需取得許可，如果是擴張水體之行爲則依據第三十一條之規定，必須經過計畫確定程序始得爲放置以及排放物質在地面水體中，則是本項當中最後一種對於地面水體的利用行爲。在此的利用行爲不論利用人事後是否繼續使用該物質，或者是加以消除。其中關於在水中放置的物質，原則上指的是固體的物質，但是在船舶航行中所排入水體的物質，例如排放煤渣即不屬於這裡的利用行爲，然而對於類似的行爲在聯邦水道法以及邦水利法都有規範。此外，固定存在於某一地點之設施，例如橋墩、地下導管、涵管等設

¹⁴ Kay Artur Pape, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band III, 55. Aufl., 2009, § 3 WHG, Rn. 34.

¹⁵ Kotulla, aaO. (Fn. 8), S. 109; Peter Queitsch/Claudia Koll-Sarfeld, Wassergesetz für das Land Nordrhein-Westfalen, 1. Aufl., 2008, § 100 S. 1; Knopp, aaO. (Fn. 6), § 3 Rn. 9.

施的設置，雖屬固體物，但並非第四款規定之利用行爲。然而如果以漁業使用爲目的，在水中倒入物質則屬本款之利用行爲¹⁶。另一方面，在水中排放的物質原則是流體的、介於固態與流體間的泥質性物質或者是氣態物質。同樣地，這些物質也必須直接添加入水體，因此，倘若僅單純的將該物質加入涵管設施內（間接的排放），或者是添加該物質進入與自然水資源流動分離的儲水設施，則不屬於本款之利用行爲。依據第七條a第一項第四句以及第三項排放廢水進入公共廢水排放設施，雖然爲間接利用之措施，但是授權各邦自行規範是否將其視爲直接利用。

2. 針對海水之利用行爲

與地面水及地下水不同的是，對於海水的利用行爲在水利基準法中並未設置關於海水水量的規範，因此對於海水的取用並無許可或同意的適用。在新修正的水利基準法第九條當中並沒有單獨提及海水之條文，原水利基準法唯一有規範到的利用行爲，是規定在第三條第一項第四款a，於海水中放置以及排放物質。此一條款之內容與原第四款之規定相同，只是第四款是針對地面水體，第四款a之對象爲海水。

在海水間歇性覆蓋的淺灘區放置或排放物質，即已該當本項之利用行爲。但是在堤防內已開發的新生地進行放置或排放措施尚未構成對海水的利用行爲，因爲該物質必須直接的與海水接觸。如果某一物質透過流經地表上之潮汐而流入了海岸線，該物質可藉由退潮直接到達海水，則也該當對於海水的利用行爲。此外，透過涵管或其他設施可以達到與退潮相同之效果，則也屬本款之利用行爲。尚有適用的是，該物質因此由領海之外的海洋隨著潮汐而影響到海水，也屬對於海水的利用行爲。架設在陸地上，或由陸地上延伸出去之島嶼的設備，或是直接延伸或架設之海中的設備，例如隧道、鑽油平台、固定

¹⁶ 但漁業上的放置固態物質之行爲，在布蘭登堡邦以及梅克倫堡邦水利法規定中，不須取得許可。

式海上餐廳或船屋等，透過上述的設備對海水為物質排放或放置行為，由於該物質得直接到達海水，因此亦屬本款之利用行為。廢棄物則無須取得許可，也無法取得許可。這樣的規定也適用於在海水中丟棄泥土、漁業廢棄物等基於OSPAR（奧斯陸——巴黎公約）海洋保護公約規定的廢棄物¹⁷。而新修正之後之水利基準法規定雖然刪除了本條項第四款a之規定，立法者並非不規範海水利用行為毋寧只是將其整合至原第四款。

3. 地下水的利用

而地下水的利用規定原本規定於本項第五款及第六款，其中第五款是在地下水中排放物質，新修正之條文則將本款與地面水體與海水的部分整合為第四款規定，第六款則條號變更為第五款。而且在舊法中未規範的有關在地下水中放置固態物質一事，也藉此被規範了。排放之物質則通常為液態、泥質與氣體物質。但不能透過輔助設施，例如涵管等，也就是說透過單純的滲透使該物質得以到達地下水。依據歐盟地下水保護指令（80/68/EG）第四條第一項第一句規定轉化而來的地下水管理辦法¹⁸，將該辦法物質表二的物質排放地下水中均須取得許可，除非涉及到依據廢棄物清理法規定應該辦理的計畫確定程序，始得免除取得許可之義務。另外透過來自地面水體使地下水的含量增加的行為，也屬第五款之利用行為。其依據也是在於地下水管理辦法第三條第一項第二句，該句明確規定物質表一的物質，為公共地下水資源的目的以人為之方式豐富地下水含量應取得許可，如果不是以此方式及以此為目的而排放表一之物質則不應許可（地下水管理辦法第三條第一項第一句）¹⁹。

除了在地下水中排放物質外，另外一種法定的地下水利用則是「汲取、開挖地下水與取引水」，指的是以任何一種方式從地下水現

¹⁷ Czychowski/Reinhart, aaO. (Fn. 2), S. 202.

¹⁸ 通常被收錄為水利基準法附件二。

¹⁹ Czychowski/Reinhart, aaO. (Fn. 2), S. 203.

存之地點取得地下水之行爲²⁰。其中對於地下水的取水乃是指已經開發過的地面下之水，不需要以特別之方式即可取得。汲取地下水乃是有計畫的透過設備，例如鑽洞設備、馬達等取得地下水之行爲。開挖地下水則是利用開採的方式，而以自然地形的落差或因為壓力而使地下水自然流出的利用行爲。引水則是在自然的環境中在地下取得地下水並且使其繼續流動。例如透過在岩層上鑽洞，使地下水流出。不過要去具體的區分不同的利用有其困難之處，因為造成之結果是一樣的。且通說以為一般的鑽探行爲原則上並不需要取得許可或同意，即使鑽探行爲是針對地下水而來²¹；但鑽探人必須提供在未來利用可能的訊息。但如果確知在岩盤之中藏有大量之水，則仍應取得許可²²。短期的針對地下水含量的水文測試基於水利基準法第三十三條規範，通常無須取得許可或同意²³。

另一方面為公共用水之目的所為的地下水取水行爲，依據第五款之規定應取得利用許可。此外，工地的排水也是第五款規範下的利用行爲，例如抽乾地下鐵、地下停車場等工地內積水的行爲²⁴。但由於此種行爲涉及之水量如果不大，則依據第八條第三項規定通常得免除取得許可之義務。其他一般性會對地下水層有穿透力之施工行爲，都應是本款的利用行爲²⁵。

4. 視為利用行爲

除了上述對於各種水體的真正利用行爲，水利基準法對於兩種非真正的利用行爲藉由法律擬制為真正利用行爲。第一種被視為真正利

²⁰ Pape, aaO. (Fn. 14), Rn. 58; Czychowski/Reinhart, aaO. (Fn. 2), S. 206; Knopp, aaO. (Fn. 6), § 3 Rn. 21.

²¹ Gerhard Boldt/Herbert Weller, Bundesberggesetz, 1984, § 127, Rn. 6; Reinhart Piens/Hans-Wolfgang Schulte/Stephan Vitzthum, Bundesberggesetz, 1983, § 56 Rn. 333.

²² Kotulla, aaO. (Fn. 8), S. 119.

²³ Breuer, aaO. (Fn. 1), Rn. 129.

²⁴ BGH ZfW 1978, 224 ff.

²⁵ Kotulla, aaO. (Fn. 8), S. 121.

用之行爲，乃是透過專門設計或者是適合的設備攔阻、降低地下水位以及使地下水改道。此種行爲之利用人在主觀上就必須要認知到，要以設備來對地下水加以影響，因此除了因利用行爲所必須的許可，設施的興建也必須要得機關之允准始得爲之。在此之設施指的是人造的設備，其目的在於以第一款所指之方式與態樣對地下水加以影響。而本款所指之方式有攔阻、降低水位以及使地下水改道。此類設備包含有設置板樁牆、木樁、空氣閘門、以及爲了抽乾工地內之水而設置的，或者是開礦用的設備²⁶。該設備必須在客觀上是被認爲是適當的，得以對地下水造成影響。例如修築運河的工程、修築油管的工程、水池的設置等都可以看見這些影響。爲了避免未取得許可之利用行爲的出現，當可能出現第二項第一款的影響時，即應提出許可或同意之申請²⁷。但是利用人根本無法預見到使用該項設備之後果時，顯然也不應該強加其申請許可或同意之義務。但是關於在水體中或水體上的設備設置的允准，在地下水的部分並未加以規範，在建築許可程序當中並不存在集中之效果²⁸，因此取得建築許可仍是必要的²⁹。

此外，對於水體在長期性或在顯著的範圍內導致物理、化學或者是生物性質的傷害性改變的措施也應視爲利用行爲。簡而言之，對於水體之性質有所妨礙的行爲即屬本款之利用行爲。此一條款被視爲所謂的承接條款，且其範圍包含本法第一條第一項第一款規範的所有水體，其目的是在於對水體有可能造成妨礙之行爲都應經過主管機關之審查，因而將之視爲真正之利用³⁰。在此之下，本款規範之措施必須

²⁶ VG Frankfurt/M. NuR 1983, S. 33; Knopp, aaO. (Fn. 6), § 3 Rn. 27.

²⁷ Czychowski/Reinhart, aaO. (Fn. 2), S. 210.

²⁸ Matthias Schmidt-Preuß, Möglichkeiten und Grenzen reduzierter Regelungsgehalte von Parallelgenehmigungen. Bemerkungen aus Anlaß des Ahaus-Urteils des BVerwG vom 11. Mai 1989, DVBL. 1991, S. 234.

²⁹ OVG Koblenz ZfW 1975, 104; Horst Franzheim/Michael Pfohl, Umweltstrafrecht, 2. Aufl., 2001, Rn. 99.

³⁰ Kotulla, aaO. (Fn. 8), S. 123; Queitsch/Koll-Sarfeld, aaO. (Fn. 15), § 24 S. 2.

要針對具有特定目的，但不一定對於水體有直接關聯之行爲³¹。倘若該行爲造成長期性的影響，或者是對於水資源有顯著的傷害即該當本款要件，且此種傷害是有可能產生即可³²。至於在何種程度上對於水體的影響，始能符合本款之「顯著」的要件，必須依據每種不同的水體狀況加以檢視³³。例如採取砂石之行爲，可能使地下水層受到明顯的影響³⁴即應屬本款之利用行爲。對於地下水影響之情況甚多，無法一一細數。

(三)小 結

對於上述利用行爲的定義，本文除了概念的解釋外，無法一一的詳細說明其個別適用之狀況。實際上來說水利基準法對於水體利用行爲之定義並非完整，由於基準法之框架性所以也無法限制各邦對於利用行爲給予其他的規範，只要該規範不與聯邦水利基準法有所衝突即可。因此，部分的邦將主管機關對於影響水體的審查範圍加以擴大，如港口設施之興建與營運、船舶與船舶間的轉運地下水的挖掘取得固態物質、地下水的挖掘等³⁵。

除此之外，水利基準法第九條第三項將擴張以及維持地面水體排除在利用行爲之外，因此無須取得利用水體之許可或同意。雖然水體的擴張行爲無須取得本法第八條主管機關之許可或同意，然而由於其所造成的影響重大，因此必須實施計畫確定程序³⁶，在該程序中必須要在公共利益與私益間取得一平衡點。至於何者為本項所指之擴張水

³¹ Breuer, aaO. (Fn. 1), Rn. 136.

³² Vgl. Auch: BGH, UPR 1982, 342; Frank Hofmann/Manfred Kollmann, Wasserhaushaltsgesetz, in: Lersner/Berendes/Reinhard (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Wasserrechts, 2008, § 3 Rn. 15.

³³ Breuer, aaO. (Fn. 1), Rn. 136; Kotulla, aaO. (Fn. 8), S. 124.

³⁴ Pape, aaO. (Fn. 14), Rn. 74.

³⁵ Vgl. Kotulla, aaO. (Fn. 8), S. 127; Knopp, aaO. (Fn. 6), § 3 Rn. 33.

³⁶ OVG Koblenz ZfW 1963, 374; OVG Lüneburg ZfW 1980, 316; Bernd Söhnlein, Kiesentnahmen aus oberirdischen Gewässern aus rechtlicher Sicht, BayVBL. 2004, 171.

體之行爲，則有所爭議。倘若一行爲對於水體之擴張非必然，但是會促使其擴張，是否該當本項之構成要件呢？在此，行爲人之措施不一定必然造成擴張水體，但是會促使其擴張，即爲該當。

而對於水體的維護也非利用行爲，乃是客觀上的公法義務³⁷，第三人無請求滿足維護水體之義務的主觀公權利³⁸。相較於水體擴張行爲，維護水體之行爲缺乏行政機關的審查程序。特別是在擴張水體的行爲當中最重要之公共利益與私益間的平衡，在此付之闕如，其原因在於維護水體之行爲對於第三人之影響較小。對於水體維護措施指的是未對於水體有本質上改變的保養或改善措施。但是如果以化學方式進行水體維護，則必須取得利用水體之許可，但無法取得同意³⁹。

參、授予水權之行政處分

依據水利基準法第八條第一項規定，對於水的使用，若本法或是基於本法所制定的各邦邦法無另行規定時，必須取得機關之許可或同意⁴⁰。因此，水之利用行爲並非人民請求即可取得，國家對此應加以審查是否符合法律規定得授予利用之准許（許可或同意），更確切而言，水權取得與否取決於主管機關之裁量⁴¹。關於水權授予制度正是本次水利基準法修正重點之一，用意在於藉此整合紊亂的體系。對此，本文必須先就允准之種類加以說明，其次再就申請及審查的程序逐一討論。

³⁷ Breuer, aaO. (Fn. 1), Rn. 257.

³⁸ 此點在巴登符騰堡邦水利法第46條、梅克倫堡邦水利法第63條第1項、薩克森邦水利法第68條都有明確的規定。

³⁹ Czychowski/Reinhart, aaO. (Fn. 2), S. 219.

⁴⁰ 但在水利基準法生效前已取得之權利，依據水利基準法第20條、第21條規定仍有效力，為本條之例外情況。

⁴¹ Breuer, aaO. (Fn. 1), Rn. 359.

一、許可（Erlaubnis）與同意（Bewilligung）之區別

依據修正前的水利基準法之規定，水的使用都必須取得主管機關之許可或同意。除此之外，某些邦法在此兩種行政處分外，尚規定了高等許可，其效力介於此二種處分之間，高等許可在本次水利基準法修法時已藉由該法第十五條規定加以規範。

修正前水利基準法第七條第一項規定，許可授予利用人基於特定目的，以特定之方式、範圍去利用水體的權利，該權利得予以廢止；該許可得附加期限。該許可得與依據環境影響評估法應經環境影響評估之計畫，在合於環境影響評估規定的程序中授予。同樣修正前第八條則規定機關之同意授予利用人以特定方式、範圍使用水體的權利。兩種准許之處分同樣的都授予利用人水權，使其為水之利用，但實際上授予其不同之法律地位⁴²。修正後水利基準法第十條明確指出許可乃是授予利用人一可廢止之權能（**Befugnis**），利用人得以特定之方式、範圍及特定目的使用水體；同意則是利用水體的權利（**Recht**），如果主管機關要對利用人因同意而為之利用行為加以限制，甚或是廢止必須依據水利基準法第十八條規定始得為之，但關於許可的廢止似乎無此一明文限制。顯然相較於許可，同意之相對人地位較為穩固。雖然如此，不管是修正前水利基準法第十二條抑或是新法第十八條均未提及行政程序法第四十九條第六項有關廢止行政處分的補償問題。是故，是否應給予補償意見分歧，有學者以為雖然沒有提及但是行政程序法之規定，乃是行政機關應遵循之一般原則，若無明確排除則應適用⁴³。上述的說明顯然未考量到水權指的是水的利用之權，水資源非所有權所及。從此一面向而言學者多以為同意所授予之水權仍非基本法第十四條財產權保護之對象，因為僅繫諸於國家單方面的保障，

⁴² Michael Kloepfer, Umweltrecht, 2. Aufl., 1998, S. 847; Knopp, aaO. (Fn. 6), § 2 Rn. 6a.

⁴³ Vgl. etwa Gayer, in: Bader/Ronellenfitsch, VwVfG, 2010, § 49 Rn. 8.1; Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl., 2008, § 49 Rn. 1, § 48 Rn. 4 ff.

因此廢止時原則上亦可不給予補償⁴⁴。

此外，許可與同意之相對人對於第三人之地位也有不同，許可並沒有影響到第三人之私法上權利，但是同意的授予具有私法上的形成力。倘若利害關係之第三人對於同意權之授予認為影響其本身權益，應該依據第十四條第三項規定提出異議，倘若未於期限內提出異議者，事後僅能依據第十四條第六項規定，在其所定之情況下請求損害賠償。

二、同意之特殊要件

雖然水權之授予分為同意與許可兩種處分，但是同意權之授予乃是一種例外情況。水利基準法對於許可之授予並沒有要件上的特別規範，反之在同意權的授予上水利基準法第十四條第一項第一款與第二款指出，「同意僅在以下的情況可以授予，當某利用人實施其計畫時，利用人不具有確定之法律地位，依據特定的計畫以特定的目的而利用時。」第一款所要保護的情況是，如果利用人在實施其計畫時，可預期到利用人不具備確定之法定地位，因此有窒礙難行的可能時，基於保護利用人因此賦予其特定之地位⁴⁵。這裡的確定之法定地位指的是利用人依據水利基準法或水利法規定，占有之公法及私法上的權利地位⁴⁶。一般以為，至於是否該當此一構成要件則必須在個案中加以判斷，無法一概而論⁴⁷。當利用人缺乏同意所賦予之法律地位，而使其因此可以預見到必須要承擔一定危害其經濟地位之風險，即構成本項授予許可之要件⁴⁸。由於判斷基準的不確定，在實務上往往投資額成為了判斷的最重要依據。這裡對於利用人之投資的計算不僅考量到包含必要設備在內，因實施計畫而導致的經營上的整體成本、利用

⁴⁴ Czychowski/Reinhart, aaO. (Fn. 2), S. 405; Queitsch/Koll-Sarfeld, aaO. (Fn. 15), § 26 S. 1.

⁴⁵ Knopp, aaO. (Fn. 6), § 8 Rn. 16; Kotulla, aaO. (Fn. 8), S. 213.

⁴⁶ Kotulla, aaO. (Fn. 8), S. 212; Czychowski/Reinhart, aaO. (Fn. 2), S. 412.

⁴⁷ BVerwGE 20, 219.

⁴⁸ OVG Münster. ZfW 1968, 197; Czychowski/Reinhart, aaO. (Fn. 2), S. 412-413.

人的經濟能力、該計畫對於利用人整體策略的意義也是考量的重點。至於判斷利用人之經濟負擔能力通常以該計畫的經費來源以及支出，特別是在本身經費不充足的時候，必須要檢視預期之收益的取得方式與範圍，或者是償還期間⁴⁹。第二款則是基於特定目的與特定計畫下的利用，利用人於申請時除說明利用之水體，及利用方式與範圍，還需要說明計畫之目的及內容。除此之外，應注意的是依據同項第三款規定，水利基準法第九條第一項第四款，以及同條第二項第二款之利用行為不得授予同意⁵⁰。

三、高等許可（Gehobene Erlaubnis）

除了上述兩種行政處分外，相較於修正前的水利基準法，立法者在新法當中將原本僅存在於如北威邦（Nordrhein-Westfalen）等邦的高等許可（Gehobene Erlaubnis）納入規範。此種高等許可與一般性的許可不同之處在於，關於同意之規定得全部或部分的適用，特別是對抗第三人的部分，例如北威邦水利法⁵¹第二十五條a第一項第一句規定，因為公益或利用人之利益，基於申請人之申請，得授予高等許可。第二句則指出該許可不得在修正前水利基準法第三條第二項第二款的利用行為（即該利用行為將對水體將造成長期性或者是在顯著的範圍內造成霧水體物理、化學與生物性質的傷害性改變），以及對於水體排放與放置物質的情況下授予。同時該項第三句規定，於此準用修正前水利基準法第八條第三項⁵²與第五項⁵³，第十條規定⁵⁴以及北威邦水

⁴⁹ Kotulla, aaO. (Fn. 8), S. 214.

⁵⁰ Kotulla, aaO. (Fn. 8), S. 103.

⁵¹ 雖然新修正的聯邦水利基準法已經生效但多數的邦例如北威邦、黑森邦尚未針對此次水利基準法的修改而修正或變更水利法整體架構。

⁵² 水利基準法第8條第3項規定：「倘若利用行為預計造成他人權利不利益的影響，並且第三人因此提出異議，僅能在不利益的影響透過負擔加以保護或平衡下授予同意。倘若無法達成上述要求，且利用行為會侵害第三人利益，則僅能在基於公共利益的理由下授予同意。」

⁵³ 水利基準法第8條第5項規定：「同意得附加特定期限，該期限在特定情況下不得超過30年。」

利法第二十七條規定（即有關授予同意之程序中異議的規定）。同條第二項則指出，高等許可的利用行為所導致的不利益影響，利害關係人不得請求許可權人停止其利用行為。但契約關係所發生之請求權不在此限。類似的規範也出現在其他各邦的水利法當中；此外，絕大部分的邦法對於高等許可之授予，存在著與同意之授予相同之條件，但各邦之規範略有不同。

新修正的水利基準法則在第十五條明白規定了此種行政處分並且指出適用同法第十一條第二項以及第十四條第三項至第五項的規定，亦即除了授予同意之前提與年限外，關於授予同意之程序性規定以及與第三人關係均適用之。而依據第十六條第一項規定，藉由高等許可授予之水權，不得以為防免該水體利用行為造成之危害之私法請求權，請求中止該利用行為，僅能請求排除該不利益影響之計畫。倘若該計畫依據技術水準無法實施或是無經濟效益者，僅能請求損害賠償。

肆、水權之申請暨審查程序

除了依據水利基準法規定無須取得主管機關允准利用行為外，所有利用水體之行為均必須向主管機關申請，主管機關則得以許可、同意或高等許可等不同形式的行政處分，授予利用人水權。

一、行政程序法規定之適用與程序性保障

為了使申請與審查程序得以明確化，以下將就不同的行政處分分

⁵⁴ 水利基準法第10條規定：「倘若一利害關係人針對同意的授予提出異議，但無法立即判斷該同意是否以及在何種範圍造成不利益之影響，則得保留事後的程序中附加條件與補償之機會。倘若利害關係人的不利益影響，於踐行第九條程序時無法預見，則該利害關係人得要求事後附加予利用人利用條件。如果該不利益影響無法透過事後的條件加以防護或平衡，應補償利害關係人。補償之聲請必須在利害關係人知悉起3年內提出；當同意所給予的利用狀況消滅30年後，不得提起補償之聲請。」

類論述。在舊的水利基準法架構中，修正前水利基準法第七條第一項第三句即規定，各邦得發布命令，針對依據一九九六年九月二十四日歐盟避免環境污染之整合性指令96/61/EG作成的計畫，規範其應注意之事項，特別針對申請的提出，許可程序以及內容與附款的規定，許可的監督與審查，設施經營的變更，針對水體利用行為造成水體污染的解釋，以及各邦領域內與超越邊境的機關與民眾間的合作。是故，關於水權之申請及審查程序，主要的規範出現在邦法之中，也因此每個邦會出現不同的規定。但新修正的水利基準法第二十三條規定授權聯邦政府在基於經聯邦參議院同意之法規命令下，經過對相關團體之聽證，得發布法規命令規範本法相關事項，其中得發布規範之事項即包含水體之利用以及行政機關的執行政序。但如前所述，新修正之水利基準法規定乃聯邦政府基於競合立法權所制定之，各邦政府得透過邦法作不同之規定。且各邦行政程序就德國憲政體制而言應屬各邦事項，目前少數⁵⁵修正發布之邦水利法如巴伐利亞邦水利法，該法第十七條則明確排除聯邦水利基準法第二十三條適用。同法第六十九條關於程序的部分也作了不同於水利基準法之規定。而梅克倫堡邦、北威邦雖已因應水利基準法的修正而作相應的修改，然而對於程序的規定並無變動。總體而言，程序性的規定仍須回到行政程序法討論。因此雖然水利基準法的修正乃是為建構全國一致性的規範，但就此方面而言仍未變動舊的申請與審查架構。

主要來說通常對於許可的授予，其申請與審查程序乃是以非正式程序（nichtförmliches Verfahren）進行，同意的審查程序則屬正式程序（förmliches Verfahren），但是也有些邦將許可程序規定為正式程序⁵⁶。非正式程序又稱為一般程序，即法律沒有其他關於程序性規定

⁵⁵ 迄今（2010年5月15日）仍有漢堡、萊法、薩克森安哈特、巴登符騰堡、布蘭登堡、不來梅、柏林等邦尚未因此修改該邦水利法之規範。

⁵⁶ 許可申請及審查適用正式行政程序：巴登符騰堡邦、柏林、布蘭登堡邦、漢堡、梅克倫堡邦、巴伐利亞邦；高等許可申請及審查適用正式行政程序：黑森邦、下薩克森邦、北威邦、萊法邦、薩蘭邦、薩克安哈特邦、圖林根邦、

時，應踐行之行政程序。除了一般原則性的規範外，主要的規定出現在聯邦行政程序法第十條。該條規定，「對於程序的形式法律沒有特別之規定時，則行政程序不受特定形式之拘束。該程序必須以簡單、合目的且迅速之方式進行。」正式的行政程序則規定在聯邦行政程序法第六十三條至第七十一條，其中比較重要的是申請之提出必須以書面或者是以筆錄方式提出；必須給予當事人陳述意見之機會，以及證人與鑑定人的協力等，此外作決定前通常必須給予當事人陳述意見之機會，並且應經言詞辯論程序作成決定；決定則是應以書面作成。除了行政程序法之規定外，個別之行政法規如各邦水利法或是污染防治法等對於程序也有不一樣的規定⁵⁷。

二、許可與同意程序

(一) 許可程序

對於正式行政程序由於法規當中均有詳細之規定，從各邦之水利法規以及行政程序法即可得到明確的指引。然而，在非正式之行政程序之中，由於各邦水利法並沒有明確的規範時，則原來在正式行政程序中給予當事人之聽證以及閱覽卷宗等權利是否及於非正式程序之當事人，即產生疑義。有學者以為水利法當中進行非正式程序之行政程序則必然排除正式程序當中授予當事人聽證及閱覽卷宗之權。但此種意見顯然忽略了上述個人程序性權利，乃是行政程序的最低保障⁵⁸。當然除了此一部份程序性的爭議外，行政程序當中的總則性規定例如當事人能力與行為能力、期日期間等規定，以及關於行政處分廢止的

石猴邦；對水資源有意義之程序以及負有環境影響評估義務之程序適用正式程序：布萊梅、薩克森邦；Vgl. Breuer, aaO. (Fn. 1), Rn. 362; Knopp, aaO. (Fn. 6), § 7 Rn. 1.

⁵⁷ Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., 2002, S. 476-477.

⁵⁸ Carl Hermann Ule/Hans-Werner Laubinger, Verwaltungsverfahrenrecht, 4. Aufl., 1995, § 1 Rn. 7; Herbert Zeitler, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, Bayerisches Wassergesetz, 2006, Art. 80 Rn. 8.

規範在許可的處分仍有其適用⁵⁹。由於許可之作成通常藉由邦法、地方自治法規以及行政規則加以規範。水權之授予顯然是須相對人協力之行政處分，首先利用人必須向主管機關提出申請。而主管機關通常依據邦水利法或其他法律規定，有可能為邦的最高水利機關，通常為邦水利部；也有可能邦的高等水利機關，如邦水利部所屬水利局。而基層水利機關則通常由地方自治層級之團體擔任，通常為縣市抑或是鄉鎮。

如前所述，關於申請與審查程序必須觀察各邦之規範，而倘若將許可程序規範為非正式程序則所受的規範較少。至於申請時應提出之必備文件，筆者以巴伐利亞邦之廢水處理辦法〔*Verordnung zur Umsetzung der IVU-Richtlinie bei Abwasser*（*Bayerische IVU-Abwasser-Verordnung*）〕暨巴伐利亞邦水利計畫與附件辦法〔*Verordnung über Pläne und Beilagen in wasserrechtlichen Verfahren*（*WPBV*）〕對此加以說明⁶⁰。

依據巴伐利亞邦廢水處理辦法第三條規定，關於申請時所應提出之文件參見巴伐利亞邦水利計畫與附件辦法。而該辦法中規定申請之提出⁶¹必須要載明申請之說明、概括圖、平面圖、建築設計圖、設備

⁵⁹ Breuer, aaO. (Fn. 1), Rn. 364.

⁶⁰ 必須要在此加以說明的是，依據修正前巴伐利亞邦水利法第83條之規定，正式程序適用於計畫確定程序以及同意的授予，相反的該法第17條a規定許可的申請與審查程序得以簡化程序進行之，舉輕明重之下許可的授予原則上應得以非正式之行政程序為之dazu Vgl. Kotulla, aaO. (Fn. 8), S. 184. 但修正後之巴伐利亞邦水利法第69條卻規定，同意與許可程序以及該法第35條之允准適用該邦行政程序法第72條至第78條規定，換言之，適用計畫確定程序之規範。

⁶¹ 由於無法找到關於單純許可申請之行政規則，筆者在此引用巴伐利亞邦水利計畫與附件辦法（*Verordnung über Pläne und Beilagen in wasserrechtlichen Verfahren*（*WPBV*））綜合性描述，該規則規範了有關水利法許可程序中須提出之計畫與附件之詳細規範。而制定依據除了邦水利法第77條規定外，為轉化歐盟指令96/67/EG所發布之廢水處理辦法（*Verordnung zur Umsetzung der IVU-Richtlinie bei Abwasser*（*Bayerische IVU-Abwasser-Verordnung*））第4條也規定關於附件的部分參見該辦法。依據水利基準法之規定各邦為轉化歐盟指令96/67/EG均發布相同之法規命令，但是在附件上之規範，僅巴伐利亞邦有

使用許可證明、地號等⁶²。申請人還必須說明利用之目的、水體現存的目的，其中關於水體現存的狀況必須提出水文資料及相關證明外，以及水文、大地資料的資訊來源外，尚必須就目前存在於該水體之利用行為加以說明。申請人並且必須對該計畫位置、計畫的種類與範圍、利用行為所造成的影響以及法律上之責任加以說明。此外，必要時主管機關得要求提出坡地保育計畫、河川流域、水力學資料、現存對於水體的危害、對於廢水處理設備的水利技術證明以及功能示意圖與處理程序⁶³。

同時巴伐利亞邦廢水處理辦法第四條則規定該許可必須包含適當之規範，以監督水體之利用行為；其中特別是針對量測之方式與次數，以及評估程序。除此之外，主管機關為監督審查利用人對於是否遵守行政處分及其附款之規範，該利用人應提出之資料也應一併規範。而許可之申請提出後，依據該辦法第五條規定必須依據邦行政程序法之規定公布必要資訊，並且必須給予民眾陳述意見之機會。而許可授予後，主管機關必須對於是否遵循該許可為利用行為，應進行經常性監督。主管機關的監督措施須注意利用人是否善加保護水體，並且確保利用者必須遵守許可或其他允准中確定的污染排放界限。是否在科技上有重大的改變，得降低污染。就整個申請程序而言，首先申請人必須併同附件向主管機關提出申請，而主管機關在必要時得要求其提出其他相關資料。之後則是依據行政程序法規定公告該資訊，並且提供民眾陳述意見之機會⁶⁴，最後以書面通知或公告該決定。

總結來說，由於許可程序原則上是非正式程序，因此在程序性規範當中規範較少，但某些邦如巴登符騰堡，邦水利法中明文規定許可程序也適用正式行政程序，對此將在下節一併說明。

較為細部的規範。

62 巴伐利亞邦水利計畫與附件辦法第4條規定。

63 巴伐利亞邦水利計畫與附件辦法第13條規定。

64 此點也是巴伐利亞行政程序法第28條規定，為行政處分前必須提供民眾陳述意見之機會。

(二) 高等許可與同意之行政程序

如前所述，水權之申請程序原則上基於各邦邦法之規範，由於各邦規定不同無法一概性的說明。筆者在此藉由前面提到的北威邦（Nordrein-Westfalen）的規範加以說明。依據北威邦邦水利法第一四三條規定，以同意與高等許可授予利用人水權必須依據邦行政程序法中關於正式行政程序規定辦理，該程序為該邦行政程序法第六十三條至第七十一條規定，條文內容則與聯邦行政程序法之內容相同。依據該邦行政程序法第六十四條規定，必須以正式行政程序作成之行政處分，應以書面方式或記明筆錄提出申請。此外關於證人與鑑定人的部分必須依據該法第六十五條規定辦理，第六十六條則規定必須要給予當事人陳述意見、詰問證人與鑑定人之機會，並且調查證據時得提出問題。此外，依據邦行政程序法第六十七條第一項第一句水利主管機關於審查程序中必須經言詞辯論程序始能作成決定，關於該程序之要求於第六十七條第一項有詳細規定。於該項規定中第二句、第三句要求必須要於適當期間內以書面或是以公告方式通知當事人，並且必須載明當事人缺席下仍進行該程序並作成決定。但第六十七條第二項規定在特定情況下得免除言詞辯論程序。特定的情況為：

- 該申請得所有當事人之同意；
- 無當事人在法定的異議期間提起異議；
- 行政機關通知當事人不舉行言詞辯論程序，當事人未於法定期間內提起異議；
- 所有當事人放棄言詞辯論之機會；
- 為避免遲誤之危險，必須立即作成決定。

倘若進行言詞辯論程序則必須依據第六十八條辦理。其中必須要注意的是，第六十八條第一項規定言詞辯論程序屬非公開程序。經過整個行政程序後由水利主管機關依據邦行政程序法第六十九條規定作成准否之決定。而依據該條第二項規定，依據正式行政程序作成之行政處分，必須記明理由以書面或以公告方式通知當事人；僅在例外之狀況不須記明理由。此外，第七十條規定，凡經此程序作成之決定，

於提起行政爭訟時無須經先行程序，也就是無須經訴願程序。

除了上述行政程序法之規範外，北威邦水利法中對於正式行政程序尚有其他規範，第二十七條即規定因為利用行為預期會造成以下之不利益影響者得提出異議，

- 改變水流或者是污染水體，或者是對於其性質有所影響，
- 對水體狀況的改變，
- 對於土地上現存的利用行為有所影響者，
- 取水裝置因此無法取水或取得水量減少，
- 增加水體維護時之困難。

此外，該邦水利法第一四七條規定對於高等許可或同意之申請，必須提出足以判斷是否符合法定要件之圖表、證明以及對於利用行為之描述。同時如果上述資料有所缺漏未於期限內補正者，則應予駁回。此外，第一四八條規定，關於同意或高等許可之授予前必須要在各鄉鎮公告之。該公告中必須要指出因利用行為受不利益影響人，在此亦適用行政程序法第七十三條第三項至第五項有關計畫確定之公告程序，其中最重要的是必須要給予陳述意見之機會。關於決定之內容邦水利法第一四九條規定除了准否外，必須要包含異議、依據第二十八條之其他申請⁶⁵、損害賠償、程序的費用。

整體來說，申請人必須以書面附具相關平面圖，及其他資料向主管機關提出申請。該申請程序之辦理必須依據行政程序法辦理，必須公告後，給予受影響者陳述意見之機會，並且准其提出異議。此外，如無例外情況必須依據行政程序法規定進行言詞辯論程序後，始作成准否之決定。決定之內容則必須依據邦水利法第一四九條規定辦理。整個程序的進行是，利用人提出申請後，主管機關發現缺漏在給予適當期間要求補正後，未為補正者駁回；補正後則公告該資訊，並進行言詞辯論程序，進行後如未有異議則可作出決定，如有異議則應就異議一併決定。

⁶⁵ 邦水利法第28條乃是規範同時提出許可以及同意申請之情況。

三、特別程序

除了上述的程序，水權的授予也可能經由其他程序為之。水利基準法第十一條規定，該許可得與依據環境影響評估法應經環境影響評估之計畫，在合於環境影響評估規定的程序中授予。除此之外，由於行政改革之趨勢聯邦政府與各邦政府積極進行行政程序簡化之工作。而在水權許可或同意的申請上，在某些邦水利法亦明確規定得適用簡化程序，例如巴登符騰堡邦、薩蘭邦。對於簡化程序以及計畫確定程序在水權許可或同意程序中的適用，我們可以參見巴登符騰堡邦水利法之規定⁶⁶。該邦不管申請許可抑或申請同意之程序均適用該邦行政程序法之規定。該邦水利法第一〇八條第一項第一句規定，「邦行政程序法第七十一條a至第七十一條e、第七十二條、第七十三條、第七十四條第一項至第三項、第四項第一句以及第五項、第七十五條第四項與第七十六條規定，於依據水利基準法第七條或第八條規定授予許可或同意時，亦有適用。」其中第七十一條a至第七十一條e即為所謂的簡化程序，其目的在於改善行政程序建立單一窗口制度。然而簡化程序其實與一般的正式程序原則上並無不同，只是賦予行政機關加速作成決定時，在當事人不反對之下，加快作業之機會。得依據申請以簡化程序辦理水權許可申請作業之利用行為，則規定於邦水利法第一〇八條第四項第一句規定，依據該項規定，在地面水體取用飲水、暖化土地為目的而利用、對於地下水污染的整治、暫時性目的且期限未超過一年之利用行為均可適用簡化程序。而依據第一〇八條第四項第二句規定，水利主管機關於收到申請後一個月內未為決定者，則視為同意給予許可。第三句則規定該申請必須包含具體的利用地點、利用之水體、起迄時間以及對於利用行為之說明。基此本文不再特別介紹。

⁶⁶ 筆者在此雖然試圖的繼續利用北威邦之規定來加以說明，但北威邦邦水利法並沒有明文規定是否適用此一制度。薩克森安哈特邦的水利法同樣規定簡化程序之適用。Vgl. Czychowski/Reinhart, aaO. (Fn. 2), S. 338.

而第七十二條以下則是關於計畫確定程序的規範，因此許可或同意之授予也可能經由計畫確定程序為之。除此之外，倘若水體的利用行為，依環境影響評估法規定必須進行環境影響評估者，則對於該程序也有影響，以下將分別說明之。

(一) 計畫確定程序

除了上述條文外，巴登符騰堡邦水利法尚規定邦行政程序法第七十二條以下條文亦應適用。邦行政程序法第七十二條規定為，依據法令必須進行計畫確定程序者，倘若本法無其他規定則適用第七十二條至第七十八條規定；進行計畫確定程序時不適用第五十一條⁶⁷以及第七十一條a至第七十一條e之規定。在計畫確定程序中依據行政程序法第七十三條規定，必須進行聽證程序，在該程序中計畫人應將計畫提出於聽證機關（在此通常是基層水利主管機關），並且聽取其他有關機關意見。

除此之外，邦水利法第一〇八條第二項規定，關於水權的同意與許可程序，必須要公告該申請計畫之內容，該規定要求公告必須要附加以下事項⁶⁸：

- 未於異議程序中提出異議，而受不利影響之利害關係人，僅在該程序中無法預見其不利影響下，得要求附加義務，
- 異議期間後不得在同一程序中再提出其他對於許可或同意之申請，
- 對於因為同意或許可的利用行為造成之不利益影響，對於同意權人僅有契約上請求權。

基於上述規範因該計畫利益受到影響之利害關係人，應於期限內以書面方式提出異議。而在該程序中最重要的是所謂的公開說明會（Erörterungstermin），倘若在異議期間內向該計畫或機關之意見向聽

⁶⁷ 關於再開程序之規範。

⁶⁸ Manfred Bulling/Otto Finkenbeiner/Wolf-Dieter Eckardt/Kahlheinz Kibele, Wassergesetz für Baden-Württemberg, Band. 1, 2007, § 108, Rn. 32.

證機關提出異議者，應召開該說明會，通知異議人、利害關係人與各機關參加使其有說明之機會（行政程序法第七十三條第六項第一句）。聽證機關應將聽證結果，在公開說明會後與各機關之意見以及未決之異議，轉送計畫決定機關（行政程序法第七十三條第九項）。

而邦行政程序法第七十四條第一項至第三項、第四項第一句以及第五項第三句、第四項第一句以及第五項規定則涉及到許可或同意的決定。第七十四條第一項則指出計畫決定程序必須要依照第六十九條與第七十條規定為之，即必須以書面記明理由送達或公告，且對該處分不服者無須經過訴願程序即可向行政法院起訴，這兩條條文與上面解釋過的北威邦同條號條文內容一樣。依據第七十四條第二項之及第四項規定對於異議應由計畫決定機關決定之，並且應通知異議人、申請人及其他利害關係人，而依據第七十四條第五項規定該通知也可能以公告方式為之。事實上，計畫確定程序進行之方式，即以比正式行政程序更為正式之程序進行之⁶⁹，比較特別的是在計畫決定中必須一併處理水權的問題，以收集中之效果，經過該程序之決定為行政處分，並且得取代依據其他法律所應該為之決定，例如建築許可、水利法上之准許等⁷⁰。

(二)環境影響評估程序以及其他程序

依據水利基準法第十一條第一項規定，許可與同意得與依據環境影響評估法應經環境影響評估之計畫，在合於環境影響評估規範的程序中授予。因此，我們也不能忽略環境影響評估法第五條至第十四條規定的環境影響評估程序。上述的條文包含了必須事先的提出附件（第五條）、進行環境影響評估所應提出之附件（第六條）、其他機關的參與（第七條）、民眾與外國機關之參與（第九條、第九條a與b）、保密義務與資訊保護（第十條）、環境效應的綜合性評述（第十一條）、在決定中對環境效應的評價與結果考量（第十二條、第十

⁶⁹ Kotulla, aaO. (Fn. 8), S. 185.

⁷⁰ BverwG NJW 1977, 2367; Maurer, aaO. (Fn. 57), S. 477.

三條、第十四條)。但是環境影響評估程序在行政程序當中乃是一非獨立的部分，依據環境影響評估法第二條第一項第一句，僅作為機關決定之考量。基於環境影響評估程序對於水權許可或同意的審查，其審查的標的不僅是水體的利用行為，毋寧是整體的開發行為。所以實際上來說，即是在基於必須要進行環境影響評估之計畫，在授予水權許可或同意前必須依據上述環境影響評估法之規定，進行環境影響評估，例如因為設置發電廠所必要的冷卻水的取水以及排放行為⁷¹。實際上來說，必須經過環境影響評估程序授予許可或同意者，依據各邦邦法之規定其所進行之程序仍為正式行政程序，在此不在贅述。至於必須經環境影響評估的開發行為，則必須參見環境影響評估法的附表一。

四、小 結

由於聯邦水利基準法雖已非框架性規範，但自修法之後除了少數的邦如巴伐利亞邦因此有相應的修正外，各邦仍在觀察之中，且巴伐利亞邦的修正又大幅的變動新修正水利基準法的規定，是否會造成骨牌效應有待觀察。目前對於水權管理的規定多數仍藉由各邦水利法規加以補充，甚至加以具體化。原則上而言，水利法當中有關水權授予所進行的程序，除了依據各邦行政程序法以非正式或正式的行政程序進行外，也可能在簡化程序中作成決定，以及在計畫確定程序中一併決定之。而這幾種不同的程序在各邦的適用又有不同。雖然原則上水權許可程序為非正式程序，但亦有例外。但是就各邦之程序加以討論，其主要的差異性不在程序，而在對於申請時所需之附件的要求各有不同。而在水權的授予當中最重要毋寧是環境損害的防護與平衡，因此，水權的授予是可以附加附款，以達成此一目的。

⁷¹ Breuer, aaO. (Fn. 1), Rn. 368; Queitsch/Koll-Sarfeld, aaO. (Fn. 15), § 152 S. 1.

伍、我國水權審查制度之省思——代結論

我國水利法第二十七條規定，水權之取得必須向主管機關登記，因此似乎採取登記制。除了水利法外，水利法第九十八條授權制定「水利法施行細則」中第六條、第二章水權（第十一條至第十九條）、第四章水權登記（第二十條至第四十條）均屬對於水權的規範。除此之外，水利法之中央主管機關經濟部，即水利署尚依職權制定「水權登記審查作業要點」。

其中水利法第二十九條與第三十條分別說明了申請應提出之資料與申請書之內容。提出申請後該法第三十四條規定，「登記申請，經主管機關審查履勘，認為不適當者，應於審查完畢十日內附具理由駁回申請；認為適當者，應即於審查完畢十日內依下列規定公告，並通知申請人：一、揭示於申請登記之水權所在顯著地方。二、揭示於主管機關之公告地方。前項公告之揭示期間，不得少於十五日。」而在無人異議的情況下或異議不成立時即發給水權狀。在何種狀況為適當應授予水權於水利法中並無規定，然而水權登記審查作業要點第三點規定「水權登記之審請有下列情形之一者，應予駁回：依本法施行細則第二十六條規定應予駁回。履勘引水地點，水源水量已不敷使用、無水源或使用方式明顯無法取得水源。引取已登記之水源水量。申請人、代理人或其委任人無法確實引導履勘。申請登記書件記載之引水地點位置與申請人、代理人或其委任人現場引導履勘處不符。其他申請登記事項，經會同履勘機關認定違反相關主管法規。」就此而言似乎有了具體的審查基準。如此一來，我國水權授予制度是否為單純的登記制容有疑義，有學者以為應將水權之「登記」作為行政行為生效之特別要件，換言之並非申請人一經提出申請，主管機關即有登記之義務。再者，水利法第十七條復規定「團體公司或人民，因每一標的，取得水權，其用水量應以其事業所必須者為限。」與第三十四條對於水權登記申請主管機關應派員履勘，故無論有關有關「水權」或「臨時用水」之核給——認定「事業所必須」之水權水量與「水權申

請」之「適當與否」，均屬於行政處分，且主管機關即有綜合衡量與事理相關之各種因素，合義務地作成「裁量處分」⁷²。

德國在水權的授予程序，仍屬行政程序之一部，其複雜在於各邦之制度的不同，但只要對行政程序有所瞭解即不難理解如何申請水權。但如果綜觀德國法上之規定，水資源的利用往往只是利用人構想之一部，例如設置發電廠必須要取引水的問題，水權的取得只是發電廠設置當中的一個環節，主管機關在面臨此一問題時，應進程序與程序間的調和實為重點所在，而在我國的水利法上卻沒有規範，例如水權之許可審查程序常必須伴隨各種不同的審查程序，例如「水利建造物之許可」（水利法第四十六條）或是「溫泉開發許可」、目的事業之許可（例如漁業法之養殖漁業）、土地使用許可（例如山坡地利用之「水土保持開發許可」、森林法之林地使用許可、水利法之河川公地使用許可），甚或是整體開發行為之最上位許可（環境影響評估）一起進行之，由於缺乏整合除了使申請者飽受困擾外，也無法一併考量影響環境之因素，德國在此一方面的設置有其參考之價值。

⁷² 經濟部水利署委託，李惠宗主持，水權登記相關法律問題研究，2009年10月，頁222。

參考文獻

一、中文

(一)專書

1. 李震山，行政法導論，第7版，三民，2007年10月。
2. 吳志光，行政法，修訂第3版，新學林，2009年9月。
3. 經濟部水利署委託，李惠宗主持，水權登記相關法律問題研究，2009年10月。

(二)期刊論文

- ◎黃俊杰、辜仲明，農業水權法制化研究，月旦財經法學雜誌，第15期，2008年12月，頁189-217。

二、德文

(一)專書

1. Baur, Fritz/Baur, Jürgen F./Stürmer, Rolf, Sachenrecht, 17. Aufl., 1998.
2. Boldt, Gerhard/Weller, Herbert, Bundesberggesetz, 1984.
3. Breuer, Rudiger, Öffentliches und privates Wasserrecht, 3. Aufl., 2004.
4. Bulling, Manfred/Finkenbeiner, Otto/Eckardt, Wolf-Dieter/Kibele, Kahlheinz, Wassergesetz für Baden-Württemberg, Band. 1, 2007.
5. Czychowski, Manfred/Reinhart, Michael, Wasserhaushaltsgesetz Kommentar, 9. Aufl., 2007.
6. Erbguth, Wilfried/Schlacke, Sabine, Umweltrecht, 2. Aufl., 2008.
7. Franzheim, Horst/Pfohl, Michael, Umweltstrafrecht, 2. Aufl., 2001.
8. Hofmann, Frank/Kollmann, Manfred, Wasserhaushaltsgesetz, in: Lersner/Berendes/Reinhard (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Wasserrechts, 2008, § 3 Rn. 15, in: Lersner/Berendes/Reinhard (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Wasserrechts, 2008.
9. Ipsen, Staatsrecht I, 15. Aufl., 2003.
10. Kloepfer, Michael, Umweltrecht, 2. Aufl., 1998.

11. Knopp, Günther- Michael, in: Sieder/Zeitler/Dahme, Wasserhaushaltsgesetz, 2008.
12. Kotulla, Michael, Wasserhaushaltsgesetz zwischen Hochwasserschutz, Strategischer Umweltprüfung und Föderalismusreform, 2006.
13. Kotulla, Wasserhaushaltsgesetz zwischen Hochwasserschutz, Strategischer Umweltprüfung und Föderalismusreform, 2007.
14. Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., 2002.
15. Pape, Kay Artur, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band III, 55. Aufl., 2009.
16. Piens, Reinhart/Schulte, Hans-Wofgang/Vitzthum, Stephan, Bundesberggesetz, 1983.
17. Queitsch, Peter/Koll-Sarfeld, Claudia, Wassergesetz für das Land Nordrhein-Westfalen, 1. Aufl., 2008.
18. Salzwedel, Jürgen, Wasserrecht, in von Münch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 8. Aufl., 1988.
19. Ule, Carl Hermann/Laubinger, Hans-Werner, Verwaltungsverfahrenrecht, 4. Aufl., 1995.
20. Zeitler, Herbert, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, Bayerisches Wassergesetz, 2006.

(二) 期刊論文

1. Schmidt-Preuß, Mattias, Möglichkeiten und Grenzen reduzierter Regelungsgehalte von Parallelgenehmigungen. Bemerkungen aus Anlaß des Ahaus-Urteils des BVerwG vom 11. Mai 1989, DVBL. 1991.
2. Söhnlein, Bernd, Kiesentnahmen aus oberirdischen Gewässern aus rechtlicher Sicht BayVBL. 2004.

The Reviewing Procedure for Authorizing the Water Right in Germany Law

Po-Yen Hu *

Abstract

Allocation and management of water resources is an important national task, because humans can not create their own water resources. Any use of water should be done with the consent of the competent authority. Given the right to use of water resources can be divided into two kinds of administrative actions, namely permission and consent. Application and review process were applicable to the formal and informal procedures. In the planning determination process, and environmental impact assessment procedures can be granted the right to water. This is special, and also improve administrative efficiency. We should follow the example.

Keywords: Water Right, Administration Act, Water Resource, Water Resource Management, Water Law

* Assistant Professor, Department of Law, Soochow University.
Received: March 18, 2010; accepted: July 28, 2010