

私立東海大學法律學系研究所

碩士論文

指導教授 黃啓禎博士、李惠宗博士

Thesis for the Degree of Master

水權交易法律問題之研究

The Research on Legal System of Water Rights Transaction

研究生 蔡宜軒 撰

中華民國一百年七月

July 2011

碩士學位考試委員會審定書

私立東海大學法律學研究所

碩士班研究生 蔡宜軒 君所提之論文：

水權交易法律問題之研究

經本委員會審查並舉行口試，認為符合
碩士學位標準。

考試委員簽名處

黃啓禎

林昱梅

蕭淑芬

廖惠寧

一 百 年 七 月 十 一 日

水權交易法律問題之研究

論文摘要

水權乃定義為水的使用和受益之權，水權移轉主要指的是「使用權的改變」，其中包括水的使用者、使用地點與使用用途的變更等。移轉包括短期性的移轉與永久性的移轉，短期性的移轉乃指水量的移用，並不涉及水權的變動；永久性的移轉則是水權的移轉。本研究探討的水權交易包括前述兩種形式的移轉，交易乃「凡是兩方或多方當事人間所為價值之交換」，有論者據此將水權交易界定為「自願性的水量或水權之有償交易行為」，因此水權交易包括短期的水量移用和永久性的水權移轉。

水權的交易主要是透過市場的運作使水資源配置更有效率，但其先決條件是財產權要清楚的界定及合乎公平性的原始水權之分配。一般而言，透過水權交易制度之建立與執行，一方面可以增加分配彈性促進用水效率，更可調和缺水風險，減少用水浪費，彌補水權制度僵硬化的缺憾，因此水權交易除了考慮市場運作所帶來的效率外，更應考量交易過程中所需的協商、議價等交易成本和外在條件之配合。但由於水資源具有共有財和準公共財的特性，所以水權交易需考慮到對環境或第三者的衝擊，例如對產值較低的農業生態影響，另外，水資源是民生必需品，所以不能完全放任市場運作，政府須有一套兼顧公平與效率原則的管制措施。

一般認為我國建立水權交易制度的最大限制來自於法規，因此，要實施水權交易制度必先修法，然而我國目前規範水資源的主要法規—水利法，是否禁止水權交易，本研究將從立法論及法解釋論進行深入的探討。

整體而言，水權交易制度的效益在於買賣雙方的資源配置效率的提昇，成本則在於市場訊息的取得與交易的執行，包括交易成本與監控成本。除了交易制度中，參與水權交易的買賣雙方外，水資源共有財的特徵，也往往造成回流量、留川水量及水質等第三者與環境的衝擊。

顧名思義，水權交易制度是在引進市場機制改進水資源之配置和使用效率，也就是將其交由市場上的價格機制去做最適配置。但水資源為國家所有且是人民賴以為

生的重要資源，水資源使用的對象與影響幾乎是全國性的，水權的直接移轉與市場交易仍須在國家管制範圍內進行。

政府之責任為制定一套交易的遊戲規則，而非介入交易，並監督交易者是否違反規則。另外，政府應建立水權資料庫；放寬水權的過多限制以利水權之轉移；制訂管制措施及監督機制；在市場的運作中政府角色的確定，例如市場資訊的提供者。本研究將考慮上述因素研擬水權交易管制與監督機構之功能及架構。



關鍵字：水文循環、水權、地下水管制地區、水權費、水權交易

謝 誌

自進入東海大學法律學系研究所公法組，在修習李惠宗老師行政法課程後，即深受老師堅實法學素養及清晰論述邏輯思考所吸引，也因此每個學期都選修老師的公法課程，在學習過程，更發現老師深厚文學造詣，並在教學過程中，對學生傳道、授義、解惑，啟迪同學人生及法學思想，並給予同學鼓勵，更感受到老師外在很「公法」，內心卻很「文藝」的一面。

感謝老師在學生撰寫論文進度落後時，總是給予最溫暖的鼓勵，並在學習指導上諄諄教誨，此情永銘五內。在東海法研所從助教到每位老師對每位學生的付出，總是令人倍感溫馨，謹致上由衷無盡的感恩！

最後感謝我在求學日子裡，對我時時鼓勵的母親，還有這些日子裡陪伴我的所有工作長官、同學、朋友，最後更感謝研究所公法組同學鍾維福，在求學生涯中給予的彼此鼓勵，感激大家對我的加油打氣，在此致上由衷謝忱。並謹以此論文獻給我摯愛辛勞的母親，媽媽！孩子感謝您！

蔡 宜軒 謹誌

2011.7

簡目

論文摘要.....	I
第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機.....	1
第二節 研究目的.....	2
第三節 研究方法與範圍.....	4
第四節 研究架構.....	5
第二章 水資源面臨之困境.....	7
第一節 水文循環.....	7
第二節 世界水資源問題.....	8
第三節 臺灣的水資源.....	10
第四節 小結.....	22
第三章 美國、日本、德國之水權制度.....	23
第一節 美國水權制度.....	23
第二節 日本水權制度.....	30
第三節 德國水權制度.....	33
第四節 小結.....	37
第四章 我國水權制度.....	39
第一節 我國水權制度立法之沿革.....	39
第二節 我國水權法制問題之探討.....	40
第三節 小結.....	89
第五章 水權交易制度面的設計.....	91
第一節 水權交易之概念.....	91
第二節 現行法制下並無水權交易之概念.....	94
第三節 我國應開放水權交易之研析.....	97
第四節 小結.....	106
第六章 水權交易立法論之商榷.....	109
第一節 前言.....	109
第二節 水資源分配之政策上選擇.....	109

第三節 法律上常見錯誤概念之類型.....	110
第四節 水權進行交易規範上之容許性.....	114
第五節 農田水利會增設給水業務之問題.....	116
第六節 小結.....	118
第七章 結論與建議.....	119
參考文獻.....	123
索引.....	125



詳目

論文摘要.....	I
第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機.....	1
第二節 研究目的.....	2
第一項 現行水資源之配置引發效率問題.....	2
第二項 建構完善而務實之水權制度.....	3
第三項 研究水權交易制度之可行性.....	3
第四項 建立法規範之整體配套措施.....	4
第三節 研究方法與範圍.....	4
第四節 研究架構.....	5
第二章 水資源面臨之困境.....	7
第一節 水文循環.....	7
第一項 水文循環過程.....	7
第二項 水資源永續利用之思考.....	7
第二節 世界水資源問題.....	8
第一項 用水資源比想像中少.....	8
第二項 全球暖化所帶來旱災.....	8
第三項 全球人口急速增長.....	8
第四項 世界水資源協會的呼籲.....	9
第五項 水資源的人類革命.....	10
第三節 臺灣的水資源.....	10
第一項 水已成為重要資源.....	11
第二項 臺灣降雨量極為不均.....	12
壹、就「時間」角度以觀.....	12
貳、就「自然地理」角度以觀.....	12
參、就「人口」角度以觀.....	12
肆、就「蒸發量」角度以觀.....	12
伍、就「氣候變遷」角度以觀.....	12
第三項 臺灣實際供水量與需求量有逆差.....	13
壹、實際供水量.....	13
貳、實際需求量.....	14
第四項 各標的用水消長之情形.....	14

第五項 農業用水移用現況.....	16
壹、 農業用水移用給工業用水之現況.....	16
貳、 農業用水移用給臺灣自來水公司之現況.....	16
參、 本文見解.....	16
第六項 缺水時調度農業用水之相關規定.....	17
壹、 現行概況.....	17
貳、 旱災調度農業用水之相關法令.....	17
一、 災害防救法.....	17
二、 旱災災害防救業務計畫.....	17
三、 農業用水調度使用協調作業要點.....	18
四、 不同乾旱程度之灌溉營運因應措施準則.....	19
五、 臺灣省灌溉事業管理規則.....	19
六、 農田水利會灌溉排水管理要點.....	20
七、 農委會發布之「水旱田利用調整後續計畫」.....	20
八、 旱災災害救助種類及標準.....	20
九、 水稻育苗中心受停灌損害救助作業要點.....	21
參、 本文見解.....	21
第四節 小結.....	22
第三章 美國、日本、德國之水權制度.....	23
第一節 美國水權制度.....	23
第一項 河岸水權制.....	23
壹、 河岸水權之內容.....	23
一、 絕對所有權制（Absolute ownership）.....	23
二、 合理所有權制（Reasonable ownership）.....	24
三、 相關權利原則（Correlative doctrine）.....	24
貳、 河岸水權之權利內涵.....	24
參、 河岸水權許可制度之採行.....	25
肆、 河岸水權之消滅.....	25
一、 所有權來源原則（The source of title rule）.....	25
二、 所有權整體原則（The unity of title rule）.....	25
第二項 優先分配水權.....	25
壹、 優先分配水權之分配原則.....	26
貳、 優先分配水權之內涵.....	26
參、 優先分配水權之許可程序.....	26
肆、 優先分配水權之移轉與消滅.....	26
一、 優先分配水權之移轉.....	26
二、 優先分配水權之消滅.....	27
第三項 混合制度.....	27

壹、 分配原則.....	27
貳、 核發水權基準.....	27
第四項 公權利對水權之限制.....	28
壹、 水面上之航行.....	28
貳、 公眾信託原則.....	28
參、 保留權利原則.....	28
肆、 聯邦對水資源發展的權力.....	29
伍、 聯邦政府影響州政府管制水資源的權力.....	29
一、 聯邦水力發電計畫權.....	29
二、 聯邦墾務計畫權.....	29
三、 聯邦環境立法權.....	29
第二節 日本水權制度.....	30
第一項 水權之內涵.....	30
第二項 水權取得類型.....	30
壹、 就權利取得方法區分.....	30
一、 流水占用許可.....	30
二、 慣行水權.....	30
貳、 就水量豐枯差異核給不同水量區分.....	31
一、 安定水權.....	31
二、 豐水水權.....	31
三、 臨時豐水水權.....	32
第三項 水權之權利內涵.....	32
第四項 河川水權之許可基準.....	32
壹、 公益性、妥當性及實踐性之考量.....	32
貳、 河川流況之安定取水量.....	33
第三節 德國水權制度.....	33
第一項 水權之性質.....	33
第二項 水權之客體.....	33
第三項 德國水權之效力.....	34
第四項 德國水權之許可程序.....	34
壹、 免經許可.....	35
貳、 許可.....	35
參、 特許.....	35
第五項 許可與特許裁量要件.....	35
壹、 公共利益.....	36
貳、 利益衡量.....	36
第六項 德國水權之消滅.....	36

壹、 期限屆至	36
貳、 撤回特許或許可	36
一、 保留撤回的權利	37
二、 授予特許之實質要件改變	37
第四節 小結	37
第四章 我國水權制度	39
第一節 我國水權制度立法之沿革	39
第一項 水利法施行前	39
第二項 水利法施行後	39
第三項 憲法制定施行	39
第四項 民國 52 年水利法之增修	40
第二節 我國水權法制問題之探討	40
第一項 水權之意義	40
第二項 水權之定性	41
壹、 經濟學上之定性	41
一、 「稀少性」	41
二、 「經濟財」	42
三、 準公共財	42
四、 本文見解	43
貳、 法律上之定性	44
一、 公物	44
二、 特別用物	44
三、 自然公物	44
四、 具公法與私法兩面關係性質	45
五、 具物權之占有性質	48
第三項 水權之登記	51
壹、 水權登記主體	51
一、 自然人、法人、機關（構）、非法人之團體	51
二、 外國人	51
三、 大陸地區人民	52
貳、 水權登記客體	52
一、 地面水、地下水	52
二、 海水	53
三、 地下溫泉水	54
四、 地下海底溫泉水	54
五、 伏流水	55
六、 湧泉	55
七、 挖塘蓄水	56

參、水權登記之主管機關.....	56
第四項 水權申請程序.....	58
壹、登記生效主義.....	58
貳、水權之申請程序.....	58
一、提出申請.....	58
二、書面審核.....	59
三、履勘.....	59
四、公告.....	60
五、異議.....	60
六、狀照核發.....	61
參、水權登記許可制.....	61
第五項 毋須登記申請水權許可.....	63
壹、航行天然通航水道者.....	63
貳、免為水權登記者.....	63
一、家用及牲畜飲料.....	63
二、在私有土地內挖塘.....	64
三、在私有土地內鑿井汲水，其出水量每分鐘在一百公升下.....	64
四、用人力、獸力或其他簡易方法引水.....	64
第六項 水權之消滅.....	65
壹、水量不敷公共給水.....	66
貳、繼續停用逾二年.....	66
參、公共事業之需要.....	66
肆、水權期限屆滿.....	67
伍、展限登記.....	67
陸、地下水管制區之限制.....	67
第七項 水權之管理.....	68
壹、優先用水權.....	68
一、一般用水順序.....	68
二、多目標水庫.....	68
三、特定之水道或工業區.....	68
貳、歷史水權.....	69
一、「歷史水權」並無受制度保障.....	69
二、申請展限登記應重新審核水權.....	69
參、移用補償.....	70
肆、剩餘水權.....	71
伍、臨時使用權.....	71
一、「臨時使用權」之取得.....	71
二、「臨時使用權」之登記.....	72

三、 「臨時使用權」之停止.....	72
四、 「臨時使用權」之重新申請.....	73
陸、 地下水管制區.....	74
一、 地下水管制區內鑿井.....	74
二、 非地下水管制區內鑿井.....	75
三、 在山坡地鑿井應具水土保持法計畫書.....	75
四、 應研議在敏感地質區之鑿井.....	76
五、 用水人及鑿井業者違法之處罰.....	76
第八項 水權人之權利與義務.....	78
壹、 水權人之權利.....	78
貳、 水權人之義務.....	78
一、 有「改善取水、用水方法或設備」之義務.....	78
二、 有「裝置量水設備，並填具用水紀錄表報查」之義務.....	78
參、 義務不履行之執行.....	78
肆、 對無水權者擅行取用水之裁罰.....	80
伍、 水井之處理.....	81
一、 對違法建造.....	81
二、 水井自行停止使用或廢棄.....	81
三、 未經取得水權之水井.....	81
四、 經撤銷水權或水權消滅之水井.....	82
第九項 水權費之徵收.....	83
壹、 水權費之定性.....	83
一、 稅捐.....	83
二、 規費.....	83
三、 特別公課.....	84
貳、 水權費徵收之理論基礎.....	85
一、 「預防原則」.....	85
二、 「肇因負責原則」.....	85
參、 水權費徵收屬政策決定問題.....	86
一、 從法律規範概念分析.....	86
二、 從政策決定面向分析.....	86
肆、 水權費費基設計之問題.....	86
伍、 應設立特種基金.....	87
第十項 水權爭議之處理.....	88
第三節 小結.....	89
第五章 水權交易制度面的設計.....	91
第一節 水權交易之概念.....	91
第一項 水權與其他概念之區別.....	91

壹、水資源.....	91
貳、水權.....	91
參、水之所有權.....	92
第二項 水權交易與水量交易.....	92
壹、水權交易.....	92
貳、水量交易.....	92
參、「交易」之法律概念.....	93
一、廣義「交易」之法律概念.....	93
二、狹義「交易」之法律概念.....	93
肆、本文所採之定義.....	93
第二節 現行法制下並無水權交易之概念.....	94
第一項 現行法制不存在水權交易.....	94
壹、權利內涵，即非能自始確定.....	94
貳、水權定義建立在「事業所必需」之基礎上.....	94
參、換水契約限於水權人間.....	95
肆、水量移用限於水權人間.....	95
伍、水權移轉登記並非水權交易.....	96
第二項 不開放水權交易制度下之改革方法.....	96
壹、重新釐清定位農田水利會的角色.....	96
貳、用水標的順序之解除.....	96
參、不公平的補貼問題.....	97
第三節 我國應開放水權交易之研析.....	97
第一項 開放水權交易之利.....	98
第二項 開放水權交易之弊.....	99
壹、交易成本過高.....	99
貳、補貼問題.....	100
參、我國定期審查制度之運用.....	100
第三項 應導入水權交易之原因.....	101
壹、國外法制有對水權定性具私法內涵而允許交易.....	101
一、美國水權交易.....	101
二、日本水權交易.....	101
貳、定期審查制缺乏用水彈性.....	102
參、農業多餘用水浪費之省思.....	103
第四項 水權交易期程.....	103
壹、短期先行方案.....	104
貳、中期過渡方案.....	104
參、長期實施方案.....	105

第四節 小結.....	106
第六章 水權交易立法論之商榷.....	109
第一節 前言.....	109
第二節 水資源分配之政策上選擇.....	109
第三節 法律上常見錯誤概念之類型.....	110
第一項 移用補償.....	110
第二項 歷史水權.....	112
第三項 剩餘水權.....	113
第四項 小結.....	114
第四節 水權進行交易規範上之容許性.....	114
第一項 私法權利在法律無禁止下允許交易.....	114
第二項 公法權利有法律規定允許移轉而為交易.....	115
第五節 農田水利會增設給水業務之問題.....	116
第一項 給水為水量交易或水交易.....	116
壹、給水態樣之區分標準.....	116
貳、立法政策上之選擇.....	116
參、本文意見.....	117
第二項 販售公共資源之疑慮.....	117
第六節 小結.....	118
第七章 結論與建議.....	119
參考文獻.....	123
索引.....	125

第一章 緒論

第一節 研究動機

水是「自然資源」，其與「人力資源」及「資本」等，構成了經濟學上所謂之生產三要素。然而，人類經濟問題的根源，即係「資源有限，人類慾望無窮。」即資源亦並非「取之不盡，用之不竭」，亦即有「稀少性」(scarcity)之問題。

因此經濟學所稱之「選擇」問題就產生了，人類必須讓資源有效率地被使用。易言之，將單位資源選擇用於農業，就無法用於工業，這就是所謂的「機會成本」。原則上吾人會選擇機會成本較小的資源使用方式，符合比較利益原理。

如何選擇、讓誰(政府或人民)選擇資源的使用，才能達成讓資源有效率地被使用，以創造人類社會福祉？古典經濟學之父亞當施密(A.D Smith)在「國富論」一書中提出「看不見的手」(invisible hand)，其內容為「人們的自利動機會使人們向本身最有利的方法去進行資源配置，若市場機能完全，則任由一看不見的手運作，即可使社會福利最大。」

水資源亦非「取之不盡，用之不竭」，亦即有「稀少性」之問題。為避免這寶貴稀少性之水資源被壟斷，及保障基本民生用水，我國憲法第 143 條之規定，「中華民國領土內之土地屬於國民全體。人民依法取得之土地所有權，應受法律之保障與限制。……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。」水利法第 2 條亦規定，「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。」將水資源定位劃歸為國有之後，由政府來管理，人民得在一定水量必要之範圍內，向政府申請對水資源為使用收益之權利，此權利稱之為「水權」。按水利法第 15 條之規定，「本法所稱水權，謂依法對於地面水或地下水，取得使用或收益之權。」此謂水權者，僅指取得水資源之用益權，並非謂水之所有權。

水資源因有「稀少性」之問題，觀臺灣自然地理環境是一個總面積 36000 平方公里，全島長 390 公里，寬 140 公里，四面環海海岸線長 1140 公里，並以中央山脈為分水嶺，河川大多東西流向，山高水急，逕流入海的島嶼。而我國用水最主要的來源就是雨水，下雨季節型態及區域分布都不均勻，豐枯

期相當懸殊，平均年雨量約 2500 公釐（約為 900 億立方公尺），為世界各國平均值的 3 倍，但卻是高度缺水的地方，因為雨水有約 25% 藉不同的路徑蒸發回大氣層，約 55% 經由河川流到海裡（下豪雨時，此數值更不定），約不到 6% 滲入地下含水層，實際可掌握的地面水僅約有 13.8%（水利署 2005 年統計約 124.29 億立方公尺），又由於臺灣地狹人稠，水資源更為缺乏。然而，目前臺灣年需求量至少應有 180 億立方公尺以上，地表水不夠支應的部分，常藉超抽取地下水來補充，造成地下水每年估計的使用量已大幅超過自然補注量，由於長期透支下，已造成地下水位下降、地層下陷、沿海地區海水入侵致許多地下水鹽化等問題，甚且地層下陷係一種不可逆之結果，即無法以人為力量令其恢復。更令人隱憂的是，未來臺灣需求的水量又祇會更逐年上升。儘管如此，我們有限的水資源，卻存在無法被有效使用的現象，坐令其浪費，須檢視的問題是，我們的法令有無造成水資源分配調適受到阻礙。

水資源依規定為國有，由政府來管理，人民得在一定水量必要之範圍內，向政府申請對水資源為使用收益之權利（水權）。憲法既然將水資源委託由國家統籌管理，國家機關就此有義務制定一套完善有關水權的法規範，使缺水時（即當供給小於需求時），得對水權人的用水量作合理的分配，及其剩餘水權或水量得再由國家或私人以移轉之方式再配置給其他之人，讓水資源有效率被運用，創造社會更大之福祉。然而，此設論在我國並非如此，觀臺灣歷年發生缺水危機時，我國的水權制度，除少數因水利法規定之情形得移用外，常因水權人無「法律」之依據，將其剩餘水權或水量以交易移轉之方式再作配置，而出現水資源調適不靈之困窘。

第二節 研究目的

第一項 現行水資源之配置引發效率問題

由於農田水利會是擁有最多水權的單位，參照現行水利法水權制度，缺水時由用水順序標的在先者有優先使用權，依水利法第 18 條、第 20 條規定，農業用

水之用水順序標的在工業用水之前，農業用水有優先使用權，其就此水權或水權之水量，依據現行水利法得否允許其進行交易移轉給工業用水使用，頗受爭論。若法令係根本禁止其移轉，抑或法令得對移轉多餘水量者撤銷水權，如此農業用水之水權人僅能「充分」使用（甚而部分已是浪費使用）其所擁有之剩餘水權之水量，一直使用至邊際產值至零為止，如此無疑造成水資源更無謂之浪費。且當未取得水權之工業用水人，即使願意支付代價，亦無法自合法之公開市場取得，也只好與其做地下交易，對此水量移用補償金卻常因雙方價格無法取得共識，引發爭端。水權制度若此，水資源無法充分彈性調配，水無法盡其用，將影響產業發展，國家經濟競爭力。

第二項 建構完善而務實之水權制度

水權制度是否真陷於無法充分彈性調配之泥沼中，本文試圖討論水權在現行制度下的會遇到障礙或難題。更重要的是，如各水權人水權已取得後，在缺水需求時，吾人到底係要選擇由立法者以法律或授權命令（看得見的手）之方式，來規定優先權之分配模式或比例分享之模式，抑或將此階段用水問題交由那「看不見的手」，也就是直接由市場機制來決定，較能達到人類最大的滿足，創造社會最大福祉。美國已開放水權交易制度，立法者僅須事先規範並建立監督機制，但有其利弊。本文並試圖辯證說明，何者係較適合我國國情需要之水權制度。

第三項 研究水權交易制度之可行性

分析開放水權交易制度之利弊，及倘若認為水利法並不反對將水權進行交易（如水權買賣）給其他用水標的使用，惟現行法規縱無禁止交易之規定，其交易卻無「法」之依據存在，不禁令人質疑配套措施是否已完善健全，舉凡交易主體、交易客體、交易金額、造成外部成本是否考量，及如何監督，紛爭如何解決，非無探討之餘地。

第四項 建立法規範之整體配套措施

缺水時，政府除依水利法第 18 條第 1 項，是否果真無法對水資源進行更完善之充分彈性調配？例如水利法第 18 條第 2 項、第 18 條之 1 等規定，及有無第 20 條之適用。

或是否可維持現行水利法即可，因並不反對將水權進行交易（如租賃）給其他用水標的使用，惟現行法規範縱無禁止交易之規定，卻無「法」之依據存在，不禁令人質疑配套措施是否已完善健全，更有論者以為除水利法第 18 條第 1 項第 1 款外，應改採比例分享制。本文擬從促進水資源有效率彈性地被使用為基礎作討論與分析，建立一配套措施。

第三節 研究方法與範圍

西方經濟學所謂「生產三要素」分別為（一）土地，此是所有自然資源之簡稱。例如：森林、礦產。（二）勞動，或有謂為人力資源者，係指人們的勞心、勞力。例如：工人的勞動、運輸業者的服務。（三）資本，係指所有人造的生產工具的總稱。例如：機器、廠房、設備等。多數經濟學者將水認為是土地（或謂自然資源）之範疇，然而從今日水在各種生產過程中所扮演的角色以觀，水有時也須經過人類加工後做為產業之生產工具之用。果爾，水是否單單祇是一種自然資源，抑或更謂是一種資本，非無討論空間。水資源並非「取之不盡，用之不竭」，亦即有經濟學所謂的「稀少性」之問題。因此，對有限的水資源在選擇「給誰生產，做何種用途使用」時，是否即逕由「看不見的手」，也就是直接交由市場機制來決定，當真就可以達到人類最大的滿足，創造社會福祉嗎？蓋此是否會造成「市場失靈」、或「企業壟斷」的現象發生？惟若此全部交由國家來管理與分配，要求政府處理過多的業務，超越其承載量時，是否不會造成「政府失靈」的現象發生，且是否會因而有不公或缺乏效率之問題發生，而影響水資源有效利用呢？

對水資源擁有使用收益之權利，稱之為水權（水利法第 15 條）。而制度上要由「誰」來取得水資源使用收益之權利，是較適合的呢？就此本文擬介紹美國、日本、德國水權制度，說明我國水權之沿革，就現行我國水權制度之現狀及引發「水權是否重分配」之爭議，並討論水權之主體、客體、水權登記之客體（例如：伏流水、地下海底溫泉）、水權之定性（公權說、私權說）、水權費之定性（稅

捐、規費、特別公課)等之相關問題。另,就水利法中水權之相關條文規定,從我國憲法、水利法、及其他法規,在法規範上之問題進行研究,例如水利法第 34 條主管機關對於水權案件之申請認為「適當」或「不適當」,究係「不確定法律概念」,抑或係「裁量」的概念,主管機關對於水權案件之申請,究應有何審查之要件,蓋法規範應就水權制度之運行提供使人民有預見性之依據,且應提供完善紛爭解決機制,此除依水利法第 97 條之規定,對於水權處理有爭議時,得「評議」外,可否依訴願法、行政訴訟法之相關規定,提起救濟,抑或依私法救濟方式,提起訴訟。另,水利法第 93 條第 2 項之「扣留」,究係行政執行法之「直接強制」、「即時強制」,抑係行政罰法之第 36 條之「可為證據或沒收之物」之保全規定。主管機關對於水權之申請案件,究應有哪些審查之要件,另在對於「地下水」水權案件之審查要件,是否應注意有無「地下水管制辦法」第 5 條之情事?及於地下水管制區有水利法第 42 條免為水權登記之事項,是否即須辦理水權之登記?「地下水管制辦法」第 5 條第 2 款、第 7 條之規定於地下水管制區取得水權之水井,因時日久遠自然耗損不堪使用仍有續行用水之必要者,得於鄰近地點重新鑿井,是否妥適?及現行法是否允許水權或水量之交易?本文中擬對上開問題一一提出探討與說明。

水權觀念及制度,須與時俱進,各界對水資源的效率與公平,及如何永續發展,提出不同的建議或想法,本文對此亦擬於最後提出條文修正之建議。

第四節 研究架構

本文之研究架構計分為七章,茲將其內容重點說明如下:

第一章 序論:主要介紹研究動機、研究目的、研究方法與範圍、研究架構。

第二章 水資源面臨之困境:說明水文循環,並闡述世界及臺灣水資源環境,及所面臨水資源困境。

第三章 美國、日本、德國之水權制度:從美國水權制度、日本水權制度、德國水權制度以觀,介紹該國關於水權制度修法之沿革。

第四章 我國水權制度:就水利法中水權之相關條文規定,討論水權之主體、客體、水權登記之主管機關、水權之定性、水權費之定性等問題。及主管機關對

於水權案件之申請，有何應審查之要件，蓋法規應就水權制度之運行提供使人民有預見性之依據，且應提供完善紛爭解決機制，此除依水利法第97條之規定，對於水權處理有爭議時，得「評議」外，可否依訴願法相關規定或私法途徑，提起救濟。另對水權制度剖析與檢討，蓋目前水權制度於缺水時常有無法充分彈性調配之窘境。本文試圖討論水權在現行制度下會遇到障礙或難題。更重要的是，各水權人水權取得後，在缺水時，吾人到底係要選擇以立法之方式，來規定優先權之分配模式或比例分享之模式，抑或開放給市場機制來運作。

第五章 水權交易制度面的設計：介紹國外水權交易制度，並討論我國如開放給市場機制來運作，從我國憲法、水利法、及其他法規，研究現行法是否允許水權或水量之交易？是否須修法來解決？並以外國水權之交易經驗，可供我國參考之處，分析開放水權交易制度之利弊。

第六章 水權交易立法論之商榷：水權交易非法本質所不許，是否開放交易，純為制度上政策上之考量。並討論農田水利會為目前擁有多數水權人，如允許水權交易可給水之態樣為何？依農田水利會組織通則及水利法之規定，關於農田水利會之給水業務法律問題。

第七章 結論與建議：就目前水權制度提出不同的建議及想法，本文對此亦擬提出條文修正之建議。

第二章 水資源面臨之困境

本章欲探討世界水資源為什麼缺乏，更已經被世界各國視為戰略能源，並且影響經濟、衛生、糧食等問題，因人類用水的短缺，當今水資源被譽為「藍金」（blue gold）之地位，臺灣平均年雨量約 2500 公釐，一個年雨量非常高的國家，但每人每年平均可獲得水量，僅為全球的 1/6，是世界第 18 位的缺水地區。許多國家面對水資源嚴重不足之情形，發展出由國家介入並進行水資源分配，我國亦不例外。為避免這寶貴稀少性之水資源被壟斷，制定了水利法，開啓水權非再依附於地權，須申請許可始能取得之水資源使用全之制度。

第一節 水文循環

在水文循環概念未提出前，流傳於世上約三千年的舊約聖經傳道書這樣記載著：「江河都往海裡流，海卻不滿·江河從何處流，仍歸還何處（傳道書 1:7）。」

第一項 水文循環過程

我們地球上的水，在太陽輻射的作用下，不斷從水面、陸面和植物表面蒸發，化為水汽升到高空，水汽被大氣環流所傳送帶到其他地區，在適當的條件下凝結降水，在降水過程中，大部分的水滴或冰晶，再度蒸發成為氣態水，只有少數較大的水滴或冰晶，降至地面。因此，許多水汽仍留在大氣中未被利用。降到地面的水則貯於湖泊、高山積雪、土壤之中，部份成為地下水，部份為生物吸收利用，剩餘則逕流入海。水的這種不斷蒸發、輸送、凝結、降落的週而復始的循環過程，稱為「水文循環」（Hydrologic cycle）。

第二項 水資源永續利用之思考

地球的水資源之所以生生不息，可以被永續利用的原因，完全拜水文循環之賜，也因此如水文循環中有任一環結因而有所變化，勢必影響整體水文循環的運

作，因此人類不得不從這來思考維持我們生命的水，如因環境破壞而產生氣候變化，不再是生生不息時，水資源的短缺，將斷送並終結人類的未來。

第二節 世界水資源問題

第一項 用水資源比想像中少

地球表面大約有 3/4 是海洋，有 1/4 是陸地，而地球現存高達 97% 的水屬於海水，無法讓人類直接使用，適合直接使用的淡水僅佔地球全部水的 3%，其中約 70% 存在南、北極巨大冰帽和高山冰川的固態水中，所剩 30% 的清水，又有 75% 遭到污染，剩下 25% 才是可用之清水。因此，全球生活上真正可供使用清水祇有 0.225%。

第二項 全球暖化所帶來旱災

地球上可用之水本來就不多，縱有水文循環生生不息，水循環極為緩慢，一滴水需耗時 3 千年才得以形成，水資源就顯得格外特別之珍貴，這也是為什麼當今水資源被視為「藍金」，是繼石油「黑金」(black gold) 之後，最被看好的投資標的。但本來可供人類使用的水資源，就極其有限，近來因環境的破壞，伴隨全球暖化所帶來的降水減少、水蒸發作用增加，及冰山融化速度改變，蓄積大量淡水的溼地乾枯消失，導致全球旱情嚴重，水資源更發生嚴重短缺及不足。

第三項 全球人口急速增長

又全球人口急速增長，在 1987 年全球人口是 50 億，目前全球人口更突破 60 億，新興國家人口與工商業活動高度成長，基礎建設需求龐大，工商業消耗水量超乎想像，水資源供不應求，水資源需求繼續與日俱增，水的形成如前所述速度緩慢，永遠趕不上人口的快速成長，與 100 年前相比，全球人口增加了 3 倍，水的耗用量增加了 7 倍。2000 年，缺水問題影響全世界 20% 人口，約 30 個國家；估計到 2025 年，全球將有 30% 的人，約 50 個國家，將面臨缺水危機，也就是在那時全球每 3 人就有 1 人陷於無水可用之危機下，此外人類也將因缺水而缺少糧食，霍亂、瘧疾將肆虐各地，引發的問題就是大量物種的滅絕。

第四項 世界水資源協會的呼籲

為因應世界上日受關注的水資源問題，國際間發起組成世界水資源協會¹（World Water Council），是一個 NGO、政府、和國際組織共同組成的國際合作成果，創立於 1996 年，目前總部設在法國馬賽²。每 3 年舉行一次世界水資源論壇，在 2009 年 3 月中旬，來自全球 192 個國家的代表與會者齊聚在土耳其伊斯坦堡（Istanbul），參與「世界水資源論壇（the World Water Forum）。」秘書長（director general）黎菲蕊（Julia Marton Lefevre）表示：「我們不能輕忽水對這個地球生命的重要性，它對我們而言就像我們所呼吸的空氣一樣無可取代。」並指出：「各國政府都必須瞭解有效的水資源管理應該以河川流域來劃定邊界，而不應以國界為界線。我們對石油資源有替代方案，對水資源卻沒有替代方法。在此財務危機時期，我們不能對生活及商業所需水資源的基本經濟重要性失去遠見。」

世界上，共用的河川的相鄰國家提供全球大約 60%的淡水資源，而全世界有 260 個跨國境的河川流域，這些流域所佔面積約是地球表面的一半，而且是全世界 40%人口定居的地方。傳統上，在共用河川議題上的協商一向聚焦在水資源的分配上，一旦水資源被分割後，每個國家都僅會試著在他們的國境之內進行最好的管理措施，而不會對超越他們範圍的流域有所行動。因此，互相競爭的消費者不要將焦點放在各自所分配到的水量，而應該放在以流域整體為考量範圍的利益分享。IUCN 水資源計畫（Water Program）主持人史密斯（Mark Smith）指出：「共用河川的問題在於如果共用的國家不互相合作，可能會致使他們都要試著不止一次地重複使用相同水源。當他們真的必須這樣作時，周遭環境會失去它所需的水分，當壓力再升高時，區域發展就會停滯。若能在河川流域進行合作的話，將會獲得相反的結果，因為環境健康而獲益，在其上的發展成果也能夠共享，並且因此提昇和平相處的契機。」IUCN 秘書長（director general）黎菲蕊（Julia Marton Lefevre）表示：「在這次伊斯坦堡的會議上，各國政府都必須釋出明確的訊息，

¹ 環境資訊中心網站：<http://e-info.org.tw/node/5100>

² 維基百科網站：<http://zh.wikipedia.org/wiki/%E4%B8%96%E7%95%8C%E6%B0%B4%E8%B3%87%E6%BA%90%E5%8D%94%E6%9C%83>

表示水資源使用者將會以合作方式共用水資源，如果他們相信這是他們最好的選擇。」

第五項 水資源的人類革命

為何水資源有愈來愈少的憂慮？Terence Richard Lee 在 21 世紀水資源管理一書中（*Water Management in the 21st Century*）指出主要因素集中在：「1、水是定量有限資源的觀念；2、傳統集權官僚式的管理體制；3、人口不斷成長的憂慮；4、經濟改變與成長在全球經濟體系中日益普及，造成工業、城市與灌溉用水需求增加³。」

水資源的珍貴，在今日當無價的水變成了價格媲美黃金的商品時，在國家能源佈局的全球性戰爭，早已無聲無息的開打，企圖在水源區以經濟或武力的各種樣貌，控制水資源取得的地位！在這，又有誰，能夠長存？雖然水資源使用者我們都一再呼籲，要以合作方式共用水資源，但人類的貪婪，卻可能淪於言語呼籲，各取所需，就像今日的環境破壞，全球暖化問題，人類很難有所覺醒。但是就如同加拿大人民評議會主席巴隆穆得所要告知世人的一段話：「這是我們的革命，也是戰爭。」職是，我們水資源的人類革命，就是必須對水的使用與儲存有新的思維，以合作模式取代競爭與剝奪，這是一場搶救水資源的戰爭，而不是人類的戰爭。

第三節 臺灣的水資源

臺灣水資源現況為豐枯水期相差懸殊，使水資源經營管理挑戰性，更加提升。且近年來乾旱更是嚴重，我國於 2009 年 8 月 8 日南臺灣遭遇歷來雨量最大的莫拉克颱風，然而颱風過後各地區降雨量卻不如預期，低於以往水準，由於颱風造成曾文水庫增加淤積量 9,162 萬立方公尺，南化水庫增加淤積量 1,708 萬立方公尺，嚴重影響南部地區供水，總統於同年 12 月 19 日召開「節水抗旱」國家安全會議，指示面對未來可能發生的乾旱，應以全國、全民、全面的三全態度面對。

³ 虞國興、蔡宜樺譯，Terence Richard Lee 著，《21 世紀水資源管理》2004 年，頁 2。

行政院於民國 99 年元月 16 日邀集南部縣市首長召開「中央與地方攜手合作，加強南部地區抗旱、疏濬工作會議」，加強宣導以利節水抗旱工作執行⁴。

第一項 水已成為重要資源

水現在無論在國際間或國內已是珍貴的資源，就應如同稀有動物一樣，來被珍惜、被保護。在缺水危機的今日世界中，水已是未來國際間爭奪的重要能源，對缺水的中東國家而言，水更是最重要的戰略資源，據評估未來的中東各國更可能因水資源而分裂及戰爭⁵。因此，水也成為未來世界危險的種子。

我國水權制度上立法論上，無論如何設計水資源之分配，雖工業用水單位產值高於農業用水，惟亦須考量並保存相當之農業用水量，以供國內所需之基本生產糧食⁶，俾符國家安全戰略考量，特別是當我國面臨特殊之軍事威脅時，能保持一定之農業生產能力，才能供應戰時所需。行政院農業委員會提出，近年來因為新興國家經濟發展快速，全球糧食需求增加，加上全球氣候異常，導致地區性糧食生產呈現供給不穩定的現象。且油價大漲，促成生質能源發展，也排擠糧食供應。我國的糧食自給率⁷在民國 97 年，以價格為權數計算，自給率僅有 71%；以熱量為權數計算，自給率更低到只有 32.7%。其中，國民主食的穀類自給率，以價格為權數計算，自給率僅約 35.7%，我國每年人口總數仍上升，糧食自給率卻逐漸下降，此涉及國家糧食安全問題⁸。農委會於 2011 年 5 月 10 日在「全國糧食安全會議」表示，初步規劃 2020 年臺灣的糧食自給率目標要達到 40%，以穩定糧食供應及價格、安定民生。

⁴ 總統府網站：<http://www.president.gov.tw/Default.aspx?tabid=1133>

⁵ 環境資訊中心網站：<http://e-info.org.tw/?q=node/12823>

⁶ 倪世雄，當代國際關係理論，五南圖書出版公司，2003 年，頁 346-348。氏轉引 Hans J. Morgenthau, *Politics Among Nations - A struggle for power and peace*, Knopf Publisher, 1978, p 117-155. 莫根索認為，一國食物之自給自足永遠是最大力量之泉源，長期缺乏糧食，將迫使該國軟弱而無力量。

⁷ 糧食自給率高的國家，當糧食價格上漲時，則可獲取較多外匯，但倘價格大跌時，該國的農民會受到打擊，而需要政府的補貼。然而如果是糧食自給率低的國家，在面臨國際糧食價格上漲時，就必須付出更多成本，始能買到足夠的糧食。

⁸ 行政院農業委員 99 年度單位預算評估報告。

第二項 臺灣降雨量極為不均

水的問題也在臺灣成爲重要的民生及環保重要議題。我國用水最主要的來源就是雨水，下雨季節型態及區域分布都不均勻，豐枯水期相當懸殊，茲說明如下：

壹、就「時間」角度以觀

由於臺灣地跨於熱帶與副熱帶之兩氣候帶之間，並位處於東亞季風區，氣候受季風影響十分顯著，雨季多集中在梅雨季及颱風季，故降雨量豐枯水期相差懸殊，每年於雨季期間，一旦山區豪雨，河水暴漲疾走，湍流入海，可供使用之水資源相當有限。乾季時，河川又多爲乾涸，河床見底。

貳、就「自然地理」角度以觀

觀臺灣自然地理環境以中央山脈爲分水嶺，河川大多東西流向，山高水急，逕流入海，本不利於水資源之儲存與利用。年降雨量以東北部山區、中央山脈最多，皆高於 2500 公釐，向東西沿海地區遞減，西部沿海相形之下降雨量並不多。

參、就「人口」角度以觀

臺灣平均年雨量約 2500 公釐（約爲 900 億立方公尺），爲世界各國平均值的 3 倍，乍看下似乎不少，但是臺灣人口稠密，故若除以人口數，則平均每人每年可獲得水量，僅爲全球的 1/6，是世界第 18 位的缺水地區。

肆、就「蒸發量」角度以觀

蒸發量受地表狀況、風速、日照等因素之影響，因此空間分布複雜，其分布特性與降雨量剛好相反，山區蒸發量最少，大多在 1200 公釐以下，但往沿海地區卻遞爲增加，以南部沿海蒸發量最大，高達 2000 公釐，北部沿海蒸發量較小，約 1400 公釐左右。因此，也造成乾旱問題多發生於中南部地區之現象。

伍、就「氣候變遷」角度以觀

從民國 2009 年 8 月 8 日登陸臺灣的「莫拉克颱風」，到近來登陸臺灣之颱風觀察，我國來年雨量呈現旱澇加劇的情況不斷持續，氣候變遷造成颱風及降雨型態的改變，臺灣地區颱風生成次數過去每年 3 次增爲每年 7 次，河川流量則有

豐愈豐、枯愈枯的趨勢，導致淹水及缺水的風險及損失變大。而中研院劉紹臣 2009 年發表的「全球暖化與極端降雨密切相關」指出，全球溫度每增加 1°C，臺灣前 10%強降雨就會增加約 140%，而至 2030 年時，全球溫度約增加 0.7°C，故 2030 年臺灣前 10%強降雨在未來 25 年左右會再增加 100%。由於臺灣前 10%強降雨大都來自颱風，更大、更多的摧毀性水災、土石流，未來將無可避免⁹。

有論者提出，臺灣的地形及地理位置均較為特殊，對於水資源問題的敏感度更高，臺灣近年所發生之水災害可概略歸納為如下之原因為：(1) 臺灣地勢陡峻、河川湍急，降雨時空分佈不均，集流時間短，低窪地區容易積淹。另臺灣水庫之容量小，集中降雨常造成上游沖刷劇烈，下游淤積嚴重，加速水庫蓄水功能降低。(2) 臺灣易淹水低窪地區總面積大，集中於縣(市)管之河川、區域排水、事業海堤等尚未完成改善或地層下陷等地區。(3) 臺灣西南沿海地區，因長期超抽地下水導致地層下陷及土地鹽化，排水不易，颱風豪雨常造成嚴重淹水，若適逢滿潮，則易引發海水倒灌。(4) 近年來因為都市迅速擴張，工商業蓬勃發展，土地超限利用，人民與河、海爭地，造成洪澇與海岸溢淹災害不斷。(5) 欠缺完整的國土規劃，河川流域管理之權責單位繁多，銜接界面複雜，難以有效的進行整體治理。(6) 環保意識持續高漲，使得水資源開發日益困難，水資源供需問題日益惡化¹⁰。因此旱澇加劇的現象，更使豐水期之降水不利儲存，經由河川逕流入海之比例當然超出上揭所述之 55%，此現象將使我國未來實際可掌握的地面水量，更行減少。

第三項 臺灣實際供水量與需求量有逆差

壹、實際供水量

臺灣實際上是一個高度缺水的地方，因為雨水有約 25%藉不同的路徑蒸發回大氣層，約 55%經由河川流到海裡（下豪雨時，此數值更不定），約不到 6%滲入地下含水層，實際可掌握的地面水僅約有 13.8%（水利署 2005 年統計約 124.29 億立方公尺），又由於臺灣河川短促、水流湍急，大部分雨水直接流入大海，在加上降雨時空分布不均及氣候變遷，更況近年來森

⁹ 經濟部水利署編印，經濟部水利署 98 年年報，2010 年 9 月，頁 28。

¹⁰ 陳逸駿，水利設施之興建，地工技術第 126 期，2010 年 12 月，頁 1。

林的濫砍、濫伐，破壞森林涵養水份的功能，更使其喪失調節河川逕流量的能力。由於自然與人為種種因素，使得臺灣河川逕流在乾季與雨季之間的差異極大，水資源的運用與調配更行困難。

貳、實際需求量

然而，目前臺灣年需求量至少應有 180 億立方公尺以上，地表水不夠支應的部分，常藉超抽取地下水來補充，造成地下水每年估計的使用量已大幅超過自然補注量，由於長期透支下，已造成地下水位下降、地層下陷、沿海地區海水入侵致許多地下水鹽化等問題，甚且地層下陷係一種不可逆之結果，即無法以人為力量令其恢復。

第四項 各標的用水消長之情形

我國水資源利用情形，隨著國內社會經濟環境的變遷，各標的用水需求間也產生了變化：

水利法為大陸時期的國民政府於民國 31 年制定，該法制時國內經濟產業以農業生產為主，而有水利法第 18 條、第 20 條，農業用水較之工業用水具有絕對性之優先權。

然而，至民國 76 年以後至今，工業生產淨值佔我國總生產淨值的比重從 28.6% 上升為 44.9%，農業生產淨值比重則從 27% 降為 6.9%。80 年代末期至 90 年代以來，服務業逐漸取代工業在經濟活動中之地位，臺灣邁向以服務業為主體的時代，2001 年服務業生產淨值比重為 67%，工業生產淨值的比重從 31.1%，農業生產淨值比重則為 1.95%¹¹。從產業結構的改變使得原以農業灌溉為主的水資源利用亦逐漸轉變為以滿足工商業用水需求為主要目標之一，經統計其中工業用水需求量已從民國 75 年的 16.3 億噸，增加到民國 92 年的 16.08 億噸¹²。

以民國 97 年各目標用水量統計報告為例，生活用水量為 33.5 億噸/年（約佔 18.63%），農業用水量為 129.6 億噸/年（約佔 72.09%），工業用水量為 16.68 億

¹¹ 江麗碧，從水資源永續觀點論我國水權費之徵收，私立東海大學法律學研究所碩士論文，2007 年 6 月，頁 168。氏轉引多元化的經濟結構調整，中國網 2003 年 11 月 10 日。
http://big5.china.com.cn/zhuanti2005/txt/2003-11/10/content_5439179.htm

¹² 經濟部水利署，水資源白皮書，2006 年 1 月，頁 137。

噸/年（約佔 9.28%）¹³。依據經濟部水利署評估，至民國 110 年，生活用水需求量為 37.83 億噸/年（佔總用水量約 20%），農業用水需求量則調降至 117 億噸/年（佔總用水量約 63%），工業用水需求量成長至 29.66 億噸/年（佔總用水量約 16%）¹⁴。

表 2-1 各標的用水消長比較表

	生活用水量	農業用水量	工業用水量
民國 97 年	33.5 億噸/年 (約佔 18.63%)	129.6 億噸/年 (約佔 72.09%)	16.68 億噸/年 (約佔 9.28%)
民國 110 年	37.83 億噸/年 (約佔 20%)	117 億噸/年 (約佔 63%)	29.66 億噸/年 (約佔 16%)

本研究整理

因此，從表 2-1 各標的用水消長比較表觀察得知，因產業結構的改變，農業用水存有多餘水權或水量，現行問題根源於，於五年一次之展限登記時，水利主管機關可依灌溉面積減少等情形，來核減其水權水量，但對於農業用水之水權人仍可能改善水道設施節水，而有剩水之可能，如不允許其進行交易移轉給其他用水需求人使用者，或因改善水道設施節水部分將遭廢止水權，造成只好「充分」使用（甚而部分已是浪費使用）其所可能之剩餘之水量，如此無疑造成水資源更無謂之浪費，制度上在此範圍或可能建立誘因制度，使其有動機改善水道設施節水。

¹³ 經濟部水利署 98 年度年報，頁 95。

¹⁴ 經濟部，水交易制度規劃之研究摘要，2007 年 12 月，頁 7。

第五項 農業用水移用現況

壹、農業用水移用給工業用水之現況

據經濟部之訪談資料顯示¹⁵，當水資源充足而農業用水有剩餘水量時，目前工業用水人係依水利法第 22 條以負擔原水權人（農田水利會）改善費用（加強灌溉管理費）方式，取得其剩餘水量使用。

貳、農業用水移用給臺灣自來水公司之現況

據經濟部之訪談資料顯示¹⁶，當水資源充足時，臺灣自來水公司除依水利法第 22 條以負擔原水權人改善費用方式，取得其剩餘水量使用外，當水源不足時，因家用及公共給水用水標的在農業用水之先，自來水公司依水利法第 20 條之 1，向水權登記在先之水權人（農田水利會）透過調用補償方式取得優先用水權利。此外，需經由農田水利會之圳路輸水，尚需支付農田水利會管道使用費¹⁷。

參、本文見解

當水資源充足而農業用水有剩餘水量時，工業用水人依水利法第 22 條以負擔原水權人改善費用方式，取得其剩餘水量使用，與現行規定不合。蓋水利法第 22 條係主管機關令原水權人改善其用水方法或設備後，原水權人應將所剩餘水量申請變更登記，即減少水權之登記，主管機關再將此水權分配給其他所需之用水人，非指原水權人毋需減少水權之登記，而由原水權人自行移出剩餘水量而逕向使用人收取改善費用者而言。然而，實務上水權人倘依本法改善其取水、用水方法或設備後，將喪失其所由此剩餘水量之水權，多數不願配合。

當水源不足時，自來水公司以家用及公共給水用水標的在農業用水之先，依水利法第 20 條之 1 調用補償給農業用水之水權人，與現行規定不合。蓋水利法第 20 條之 1 規定為，水源之水量不足，依第十八條第一項第二款至第六款用水標的順序在先，取得水權登記在後而優先用水者，如因優先用水之結果，致登記在先之水權人受有重大損害時，由登記在後之水權人給予適當補償，此自來水公司係

¹⁵ 經濟部，前揭註 14，頁 13。

¹⁶ 經濟部，前揭註 14，頁 14。

¹⁷ 依民國 92 年 8 月 15 日(92)農林字第 0920031182 號公告之「農田水利會費用徵收辦法」辦理。

以家用及公共給水用水標的，則非水利法第 20 條之 1 所謂之「第十八條第一項項第二款至第六款」，而是「第十八條第一項項第一款」之情形，故應適用水利法第 19 條規定：「水源之水量不敷公共給水，並無法另得水源時，主管機關得停止或撤銷前條第一項第一款以外之水權，或加使用上之限制。前項水權之停止、撤銷或限制，致使原用水人受有重大損害時，由主管機關按損害情形核定補償，責由公共給水機構負擔之。」

因此，農業用水有剩餘水量時，工業用水人與臺灣自來水公司以水利法第 22 條以負擔原水權人改善費用方式，取得其剩餘水量使用，與現行規定不合。觀水利法之條文，並未「允許」或「禁止」農業用水將剩餘水量售出予工業用水人與臺灣自來水公司之規定。

第六項 缺水時調度農業用水之相關規定

壹、現行概況

有關國內發生旱災採取抗旱相關措施¹⁸，政府依法調度農業用水問題上，時常引發農民抗爭，行政院農業委員會 2011 年 7 月 18 日對此表示，農業用水一年調給工業及民生用水的比率，佔整體農業用水量的 1.6%。

貳、旱災調度農業用水之相關法令

一、災害防救法

經濟部係依災害防救法第 3 條第 2 款規定負責指揮、督導、協調旱災災害防救等處置工作。依據災害防救法第 19 條第 2 項規定，並參照災害防救基本計畫，訂定「旱災災害防救業務計畫」，並報奉中央災害防救會報核定後實施。

二、旱災災害防救業務計畫

按旱災災害防救業務計畫（2003 年 5 月 26 日核定）（下稱本計畫）第二編第二章第二節水資源供需協調機制之建立之第二點：水資源調度（一）本部為因應乾旱時期缺水狀況下預作籌謀，運用有限水資源，作適當之調配，應依「農業

¹⁸ 行政院院長 2009 年 12 月視察南化水庫及抗旱調配時，指示抗旱所需停灌補償救助費用提高為每公頃 8 萬元。

用水調度使用協調作業要點」等相關規定，進行農業用水調度。（二）本部應統籌協調大區域各標的水源調度、農業用水調用及農田停灌等事宜，行政院農業委員會、各地方政府、自來水事業及農田水利會應配合各項作業。（三）本部及行政院農委會應特別針對乾旱期間調用農業用水時，一期或二期稻作是否實施停灌，應依「農業用水調度使用協調作業要點」事先評估及協商，俾及早因應及加速辦理後續作業。（四）農田水利會及自來水事業，應配合辦理停灌、農業用水調用補償等相關作業。

本計畫第三編第二章第三節用水之調度、供應之第二點：農業用水調度、供應之協調自來水事業及水庫管理單位應依經濟部「農業用水調度使用協調作業要點」辦理農業用水調度、供應及支援生活用水之整體事宜；其農業用水損害之補償依上開作業要點第六點第二項規定辦理。

三、農業用水調度使用協調作業要點

依農業用水調度使用協調作業要點（民國 91 年 12 月 30 日經濟部經授水字第 09120217670 號令修正）（下稱本要點）第四點規定：調用水量結果，致被調用水量者受有重大損害時，其應負擔補償金者如下：（一）因家用及公共給水需要，致被調用者之損害，由自來水機構負擔之。（二）因工業用水需要，致被調用者之損害，由調用水人負擔之。前項所稱重大損害，指所調用水量影響被調用水量者所需事業用水所致之損害。

本要點第 5 點規定：需調用水量者，應就調用水量、調用期限、補償金額及補償之給付方式等，先行訂期與被調用水量者進行協議；協議不成時，需調用水量者，得報請本部邀請有關單位再行協商。前項協議如涉及農作休耕、轉作或廢耕，應邀請農業主管機關參加。

本要點第 6 點第 1 項規定：調用水量之補償，雙方無法依第五點達成協議時，由水利署會同農業主管機關依下列原則計算之：（一）調用農業用水之計畫用水量未造成農田休耕、轉作或廢耕者：依為維持農業生產不受影響所增加之營運管理費用及行政費用補償農田水利會。（二）調用農業用水之計畫用水量致農田須休耕、轉作或廢耕者：1.依農業用水被調用致農作休耕、轉作或廢耕之損害補償會員。2.依為加強灌溉管理所增加之營運管理費用及行政費用補償農田水利會。

本要點第 6 點第 2 項規定：前項所稱增加之營運管理費用及行政費用由農田水利會依地區及缺水率，就下列各款費用分別依實計算：（一）加強灌溉管理增加之費用。（二）建造物使用費。（三）協調休耕、轉作、廢耕之行政費用。（四）水庫營運調配分攤費。

本要點第 6 點第 3 項規定：第一項第二款所稱農作休耕、轉作或廢耕之損害以政府最新發布之農業年報中，被調用地區之農家賺款，另加百分之五以反映物價之成長為依據；如作物種植後始發生調用致廢耕者，應另加計已投入生產成本及代耕復耕費用。

本要點第 6 點第 4 項規定：被調用水量致休耕、轉作或廢耕，如已領取政府休耕、轉作或廢耕之補助者，應扣除已領取之補助，補償其差額。

本要點第 7 點規定：調用水量雙方應依第五點或第六點所為之協議之結果，簽訂調用契約；並將其調用契約副知水利署及農業主管機關。

四、不同乾旱程度之灌溉營運因應措施準則

行政院農業委員會為協助全省農田水利會就其轄區內各灌溉系統，遇有缺水情形節省水量之輪漑措施及間歇灌溉方法，來節省灌溉用水及公平分配，有效降低乾旱損害，訂定「不同乾旱程度之灌溉營運因應措施準則」，供作為水利會內部之救旱節水之依據。

五、臺灣省灌溉事業管理規則

臺灣省灌溉事業管理規則（下稱本管理規則）第 1 條規定：「本規則依水利法第十條訂定之。」惟水利法第 10 條關於各主管機關得自行在不違反水利法規定範圍內，訂定單行規章，此於 2003 年 2 月 6 日立法時已遭刪除，目前 2010 年 8 月經濟部水利署所出版之水利法規彙編及網站水利法規查詢系統，仍有本管理規則之規定。本文認為此與憲法第 23 條及行政程序法第 158 條等法律保留原則有違，應屬無效。惟茲仍係實務運作上之規定，簡述重點如下：

本管理規則第 9 條規定：「管理機構對轄區內各水權，在不影響必要程度之灌溉，得隨時調節。其不屬同一管理機構之水權，如有特殊情形，主管機關得機動調節，實施非常灌溉。」第 12 條規定：「漑區現有水源如無法每年實施全區灌溉者，得由該管理機構呈准中央主管機關採行分年輪灌。」第 13 條規定：「亢旱季節水源銳減，無法依照原定計畫輪灌時，管理機構對已種植之農田，除依第

九條之規定改行非常灌溉外，必要時得呈准中央主管機關停止部分農田引灌，但對被停灌而未種植之農田，應酌減或免收其應納費用。」第 19 條規定，「輪灌單位，應值輪灌期內，除第十一條前段情形外，如有其他原因未能完全受水而應予以補給者，得於同一耕作期下次輪灌時儘先補足。」

六、農田水利會灌溉排水管理要點

行政院農業委員會為監督輔導農田水利會，辦理事業區域內灌溉用水之引灌、營運、亢旱機制、排水、水質、蓄水、水利設施之管理養護及水路變更等業務，特訂定農田水利會灌溉排水管理要點（下稱本要點）。

本要點第 6 點第 1 項規定：「水利會辦理事業區域內之灌溉，遇水源供水量無法滿足計畫用水量時，應擬訂輪流灌溉計畫，實施輪灌，並報農委會備查。」本要點第 10 點第 1 項規定：「亢旱季節水源銳減，無法依照原定灌溉計畫時，水利會對已種植之農田，除改行非常灌溉外，必要時得經農委會同意後，由水利會公告停止部分農田引灌。但對被停灌而未種植之農田，應酌減或免收其應納費用。」本要點第 14 點規定：「輪灌期間內，應予以灌溉但未能受水者，除第七點規定之因素外，得於同一耕作期下次輪灌時優先補足。」

七、農委會發布之「水旱田利用調整後續計畫」

行政院農業委員會業曾發布之「水旱田利用調整後續計畫」，協助臺灣自來水公司及工業用水人，來分擔補償費，此不但違反「使用者付費原則」，也不應由全民來買單。

八、旱災災害救助種類及標準

發生旱災災情時，依災害防救法第 48 條之規定，訂定「旱災災害救助種類及標準」（下稱本標準）。本標準第 2 條規定：「本標準所稱旱災，指因久旱不雨，且旱象缺水持續惡化，無法有效調配供水因應，所產生之災害。前項災害救助種類如下：一、農田之受災救助。二、魚塭之受災救助。」

旱災災害救助對象，依據本標準第 3 條規定，「旱災災害救助對象如下：

一、農田受災致無法耕種，且須翻耕整地者。二、魚塭受災致無法養殖，且須整池改善者（第 1 項）。前項第一款所稱農田，指編定為農牧用地現供農作使用之耕地或原住民保留地及已登錄之水田、旱田（第 2 項）。第一項第二款所稱

魚塢，指經營漁業依有關法令辦理登記或核准之陸上魚塢，並向縣（市）政府申報當季水產養殖物資料有案者（第 3 項）。」

旱災災害救助金核發標準，依據本標準第 5 條規定，「旱災災害救助金核發標準如下：一、農田：以半公畝為單位，每半公畝發給新臺幣一百二十五元，未達半公畝者不予計算。二、魚塢：以半公畝為單位，每半公畝發給新臺幣一百六十元，未達半公畝者不予計算。」

為避免旱災災情擴大，政府公告停灌休耕措施，給與農民因此而生之損失之救助金，與臺灣自來水公司及工業用水人因用水需求給與補償金之性質不同，應與區辨。例如：2002 年經濟部會同農委會，公告桃竹地區第一期稻作農田自同年 3 月 1 日起停灌休耕救助金標準，為每公頃以新臺幣 46,000 元為標準，已育苗者每公頃另加新臺幣 9,100 元，整田者每公頃再加新臺幣 11,000 元，已插秧者每公頃另加新臺幣 7,000 元，最高總計每公頃可獲得救助金為新臺幣 73,100 元。

救助金具領人之資格，依本標準第 6 條規定，「旱災災害救助金具領人資格如下：一、農田受災救助金：由農田耕種人具領。二、魚塢受災救助金：由魚塢養殖人具領。前項耕種人或養殖人，非土地所有權人者，須檢具合法使用證明文件。」

對於已領取相關之補助或補償者應扣除差額，依本標準第 8 條規定，「旱災災害農田已領取政府休耕、轉作之補助或已依相關法令領取補助或補償者，應扣除已領取之補助及補償，救助其差額。」

九、水稻育苗中心受停灌損害救助作業要點

調用農業用水更衝擊農業周邊產業造成損失，政府為補償民眾因此桑師工作或經營機會之問題，給與救助金。例如：2004 年農委會頒訂「水稻育苗中心受停灌損害救助作業要點」，給與損失之救助。

參、本文見解

對於農業用水調用水量之補償，應屬私法關係。蓋依農業用水調度使用協調作業要點第 6 點第 1 項之規定，調用水量之補償，由雙方協議定之，無法達成協議時，再由水利署會同農業主管機關核定補償之金額。及依該要點第 7 點規定協議之結果，雙方簽訂調用契約以觀，此類關係所生之爭議，應屬私法關係。

由於農業忍耐缺水之容忍度較民生及產業為高，在供水不足時，無論任何政府執政，時常如上揭之政策方式，來調用農業用水，罔顧農民權益及糧食安全，此更時常引發民眾及相關團體之抗爭。另，農委會於 2011 年 5 月 10 日在「全國糧食安全會議」表示，初步規劃 2020 年臺灣的糧食自給率目標要達到 40%，以穩定糧食供應及價格、安定民生，然政府在土地政策依土地徵收條例徵收農地，缺水時依農業用水調度使用協調作業要點，犧牲農業用水以觀，糧食自給率如何依既定之規劃於 2020 年達到 40%，非無疑問。當討論水權交易問題時，應為供水充足下，將剩餘水量依市場機制分配，使水資源利用更具活絡為前提。

第四節 小結

近年來隨著經濟的發展，臺灣每年抽取的地下水量也逐年增加，已超過補注量。在 1991 年，年抽水量已將近年補注量的二倍，最近的量測更發現臺灣有些地區已經在抽取幾萬年前形成的地下水。超抽地下水，不但用盡臺灣「未來」的水資源，更造成了西南沿海部份地區的嚴重地層下陷，更造成海水滲透，地下水質鹽化，甚至有些地下抽水井，因地下水含鹽份過高，也無法使用。目前臺灣南部缺水情形嚴重，又沿海地區養殖漁業因需水情形，超抽地下水，如何有效運用臺灣地面上水資源，更是重要課題。

令人隱憂的是，未來臺灣整體需求的水量又祇會更逐年上升，且工業用水人因農業用水有優先權而無法配置到，水利法之條文，並未「允許」或「禁止」農業用水將剩餘水量售出予工業用水人與臺灣自來水公司之規定，用水秩序政府應對上開問題有更明確之規定。我們現在必須檢視的問題是，缺水時不應犧牲農業用水，平時應促使可能改善水道設施節水，現行制度因改善水道設施節水部分將遭廢止水權者，間接造成水權人「充分」使用（甚而部分已是浪費使用）其所可能之剩餘之水量，如此無疑造成水資源之浪費，現行法令應該建立誘因，而非讓水資源分配調適受到阻礙，應該進行改革。因此本文研究重點就在於如何調整水權結構，俾利調整水量轉供予其他標的使用，將於第四章、第五章中探討。

第三章 美國、日本、德國之水權制度

許多國家產生水資源嚴重不足之情形，為和平解決用水紛爭，維持用水秩序，各國缺水地區，發展出由國家介入並進行水資源分配、保育與利用之規章制度；縱令水資源之水源用水量並無不足之情形，仍需要一套機制來解決人與人之間用水衝突的問題。

第一節 美國水權制度

美國為聯邦國家，各邦擁有極大的州權，對水資源的管制，除聯邦政府保留水權與印地安水權之外，多半則由各州分別制定。而各州因其水資源各種條件不同，在制度形成的過程中，分別發展出了河岸水權制、優先分配水權、混合制度及公權利對水權之限制四種態樣，茲簡介說明如后。

第一項 河岸水權制

美國早期是以比鄰水源之土地所有人基於土地所有權，可以合理取用水資源。依此，作為發展河岸水權的思考概念。美國有二十八個州是採用河岸水權制度，大都位於東部水量較豐的地區。發展至今，大多數沿用河岸水權制度的州，也都制定法律來規範¹⁹，必須經過許可程序取用水資源。

壹、河岸水權之內容

美國河岸水權制度（Riparian right system）的發展，可分為絕對所有權制、合理所有權制及相關權利原則，此三種原則是逐漸演變而來的，茲說明如下：

一、絕對所有權制（Absolute ownership）

早期美國對水權的規定，係採絕對所有權制度，水權依附於土地所有權，祇要擁有一筆比鄰水體之土地，即可取得取水之絕對權利。但上游如大量取水，下

¹⁹ 經濟部，「水利法通盤檢討修正之研究」計畫報告，1995年12月，頁12。

游用水及生問題²⁰。其主要精神仍然維持土地與水資源必須相比鄰，土地所有人始能取得水權之原則。

二、合理所有權制（Reasonable ownership）

河岸水權之絕對所有權制度，並不能公平分配水資源，制度上漸漸修正演變成合理所有權制。此制度最主要考量者為，所有與水資源比鄰之土地，均得取得相同用水權利，因此上游水權人必須限制取水量，使之不致影響下游取水人之取水，俾符合合理原則²¹。關於合理取用水權之用水標的，法律上區分為自然用水（家庭用水包括飲水、洗滌、庭園用水或少量家畜飲水）及非自然用水（包括農業用水及工業用水）。在合理使用下，縱然侵害其他水權人的權益，河岸水權人亦可取用水資源，且在不影響下游水權人的合理使用水的情況下，亦有儲水的權利。但大多數的州均認為，河岸水權人應相對負擔完全賠償責任，當溢水所造成的損害或汙染水資源及侵害他人的權益時。同時取用地面水時，亦應受公權利的限制²²。

三、相關權利原則（Correlative doctrine）

隨著時代的變遷與發展，合理所有權制仍有許多缺失，針對此種問題，相關權利原則在尚有多餘水量時，可分配給非比鄰河岸之土地²³。

水資源的分配原則上以「河岸」作為界定，用水權利之標準顯然忽視了大多數非比鄰河岸土地之利用與發展的權利。而美國西部由於氣候較為乾燥，為發揮土地利用效率，逐漸放棄「河岸」原則，改採「優先使用」原則²⁴。

貳、河岸水權之權利內涵

河岸水權之內涵，係比鄰水道之土地主張河岸水權其目的在於使水源流經之土地能受益，而非水源流經之土地，並無法主張河岸水權。縱依相關權利原則，亦須在尚有多餘水量時，始將用水分配給非比鄰河岸之土地。

²⁰ 陳明健，臺灣的水資源管理—制度、經濟與政策的整合，自由中國之工業，第80卷第5期，1995年5月，頁33。

²¹ 陳明健，前揭註20，頁34。

²² 鄭國平，地下水管制策略碩士論文，2005年7月22日，頁12。

²³ 鄭國平，前揭註22，頁12。

²⁴ 陳明健，水權制度的動態研究，工程環境會刊，第15期，1996年3月，頁3。

參、河岸水權許可制度之採行

在實施河岸水權制的二十八個州中，有十五個州規定取水時必須先經主管機關許可。主要原因在於原先實施河岸水權制的地區由原先擁有充足的水源，至工商業迅速發展，及二十世紀中後葉遭遇乾旱，因此，美國東部主張河岸水權制各州中有十五個州實行取水許可制，以維穩定的水量供應，並可藉由主管機關對於取水許可之限制，有效管制水權人之權利，避免壟斷或浪費水資源，保障公益²⁵。

肆、河岸水權之消滅

河岸水權屬河岸土地所有人，因分割後之土地未比鄰水源者，當即無河岸水權。然而先前分割後之土地，重新為原河岸水權人所有者，是否再具有河岸水權，有兩種不同制度²⁶，說明如下：

一、所有權來源原則（The source of title rule）

此為採實施混合制之州所採用之制度，認為原河岸水權人有河岸水權，但就曾分割出去之土地，縱使重新歸屬於其所有者之土地部分，並不再取得河岸水權。目的係為減少河岸水權人及其適用之範圍，而增加優先分配水權制之範圍。

二、所有權整體原則（The unity of title rule）

此為採實施河岸水權之州所採用之制度，認為原河岸水權人有河岸水權，而曾已分割出去之土地，重新歸屬於其所有者之土地部分，仍可取得河岸水權。

此外，倘若河岸水權人停止取用水達一定的期間，則水權消滅。另，主管機關因公益之目的，徵收河岸水權者，河岸水權者，亦歸於消滅。

第二項 優先分配水權

與水量較豐沛的東岸不同，水資源較缺乏之西部，於十九世紀出現優先分配水權概念，與河岸水權不同者，乃優先分配水權將水權定義為一種公共資源，不

²⁵ 蔡登南，我國水利法中水權之研究，國立中興大學法律學研究所碩士論文，1998年8月，頁81。氏轉引 Ibid, p 7.

²⁶ 蔡登南，前揭註 25，頁 81。氏轉引 Ibid, p 7.

屬於任何人所有，既是以公共資源為界定，所以使用上的利益應歸屬於整體社會，而非以「河岸」作為界定是否取得水權之標準。

壹、優先分配水權之分配原則

優先分配水權 (Appropriation right) 基本特徵，即認為優先申請分配水權者，較其他人具有優先取用水之權利，取用水權利是以有效使用為標準，必須申請許可，以時間決定水權人取水之優先順序²⁷。

貳、優先分配水權之內涵

目的在於有效利用水資源將水從天然資源之形式實際轉換取用的行為，並在合理的時間內有效利用水資源，強調對水資源的有效利用被視為取得優先分配水權最重要的條件。而其權利範圍有：合理取用水權、水質純淨權、垂釣權、通行河川權及堤防保護權。對於先順序分配之水權人變更行為，必須保障後順序水權分配者的權益，對先分配者的水權變更行為，是否會對其他水權人造成損害的舉證責任，歸責於申請水權變更人。

參、優先分配水權之許可程序

採行優先分配水權制度的各州，皆有制定相關法令，規範分配水量與既有水權，及執行水權申請之相關事宜。欲取用水資源必須填寫申請書向水資源控制委員會或自然資源署申請許可，其程序包括公告、異議、公聽會、許可及發給水權執照等，判定優先權之先後，為提出申請之時間點。

肆、優先分配水權之移轉與消滅

一、優先分配水權之移轉

優先分配水權概念下，分配水權所在之土地不需與水源比鄰或在水源流域範圍之內，在不損害其他分配水權人的權益下，多數各州許可單獨移轉用水量。水權移轉是在法令之限制範圍內，准許優先分配水權人移轉水權給其他人，移轉方式有買賣、租賃或其他交換等行為，移轉時，有變更用水地點、用水標的、引水地

²⁷ 張立達，水權法制之研究，國立台北大學法學系碩士班碩士論文，2003年1月，頁53-54。

點、引水時間及回流地點與時間，更須受到法令之限制。依此，水權進行交易，形成水權的重新配置，常見水權移轉有：全部既有水權的出售、固定期間的租賃、加州的乾旱水銀行、乾早年選擇權、附屬協定、節水抵銷及交換。

二、優先分配水權之消滅

在美國西部多數州均有規定，優先分配水權人有停止使用水權之事實，達一定之期間者，水權歸於消滅。若優先分配水權人以「拋棄」之意思表示時，水權亦歸消滅；是否有拋棄水權，此舉證責任之一方，在主張水權拋棄之用水人。另，如有構成「停用」一定期間之事實發生者，主管機關亦得撤銷優先分配水權人之水權。

第三項 混合制度

混合制度（Hybrid system）是在美國是由加州最早實施且發展最完備，該州之法律實施雙重制度，除規範優先分配水權，亦承認之前所取得之河岸水權或既得水權之效力。

壹、分配原則

由於河岸水權人可隨意取用或停用水資源，故混合制度之立意更著眼於限制河岸水權使用與取得之範圍，藉立法程撤銷已停用的河岸水權。混合制雖視水權為財產權的一種，但水權人僅有水之使用權而無所有權，故不能任意買賣水資源。面對缺水時，混合制度會要求河岸水權人應平均減少取水量，而優先分配水權人使其可完全獲得用水量；至於後分配水權人則必須面對缺水的問題。

貳、核發水權基準

加州於 1967 年成立水資源控制委員會（State Water Resource Control Board），為水權主管機關，職司水質管制及掌管水權之核發、移轉、變更等事項，經由申請、受理、環境影響評估、公告、異議及以公益考量為其核發水權之基準。

第四項 公權利對水權之限制

各州水利法所規定之水權，通常都受到公權利（Public rights）之限制，而美國聯邦法律及習慣法是公權利的法源基礎²⁸。各州立法所規定的水權通常必須受公權利的限制。而公權利的內容有：

壹、水面上之航行

為提高河川的利用率，部分河川的水道需提供商業航行、娛樂及釣魚等活動，故水權人必須忍受其所設置的取水設施，會因此等活動所帶來的影響²⁹。

貳、公眾信託原則

根據羅馬法公眾信託(Public trust) 的原理，認為某些天然資源屬於全體人民所有，而由國家管理監督。現今潮汐地及可航行水面的河床屬於國家所有，政府就此財產之職責，為監督信託關係³⁰。美國聯邦最高法院認為，河床的所有權歸屬於州政府所有，必須遵守公眾信託原則之規定，除公共目的外，禁止轉讓³¹，法院並擴張公眾信託之定義，至關於航行、商業、漁獵、游泳、娛樂及生態有關的各領域事項上³²。

參、保留權利原則

保留權利原則(Reserved rights doctrine)係為確保印地安保留區及公有土地可獲得適當水量之供應而發展形成。為確保上述土地獲得適當水量之目的，縱然該土地有效取水在優先分配水權人之後，該土地之用水仍然優先於優先分配水權人，此保留之優先權通常溯及至保護區成立時，且不受各州法律的限制，而用水

²⁸ Ablondi Foster, supra note 1, p 21. 轉引張立達，前揭註 27，頁 67。

²⁹ Ibid, p 21. 轉引蔡登南，前揭註 25，頁 91。

³⁰ Water Resources Control Board, Information Pertaining to Water Rights in California, 1990 p 7. 轉引蔡登南，前揭註 25，頁 91。

³¹ Ibid, p22. 轉引張立達，前揭註 27，頁 68。

³² Ablondi /Foster, supra note 1, p 21-22. 轉引蔡登南，前揭註 25，頁 91。

量是以達成設立保護區目標之必要用水量為準。例如，加州水法第 1227 條規定，於 1978 年 3 月前為聯邦或州政府劃定保留區用地者，享有優先分配水量之權利³³。

肆、聯邦對水資源發展的權力

美國聯邦憲法商業條款授權國會，得制訂法律以規範商業行為，最高法院亦認為，此一商業行為包括跨州間的航行權。水源是否具有航行權的認定標準有：

(一) 事實上可航行 (二) 加以合理改善即可航行 (三) 曾經通航過。此一解釋已非常廣泛的授權給國會，對水資源發展的決定權³⁴。

伍、聯邦政府影響州政府管制水資源的權力

取水行為的管制屬於各州的權限，而聯邦政府核撥補助經費支持大多數州的水資源發展計畫、完成設立公有土地的目標及管制全國水污染的問題。故水資源的分配，屬於聯邦政府的權限，會影響州政府管制水資源的權力有³⁵：

一、聯邦水力發電計畫權

1920 年聯邦電力法案 (The Federal Act) 規定水力發電的相關事項，而聯邦能源管理委員會是執行的主管機關。聯邦能源管理委員會有權核發興辦私人水力發電設施的執照，並且規範州際間的水力移轉與交易。

二、聯邦墾務計畫權

1902 年美國國會為獎勵移民並開墾美國西部土地，制定墾務法案 (The Reclamation Act) 授權國家墾務局，進行開墾計畫，其執行的聯邦水資源計畫所屬水權，即為水資源計畫設定之初，先由墾務局獲得所有合法水權，待計畫完成後，再與特定用水人或灌溉區域簽定服務協議由其取得水權。最終目標是與每位用水人簽約，使其正式擁有分配水量的合法水權。此法案原本目的是為了提供灌溉用水，後來擴展至水力發電用水、工業用水及民生用水等。

三、聯邦環境立法權

³³ Shepard' sMcgrawAW-Hill, California Water Code, 1994, p 67. 轉引蔡登南，前揭註 25，頁 91。

³⁴ Ablondi /Foster, supra notel, p 23-24. 轉引蔡登南，前揭註 25，頁 91。

³⁵ Ibid, p 22-28. 轉引蔡登南，前揭註 25，頁 92。

1972 年美國國會制定清淨水質法案 (The clean Water Act)，冀期能減少污水的放流並保障水質的純淨。該法案並規定公民得對水污染的有關案件提起公民訴訟 (citizen suits)，讓民眾也能參與監督功能。

第二節 日本水權制度

日本關於水權主管機關是由各相關機關分別掌管河川或水資源事務，水權事務是依據地方自治的精神，由地方自治團體負責。在法令上，日本並無統一的水利法，相關水權制度之規定，則分別規定於河川法、特定多目標水庫法及其他法規範之中³⁶。

第一項 水權之內涵

我國水利法所稱之水權，在日本河川法律之體系中，並非屬於法律之用語，僅係學理上之稱呼，就法律上所使用之名詞是「流水占用許可³⁷」。不過，由於此為經主管機關許可後所取得之權利，因此歷年來日本判例直接稱之為水權³⁸。

第二項 水權取得類型

壹、就權利取得方法區分

一、流水占用許可

依據日本河川法第 23 條規定：「凡占用河川流水者，應依建設省令之規定，取得河川管理者之許可。」此流水占用許可之規定，亦稱之為「流水占用權」，此因經由建設大臣或都道府縣、首長發給許可，也有稱之為「許可水權³⁹」。

二、慣行水權

慣行水權係指日本舊河川法實施前（明治 29 年前），已存在供灌溉之用的流水佔用權利，申言之，日本大部分之農業用水，早在河川法施行前即已普遍引取

³⁶ 郭玲惠，水權教育宣導執行策略研究計畫報告，經濟部編印，1996 年 6 月，頁 17。

³⁷ 日本河川法第 23 條規定：「凡占用河川流水者，應依建設省令之規定，取得河川管理者之許可。」

³⁸ 經濟部，日本水利法相關法令與我國水利法規之比較，1995 年 6 月，頁 47。

³⁹ 經濟部，前揭註 38，頁 47。

河水灌溉，因此基於既得權益之保障，日本舊河川法乃明文規定該農業用水視為已取得許可。此權利地位並延續到日本新河川法（昭和 39 年）的制定，該法第 87 條及其施行細則第 20 條規定，既有之農業用水視為已有水權取得，此即學說上所稱之慣行水權⁴⁰。

另，除存在普通河川的慣行水權外，若依日本河川法第 87 條被指定為第一級河川、第二級河川或準用河川時，亦視為已經日本河川法第 23 條之許可，而享有河川法上慣行水權之地位⁴¹。

惟前述兩種慣行水權，前者（河川法施行前已事實上存在之農業用水權利），應於新法實施之日起二年以內，後者（因所占用之普通河川嗣後被指定為適用河川法之各級河川），則應於被指定為第一級河川、第二級河川或準用河川之日起一年內，依據國土交通省所定之格式，包括流水占用之目的、占用之流水水量、占用所需之設施等項河川管理者提出申請⁴²。

貳、就水量豐枯差異核給不同水量區分

一、安定水權

安定水權之水權用水量之是否許可，端視該申請之用水量是否基於基準流量範圍而定，此河川管理者所許可之水權，應係扣除枯水期最低水存量及維持河川與水庫所需流量以後，所可安定被加以維持之條件下始可被容認，稱之⁴³。日本一般民眾所申請之安定水權與我國所稱之一般水權類似，主管機關考量潛在水量事業必需用水量及既有水權利益之後所得核准之水權⁴⁴。

二、豐水水權

⁴⁰ 張立達，前揭註 27，頁 77。轉引金尺良雄，水資源制度論，有斐閣，昭和 57 年 8 月 30 日，出版 1 刷，頁 74。

⁴¹ 江麗碧，前揭註 11，頁 77。轉引黃宗煌，水權費費率訂定及其經濟問題之研究，1996 年 9 月，頁 221。

⁴² 李惠宗，水權登記相關法律問題研究委辦計劃期末報告書，經濟部水利署，1999 年 10 月，頁 67。

⁴³ 江麗碧，前揭註 11，頁 78。轉引日本建設省河川局水政課水利調整室編著，水利權一問一答，昭和 55 年，大成出版社，頁 7。江麗碧，從水資源永續觀點論我國水權費之徵收，私立東海大學法律學研究所碩士論文，2007 年 6 月，頁 78。

⁴⁴ 郭玲惠，水權實用手冊(二)，經濟部水資源局發行，1997 年 6 月，頁 28。

豐水水權係僅限於河川流量超過基準枯水流量時，始取得之權利，在意義上類似我國之「臨時用水」，此權利在日本屬例外的情形，僅於發電、消流零星用水的情形下，才被准許⁴⁵。

三、臨時豐水水權

臨時豐水水權係由於水需要量增加緊急供水危社會所關切要求，主管機關於符合豐水水權的條件上，附以水權之存續期間，並課以水權者在許可期間內應及早採取確保必要水源措施，臨時核發的水權，至水權期限屆止時，即歸於消滅⁴⁶，因核發前提為河川於豐水期，故又稱為「臨時豐水之權」。

第三項 水權之權利內涵

一般水權取得人僅及於對於水資源自然取得繼續並排他之使用、收益之權，並未因此取得水資源之所有權。至於特定多目標水庫的水權，是指在一定地域內，為確保水庫一定數量的流水貯水權，是在水庫的興建、管理與營運時所申請使用權。權利的行使必須限於特定的事由，並經過主管機關的許可。

第四項 河川水權之許可基準

依日本河川法第 1 條⁴⁷之規定，為河川主管機關許可水權申請案之許可基準，由於抽象法規範實難期對水權之許可發生具體之作用，蓋經由行政命令之補充，目前日本實務對水權許可確立以下之基準⁴⁸：

壹、公益性、妥當性及實踐性之考量

日本實務上在准駁水權申請時，必須考量水利使用目的之公益性，取水量之妥當性與水利事業完成之可能性及能力。一般而言，係就水利使用相關法令（自

⁴⁵ 郭玲惠，前揭註 36，頁 28。

⁴⁶ 經濟部，前揭註 38，頁 49。

⁴⁷ 日本河川法第 1 條之規定，為防止河川因洪水及水位高漲而發生災害之規定，並適時地疏通河川及維持水流之正常化之規定，乃對其進行綜合性之管理之規定，以達國土之保全與開發之規定，進而維護公共安全之規定，增進公共福祉。

⁴⁸ 經濟部，前揭註 38，頁 58。

來水法、土地改良法)有無適用、預測地域之水量需求,與供給取水量之根據等,予以審查⁴⁹。

貳、河川流況之安定取水量

除了慣行水權,僅須提出申報即取得水權外,其他皆應向主管機關提出申請,水權許可的基準,為河川流況的安定取水量及為防止河川因洪水及水位高漲而發生災害,並適時地疏通河川,及對河川維持流量等方面。水流機能的正常化及安定取水之可能性,所對其進行綜合性管理,達到國土保全與開發,進而維護公共安全,增進公共福祉之目的。

第三節 德國水權制度

第一項 水權之性質

德國水權制度因歷史的演變,曾經歷很大的變動,自十八世紀至十九世紀初,對水的使用,不像今日高度工業化及都市化的社會,當時只注意在河流附近居民的用水分配上,僅對具有特殊性、嚴重性的水利使用,才另有補充性的附帶規定。惟對於水的使用,還是會有所爭執,故在早期便產生官方對水資源使用上的管制,例如:德國巴發利亞邦在 1852 年便有水利法規定地面水的重要條文。但其他的邦,一直到廿世紀初,才制頒專門的水利法(最早是散見在警察法規中),以公法的性質來規定⁵⁰。因此,德國水利法就水權的制度的設計,強調在水權的核發要件、裁量權限、審查程序、撤銷、廢止、補償等⁵¹,此與我國水利法就水權制度設計類同,論者認為我國與德國水權性質類似,為公法上的使用權⁵²。

第二項 水權之客體

早期水利法僅規範到地面水,茲因當時地下水、海岸水沒有大量開採之必要,直到二次大戰之後,由於工商業高度的發展,對水資源的需求日益迫切,而

⁴⁹ 經濟部,前揭註 38,頁 59。

⁵⁰ 黃錦堂,我國水權核發以及事後管制缺失之檢討,1994 年 7 月,頁 17。

⁵¹ 郭玲惠,前揭註 36,頁 17。

⁵² 蔡登南,前揭註 25,頁 48。

漸漸的使用到地下水與海岸水，故德國現行水利法，已納入地面水、地下水與海岸水，就三種不同水源、成立三套不同的管制規定⁵³。

德國水利法實務上的見解認為：地面水具有冷卻、沖水、休閒、交通、運輸、民生使用以及廢物清洗的功能，用途與使用量可彈性調度，也可以隨著該地區人民的需求，作大幅度的調整，而且原則上比較不會涉及成本或是反效益。但是對地下水的管制則甚為嚴格，一般認為地下水具有珍貴的特性，使用類別與數量均須要有較嚴格的限制。應是用來當作飲用水源及儲存，以供日後缺水時備用的水源。海岸水指的是海岸線在平均高潮與乾潮線邊界之間的水。一般是用來作為海養殖或靠海岸的工業設施之用。德國法對地面水、地下水與海岸水是各成一個體系來加以管制，所以須分別接受三種不同的管制措施⁵⁴。

第三項 德國水權之效力

地下水或是地面水河岸水均屬於公物，須接受公法上的規範。土地所有人僅取得土地的使用權，並不當然取得水之使用權，須得以在許可範圍內，依照原申請書所載之使用目的及方法，使用定額取水量的使用權，並不得任意轉讓與他人。但是基於申請相同的使用目的，連同取得設備及取水設施所在的土地，一併移轉與他人繼續經營相同的事業時，水權可以一併移轉。另對「居民使用」少量的地下水，在某種程度內是被許可⁵⁵。

第四項 德國水權之許可程序

德國使用水資源，原則上須經主管機關許可或特許，除非水利基準法或其授權各邦所定的法律，有免經許可或特許的規定。德國水利基準法區分免經許可、許可與特許三者，茲說明如下：

⁵³ 蔡登南，前揭註 25，頁 49。

⁵⁴ 鄭國平，前揭註 22，頁 21。

⁵⁵ 鄭國平，前揭註 22，頁 21。

壹、免經許可

依德國水利基準法及各邦水利法之規定，對於用水量太小或是河川附近住民的使用，其用水是免經許可的⁵⁶。

貳、許可

德國水利基準法第 7 條規定，許可是一種可撤回的同意，係針對特定目的、種類、用量、使用方式，授予利用水資源之權利。這種許可對於水權人並無特殊保障效果，相對於特許而言，是屬於較弱型的官署同意，行政機關可以在任何時期，毫無補償地依合目的性裁量，來考量是否必要廢止原來的水權⁵⁷。

參、特許

對於大型用水案件，經特許後可享有存續及使用保障之權，德國水利基準法第 8 條規定，特許係針對特定種類、用量、使用方式，授予利用水資源之權利，這種附有適當期限在特定情況下可逾 30 年。此種為大型用水案件通常由業者自行開發水資源，並由主管機關給予 30 年專屬使用權，原則上主管機關不得撤回水權⁵⁸。

第五項 許可與特許裁量要件

德國水利基準法中，並未承認人民具有要求「行政機關必得授予許可或特許」的法律上請求權，但人民有對於行政機關「有無瑕疵行使裁量權」的法律上請求權，此即行政機關行使裁量權時，負有遵守法律授權目的、授權範圍及一般行政法上原則，如誠信原則、平等原則、比例原則、不當聯結禁止原則、公益原則等義務，違反上述義務時，即構成裁量瑕疵，人民即可主張撤銷該行政處分，若違法情形重大，甚至可主張該行政處分無效。但裁量萎縮至零時，人民有請求授與許可或特許之法律上權利，茲將要件說明如下⁵⁹：

⁵⁶ 張立達，前揭註 27，頁 105。

⁵⁷ 郭玲惠，前揭註 36，頁 18。

⁵⁸ 郭玲惠，前揭註 36，頁 19。

⁵⁹ 郭玲惠，前揭註 36，頁 8。

壹、公共利益

基於公共利益時德國水利基準法第 6 條規定，若水資源之使用有危及公共利益，特別是有危害公眾用水之虞時，而且該危害無法經由附款加以防止或平衡時，主管機關應駁回，所指利益應是與水利有關者，不包括與該水利設施有關的工作機會之增減，也不包括該水利工程的開發是否將附帶排除主管機關所不期望的建築計畫。德國通說認為公共利益應包括環境保護的利益，且需探討該用水開發計畫，是否與既有的都市計畫內容，或是與正在擬議中的都市計畫所規定的禁建、限建相違背⁶⁰。

貳、利益衡量

基於利益衡量時，主管機關審查取水許可案件時，應一併注意其它專業法令，例如森林法、礦業法、國家公園法、野生動物保育法等所保護的法益，避免其在水權核發的個案中受到侵害，除非水權申請人獲得各專業法令之許可否則主管機關應駁回水權之申請。其他因為水權核發而受影響的公共利益尚包括有：航運、衛生、文化遺產、交通、釣魚、休閒等。主管機關應就核發水權所產生的利益與上述相衝突的利益來加以比較衡量，以決定是否核發水權⁶¹。

第六項 德國水權之消滅

壹、期限屆至

許可與特許不同者，乃許可者，主管機關得基於合義務性之裁量，隨時撤回許可，所以是否附有期限，並不重要。但特許既然原則上不能撤回，在此情形下，一旦期限屆至，特許即歸於消滅，自不待言⁶²。

貳、撤回特許或許可

得撤回特許或許可之情形，如下：

⁶⁰ 張立達，前揭註 27，頁 112。

⁶¹ 張立達，前揭註 27，頁 112-113。

⁶² 經濟部水資局委託研究，配合政府再造水利法修正期末報告，2000 年 12 月，頁 8-3。

一、保留撤回的權利

在授予特許時，已載明保留撤回的權利，其後因行使撤回權之條件成就，而撤回特許者，主管機關無須為任何補償。

二、授予特許之實質要件改變

德國水利基準法第 12 條第 2 項規定，當水權人未於特許授予後之一定時期內開始使用，或已繼續停止使用達 3 年，或其營業範圍已大幅度減少（指用水需求較原申請時減少）。蓋上揭使用目的與原申請用水計劃發生變動，即主管機關所授予特許的實質要件改變者，經事先警告，仍逾越特許的使用條件或重要範圍。因此撤回特許者，亦無須補償。

基於上述以外的理由，依法撤回特許者，須予以補償，其與撤回許可不生補償問題不同。

第四節 小結

因水資源具稀少性，而與地權分離後，水資源立法上屬國家所有，由政府依立法者之意思，來進行水資源的分配，人民欲對水資源取得，依法須經政府之許可。對於屬於公物之水資源，為特定之目的而設定特別使用之權利，該權利屬於公物法上之「特許使用」。由於在公物之特許使用範圍內，水權人對於屬於全民所有之水資源：一種具有排他、獨占且具繼續事實支配之權利，這樣的權利，是否允許成為交易之客體，本文將在下一章對水權加以法律上之定性。

第四章 我國水權制度

第一節 我國水權制度立法之沿革

第一項 水利法施行前

我國水利法於民國 31 年 7 月完成立法，在此之前之水權糾紛，洵依民法第 781 條之規定⁶³：「水源地、井、溝渠及其他水流地之所有人，得自由使用其水。但有特別習慣者，不在此限。」此時期將用水權依附在地權上。縱在民法該條文制定前，最高法院 18 上字第 1242 號判例亦認為：「土地所有人之自然流水用水權，亦應於不妨害他人使用之限度內為之。」是故，土地所有人得亦應於不妨害他人使用之限度內，自由使用其水。

第二項 水利法施行後

水資源是珍貴而有限的天然資源，其對國計民生影響至鉅，若不能妥善分配使用，問題必然叢生。從過去早期水資源的取得幾乎不需任何的成成本或許可。但隨著人口增加及工商業發展，水資源之供給相對匱乏，造成用水的紛爭日益增多，故我國水利法於民國 31 年 7 月公布水利法（於民國 32 年 4 月 1 日施行），該法第 13 條規定：「本法所稱水權，謂依法對於地面水或地下水，取得使用或收益之權。」開啓水權（取得水資源之用益權，並非謂水資源之所有權）非再依附於地權之上，是必須依法申請許可，始能取得之水權制度。

第三項 憲法制定施行

我國憲法於民國 36 年 12 月 25 日施行，該法第 143 條之規定，「中華民國領土內之土地屬於國民全體。人民依法取得之土地所有權，應受法律之保障與限制。.....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。」職是，水資源為經濟上可供公眾利用之天然力，

⁶³ 我國民法物權編於民國 18 年 11 月 30 日完成立法，翌年 5 月 5 日施行。本條文現今仍存在。

屬於國家所有。此憲法條文並不影響水利法立法時有關水權制度之規定，此條文解釋上係明確將水資源劃歸國有，由政府來管理，人民對水資源僅係在一定水量所需之範圍內，向政府申請對水資源為使用收益之權利，可謂國家對整體水資源之控管，取得更合法性之地位。

第四項 民國 52 年水利法之增修

雖然民國 31 年水利法制定時，該法規定民眾是必須依法申請許可，始能取得之水權。但民眾對水資源之所有權之歸屬仍有誤解，誤以為人民祇要依法申請許可，取得之水權，即取得水資源之所有權，和水權制度之精神相違背⁶⁴。民國 52 年水利法根據憲法第 143 條之精神，增修第 2 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。」該條文將水資源更明確定位為國有，由政府來管理，人民僅係在一定水量必要之範圍內，向政府申請對水資源為使用收益之權利，並無水資源之所有權。有認為此根本地說，我國乃藉由水權登記制度來合理分配水資源的運用，以免發生「先占為贏」或「弱肉強食」之壟斷或搶水現象⁶⁵。此說明水資源劃歸屬於國家所有，避免發生先占先贏，深具實益。惟，現行水利法對水資源管理仍有許多問題，造成受分配水權者之多餘用水，無法移轉給其他用水標的水權人及無取得水權人所使用，坐令浪費，或促使其黑市交易，法令上亟待修法解決，容後詳述。

第二節 我國水權法制問題之探討

第一項 水權之意義

水利法第 15 條規定，「本法所稱水權，謂依法對於地面水或地下水，取得使用或收益之權。」是故，若非使用地面水或地下水，其不在水利法規範圍內者，即非受水利法中有關水權之管制與限制。另，水利法第 27 條規定，「水權之取得、設定、移轉、變更或消滅，非依本法登記不生效力。前項規定，於航行天然通航水道者，不適用之。」就此如認為，雖使用地面水，而航行天然通航水道，僅係

⁶⁴ 郭玲惠，前揭註 44，頁 4。

⁶⁵ 郭玲惠，水權實用手冊(四)，經濟部水資源局發行，1997 年 6 月，頁 2。

消極利用自然水流而享受利益之情形，非水權之概念內涵者，修法時應將本項移置增設於第 15 條第 2 項中較妥。本文以為航行天然通航水道，仍係本法第 15 條規定中水權之概念，本法第 27 條第 2 項僅係規定非適用前項登記生效要件而已。

按水利法第 2 條、第 15 條之規定，水資源之所有權既屬國家所有，私人自然無法在取得其所有權，因此水權之內容僅能限定為對水資源「使用」、「收益」之權利。有論者⁶⁶以為，水權人僅可在其申請目的範圍內為對水資源使用、收益，不可為其他任何目的範圍外之處分，而許多民眾以為，取得水資源之使用收益權的同時，也取得水資源之所有權，此為嚴重之誤解。根據水利法之規定，水權之使用收益權是有期限限制，期限屆滿後，未申請展限登記則水權消滅，他人可以申請取得用水之權。而所有權的概念，除買賣、贈與或其他法律上原因將所有權讓與他人外，所有權並無期限限制。由此可知，「水權」與「水資源所有權」概念不同。

第二項 水權之定性

壹、經濟學上之定性

一、「稀少性」

經濟學是一門討論如何選擇之社會科學。蓋人類經濟問題之根源於：「資源有限，人類慾望無窮。」因而面對有限資源無法取之不盡，用之不竭，人類就必須選擇，選擇之問題當而因孕而生。至於交由自由市場來對資源做選擇，抑或係交由政府來對資源做出選擇，則產生較能達到人類最大的滿足，創造社會最大福祉。就此古典經濟學之父亞當斯密(A.D. Smith)於「國富論」一書中提出，應交由那「看不見的手」，也就是直接由市場機制來決定，較能達到人類最大的滿足，創造社會最大福祉。而馬克思(Marx)於「資本論」卻認為為防止資本家之剝削，生產機具應公有化，交由無產階級專政之政府來決定。蓋此經濟研究之爭論非本文討論重心，謹由以上簡單之概說為之說明介紹。

⁶⁶ 郭玲惠，前揭註 44，頁 16。

綜上，經濟學要討論資源之有限、稀少性之問題，其所指之「稀少性」的定義，就不是一般人所認為稀少之概念，即經濟學所謂「稀少性」並不在於資源絕對數量的多寡，而係指資源相對於人們想要的數量而言，無法讓人毫無節制地予取予求之謂⁶⁷。因此，無論各國之水資源數量之絕對多寡，水資源因非可以取之不盡，用之不竭，吾人於經濟學上即認定水資源具有「稀少性」。

二、「經濟財」

經濟學所指之經濟財與自由財，為相對比較時之概念。自由財（Free Goods），乃指取之不盡，用之不竭，並不是稀少或有限的情形，因此自由財是指在正常情況下，無須支付任何代價，就能取得的財貨。當人們想要的財物，沒有稀少性的問題時，不用支付代價就可享用，就是自由財。然而，因為經濟學是研究「理性的個人如何選擇具有多種用途的有限資源，來生產物品或勞務，以提供目前或未來的消費。」綜上，自由財並非指有限資源，所以毋須讓人們去「選擇」要如何有效的配置使用，故不在經濟學研究範圍之中。

經濟學所指之經濟財（Economic Goods），係指有稀少性的財貨，由於有稀少性之問題，所以理性的個人必須選擇具有多種用途的有限資源，來生產物品或勞務，以提供目前或未來的消費。也就是說必須付出代價，才能取得者。因此，當吾人將同一單位的水資源，用於農業用水時，就無法用於工業用水，也就是說水資源的使用，是必須付出代價才能取得的，而會有經濟學中之「機會成本⁶⁸」的問題，然而相對的自由財即不會有此問題。果爾，如何選擇具有多種用途的有限水資源，來生產物品或勞務，以提供目前或未來的消費，來達成吾人最大福祉，也就是必須思慮如何去分配給人民對水資源使用收益之權利，可使社會福利最大，這思慮是該由政府來扮演，抑或係交給市場機制來運作，深值探討。

三、準公共財

⁶⁷ 張清溪等人著，經濟學理論與實際上冊，翰蘆圖書出版有限公司，1995年8月，頁4

⁶⁸ 此處吾人將同一單位的水資源，使用於農業用水時，此處使用農業用水之機會成本為：無法將同一單位的水資源用於工業用水。

在經濟學的解釋中之「公共財」係指財貨在同一期間內可以同時提供效益給兩個以上的經濟個體，且具有集體消費，滿足公共慾望，這種財貨私人較少提供，須由政府提供。此種財貨從消費方面以觀，具有「共享性」，從供給方面的觀點上，具有「無法排他性」。例如國防、路燈等。另，如財貨在同一期間內消費在未達一定程度以前，消費上沒有競爭性，即在未到達這一程度以前，消費人數的增加不會引起其他消費者不便，或減少他們所享受到的利益，但超過這一定程度以後，在消費上會有競爭性，隨著消費或使用人數的增加，將會使其他消費者感到不便，損害到他們的利益，稱為「準公共財」。而此類財貨可以透過收費，使使用者須付出代價，始能享受到使用的權利。例如：水資源的使用、收益，在超過數量時，必然會排擠到所欲享受到的利益，故水資源應為「準公共財」。

四、本文見解

有論者即認為，就環境資源而言，市場機制基本上卻無法發揮此一功能，其最主要乃是因為環境資源向來是被人們認為取之不盡、用之不竭的「自由財」，並且任何人享用時可以不花代價，而任意取用，無市場之存在，亦無價格可言；又因為具有人人得以共享以及無排他可能兩項特性，因此導致某人享用環境資源之際，事實上難以阻絕他人分享，結果人人受益卻無人願意投資。而當環境資源以「先到先得」的方式免費提供任何人消費的同時，附帶隨之而來的卻是廢棄物、廢水等污染的產生，或是在環境資源過度耗用而使造成資源枯竭現象或產生不良後果，例如超抽地下水而造成地層下陷、海水入侵等情形。上開自由財的使用，因為不需付費而未列入生產成本，亦未反應在商品價格中，而是由社會全體成員共同負擔，並非由污染者或使用者自己去負擔成本的發生，因此造成所謂的「外部不經濟」或稱「外部成本」⁶⁹。

然而，水資源並非「取之不盡，用之不竭」，有「稀少性」之問題，為避免這寶貴稀少性之水資源被壟斷，及保障基本民生用水，法制沿革過程中當實有必要將水資源定位劃歸為國有，在水資源之使用及管理上，政府於法制上應公平有效率分配水資源。且水資源非自由財，亦非具人人得共享以及無排他兩項特性；蓋水資源係在屬於超過一定人數後，邊際成本就會大於零，應為準公共財之性質，應向消費者收取一定費用，控制使用者人數，以茲解決。

⁶⁹ 江麗碧，前揭註 11，頁 35。

貳、法律上之定性

一、公物

公物係指直接供公的目的使用之物並處於國家或其他行政主體所得支配者而言⁷⁰。水資源本身是否為公物，學者認為，水利法第條明定，水為天然資源，屬於國家所有，不因人民取得所有權而受影響。在人民得依水利法之相關規定，而使用之情形水應係公物⁷¹。

二、特別用物

水資源為經特許利用之公物。謂特許利用者，乃公物管理機關在特定的公物上依法規或在其得裁量範圍內，為特定創設公法上的特別利用權，使其得繼續占有利用，並得排除他人利用之謂，亦稱為公物占用權，德國法上稱此公物為「特別用物」(Sachen in sondergebrauch)，例如對特定水域或水源取得水權、特許瓦斯管理設於地下，電桿之架設，河川上設立發電設施，依原住民保護地開發管理辦法許可之土地利用等⁷²。職是，水資源為公物，供水利目的而許可人民使用收益，應認為係特許利用公物⁷³。公物特許利用通常具有繼續且排他的狀態，例如漁業法第 6 條規定：「凡欲在公共水域及與公共水域相連之非公共水域經營漁業者，應經主管機關核准，並取得漁業證照後，始得為之。」及同法第 20 條規定，漁業權視為物權，從而漁業權乃具有排他性；水利法第 20 條亦有規定，用水標的順序在先者，有優先用水權⁷⁴，而具有排他之特性。

三、自然公物

論者認為，我國地狹人稠，水資源的分布又因為降雨在時間和空間的極端不均，對於水資源的取用權利甚至分配，已非私權體系可以妥適解決，極而必須由國家高度介入分配，這是一種不行不亂的選擇，因而將水資源定性為「自然公物」，便有其經驗事實的證立基礎。...依據水利法第 15 條之規定「本法所稱水權，謂依法對於地面水或地下水，取得使用或收益之權。」前揭條文似乎可以被理解為水

⁷⁰ 吳庚，行政法之理論與實用，2001年8月，增訂7版，頁192。

⁷¹ 陳敏，行政法總論，三民書局，1999年12月2版，頁904。

⁷² 李惠宗，公物利用之類型及其法律性質之探討，經社法律論叢，第4期，1989年7月，頁206-207。

⁷³ 陳敏，前揭註71，頁922-923。

⁷⁴ 李惠宗，收於翁岳生編，公物法，行政法（上），翰蘆圖書出版有限公司，1998年3月，頁354。

權人所行使權利之客體為「地面水」與「地下水」之水資源，因此乃是一種對水資源為使用或受益之「用益物權」。不過，此種「地面水」與「地下水」在未以人為方法於河川或土地引取前，其性質既屬於自然公物，且可引取之範圍在未由主管機關核給其水量前亦屬不確定，實難以確定其「用益範圍」。因此，仍必須藉由「水權制度」之運作始能確定人民對於水資源的「可支配範圍」或「可能支配範圍」⁷⁵。

四、具公法與私法兩面關係性質

水權究係公法或私法，其性質之不同，將導致整個水權制度設計上重大差異。申言之，若水權屬私法性質者，則制度設計應遵循私法上的原理原則，例如私法上私法自治與契約自由原則，且應許當事人間在法律限制下自由交易，遇有爭執應循民事訴訟程序解決之。反之，若水權是公法性質者，應適用行政程序法，遇有爭執應循行政訴訟程序解決之。且，水權若認為係公法，更有公法法律關係是否允許移轉給私人之問題。

就水權之法律上定性，究屬私法或公法性質，學說上爭論甚烈，茲將學說說明如下：

（一）公法性質說

就水權之性質，吾人得觀察德國水權的變動，在 18 世紀至 19 世紀初，對水的使用，不像今日高度工業化及都市化的社會，當時只注意在河流附近居民的用水分配上，僅對於特殊的嚴重的水利使用，才有特殊的規定，但這只是補充性的附帶規定而已，惟對於水的使用，還是會有所爭執，故在早期便產生官方對水資源使用上的管制，例如：德國巴發利亞邦在 1852 年，便在水利法規定地面水的重要條文，但其他的邦一直到 20 世紀初，才制定專屬的水利法⁷⁶，此時才被以公法的性質加以規定⁷⁷。而我國著名水利灌溉自古代秦昭襄王 51 年（西元前 256 年），秦國蜀郡太守李冰所主持修建都江堰水利工程⁷⁸，因岷江源於甘肅與四川

⁷⁵ 李惠宗，前揭註 42，頁 127。

⁷⁶ 德國水利法第 2 條第 1 項規定，本法或本法授權之各邦法律，無其他規定時，使用水資源必須得主管機關之許可或特許。

⁷⁷ 張立達，前揭註 27，頁 100。

⁷⁸ 2000 年 11 月聯合國教科文組織，將都江堰列入為文化類世界遺產之一。

交界的摩天嶺，此高峰春天時挾著由雪溶化的河水，自北方奔騰而下，並沖刷河岸兩邊軟弱的砂頁岩與泥巖，帶著所沖刷出的泥砂，山洪暴發江水奔騰而下，由於河道狹窄，常引發洪水，耕地也因而被破壞，而東岸的玉壘山又阻礙江水東流，使得東旱西澇。而李冰則將岷江水流分成兩條，其中一條水流引入成都平原，既可以分洪減災，又可引水灌田，轉害為利。此使得岷江自動分流、自動排沙、並且控制了進水量等問題，消除了水患，從都江堰建成後，成都平原沃野千里，正所謂的「水旱從人，不知饑饉，時無荒年，謂之天府」；都江堰從興建共使用了約一千五百多年，直到元朝才毀壞，後經修復，兩千多年來，都江堰一直發揮著防洪灌溉的作用，中華人民共和國建政後，由政府繼續擴建和改造都江堰的灌溉系統，1960年代末灌溉面積高達 678 萬畝；到 1980 年代初，灌溉區域則更擴展到龍泉山以東地區並建蓋水庫近 300 座，灌溉面積擴大到 858 萬畝；此後進一步的灌區改造將灌溉區域擴大到 1000 多萬畝，總引水量達 100 億立方公尺，使之成為目前世界上灌溉面積最大的水利工程。而臺灣之水利設施係從十七世紀初，荷蘭治臺時期的紅毛井，到明鄭時期的「小型的陂」，再到清代水利設施如彰化的施厝圳、台中的葫蘆墩圳、貓霧揀圳、台北瑠公圳等，清代當時水利建設多半是民間投資，有獨資開鑿者、合夥投資者，到日據時期，日本鑒於私設埤圳制度，不僅缺乏管理，且常引發壟斷、剝削等弊端，於是公佈臺灣「公有埤圳管理規則」，凡有關公眾利害者，皆認為公共埤圳，由政府監督管理；至於工程規模較大者，為地方人民不勝負擔，則由日本官方出資興建經營，西元 1908 年並訂頒官設埤圳規則，舉凡水租的抽取、取水紛爭、區域認定等皆由行政官廳負責。大陸時期的國民政府從水權依附地權制度，至民國 31 年制定水利法，該法規定民眾是必須依法申請許可，始能取得之水資源之使用權。職是，對我國水權性質，有學者偏重行政機關的審查程序、使用權的期限、水權的撤銷等，故定性為公法上的權利⁷⁹。此又有水權可否交易之爭論⁸⁰，反對水權交易者，多認為憲法規定水為國家所有故不得交易，因此如要施行水權交易則非修憲不可，如貿然行之，恐會遭到違憲之庇護⁸¹。或是認為憲法雖明文保障人民土地之所有權，但規定水

⁷⁹ 黃錦堂，前揭註 50，頁 17。

⁸⁰ 黃錦堂，前揭註 50，頁 159。

⁸¹ 經濟部，水權法令通盤檢討與觀念再造，1999 年 6 月，95 頁。

之所有權是屬於國家，故水利法第 2 條並沒有逾越母法，如果採取水權自由交易政策並允許私有，則涉及的問題不只是水利法，勢必要修的還有憲法⁸²。

另一見解認為，按憲法第 143 條第 2 項規定，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，不因人民取得所有權而受影響。本條項只規定國家對於諸如水等之天然力與資源，擁有所有權，不因人民取得所有權而受影響。憲法並未明文禁止水權交易。因為水權乃對於地面水或地下水取得使用或收益之權，並不等於對於水資源之所有權，而法律上人民之許多權利，如用益物權、債權等，並不以當事人有所有權為前提，因此無法依據憲法此一條文推論憲法禁止水權交易，更不能因此推論人民依據水利法所取得水權之使用收益權限(而非所有權)不能為互易⁸³。對水權為公法性質者，是否允許交易問題，本文容於最後章節討論。

(二) 私法性質說

有學者⁸⁴認為水權為私法，係就地面水或地下水予以使用、收益，同時亦能以之為標的，而取得設定、變更、消滅其權利標的物為水資源之水，其權利內容為使用、收益及對水資源之水，享有得為部分直接支配的權利。因係基於水利法之特別規定故為準物權。

蓋採此說認為係私法之性質者，強調「私法自治」原理，認為水權係就地面水或地下水加以使用收益，同時亦能以之為交易標的。

(三) 兼具公法與私法性質說

此說見解以為，公法、私法之區分已逐漸相對化，於大部分之情形，斤斤計較於公法或私法之定性反而易淪為概念法學之操作，對問題之解決，並無實益。不需要為使水權制度能偏重公法之管制，而界定水權為公法上之權利，蓋即便私法上之權利，其行使仍非毫無限制，尤其以物權法而言，因其與社會、經濟狀態有直接密切之關係，影響匪淺，故亦有甚多公法性質之規定，且常規定於特別法

⁸² 前揭書第 24 頁覃嘉忠組長之發言。

⁸³ 陳春生，水權交易制度的法理問題分析-法治斌教授追悼論文，法治斌教授紀念論文化資產集-法治與現代行政法學，頁 442。

⁸⁴ 王廷懋，水權管理研討會論文集，1996 年 4 月，頁 102-103。

中，種類繁多，與日俱增。又即使定性水權為公法性質，亦難以據此論據水權不得為交易之標的，且憲法、水利法中並未明文禁止水權交易，縱規定水之所有權為國家所有，水權人並無所有權，然交易本不以擁有標的所有權為要，例如民法中用益物權、債權均得為買賣、設定抵押之標的⁸⁵。

因此，採公法、私法之相對化之學者認為，關於水權交易之性質，並非由其究為公法上權利與私法上權利決定，而完全視相關法律如何規範而定⁸⁶。

（四）公法與私法兩面關係論

有論者⁸⁷援引參酌大陸學者崔建遠先生「關於水權爭論問題的意見」文章中，有關於「水權與水所有權」之論述，並切割水權具公法與私法之關係，區分標準為當行政主體將對水資源使用收益權利分配給特定的人民時為公法關係，當水權人行使此已經取得之水權時（例如排除不相關之第三人之妨礙），為私法上之關係，準此，解決法律問題適用上之爭論。

（五）本文見解

本文認為，前述公私法兩面關係說較為可採，即當行政主體將對水資源使用收益權利分配給特定的人民時為公法關係，當水權人行使此已經取得之水權時（例如排除不相關之第三人之妨礙），為私法上之關係，倘未來欲開放水權市場交易，為避免有上開各家學說上之爭論，應對水權性質以法律明文規定之方式，加以規定，更為妥當。

五、具物權之占有性質

水權究係債權抑或係物權，說明如下：

（一）債權說：

⁸⁵ 蔡茂寅，水利法中央地方權限及水權相關爭議問題之研究，經濟部水利署，2003年12月，頁5。

⁸⁶ 陳春生，前揭註83，頁442。

⁸⁷ 江麗碧，前揭註11，頁130。

採債權說者認為水資源為公物，行政主體允許特定人對公物為特許利用時，應為公法上債之關係。主張此說之田中二郎以為，特許利用權具有對於行政主體為公法債權之性質，應係公權之一種，即受公益的制約，又因其為債權之一種，於公物廢止時，不得以自己的權利對抗第三取得之人⁸⁸。

（二）物權說：

我國有論者認為，水權係一種融入環境觀之新型用益物權，蓋水資源具稀少性，為避免特定人士壟斷，立法者有必要擺脫民法所有權制度，基於環境事物領域之特殊性而所創設的新的權利制度使權力人適當的取得水資源的使用收益之權，因此屬於融入環境觀之新型用益物權⁸⁹。在日本國內之學說或實務而言，有認為係屬債權者，有認為係屬物權者，更有認為係屬具有地役權作用之權利者，不過依多數實務見解認為水權具有物權之效力⁹⁰。採此見解之理由為公物為特許利用權應認係屬物權，其內容具有財產權之性質，與私權具有之財產權內容相類似，不但能準照私權一樣移轉，於第三人侵害其使用權時，亦可請求民事上妨害排除或損害賠償⁹¹。我國有學者⁹²認為對水資源使用收益之水權，即屬用益物權，且水權對水資源享有將來得為部份直接的權利，應認為是準物權，雖水利法未如礦業法漁業法有明定視為物權，仍不失為準物權之性質。

蓋準物權者，乃非民法上的物權，而在法律上視為物權，法律效果準用民法關於不動產物權的規定者稱之。準物權主要針對公物而依法設立，尤其是自然資源領域，即資源歸國家所有，國家為所有權人，所以除國家之外，其他的主體都只能對公物加以使用，也稱為用益物權。例如礦業權、漁業權等⁹³。

就漁業法而論，漁業法之公共水域（不包括公海）與非公共水域，性質上均屬「公物」⁹⁴，此公物使用須先經主管機關核准，屬於特別使用物⁹⁵，此核准後之

⁸⁸ 李惠宗，前揭註 72，頁 210。

⁸⁹ 李國強，物權法的環境觀，環境資源法論叢第 4 卷，2004 年，頁 27。

⁹⁰ 朱柏松，《水權之理論與實務（上）》，〈臺大法學論叢〉，第 25 卷第 2 期，1996 年 1 月，頁 270。

⁹¹ 江麗碧，前揭註 11，頁 123。

⁹² 王廷懋，前揭註水權管理法經面，水權管理研討會論文集，中國時報河川保護小組，1996 年 4 月，頁 102。

⁹³ 經濟部，水交易制度規劃之研究，2007 年 12 月，頁 64。

⁹⁴ 黃異，漁業法規，國立編譯館，1999 年 4 月，頁 116。

權利，即具有支配公物性質水域的權利⁹⁶，此定置、區劃、專用漁業權之使用關係，應兼含公法與私法性質之關係⁹⁷，蓋漁業法規性質上是公法，基此核准產生之漁業權之是具有公法性質的權利，但是如果法律有特別規定指明私法性質者，應具私法上權利⁹⁸。例如：漁業法第 20 條規定，漁業權視為物權，故通說均認為具有私法之準物權效力。

（三）占有可能地位說

有論者⁹⁹以為，水權為「負有義務的公法上權利」，但非謂人民憲法之主觀公權利而可向行政機關請求主張必須核給「特定數量」之水資源，這是因為水資源本質上似有不穩定及不明確，在水權人尚未取用並使之與國家水資源分離前，權利的範圍尚未確定，而必須由行政機關依水權法制核給後方能確定。也由於水權人無法明確指出其將行使權利之水資源範圍，因而水權不具有占有權能；不過，水權畢竟仍是一種「占有可能」的法律地位，其雖不占有水資源，但仍有權利的行使可能，若基於水權所為之取水行為遭到妨害時，應可類推民法第 962 條之妨害除去請求權。因此，水權雖具有某些物權的權利，但卻與傳統的物權仍有本質的差異性。

（四）本文見解

水權人在法律規定範圍內，具有排除他人干涉之一種物權「占有可能」的法律地位。如同前述公私法兩面關係說較為可採，即當行政主體將對水資源使用收益權利分配給特定的人民時為公法關係之物權，當水權人行使此已經取得之水權時（例如排除不相關之第三人之妨礙），為私法上之關係之物權。倘欲開放水市場交易，為避免有學說上之爭論，應參仿漁業法對水權定性為準物權之性質，使具有財產權效力。

⁹⁵ 黃異，前揭註 94，頁 117。

⁹⁶ 黃異，前揭註 94，頁 132。

⁹⁷ 黃異，前揭註 94，頁 118。

⁹⁸ 黃異，前揭註 94，頁 131-132。

⁹⁹ 李惠宗，前揭註 42，頁 221。

第三項 水權之登記

壹、水權登記主體

一、自然人、法人、機關（構）、非法人之團體

依水利法第 17 條規定：「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需者為限。」然而，水利法施行細則第 6 條規定：「本法所稱水權人，指取得水權之人，包括自然人、法人、機關（構）、非法人之團體設有代表人或管理人者。」因此，對水權人之定義，除水利法所規定之團體、公司或人民外，其施行細則尚包括機關（構）、非法人之團體設有代表人或管理人者。值得注意的是，公權力主體本身或有為許可水權與否之主體地位之可能，當否為水權人，即生問題。本文以為當公權力主體自身居於與人民同等之地位時，應允讓其成為水權人。此處現行實務亦採相同之見解。例如：臺北市政府消防局¹⁰⁰、臺北市政府工務局新建工程處¹⁰¹。另，因村(里)辦公處¹⁰²非機關團體，不符水利法施行細則第 6 條規定之水權人。

二、外國人

依水利法第 17 條規定：「非中華民國國籍人民用水，除依本法第四十二條之規定外，不得取得水權。但經中央主管機關報請行政院核准者，不在此限。」然而，外國法人應適用水利法第 16 條「法人」之規定，抑或第 17 條規定「非中華民國國籍人民」之規定，即生疑義。從立法意旨以觀，水利法乃防止外國自然人或法人壟斷或控制我國水資源，故外國法人自應適用水利法第 17 條之規定。為避免此爭議發生，未來本條修法時應修正為「非中華民國國籍人民或外國法人用水，除依本法第四十二條之規定外，不得取得水權。但經中央主管機關報請行政院核准者，不在此限（第 1 項）。前項外國法人之認定，依相關法律之規定（第 2 項）。」

¹⁰⁰ 臺北市政府 96.06.26. 府建二字第 09632071931 號公告：公告臺北市政府消防局申請臺北市信義區信義段 5 小段 28-3 地號地下水公共給水備用水水權取得登記。

¹⁰¹ 臺北市政府 96.09.10. 府建二字第 09633181331 號公告：公告臺北市政府工務局新建工程處申請臺北市文山區草湳段 1 小段 245 地號地下水公共給水水權取得登記。

¹⁰² 經濟部水資源局 90.03.12. (90) 經水資五字第 09000024320 號：「村里辦公處是否得登記為水權人」一案，查村(里)辦公處非機關團體，不符水利法施行細則第二十六條規定之水權人。

三、大陸地區人民

依水利法第 17 條規定：「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需者為限。」然而，大陸地區人民是否依據本條文適用，非無疑義。依據我國憲法增修條文第 11 條規定：「自由地區與大陸地區間人民權利義務關係及其他事務之處理，得以法律為特別之規定。」據此，立法制定臺灣地區與大陸地區間人民關係條例，遍觀條文中並未有關於水權取得之相關規定，但該條例第 69 條規定：「大陸地區人民、法人、團體或其他機構，或其於第三地區投資之公司，非經主管機關許可，不得在臺灣地區取得、設定或移轉不動產物權。但土地法第十七條第一項所列各款土地，不得取得、設定負擔或承租。」本條例對大陸地區人民在臺灣地區取得土地，較外國人嚴格，依該條例更訂定「大陸地區人民在臺灣地區取得、設定或移轉不動產物權許可辦法」（2010.6.23），水權之取得更應類推適用該條例與其許可辦法之相關規定，惟該許可辦法第 6 條就大陸地區人民土地之取得，須報請內政部許可，但水權之取得，則應適用水利法第 17 條但書之規定，經中央主管機關報請行政院核准之規定。

貳、水權登記客體

水利法第 15 條規定，「本法所稱水權，謂依法對於地面水或地下水，取得使用或收益之權。」是故，若非使用地面水或地下水，而是抽取海洋之純海水使用，因其不在水利法規範圍內，所以非受水利法中有關水權之管制與限制。另，水利法第 27 條規定，「水權之取得、設定、移轉、變更或消滅，非依本法登記不生效力。前項規定，於航行天然通航水道者，不適用之。」就此是否應認為，使用地面水而於航行天然通航水道者，僅係消極利用自然水流而享受利益之情形，逕而認定為非水權概念。本文以為航行天然通航水道，仍係本法第 15 條規定中水權之概念，僅非適用登記生效要件而已。蓋如仍認為此處立法本旨係有意將此為排除水權之概念者，本文建議應將本法第 27 條第 2 項之規定，於修法時條文應移置於第 15 條第 2 項之規定中較妥。

一、地面水、地下水

依水利法第 15 條之規定：「本法所稱水權，謂依法對於地面水或地下水，取得使用或收益之權。」職是，本法將其納入水權登記之法定客體為地面水與地下

水。依水利法施行細則第 2 條規定：「本法所稱地面水，指流動或停滯於地面上之水；地下水，指流動或停滯於地面以下之水¹⁰³。」依水利法第 28 條第 1 項之規定：「水權登記，應向直轄市、縣(市)主管機關為之，水源流經二縣(市)以上者，應向中央主管機關為之；流經二省(市)以上者，應向中央主管機關為之。」惟水利法卻漏未規定地下水之登記主管機關，實務上¹⁰⁴係以鑿井地點為水權之登記主管機關，本文認為在法無明文之下，似僅有如此，惟應儘速立法，以符合「管轄法定原則¹⁰⁵。」

二、海水

過去實務見解¹⁰⁶認為，「抽取海洋之純海水使用，其不在地面水或地下水之範圍內。」惟民國 93 年 11 月 17 日修正水利法施行細則第 22 條規定：「取水口位於平均低潮位以下引取海水者，免依本法第二十八條規定申請水權登記。前項所稱低潮位，指海水面起伏過程中，水位最低時之高程；平均低潮位，指每日二次低潮位之長年平均。」有論者認為，由此可知，我國立法例上有意將海岸水（即潮間帶之海水）納入水資源管理體系中，至於取用平均低潮位以下之海水者，目前並未將其納入水權登記之法定客體，究其原因主要在於海水資源不虞匱乏，暫無納入水權管理體系之必要¹⁰⁷。職是，取水口位於平均低潮位以上引取海水者，則應辦理水權登記，本文認為引取平均低潮位以上之海水，如欲納入水權規範體系中，此應規定於水利法第 15 條之中，而非以水利法施行細則規定，始符合法律保留原則。值得注意者為，引用海水與河水混合之水(如漲潮之海水流入河川而與河水混合)，依臺灣省政府 74.6.15 府建六字第 48590 號函認為，因已非純海水，其引取使用仍應依水利法有關規定辦理水權登記。

¹⁰³ 另，土壤及地下水污染整治法（2003.1.8）第 2 條第 2 款亦有相同之規定：「地下水：指流動或停滯於地面以下之水。」

¹⁰⁴ 行政院 71 年 9 月 7 日台（71）經字第 13270 號函。

¹⁰⁵ 李惠宗，行政法要義，元照出版有限公司，2007 年 2 月，第 3 版，頁 242。氏認為管轄法定原則在憲法民主共和國的基本決定下國家統治權被擬制為來自國民全體。而管轄權係國家統治權的具體化，係行政主體任務之範圍，是職權的來源，亦是責任的根源。蓋權利的行使，雖係一種政治上付託，但付託的內容，卻有法律上的責任。行政主體之管轄權係屬法律保留事項，此種人民的付託，基本上藉由民意代表所制定的法律表現出來，故行政主體之管轄權應以法律定之。行政程序法第 11 條第 1、5 項規定：「行政機關之管轄權，依其組織法規或其他行政法規定之。」；「管轄權非依法規不得設定或變更。」是為「管轄法定原則」。

¹⁰⁶ 經濟部 77.10.5 水字第 30416 號函。

¹⁰⁷ 江麗碧，前揭註 11，頁 138。

三、地下溫泉水

地下溫泉水究竟是屬於地熱或地下水，法律效果不同。蓋若溫泉為地熱，應依礦業法第 2 條第 2 項之規定：「地熱(蒸氣)視為本法所稱之礦。」則其開發則須依礦業法辦理礦業權；若溫泉為地下水，則須依水利法第 15 條之規定辦理水權登記。關於此問題，經濟部以經(75)礦字第 36713 號函所附座談會結論指出：「地熱資源係以蒸氣或熱水產出，為一種流體，與溫泉水很難有明確界定，故將來在處理上，凡有地熱(蒸氣)徵候，且有設定地熱(蒸氣)礦區之經營價值者，依礦業法規定設定礦業權處理，否則視為一般溫泉水，逕依水利法申請水權。」

依溫泉法第 3 條之規定：「本法用詞定義如下：一、溫泉：符合溫泉基準之溫水、冷水、氣體或地熱(蒸氣)。二、溫泉水權：指依水利法對於溫泉之水取得使用或收益之權(四)溫泉礦業權：指依礦業法對於溫泉之氣體或地熱(蒸氣)取得探礦權或採礦權。四、溫泉露頭：指溫泉自然湧出之處。五、溫泉孔：指以開發方式取得溫泉之出處。六、溫泉區：指溫泉露頭、溫泉孔及計畫利用設施周邊，經勘定劃設並核定公告之範圍。七、溫泉取供事業：指以取得溫泉水權或礦業權，提供自己或他人使用之事業。八、溫泉使用事業：指自溫泉取供事業獲得溫泉，作為觀光休閒遊憩、農業栽培、地熱利用生物科技或其他使用目的之事業。前項第一款之溫泉基準，由中央主管機關定之。」有學者認為¹⁰⁸，觀此條文第 7 款之規定可知，溫泉取供事業才須取得溫泉水權，溫泉使用事業則不需要得溫泉水權，並分析同法第 4 款之「溫泉露頭」、第 5 款之「溫泉孔」之不同：

1. 溫泉露頭

溫泉露頭係指溫泉自然湧出之處。由於是湧出地面之溫泉水，因此對於湧出地面之溫泉水取用者，應屬於地面水之水權登記範圍。

2. 溫泉孔

溫泉孔係指以開發方式取得溫泉之出處。由於是以鑽鑿之方式，取得位於地表下之溫泉水，故若以溫泉孔鑽鑿方式取得地表下之溫泉水，應屬於地下水之水權登記範圍。

四、地下海底溫泉水

¹⁰⁸ 蔡茂寅，前揭註 85，頁 55。

依經濟部水利署民國 94 年 3 月 18 日以經水政字第 09406001030 號函釋認為，鑿井地點（即引水地點）不論是在海域或陸域，依水利法施行細則第 22 條第 1 項規定，取水口位於平均低潮位以下引取海水者，免依本法第二十八條規定申請水權登記；惟取水口位於地表面以下引取地下水者，應申請水權登記。

五、伏流水

伏流水係指河川中之某一河段之水消失於地面上而沒入地層中，在地層中潛伏後又重現於地表上，造成同一條河川一部分在地面上一部分在地層中之情況。查水利法就此並無伏流水之定義，此情形究應歸類於地面水抑或地下水而受水利法之規範，則生疑義。經濟部 82 年 12 月 24 日以水字 092835 號函認為：「伏流水如流動或停滯於地面，則屬地面水；如流動或停滯於地面以下，則應屬地下水，其與河床、湖床之距離深遠無關，但均受水利法之規範¹⁰⁹。」惟伏流水係指同一條河川一部分在地面上一部分在地層中之情況，上開見解並無解決此間之問題。有學者就此認為，此應就取水地點所取之水露出地面者，即應適用地面水之水權登記範程序；反之，取水地點所取者係潛伏於地表下者，則適用地下水之水權登記範程序¹¹⁰。

六、湧泉

湧泉應視是否湧出地面而論。依經濟部民國 92 年 3 月 31 日以經授水字第 09220221470 號函認為：「湧泉湧出地面後始予引取，其取用為地面水；湧泉尚未湧出地面即予引取，其取用為地下水，包括挖鑿或設置於地面以下之井或管以引取之水。在私有土地內挖塘取用湧泉，若係取用地面水，適用水利法第四十二條第一項免為水權登記之規定；若係取用地下水且其出水量每分鐘在一百公升以下者，亦適用免為水權登記之規定，惟涉及鑿井者，其鑿井（抽汲地下水之建造物）應依水利法第四十六條規定經主管機關核准，該鑿井引水若在地下水管制區內，並應依「地下水管制辦法」辦理。前述免為水權登記者，經主管機關依水利法第四十二條第二項規定裁量，係足以妨害公共水利事業，或他人用水之利益時，得酌予限制或令其辦理登記。另請注意前述免為水權登記若係於地下水管制區內者，主管機關之裁量、限制等，應從嚴為之，以免影響地下水保育。」惟本文以

¹⁰⁹ 郭玲惠，水權實用手冊(三)，經濟部水資源局發行，1997年6月，頁16。

¹¹⁰ 郭玲惠，同前註109，頁54。

爲，免爲水權登記之規定，若係於地下水管制區內者，主管機關非依該條項從嚴裁量、限制之問題，蓋水利法第 47 條之 1 應爲第 42 條之特別規定，故仍需依規定辦理水權登記¹¹¹。

七、挖塘蓄水

依水利法第 42 條規定，「左列用水免爲水權登記一、家用及牲畜飲料。二、在私有土地內挖塘。三、在私有土地內鑿井汲水，其出水量每分鐘在一百公升以下者。四、用人力、獸力或其他簡易方法引水。前項各款用水，如足以妨害公共水利事業，或他人用水之利益時，主管機關得酌予限制，或令其辦理登記。」本條文第 1 項第 2 款之「在私有土地內挖塘」，有學者認爲挖塘蓄水之水源有三種，分別爲雨水、地面水、地下水。對挖塘蓄水不用辦理水權登記，真正須辦理水權登記者爲挖塘蓄水之水源，其中之地面水、地下水，應分別適用地面水、地下水之水權登記範程序¹¹²。

參、水權登記之主管機關

水利法第 28 條：「水權登記，應向直轄市、縣 (市) 主管機關爲之，水源流經二縣 (市) 以上者，應向中央主管機關爲之；流經二省 (市) 以上者，應向中央主管機關爲之¹¹³。」以上水利法第 28 條即係在對水權登記之主管機關所爲之規

¹¹¹ 依經濟部民國 80 年 4 月 29 日以經水字第 022790 號函認爲：「查符合水利法第四十二條第一項各款之規定者，雖免爲水權登記，惟同法第四十七條之一爲前條之特別規定。因此，於地下水管制區內鑿井抽取地下水，如符合「臺灣地區地下水管制辦法」（現行條文爲地下水管制辦法）第七條規定者，仍需依上開條文規定，辦理水權登記，該辦法尚無抵觸水利法之處。」蔡茂寅，同前註 85，頁 56。

¹¹² 蔡茂寅，同前註 85，頁 56。

¹¹³ 水利法施行細則（2004.11.7）第 35 條：「水源流經兩縣市以上或水權之利害關係兩縣市以上者，其水權登記由省主管機關辦理之。但經行政院核定由中央主辦之水利事業，應由中央主管機關辦理之〔Ⅰ〕水源流經兩省市以上或水權之利害關係兩省市以上者，其水權登記由中央主管機關辦理之〔Ⅱ〕」該條於水利法第二十八條修正後〔民國八十九年十一月〕，實亦應予相應修正，蓋水利法第二十八條原條文第一項爲：「水權登記，應向縣（市）主管機關爲之；水源流經二縣（市）以上者，應向省（市）主管機關爲之；流經二省（市）以上者，應向中央主管機關爲之。」其修正理由謂：「配合精省作業，第一項原省府權責改由中央主管機關爲之；並配合實際執行，酌作修正釐明之。」又除已無省主管機關外〔水利法第四條亦規定：「本法所稱主管機關：在中央爲經濟部；在直轄市爲直轄市政府；在縣（市）爲縣（市）政府。」不及於省〕，水利法施行細則第三十五條在母法「水源流經二縣〔市〕」（或「水源流經二省〔市〕」）外，尚增添「水權之利害關係兩縣〔市〕以上」（或「水權之利害關係兩省〔市〕以上」）爲水權登記由省〔或中央〕主管機關辦理之條件，反面而言，形同限縮了由縣〔市〕或省〔市〕辦理水權登記之權限，如此似有子法踰越母法之嫌，恐有違法律優位原則。相似見解請參照郭玲惠、徐享崑、林鎮洋，水權相關法令解讀〔一〕，頁 4-5，

定，惟水利法卻漏未規定地下水之登記主管機關，現行實務上係以鑿井地點為水權之登記主管機關。此在法無明文規定下，似僅有如此，惟仍應儘速立法，以符合「管轄法定原則」，已如前述。

本條對水權登記之主管機關所為之規定，是否符合憲法有關中央與地方之權限分配之規定，非無疑義。

水利法第 28 條於民國 89 年 11 月 15 日修正前，原條文為：「水權登記，應向縣（市）主管機關為之；水源流經二縣（市）以上者，應向省（市）主管機關為之；流經二省（市）以上者，應向中央主管機關為之。」其修正理由謂：「配合精省作業，第一項原省府權責改由中央主管機關為之；並配合實際執行，酌作修正釐明之。」然修正後將水源流經二縣（市）以上者，應向省（市）主管機關為之，改由中央主管機關為之，非無違憲之爭議。

蓋關於水利事項權限之劃分問題，我國憲法將之劃分為中央、省（市）、縣（市）三級，憲法中有關水利事項權限之劃分，有第 108 條第 1 項第 10 款規定：二省以上之水利由中央立法並執行之，或交由省縣執行之。第 109 條第 1 項第 6 款規定：省水利由省立法並執行之，或交由縣執行之。同法第 2 項規定：有涉及二省以上者，除法律別有規定外，得由有關各省共同辦理。第 110 條第 1 項第 5 款規定：縣水利由縣立法並執行之。同法第 2 項規定：有涉及二縣以上者，除法律別有規定外，得由有關各縣共同辦理。而憲法第 109 條之規定，業已遭憲法增修條文第 9 條規定所凍結。修憲後，按釋字第 467 號解釋認為：「憲法增修條文第九條施行後，省……自非地方自治團體性質之公法人。」因此，省之地位，依地方制度法第 2 條第 1 項第 1 款之規定：「省政府為行政院派出機關。」省之職權依地方制度法第 8 條之規定，為監督縣（市）之水利自治事項，並無執行水利自治事項之問題。

就此，水利法第 28 條配合精省修正後條文規定為：「水權登記，應向直轄市、縣（市）主管機關為之，水源流經二縣（市）以上者，應向中央主管機關為之；流經二省（市）以上者，應向中央主管機關為之。」其中水源流經二縣（市）以上者，應向中央主管機關為之，由中央管轄立意頗佳，惟如恪遵憲法之規定，水源流經

收於水權實用手冊，經濟部水資源局，86 年 7 月。另請參照蔡登南，前揭註 29，87 年 7 月，頁 111-112。

二縣(市)以上者，水權登記之主管機關在法制上，本文以為應由各縣(市)主管機關共同為之，始與憲法規定相符¹¹⁴。

第四項 水權申請程序

壹、登記生效主義

依水利法第 27 條第 1 項規定，「水權之取得、設定、移轉、變更或消滅，非依本法登記不生效力。」學者認為，由此程序以觀，水權並非一經提出申請就可以取得，尚須符合一定的條件並經主管機關審核始得取得。本條文易使民眾誤以為只要申請即可取得水權，沒有任何條件；同時我國尚有土地登記制度，是民眾最熟悉之登記制度，因此民眾很容易將兩者做相同之詮釋，因而認為取得水權也就是取得水之所有權，因此未來修法時，應就「水權登記」予以導正為「取水許可」，較能符合水利法規範取用國家水資源之立法意旨¹¹⁵。蓋此水權登記生效主義之制度，有學者認為國家以此由政府控管並分配水資源以免發生先佔¹¹⁶。

貳、水權之申請程序

一、提出申請

(一) 書面申請

水權之登記，應由權利人及義務人或其代理人提出下列文件，向主管機關申請之（水利法第 29 條第 1 項）。如為政府興辦之水利事業，以其主辦機關為水權登記申請人（水利法第 29 條第 3 項）。

¹¹⁴ 我國憲法第 108 條與第 109 條以及地方制度法之規定，教育、道路、地政、警察、工商發展等地方公共財的最適轄區較不受自然條件之限制，故成為傳統地方自治事項是合理的。但水資源管理作為傳統地方自治事項之一，由於其地方自治團體轄區與最適的水資源管理範圍（流域）之不一致，及各地方自治團體之本位主義等因素，導致不合作的水資源管理問題，如分處上下游或左右岸的各地方自治團體不但常互不合作，且常以鄰為壑或坐享其成，是否有修憲之必要，非無討論餘地。

¹¹⁵ 郭玲惠，前揭註 44，頁 24。

¹¹⁶ 郭玲惠，前揭註 65，頁 2。

- 1.申請書¹¹⁷。
- 2.證明登記原因文件或水權狀。
- 3.其他依法應提出之書據圖式。

(二) 附具委任書

水權之登記，如由代理人提出申請登記者，應附具委任書（水利法第 29 條第 2 項）。

(三) 地下水之開發應具之文件

地下水之開發，應先行檢具工程計劃及詳細說明，申請水權；俟工程完成供水後，再行依法取得水權（水利法第 29 條第 4 項）。

(四) 與第三人有利害關係時

若登記申請之水權與第三人有利害關係時，應於申請書外，加具第三人承諾書，或其他證明文件（水利法第 32 條）。

二、書面審核

主管機關在收到申請書後，應先進行書面審查（水利法第 33 條）。若申請人提出的書件或記載事項有不合程式主管機關應於十五日內通知申請人補正（水利法施行細則第 25 條）。而申請人應於接獲上開通知之日起三十日內補正，逾期不補正者其申請不予受理，但經主管機關核准展期者不在此限，但展期以一次為限，並不得超過三十日（水利法施行細則第 26 條）。

三、履勘

¹¹⁷ 依水利法第 30 條規定，申請書應記載之事項，如下：一、申請人之姓名、性別、籍貫、年齡、住所、職業。二、申請水權年限。三、水權來源。四、登記原因。五、用水標的。六、引用水源。七、用水範圍。八、使用方法。九、引水地點。一〇、退水地點。一一、引用水量。一二、水頭高度（水力用）。一三、水井深度（地下水用）。一四、用水時間。一五、年、月、日。一六、其他應行記載事項。

依據水利法第 33 條規定：當登記之申請合乎法定程式且無訴訟或爭執之情形，主管機關應即進入實質審查之程序，於核准審查通過後即派員實地履勘¹¹⁸。若主管機關認為申請不應核准者，應於審查完畢後十日內附具理由書予以駁回。若應核准者則，於審查完畢後公告該案並即通知申請人。本法第 34 條登記申請，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。公告之揭示期間，不得少於十五日。

四、公告

公告¹¹⁹之內容，應記載水權申請之詳細內容¹²⁰，俾利大眾得知與該水權申請案，有無利害關係存在。依據水利法第 36 條之規定：公告期間內¹²¹，任何與該申請案有利害關係之人，可於主管機關公告日起 15 日內附具理由及證據，向主管機關提出異議。

五、異議

¹¹⁸ 依水利法施行細則第 31 條之規定：書件審查完畢後，排定履勘及發函通知申請人及利害關係人到場。另，按行政程序法第 38 條之規定：撰寫履勘報告，履勘紀錄。

¹¹⁹ 經濟部 87.02.03. (87) 經水字第 86040471 號：「二、按所謂公告，係指各機關就主管業務，向公眾或特定之對象宣布週知時所使用之公文（參照公文程式條例第二條第一項第五款規定及行政院頒訂事務管理手冊「文書處理」十（一）之 5 之說明）；查水利法第三十四條第一項規定之公告，為水權登記發給水權狀之法定程序之一，主管機關自應依規定辦理公告，公告之公文並應依同項第一款至第三款規定以登載公報及揭示之方式為之，合先敘明。」

¹²⁰ 水利法第 35 條對公告應載明事項：一、登記人之姓名。二、登記原因。三、核准水權年限。四、用水標的。五、引用水源。六、用水範圍。七、使用方法。八、引水地點。九、退水地點。一〇、引用水量。一一、水頭高度（水力用）。一二、水井深度（地下水用）。一三、用水時間。一四、申請登記年、月、日。一五、對於該項登記得提出異議之期限及處所。一六、其他應行公告事項。

¹²¹ 經濟部 87.02.03. (87) 經水字第 86040471 號：「四、水利法第三十六條第一項規定：「依前二條公告後，利害關係人得於十五日內，附具理由及證據，向主管機關提出異議」，該十五日期間之計算，同條第二項已有特別規定：「自主管機關公告之日起算」，由於公告之公文應記明國曆年、月、日（參照公文程式條例第六條規定），上揭主管機關公告之日應指其公告之公文所記明之日，惟為確保利害關係人異議之權利，主管機關應自公告之日起，確實將公告之公文揭示於其公告地方（揭示期間不得少於十五日）外，並應依水利法施行細則第四十九條「於同日將公告副本以掛號郵寄申請人，如知有其他利害關係人時，亦應分別寄發公告副本各一份」之規定辦理。

當有利害關係人¹²²提出書面之異議申請書時（水利法施行細則 第 50 條），主管機關於收到異議書後應即加以審查，必要時得派員會同利害關係人及申請人覆勘（水利法施行細則第 34 條），覆勘完畢後，主管機關應於 30 日內審查決定，必要時得依水利法第 97 條規定評議決定之（水利法施行細則第 35 條）。若異議有理由經審查成立者，則申請人無法取得水權；異議不成立者，主管機關應登入水權登記簿並發給申請人水權狀（水利法第 37 條）。

六、狀照核發

若公告期滿無人提出異議或異議不成立者，主管機關應登入水權登記簿並發給申請人水權狀¹²³（水利法第 37 條）。

參、水權登記許可制

依水利法第 34 條規定，對於水權案件之申請主管機關為「適當」或「不適當」而為准駁，可知係採許可制之精神。惟此「適當」或「不適當」究應認係「不確定法律概念」抑或為「裁量」，非無疑義。

有學者認為¹²⁴，本條所謂適當、不適當之判斷，主管機關有裁量之空間。所謂裁量係指決策與否或多數法律效果之選擇而言，裁量係法律許可行政機關行使職權時，得為之自由判斷，但裁量並非完全之放任，行政機關行使裁量權限仍須遵守一般法律原則，例如差別待遇禁止原則¹²⁵及比例原則¹²⁶等，如裁量係基於法

¹²² 值得注意的為，蔡茂寅，前揭註 85，頁 36。氏將程序法上之「當事人能力」及「當事人適格」制度，而提出「水權取得能力」及「水權取得適格」之概念。按「當事人能力」，係指一般得為程序當事人之能力。至於「當事人適格」，則係指就某事件具有具體的關聯性，因而得成為當事人之資格。職是，此對於「利害關係人」之適格問題，法規範上欠缺明確；其如屬對第三人取用水之影響者，似係指取得水權人，然是否包括水利法第 42 條規定免為水權登記之用水人，在解釋上非無疑義。此問題依據經濟部 90.11.21.（90）經水字第 09000258480 號謂：「利害關係人係泛指權利或法律上利益相關之第三人；如利害關係涉及第三人取水權益時，除旨揭函文所述之取得水權人外，尚包含相關之臨時使用權人及依水利法第四十二條規定免為水權登記之人。」

¹²³ 水利法第 37 條第 2、3 項規定：直轄市或縣（市）主管機關發給水權狀時，應層轉或報請中央主管機關驗印備案。水權狀，由中央主管機關製定之。

¹²⁴ 蔡茂寅，前揭註 85，頁 203。

¹²⁵ 行政程序法第 6 條：「行政行為，非有正當理由，不得為差別待遇。」

¹²⁶ 行政程序法第 7 條：「行政行為，應依下列原則為之：一、採取之方法應有助於目的之達成。二、有多種同樣能達成目的之方法時，應選擇對人民權益損害最少者。三、採取之方法所造成之損害不得與欲達成目的之利益顯失均衡。」

律條文之授權時，尤其不得違反授權之目的或超過授權之範圍¹²⁷，否則即可能構成裁量濫用或裁量逾越等瑕疵，而為違法¹²⁸，且行政機關依法有裁量權時不得消極的不行使，以免構成裁量怠惰之違法。有論者論述此裁量基準，應循下列之原則：1.中央主管機關應依人口成長預估資料，優先規劃保留一部分之水源水量，供應未來家用及公共給水持續成長之需求。2.應配合環境保護之目標，應依規定保留各河川之環保基流量。3.須核算保留申請之引水地點下游，已登記水權之引用水量。4.並注意是否合乎公益。

有論者認為，就法律構成要件是否合致的判斷，包括「不確定法律概念」與「確定法律概念」之涵攝，同時具有事實認定與法律解釋之效果，非屬行政裁量。法律構成要件是否合致的涵攝，係行政法上權利義務關係成立之前提，只有法律構成要件合致後，才會發生行政機關是否要作成行政裁量之問題¹²⁹。

本文以為，本條之「適當」或「不適當」，應認為係「不確定法律概念」，且法律以抽象意義之立法方式，因應生活事實複雜性或個案適用妥當性，須符合「法律明確性原則」。關於法律明確性原則，學者認為法治國家所要求之規範明確性包括規範中「構成要件」及「法律效果」須使人民明能夠理解；從而產生預見可能性，知所因應；發生疑義時，透過司法可進行規範審查¹³⁰。蓋本條文中之「適當」或「不適當」，應須具備：可預見、可理解、可審查¹³¹等三項要件。觀現行條文立法方式縱雖可認為已具備前揭要件，與「法律明確性原則」並無不合。惟此應可更明確詳列主管機關應有何審查之要件，蓋法規應就水權制度之運行，提供人民更具預見性之依據，建請酌予修正較明確化之法令，以憑遵循。對此，有論者謂，有關「水權」之「內容形成」，立法者得基於對於社會現況的衡量，有廣泛的形成空間，但其形成仍應符合法治國家原則之要求，並不得逾越憲法的界限；包括若涉及基本權利干預時之明確授權與必要手段之採取、對於水資

¹²⁷ 行政程序法第 10 條：「行政機關行使裁量權，不得逾越法定之裁量範圍，並應符合法規授權之目的。」

¹²⁸ 行政訴訟法第 4 條第 2 項：「逾越權限或濫用權力之行政處分，以違法論。」

¹²⁹ 李惠宗，前揭註 105，頁 123。

¹³⁰ 李惠宗，前揭註 105，頁 93。

¹³¹ 參照釋字第 432 號、第 491 號、第 617 號。

源分配，現狀下強勢者與弱勢者之重分配措施的設計、對於水權核給審查之標準應具體明確等等，並在制度更替過程預留相當的過渡期間¹³²。

第五項 毋須登記申請水權許可

壹、航行天然通航水道者

依水利法第 27 條規定，「水權之取得、設定、移轉、變更或消滅，非依本法登記不生效力。前項規定，於航行天然通航水道者，不適用之。」亦即以於航行天然通航水道者，不須登記即生效力，是為例外。

貳、免為水權登記者

學者認為，水資源之立法並非宣告由國家終局取得水資源具排他性之所有權，而係排除土地所有權人對水資源之所有權。水資源在經濟上可供公眾利用者，公眾原則上均自得加以取用，惟倘超出一般利用範圍，而足以害及公眾使用者，國家即應本於職能加以管制¹³³。因此，水利法第條對於小額取水，未超出一般利用範圍，不影響整體水權而足以害及公眾使用者，國家未必要即依職能去加以管制。但如足以妨害公共水利事業，或他人用水之利益時，水利主管機關即得酌予限制，或令其為水權之登記。

依水利法第 42 條規定：「左列用水免為水權登記一、家用及牲畜飲料。二、在私有土地內挖塘。三、在私有土地內鑿井汲水，其出水量每分鐘在一百公升以下者。四、用人力、獸力或其他簡易方法引水（第 1 項）。前項各款用水，如足以妨害公共水利事業，或他人用水之利益時，主管機關得酌予限制，或令其辦理登記（第 2 項）¹³⁴。本條文適用各款之情形，說明如下：

一、家用及牲畜飲料

¹³² 李惠宗，前揭註 42，頁 124。

¹³³ 辜仲明，公課法制與水資源管理，翰蘆圖書出版有限公司，2009 年 3 月，頁 98-99。

¹³⁴ 值得注意者，依水利法第 42 條之規定者，雖可免為水權登記，但其抽汲地下水之建造物，依水利法第 46 條規定，仍應經主管機關之核准（經濟部 74.11.25.（74）經水字第 51451 號）。

此處「家用」免為水權登記者，當不包括「已有營業行為」在內¹³⁵。至於取用井水作為「牲畜飲料」，係指引水或取水供作牲畜飲料使用者而言，與用水人是否以蓄養牲畜為營業行為者無關。

二、在私有土地內挖塘

此挖塘蓄水應指在土地內挖塘存蓄雨水而言。對此學者亦認為，「挖塘蓄水之水源有三種，分別為雨水、地面水、地下水。對挖塘蓄水不用辦理水權登記，真正須辦理水權登記者為挖塘蓄水之水源，其中之地面水、地下水，應分別適用地面水、地下水之水權登記範程序¹³⁶。」另，「在私有土地內挖塘」所稱私有土地，應包括土地所有權人為公法人之土地¹³⁷。惟挖塘蓄水之土地，係在公有私有共同持分土地內時，非本條免為水權登記之範疇¹³⁸。

綜合以觀，上開之見解似將條文中之「在私有土地內」，包括公法人立於私人地位者而言；惟公有私有共同持分之土地，乃公法人立於私人之地位，而與私人共有，似不應有不同解讀。

三、在私有土地內鑿井汲水，其出水量每分鐘在一百公升下

本條款雖不必水權登記，但鑿井時仍須依第 46 條規定經核准。另，本條使鑿井汲水其出水量每分鐘在一百公升以下者，無需登記，但學者認為，水利法中並沒有水井之限制，如土地所有人於其土地上開設眾多之水井，雖每一口井之出水量符合規定，但將所有水井之出水量集合起來就相當可觀了¹³⁹。本文亦認為此條款更易使地層下陷，失去管制。

四、用人力、獸力或其他簡易方法引水

¹³⁵ 經濟部 91.08.28. 經授水字第 09120204550 號：「取用井水作為家用擬免為水權登記者，應先查明是否符合前揭第一款或第三款之規定。經審視貴府來函內容，本案被檢舉人已有營業行為，自不能主張符合前揭水利法第四十二條第一項第一款規定，而免為水權登記。」

¹³⁶ 蔡茂寅，前揭註 85，頁 56、70。

¹³⁷ 臺灣省政府民國 80 年 7 月 31 日以府建六字第 31556 號函曾認為：「水利法第四十二條第一項第二款「在私有土地內挖塘」所稱私有土地包括土地所有權人為公法人之土地。」學者郭氏亦認為本條款之私有，應包括公法人之土地，參照郭玲惠，前揭註 109，頁 22。

¹³⁸ 郭玲惠，前揭註 109，頁 22。氏認為「又在公有私有共同持分土地內挖塘，應經全體土地所有權人之同意；至於其用水並未符合水利法第四十二條免為水權登記，仍應依同法第二十七條規定辦理。」

¹³⁹ 郭玲惠，前揭註 44，頁 27。

依據水利法施行細則第 37 條規定：「本法第四十二條第一項第四款所定其他簡易方法引水，不包括機械動力引水及汲水。」另依據經濟部民國 77 年 2 月 5 日以經水字第 03503 號：「查水利法第四十二條第一項第一款所定之免辦水權登記用水，雖未明定其用水量，但係限定於家用及牲畜飲料；且同條第二項定有不得妨害公共水利事業或他人用水利益之限制。本案案例海瑞鄉公所以簡易方法引水供集體使用，為保障用水權益及水權管理，應請登記為宜。」學者亦採相同見解以為，如集體為簡易方法引水時，仍應水權登記為宜¹⁴⁰。對此，本條第 1 項第 1 款中家用及牲畜飲料，及本條第 2 項定有不得妨害公共水利事業或他人用水利益之限制，依「體系解釋」方式認為，本條第 1 項第 4 款以簡易方法引水，應以非供集體使用者為限，此見解頗值贊同。蓋如以簡易方法引水供集體使用，為保障用水權益及管理，當不包含於本條所定之免辦水權登記用水範圍之內。因此，本條第 1 項第 3 款以簡易方法引水，應「目的性限縮」為非供集體使用或自為營業使用。

另，依水利法第 47 條之 1 規定，「中央主管機關為防止某一地區地下水之超抽所引起之海水入侵或地盤沈陷，得劃定地下水管制區，限制或禁止地下水之開發。」於地下水管制區內，縱有水利法第 42 條免為水權登記之事項，仍須辦理水權之登記，藉能以有效防止海水入侵或地盤沈陷。此按經濟部民國 80 年 4 月 29 日以水字第 022790 號認為，水利法第 47 條之 1 為第 42 條之特別規定，如符合該辦法第 5 條之要件者，仍需水權登記，該辦法尚無抵觸水利法之處。

本條文有礙總量管制，且何時為取得水權之時點，非無疑義，應廢除較妥。有學者認為，鑑於一般水權申請案件，必須經過一段時間之行政程序，且並非每個申請案均可通過，實務上有些土地所有人遂利用本條之規定，規避登記義務而不受任何限制¹⁴¹。

第六項 水權之消滅

我國對水權消滅之情形，如下：

¹⁴⁰ 郭玲惠，前揭註 109，頁 23。

¹⁴¹ 郭玲惠，前揭註 44，頁 27。

壹、水量不敷公共給水

水利法第 19 條之規定：「水源之水量不敷公共給水，並無法另得水源時，主管機關得停止或撤銷¹⁴²前條第一項第一款以外之水權，或加使用上之限制。前項水權之停止、撤銷或限制，致使原用水人受有重大損害時，由主管機關按損害情形核定補償，責由公共給水機構負擔之。」本條文修正前，係由國家補償之，本條修正理由為，國家依其管理權限，應不負補償之責¹⁴³。此修正殊值贊同，蓋水權僅指取得水資源之用益權，並非水資源之所有權。故政府許可水權，並不對此負使其取得水之擔保責任。職是，國家對水權之許可處分，依水利法為處分之水權之停止、撤銷（廢止）或限制時，並不生信賴保護補償之問題¹⁴⁴。

貳、繼續停用逾二年

依水利法第 24 條之規定：「水權取得後，繼續停用逾二年者，經主管機關查明公告後，即喪失其水權，並撤銷其水權狀。但經主管機關核准保留者，不在此限。」本條文之撤銷其水權狀，應修法改為「註銷」水權狀較妥。而本條文為水利法規定，即喪失其水權，故應無同法第 27 條之非經消滅登記，不生效力之問題。

參、公共事業之需要

依水利法第 26 條之規定：「主管機關因公共事業之需要，得變更或撤銷¹⁴⁵私人已登記之水權。但應由公共事業機構酌予補償。」此處補償機制，國家此水權之撤銷，理由如前頁水利法第 19 條水量不敷公共給水所述，因國家僅居於水資源管理之地位，應不負補償之責，並不生信賴保護原則中補償之問題，而由公共事業機構酌予補償。

¹⁴² 許多在水利法規定之「撤銷」用語，應修法改為「廢止」，較為精確。

¹⁴³ 立法院公報第 63 卷第 6 期。

¹⁴⁴ 蔡茂寅，前揭註 85，頁 46。氏認為對已取得之水權，主管機關予以限制、變更或撤銷，應有信賴保護原則之補償問題。

¹⁴⁵ 許多在水利法規定之「撤銷」用語，應修法改為「廢止」，較為精確。

肆、水權期限屆滿

水權於核准年限¹⁴⁶屆滿時消滅（水利法第 40 條）。而本條文依水利法規定年限屆滿時消滅，故應無同法第 27 條之非經消滅登記，不生效力之問題。雖同法第 41 條規定：「水權消滅、水權人或義務人應繳還水權狀，為消滅之登記。水權年限屆滿後，不申請消滅登記者，主管機關應予註銷，並公告之」。但雖非謂主管機關為註銷水權狀時，水權始行消滅¹⁴⁷。

伍、展限登記

展限登記指水權存續期間屆滿前，有延長之必要者，於法定期間內，申請展限登記。依水利法第 40 條：「水權於核准年限屆滿時消滅。但有延長之必要者，水權人應於期限屆滿三十日以前，申請展限登記。」依水利法施行細則第 36 條規定：「水權期限如有延長之必要者，水權人應於期限屆滿前三個月起六十日內，申請展限登記。主管機關對於逾限申請展限登記者，應按新申請取得水權案件處理。水權人於前項規定期限內申請展限登記者，於其水權年限屆滿後主管機關准駁前，得依原水權狀記載事項引取用水。」本文認為，施行細則限縮本法規定申請展限登記之期間，有違反「法律保留原則」之違憲爭議。

陸、地下水管制區之限制

主管機關為防止某一地區地下水之超抽所引起之海水入侵或地盤沉陷，得劃定地下水管制區，限制或禁止地下水之開發。前項地下水管制區內已取得之水權，主管機關得予限制、變更或撤銷¹⁴⁸（水利法第 47 條之 1）。

¹⁴⁶ 水利法施行細則第 29 條規定：「本法第三十條第二款、第三十五條第三款、第三十八條第四款所定之水權年限，在本法第十八條第一項各用水標的之水權為三年至五年。但引用水源為溫泉水權者，本法第十八條第一項各款用水標的之水權為二年至三年。本法第四十四條之臨時用水執照，其核准臨時使用權年限，每次不得逾二年。申請人申請水權年限少於第一項所定水權最低年限者，得依其申請年限核准之。」

¹⁴⁷ 經濟部 81 年 8 月 13 日（81）經水字第 033528 號解釋，認為水利法第 40 條已明定水權於核准年限屆滿時消滅，即喪失其用水權益如繼續用水，主管機關逕依同法第 93 條規定予以處罰，應屬允當。依法公告註銷與否，係屬主管機關行政程序之處理。

¹⁴⁸ 許多在水利法規定之「撤銷」用語，應修法改為「廢止」，較為精確。

第七項 水權之管理

壹、優先用水權

水利法第 20 條：「登記之水權，因水源之水量不足，發生爭執時，用水標的順序在先者有優先權；順序相同者，先取得水權者有優先權，順序相同而同時取得水權者，按水權狀內額定用水量比例分配之或輪流使用。其辦法，由中央主管機關定之¹⁴⁹。」此爲了保障人民飲用水供應無虞，以及因應過去我國以農業爲主之經濟活動，而保障農業發展及確保糧食安全之措施，但相對因用水順序之規定，使得水資源無法確切因應各用水標的間用水的消長情形，當農業用水逐年降低，但工業用水卻不斷升高之際，造成農業部門（如農田水利會）擁有多餘的水量，而工業部門卻有缺水的情況，在上揭優先順序的規定之下，工業部門無法彈性地從農業部門取得其所需的水量¹⁵⁰。爲解決此問題，我國水利法對於用水用水標的順序，歷經增修說明如下：

一、一般用水順序

水利法第 18 條第 1 項規定：「用水標的之順序如左：一、家用及公共給水。二、農業用水。三、水力用水。四、工業用水。五、水運。六、其他用途。」

二、多目標水庫

民國 72 年 12 月 28 日增訂水利法第 18 條之 1 規定：「多目標水庫用水標的之順序，依主管機關核准之計畫定之。但各標的權利人另有協議，並報經主管機關核定者，從其協議。」

三、特定之水道或工業區

民國 89 年 11 月 15 日通過水利法修正條文，第 18 條第 2 項規定：「前項順序，主管機關對於某一水道，或政府劃定之工業區，得酌量實際情形，報請中央主管機關核准變更之。」

¹⁴⁹ 經濟部於民國 91 年 2 月 6 日訂定「水源之水量不足時水權用水量分配或輪流實用辦法」。

¹⁵⁰ 洪德生、謝佩書，臺灣水權制度的發展與現況問題分析，水資源管理與市場機制研討會——水權交易研究成果發表論文集，2000 年 8 月，頁 47。

貳、歷史水權

由於在日據時代前的水利設施幾乎都是由私人興建，之後的水利設施是由政府與農民(水利會)共同出資興建，因此雖然水利法授與政府統籌調配水權的權利，但當時申請水權登記時多依循水利設施開發者即擁有部分或全部水權的原則，此稱為歷史水權，此歷史水權亦是造成我國水權分配缺乏彈性的重要原因之一。

近來引起爭論者乃，歷史水權是否受到制度上保障，而有存續性保障之權利地位，亦即原水權及水量之而於展限申請時，可否依水利法第 17 條規定核給水權以「事業所必需者為限」及水文狀況，來核減原水權，此牽涉到擁有最多水權單位之地域性自治團體農田水利會認為這歷史水權是受制度上保障，而有存續性保障之權利之地位。

惟此爭議核心問題不外乎，歷時水權是否有法律上保護之法理基礎，茲就此爭議說明如下：

一、「歷史水權」並無受制度保障

水資源為珍貴自然資源，水權之核給需考量事業所需及水文條件等限制，關於歷史水權並非法律用語，而是如前所述，屬對於水利興建後水權初時分配的歷史狀況之描述，水利法並無所謂「歷史水權」應受到制度上保障，而有存續性保障之權利地位；觀日本之慣行水權，是以對水之支配事實為基礎，而被社會普遍承認的用水權利，主要針對農業灌溉用水，依據社會習慣所建立用水秩序，並將之權利化；因此日本之慣行水權不能於我國之所謂歷史水權等同視之。且日本亦因慣行水權權利內容並不像一般許可水權那樣明確，且又無期間限制，故在辦理水庫的建設計畫中，常藉著取水設施的改建、土地改良法的實施或治水事業的實施等機會，將慣行水權進一步依法更改為許可水權。

二、申請展限登記應重新審核水權

對於水權核准年限屆滿而有延長之必要者，依水利法第 40 條之規定，水權人仍應於期限屆滿 30 日以前，申請展限登記，對此水權之核給仍需考量事業所必需及水文條件等情事，而水利法並無所謂「歷史水權」應受制度保障之規定；水資源係珍貴且有限之自然資源，為有效利用及管理，水利法施行細則第 29 條規定水

權之使用期限，冀期使主管機關就各項用水標的得於一定期間後，就其實際使用情形查核是否仍符合事業之所需，引水地點之水文狀況是否有充足的水量，以及有無其他違法取水等事項，以達核發之水權水量合理且適當之目標。職是，主管機關審核水權展限登記，當非依其原有登記之水權量一律核給，水權展限與取得之登記，均應依水利法及其施行細則、水權登記審查作業要點等規定辦理。依水權登記審查作業要點第 4 點之規定，農業（灌溉）用水事業所需水量，係依各種作物類別（水稻、果樹、雜作等）之種植面積、灌溉率、用水時間以及輸水損失率計算之，以符合水利法第 17 條規定之事業所需，並非僅依申請之灌溉面積核准。此外，主管機關審核水權之引用水量時，並應參酌引水地點之各月水文狀況、其附近已核准水權水量、環保基流量及事業所需用水量覈實核給，使核發之水權總量不超過該水系之水源總量，以兼顧水資源之永續利用及環境保育，並符水權登記制度訂定之宗旨。

參、移用補償

水利法第 20 條之 1 規定：「水源之水量不足，依第十八條第一項第二款至第六款用水標的順序在先，取得水權登記在後而優先用水者，如因優先用水之結果，致登記在先之水權人受有重大損害時，由登記在後之水權人給予適當補償，其補償金額由雙方協議定之；協議不成，由主管機關按損害情形核定補償，責由優先用水人負擔之。」此處水權之移用，並非指水權之轉讓，而係指當水資源供應量不足或乾旱期間，由各標的用水水權人之間協調，將用水標的之水量移撥給其他用途水標的先為使用，但並不變更各標的用水人之原來之水權內容，且受移撥之用水，應給予若干補償。

另，本條水量移用時可能造成第三者影響或環境破壞之外部性問題，現行法政府卻無介入裁量核可之規定，造成管理制度的問題¹⁵¹。修法時，應注意（1）河川下游水量釋出給上游用水人時，處於下游用水人因水量水質變化而受之影響。

（2）農業灌溉用水移出後，其他仰賴灌溉回歸水的權益（3）農業灌溉用水移至工業用水後，可能增加污染的排放對渠道後段的灌溉用水造成影響，且農業用水釋出後灌溉渠道中，用以稀釋污染的水量反而減少，對流經下游的用水人而言，

¹⁵¹ 徐享崑、洪德生，水資源管理與市場機制研討會—水權交易制度研究成果發表一論文集，經濟部水資源局委託研究計畫，2000 年 8 月，頁 67。

反而增加用水的負擔成本。(4) 實施水量總量管制，擬定留川水量的標準，作為保護河川生態之用¹⁵²。

肆、剩餘水權

水利法第 22 條規定：「主管機關根據科學技術，認為該管區域內某水源之水量可以節約使用，得令已取得水權之原水權人，改善其取水、用水方法或設備，因此所有剩餘之水量，並得另行分配使用，但取得剩餘水量之水權人，應負擔原水權人改善之費用。」依水利法施行細則第 18 條規定，主管機關依本法第 22 條規定，令原水權人改善其用水方法或設備者，得限期水權人為水權變更登記，水權人屆期未申請變更登記者，主管機關得逕行核定公告，並註銷原水權狀及換發水權狀。綜上，實務上水權人倘依本法改善其取水、用水方法或設備後，將喪失其所由此剩餘水量之水權，多數不願配合。有論者以為，剩餘水權之創設應是水權人之義務水權人若違反主管機關之命令不為改善似應有本法第 95 條適用之餘地¹⁵³。

伍、臨時使用權

一、「臨時使用權」之取得

依水利法第 21 條之規定，「主管機關根據水文測驗，認為該管區域內某水源之水量，在一定時期內，除供給各水權人之水權標的需要外，尚有剩餘時，得准其他人民在此定期內，取得臨時使用權，如水源水量忽感不足，臨時使用權得予停止。」並依同法第 42 條之規定，「依本法第二十一條為臨時用水申請時，主管機關派員履勘，應依照第三十四條所規定期限辦理，並於核定後予以登記公布，發給臨時用水執照。」其與水權明顯不同者，在與存續期間屆滿之前不得申請延展，且可能隨時被停權。

另，水利法施行細則第 15 條之規定：「申請臨時使用之水源，主管機關依本法第二十一條規定水文測驗結果，在一定時期內，其水源通常保持之水量仍足以供給申請人事業所必需者，或依本法第五十五條規定增闢水源之水量者，應通

¹⁵² 徐享崑、洪德生，前揭註 151，頁 90。

¹⁵³ 朱柏松，前揭註 90，頁 276-277。

知申請人改依本法第二十九條規定申請水權登記；其水源通常保持之水量不足以供給申請人事業所必需者，在該一定時期內，其水源尚有剩餘水量時，始得准予取得臨時使用權（第 1 項）。前項所稱通常保持之水量，其水源為地面水者，指流量超越機率百分之八十五之水量（第 2 項）。」準此，當申請人申請臨時使用權時，主管機關應根據水文測驗，認為該管區域內水源之水量，在一定時期內，就水源之「通常保持之水量」判斷，如足以供給申請人事業所必需者，應通知申請人改申請為水權之登記；如不足以供給申請人事業所必需者，其水源尚有剩餘水量者，則准予取得臨時使用權。

本文以為水利法第 21 條係規定「在一定時期內」，除供給各水權人之水權標的需要外，尚有剩餘時，得准「在此定期內」取得臨時使用權。惟水利法施行細則第 15 條卻規定，「在一定時期內」，祇要該定期水源尚有剩餘之通常保持之水量足供給申請人事業所必需時，應改依為申請水權之登記；尚有剩餘之通常保持之水量不足供給申請人事業所必需者，准予臨時使用權，此法制及管理上並非妥適，非難想像。此觀水利法第 21 條及水利法施行細則第 17 條第 1 項¹⁵⁴均有規定，於臨時使用權期限內，如遇水源不能保持通常水量時，經主管機關通知後，臨時使用權人應即自行停止使用。可知縱判斷該定期水源通常保持之水量，足供給申請人事業所必需，惟該期限內實際上仍可能遇有水源水量忽感不足之現象，畢竟當初僅係根據水文測驗判斷尚有剩餘。又，此尚有剩餘亦僅於該定期內，豈能以該定期通常保持之水量足供給申請人事業所必需時，即更改為水權之登記。甚且，水利法施行細則第 15 條逾越水利法第 21 條之規定，如此亦將使法規命令恣意更動立法者對水權之管制。

二、「臨時使用權」之登記

依水利法施行細則第 16 條之規定：「依本法第二十一條規定為臨時用水之申請時，其申請人資格、申請書格式及申請程序，準用水權登記申請之規定。」

三、「臨時使用權」之停止

¹⁵⁴ 水利法施行細則第 17 條第 1 項之規定：「依本法第二十一條規定取得臨時使用權者，於其臨時使用權期限內，如遇水源不能保持通常水量時，經主管機關通知後，臨時使用權人應即自行停止使用或由利害關係人報請主管機關停止之。」

依水利法施行細則第 17 條第 1 項之規定：「依本法第二十一條規定取得臨時使用權者，於其臨時使用權期限內，如遇水源不能保持通常水量時，經主管機關通知後，臨時使用權人應即自行停止使用或由利害關係人報請主管機關停止之。」

此外，「臨時使用權」是否有水資源之優先權或損害補償規定之適用問題？依據經濟部民國 93 年 1 月 28 日以經授水字第 09320220480 號函令：「水權登記之申請，經主管機關依水利法規定發給「水權狀」後，水權登記申請人即成為「水權人」，已依法取得「水權」，屬於同法第十五條所稱之水權（具有使用或收益之權）；而臨時用水登記之申請，經主管機關依同法第四十四條規定發給「臨時用水執照」後，臨時用水登記申請人即成為「臨時使用權人」，已依法取得「臨時使用權」—僅有臨時使用之權而無任何收益之權，不適用同法第十五條所稱之水權。持有「水權狀」之「水權人」，如遇水源之水量不足（例如發生乾旱）時，其「水權」、「水權人」之間取用水資源優先權之認定，及因優先用水之結果而須給予損害補償之情事，適用水利法第十九條、第二十條及第二十條之一之規定；持有「臨時用水執照」之「臨時使用權人」，如遇水源水量忽感不足時，其「臨時使用權」係依同法第二十一條後段規定予以停止，當無同法前述關於取用水資源之優先權或用水損害補償規定之適用。水權與臨時使用權兩者之間，其登記之範疇界限、申請取得之法定條件、條文依據及取得用水權利之名稱與性質等均有不同之處，其取用水資源之法律保障程度更有所不同。水權與臨時使用權兩者在合於水利法之規範下，依其狀照記載事項取用水資源時，則均屬合法行為，惟如遇水源水量忽感不足，經依法停止臨時使用權人之臨時用水，該臨時使用權人仍繼續取用水資源，則屬違法行為。」

四、「臨時使用權」之重新申請

依水利法施行細則第 17 條第 2 項之規定：「臨時使用權於核准期限屆滿後，如有繼續使用之必要時，應依本法規定重新申請臨時用水登記。」臨時使用權與水權不同，蓋其在存續期間屆滿前，並無申請展限登記之規定，須重新辦理申請臨時用水之登記，水利主管機關再按水利法第 21 條之規定，根據水文測驗，認供給各水權人之水權標的需要外，尚有剩餘時，准其取得臨時使用權。

陸、地下水管制區

臺灣地區西部因有廣厚之地下含水層，係屬於地下水豐沛之地域，我國長期以來無論是民生、農業及工業等各標的用水在該地域，多以地下水為主要用水水源，但由於民國 70、80 年以後國內經濟蓬勃發展，各標的用水需求量均驟然劇增，在地面水水源無法順利開發供應時，常因超量抽用地下水，導致地層下陷情況，為解決地下水超抽及其所衍生問題，水利法於民國 89 年 11 月 15 日增修公布第 47 條之 1 之規定，加強地下水之管理，保育地下水環境，俾能防治地層下陷災害。

依水利法第 47 條之 1 規定：「中央主管機關為防止某一地區地下水之超抽所引起之海水入侵或地盤沈陷，得劃定地下水管制區，限制或禁止地下水之開發；其管制辦法，由中央主管機關定之。前項地下水管制區內已取得之水權，主管機關得予限制、變更或撤銷。」因此經濟部據以訂定「地下水管制辦法」，該辦法也為因應環境變化之需求，相繼於民國 91 年 6 月 12 日、民國 93 年 6 月 9 日及民國 95 年 2 月 6 日進行修正，另地下水管制區則依該辦法第 2 條規定，考量地層下陷程度、地下水水位變化、地質條件及其他相關因素納入最新資料重新核算後，於民國 98 年 1 月 10 日以經濟部經授水字第 09820220100 號函令修正公告地下水管制區。

依據「地下水管制辦法」，如地下水鑿井於地下水管制區內有其中第 5 條規定之情形時，應申請水權登記許可，茲說明如下：

一、地下水管制區內鑿井

(一) 須辦理水權登記

在地下水管制區內鑿井，無論是否為水利法第 42 條之免為水權登記之用水，均須辦理水權登記。蓋水利法第 47 條之 1 為第 42 條之特別規定，如符合地下水管制辦法第 5 條¹⁵⁵之要件者，仍需水權登記。該辦法尚無抵觸水利法之處（經濟部 80.4.29 水字第 022790 號函）。

¹⁵⁵ 地下水管制辦法第 5 條：「管制區內鑿井引水，應符合下列各款規定之一者：一、自來水系統尚未到達或尚未供水地區之家用及公共給水。二、因戰爭、天然災害、重大變故、時日久遠自然耗損，致已取得水權之水井不堪使用或因政府依法撥用、徵收土地，致無法使用已取得水權之水井，原地下水水權人仍有續行用水之必要。三、經主管機關同意，進行地下水人

（二）抽汲地下水之建造物，應申請核准

依水利法第 46 條第 1 項規定，抽汲地下水之建造物，應經主管機關之核准。此主管機關，依水利法施行細則第 41 條規定，應指水利建造物基地所在直轄市或縣（市）主管機關；而水利建造物基地有下列情形者，主管機關應為中央主管機關。（1）基地涉及二以上直轄市、縣（市）。（2）基地涉及中央管之河川區域、排水設施範圍、海堤區域或水庫蓄水範圍內。（3）屬重大公共建設之水利建造物。否則，依水利法第 46 條第 3 項規定，主管機關得令其更改或猜拆除。

二、非地下水管制區內鑿井

（一）須辦理水權登記

如為水利法第 42 條之免為水權登記之用水，則無須為水權登記。如非屬水利法第 42 條免為水權登記之用水，則應依水利法第 29 條第 4 項規定，地下水之開發，應先行檢具工程計劃及詳細說明，申請水權；俟工程完成供水後，再行依法取得水權。

（二）抽汲地下水之建造物，應申請核准

依水利法第 46 條第 1 項之規定，抽汲地下水之建造物，仍應經主管機關之核准，如同前述。否則，依水利法第 46 條第 3 項規定，主管機關得令其更改或猜拆除。

三、在山坡地鑿井應具水土保持法計畫書

工補注及回用。四、因應中央各目的事業主管機關政策需要，報經中央主管機關同意，對於地下水水權重新調配引水。五、中央農業主管機關公告之養殖漁業專區內，經中央主管機關同意並指定適當地點鑿井引水。六、溫泉法劃定公告之溫泉區內，依其溫泉區管理計畫規劃為公共管線之水源，並經中央主管機關同意。七、國防設施或營區、國際航空站、國際商港、消防機關、醫學中心或區域醫院，供水有中斷之虞，必須設置備用水源。八、主管機關或中央目的事業主管機關為預防戰爭、天然災害或其他重大變故，對公共利益或經濟造成重大影響，有設置備用水源之必要，並經中央主管機關同意。符合前項各款規定之一者，主管機關以其必需水量核給水權，並發給水權狀。前項發給之水權狀，應於其他應行記載事項中載明符合第一項得鑿井引水之要件；屬備用水源者，應同時載明之。」

水土保持法第 12 條第 1 項第 2 款之規定，水土保持義務人於山坡地或森林區內從事鑿井行為，應先擬具水土保持計畫，送請主管機關核定，如屬依法應進行環境影響評估者，並應檢附環境影響評估審查結果一併送核。同條第 2 項並規定，水土保持計畫未經主管機關核定前，各目的事業主管機關不得逕行核發開發或利用之許可。

四、應研議在敏感地質區之鑿井

2010 年 4 月 25 日我國北二高基隆路段坍塌造成數人罹難慘劇，在朝野共識下，同年 5 月 24 日在立法院經濟委員會初審通過地質法草案，該法要求經濟部中央地質調查所¹⁵⁶應將具有特殊地質景觀、地質環境或有發生地質災害之虞的地區，公告為地質敏感區。因地質法法制上，有經公告為地質敏感區後，開發須經許可之探討與研議，本文建議，對地質敏感區應作類型化區分為 3 級，就鑿井之開發許可而言，第 1 級地質敏感區禁止開鑿水井，第 2 級地質敏感區開鑿水井應經主管機關許可，第 3 級地質敏感區開鑿水井應具地質防護計畫書以供備查。

地質法草案因涉及各方利益及與相關法規有發生競合之問題，故曾於 2004 年 1 月 6 日完成立法三讀程序，隨即遭立委以與相關法規有競合問題為由，提出復議，該草案當年胎死腹中。此次初審通過地質法草案中，可惜的是，並未將經公告為地質敏感區後，開發需經許可之條文列入，且是否能順利完成立法程序，仍有待觀察。

五、用水人及鑿井業者違法之處罰

用水人應申請水權登記之許可，未申請許可擅行或妨礙取水、用水者，依水利法第 93 條規定，違反本法而擅行或妨礙取水、用水或排水者，處四千元以上二萬元以下罰鍰；因而損害他人權益者，處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科四千元以上二萬元以下罰金。而鑿井業者有參與用水人違反本條文之規定者，依行政罰法第 14 條第 1 項之規定，故意共同實施違反行政法上義務之行為者，依其行為情節之輕重，應與用水人分別依水利法第 93 條規定處罰之；如因而有損害他人

¹⁵⁶ 目前經濟部中央地質調查所網站 <http://www.moeacgs.gov.tw/main.jsp>，有提供臺灣地質資料整合查詢及活動斷層的研究與調查成果，以供民眾查詢。

權益之情事者，鑿井業者應依水利法第 93 條規定及刑法第 30 條幫助犯之規定，處罰之。

另，鑿井業者應依水利法第 60 條之規定，取得鑿井業者資格¹⁵⁷，未具鑿井業者資格，從事地下水鑿井業務者，依據水利法第 93 條之 1 規定：「未依第六十條規定申請設立許可從事地下水鑿井業務者，處新臺幣五萬元以上二十五萬元以下之罰鍰。」然而，「地下水鑿井業管理規則」（2009.3.4）（以下簡稱該管理規則）係依據水利法第 60 條第 2 項之規定予以訂定。是水利法概括授權經濟部訂定該管理規則。此項授權條款並未就授權之內容與範圍為明確之規定，惟依法律整體解釋，應可推知立法者有意授權主管機關，就鑿井業登記之要件、鑿井業及其從業人員之行為準則、主管機關之考核管理等事項，依其行政專業之考量，訂定法規命令，以資規範，符合法律保留原則。惟該管理規則第 14 條規定，地方主管機關對於地下水鑿井業有規定特定情事之一時，應予警告處分。此警告處分已涉及對人民權利之限制，揆諸上開釋字釋字第 394 號解釋意旨，此概括授權不符法律保留原則。蓋依水利法第 60 條之 4 第 2 款之規定，地下水鑿井業不符該管理規則之規定，一年內受警告處分三次以上者，應予六個月以上二年以下之停止營業處分。受警告處分三次以上者，既發生停止營業處分之法律效果，受警告處分當亦屬行政處罰種類之一，均應以法律或法律具體明確授權之規定為依據，方符憲法保障人民權利之意旨。職是，該管理規則未經水利法具體明確授權，而逕行訂定對業者裁罰性行政處分之構成要件及法律效果，與憲法保障人民權利之意旨不符，本文建議應予以廢止該管理規則。此警告處分之行政罰法之所有構成要件，立法條文均應自行規定，否則違反「法律保留原則」，恐有憲之嫌（釋字第 394 號、491 號解釋可茲參照）。

¹⁵⁷ 政府機關與水利會自設鑿井機構，則無須領有營利事業登記證。

第八項 水權人之權利與義務

壹、水權人之權利

依水利法第 15 條規定：「本法所稱水權，謂依法對於地面水或地下水，取得使用或收益之權。」此之謂水權者，僅指取得水資源之用益權，並非謂水資源之所有權。

貳、水權人之義務

水權人依水利法之規定，法定義務如下：

一、有「改善取水、用水方法或設備」之義務

依水利法第 22 條規定：「主管機關根據科學技術，認為該管區域內某水源之水量可以節約使用，得令已取得水權之原水權人，改善其取水、用水方法或設備，因此所有剩餘之水量，並得另行分配使用，但取得剩餘水量之水權人，應負擔原水權人改善之費用¹⁵⁸。」

二、有「裝置量水設備，並填具用水紀錄表報查」之義務

依水利法第 39 條規定，「水權人應在取水地點裝置量水設備，並將全年之逐月用水情形、實用水量，填具用水紀錄表報查。」

參、義務不履行之執行

依水利法第 95 條之規定，違反本法或主管機關依本法所發命令規定作為或不作為之義務者，主管機關得強制其履行義務，或停止其依法應享權利之一部或全部，並得處六千元以上三萬元以下罰鍰。本條文中所謂之「主管機關依本法所發

¹⁵⁸ 原水權人因此節水所剩餘之水量，依本條文主觀機關將另行分配使用給他人，而喪失節水所剩餘之水量之水權。並參見其施行細則第 18 條規定，主管機關依本法第二十二條規定令原水權人改善其取用水方法或設備者，得限期令水權人為水權變更登記，水權人居期未申請變更登記者，主管機關得逕行核定公告，並註銷原水權狀及換發水權狀。同施行細則第 20 條規定，變更，指本法第三十八條第三款水權人不改變主體情形下，其姓名、名稱或其代表人之更改，與本法第三十八條第四款至第十四款及第十六款原記載內容之更改。綜上，原水權人改善其取用水方法或設備之費用，雖由新水權人負擔，但卻會失去因其改善所剩餘水權，此實施上缺乏經濟誘因，且水權人因此將喪失水權，故原水權人多不配合。

命令」者，依釋字第 522 號認為，「對證券負責人及業務人員違反其業務上禁止、停止或限制命令之行為科處刑罰，涉及人民權利之限制，其刑罰之構成要件，應由法律定之；若法律就其構成要件，授權以命令為補充規定者，其授權之目的、內容及範圍應具體明確，而自授權之法律規定中得預見其行為之可罰，方符刑罰明確性原則。中華民國七十七年一月二十九日修正公布之證券交易法第一百七十七條第三款規定：違反主管機關其他依本法所為禁止、停止或限制命令者，處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科十萬元以下罰金。衡諸前開說明，其所為授權有科罰行為內容不能預見，須從行政機關所訂定之行政命令中，始能確知之情形，與上述憲法保障人民權利之意旨不符，自本解釋公布日起，應停止適用。證券交易法上開規定於八十九年七月十九日經修正刪除後，有關違反主管機關依同法所為禁止、停止或限制之命令，致影響證券市場秩序之維持者，何者具有可罰性，允宜檢討為適當之規範，併此指明。」

職是，水利法第 95 條所為授權有科罰行為內容不能預見，須從行政機關所訂定之行政命令中，始能確知之情形，與釋字第 522 號之意旨不符，本文建議修法時應予以廢止。

蓋行政罰法之所有構成要件，立法條文均應自行規定（釋字第 491 號）。對此有論者¹⁵⁹認為，現行法律中以「違反本法所發布命令」作為科處裁罰之要件之空白授權者，所在多有，如海關緝私條例第 37 條 1 項 4 款以「其他違法行為」為成立裁罰之要件，釋字第 521 號解釋亦以限縮解釋方式，代替宣告違憲。

此外，本條文係指違反「作為或不作為」之義務者，處六千元以上三萬元以下罰鍰，性質上應認為係「執行罰」中之怠金¹⁶⁰，惟此相當於行政執行法之行為義務不履行之規定，故此行為義務不履行時，本文認為，因其行為係能由他人代為履行，故應適用行政執行法第 29 條第 1 項之規定「代履行¹⁶¹」之規定，而非本條文。而本條文中主管機關得強制其履行義務，亦仍應有行政執行法第 32 條規定之因情況急迫，如不及時執行，顯難達成執行目的時之情形時，主管機關始得強

¹⁵⁹ 吳庚，前揭註 70，頁 462。

¹⁶⁰ 行政執行法第 30 條第 1 項之規定，依法令或本於法令之行政處分，負有行為義務而不為，其行為不能由他人代為履行者，依其情節輕重處新臺幣五千元以上三十萬元以下怠金。

¹⁶¹ 行政執行法第 29 條第 1 項之規定，依法令或本於法令之行政處分，負有行為義務而不為，其行為能由他人代為履行者，執行機關得委託第三人或指定人員代履行之。前項代履行之費用，由執行機關估計其數額，命義務人繳納；其繳納數額與實支不一致時，退還其餘額或追繳其差額。

制其履行義務，以符合間接執行先行，直接執行居補充地位之比例原則。本文認為主管機關得依本條文規定，對上開二種行為義務不履行者，為廢止其水權之行政處分。

肆、對無水權者擅行取用水之裁罰

依水利法第 93 條之規定：「違反本法或主管機關依法所發有關水利管理命令，而擅行或妨礙取水、用水或排水者，處四千元以上二萬元以下罰鍰¹⁶²；因而損害他人權益者，處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科四千元以上二萬元以下罰金。前項擅行或妨礙取水、用水或排水所使用之機件、工具，主管機關得先行扣留之。」對無水權者之秩序罰，為處四千元以上二萬元以下罰鍰。本文認為，此機件、工具之扣留，非行政執行法第 28 條第 2 項第 1 款之直接強制方法之扣留，亦非行政執行法第 38 條第 1 項之軍器、凶器及其他危險物，為預防危害之必要，即時強制之扣留，應為係行政罰法第 36 條之「得沒入或可為證據之物」之扣留，就此「經濟部辦理違反水利法案件裁罰要點」（2004.10.25）中第 10 點第 6 款並規定，扣留之設施或機具(扣留應掣發收據)，敘明其有無異議；如有異議應記明請其另具書面憑送上級機關決定。

另，關於水利法第 93 條第 1 項規定，與刑法第 320 條竊盜罪之適用上之問題，首需討論者乃以水利法之刑事責任追究行為人者，除符合該條規定之「損害他人權益者」，否則對於單純未取得水權而擅行取水卻未明顯造成他人損害者，尚難認為有本條之適用。準此，對於無水權者擅行取用水，又未「損害他人權益者」，是否構成刑法第 320 條竊盜罪，實務上發生依竊盜罪嫌移送檢察官偵辦之事件，但檢察官認為行為人引取之水資源並非而刑法第 320 條保護之動產，而予以不起訴處分。有論者對於是否構成竊盜罪提出見解以為，鑒於水資源本係歸屬於全民所有，由國家居於「善良管理人」的角色，將蓄集水資源之湖泊、河川、地下水資源(有如地下水庫)等均劃歸為公法上的自然公物，並使國家以「管理占

¹⁶² 經濟部水利署違反水利法案件裁罰金額裁罰基準表第 16 款規定：「一、屬個人取用水無營利行為者，第一次處罰，罰一萬二千元，第二次處罰，罰二萬元，第三次處罰，罰四萬元，第四次以上處罰，罰六萬元；屬個人取用水有營利行為者，第一次處罰，罰二萬元，第二次處罰，罰四萬元，第三次以上處罰，罰六萬元。二、致他人受損害者，依前目金額加罰二分之一。三、致人輕傷者，依前二目金額加罰二分之一；致重傷者，依前二目金額加罰一倍。四、致人死亡或致生災害者，罰六萬元。五、罰鍰金額不得高於六萬元。」

有」而對之擁有使用、收益、處分的權能，就該「自然公物」而言，並非附著於土地極不可移動，亦非屬於陽光或空氣一般，其個人可支配之標的範圍與內容係屬「可能」與「確定」(如此方有竊取的可能性)，從文義上，將國家所管領之水，涵攝為刑法第 320 條規定「動產」概念，似有所據。故解釋上未經許可而擅行取水者，似應受刑法第 320 條之規範而須移送司法偵辦，其有如人民未經許可而於河川區域內取一塊石頭亦須移送司法偵辦。除非因取水量甚微而屬於探討微罪(非免為水權者)是否有免移送司法偵辦的空間。然如果以竊盜罪本質上係財產法益犯罪的本質以觀，「水」不論存於地下或地面，國家僅係管理者的角色，似非居於「所有者」之地位，故「竊水行為」充其量應視為侵害國家的管理權。故以刑法規定不宜作擴張解釋的觀點來看，似不宜認為「擅行取水」係屬竊盜之行為¹⁶³。

伍、水井之處理

一、對違法建造

依水利法第 46 條第 1 項：開鑿水井，未經主管機關之核准者，依水利法第 46 條第 3 項主管機關得令其更改或拆除。

二、水井自行停止使用或廢棄

依水利法第 60 之 2 規定，水井停止使用或廢棄時，水井所有人應將水井封閉或填塞。

三、未經取得水權之水井

(一) 未經核准開鑿水井者

未經核准開鑿水井者，依水利法第 46 條第 3 項主管機關得令其更改或拆除。近來因臺灣雲嘉南農業及養殖漁業許多長期違法開鑿水井，或屬於地下水管制區有經撤銷水權之必要之水井(水利法第 47 條之 1 第 2 項)，由於過度抽汲地下水，土體結構發生壓密作用，而造成地層下陷速度超乎預期，據估雲彰地區地層下陷這三十多年，因各用水人超抽地下水所累積地層下陷量幾乎一層樓高(約二·五公尺)，現每年更以 8 公分的速度沉陷，範圍廣達 30 公里，雖目前短期內臺灣高

¹⁶³ 李惠宗，前揭註 42，頁 140。

鐵行車安全不會受到影響，但地層下陷狀況不改變，據評估高鐵壽命可能僅剩 10 年，高鐵在雲林縣內沿線經西螺鎮、二崙鄉、虎尾鎮、土庫鎮、元長鄉與北港鎮等六個鄉鎮，最有影響者為臺灣高速鐵路跨越台 78 線雲林段橋梁差異沉陷持續惡化，臺灣高鐵並啟動墩柱補強措施。行政院於 2011 年 7 月 25 日更啟動「封井救高鐵」之措施，由於目前農業用灌溉井均屬淺層井，並不是造成高鐵沿線地層下陷主要原因，而造成地層下陷原因，包括高鐵站及 78 號高速路高架路段之集中載重問題，以及民生用水及工業用深水井等原因所致，因此將在十年內，封閉雲彰地區井深在一百公尺以上的一千多口深水井，此封井主要關係到的兩大「井主」為雲林農田水利會及臺灣自來水公司。經封停深井之措施，再搭配各種開源節流措施，未來雲彰地區農業用水的抽水量預估每年可減少 5000 多萬噸；地層下陷程度預估可縮小到每年約 6 公分左右。

（二）經核准開鑿水井，嗣未經取得水權者

依水利法第 29 條第 4 項規定，地下水之開發，應先行檢具工程計畫及詳細說明，申請水權；俟工程完成供水後，再行依法取得水權。故若嗣未取得水權者，究係依水利法第 46 條第 1 項更改或拆除，或係依水利法第 60 之 2 規定封閉或填塞。

過去係依據「臺灣省地下水管制辦法」（已廢止）第 5 條規定，由主管機關會同臺灣電力公司執行斷電措施予以停止使用，並依水利法第 60 之 2 之規定將水井封閉或填塞，並依水利法第 93 之規定處以罰鍰。現行之「地下水管制辦法」對此並未規定。

本文以為此應屬水利法第 60 之 2 規定之水井停止使用或廢棄，水井所有人應將水井封閉或填塞，並得依水利法第 93 之規定處以罰鍰，此為條文之當然解釋。

四、經撤銷水權或水權消滅之水井

經撤銷水權（第 47 條之 1 第 2 項）或水權消滅（第 41 條）之水井，應按水利法第 60 之 2 規定之水井停止使用或廢棄，水井所有人應將水井封閉或填塞，否則得依水利法第 93 之規定處以罰鍰。

第九項 水權費之徵收

壹、水權費之定性

水權，僅指取得水資源之用益權，並非謂水資源之所有權。故政府許可水權，非謂即對此負使其取得水之擔保責任。依水利法第 84 條之規定：「政府為發展及維護水利事業，得徵收左列各費一、水權費¹⁶⁴。二、河工費。三、防洪受益費。前項所稱各費，除依法支付管理費用外，一律撥充水利建設專款，由主管機關列入預算，統籌支配。」

此水權費之徵收在法律上的定性，究屬於稅捐、規費抑或特別公課，茲就稅捐、規費抑或特別公課等性質，說明如下：

一、稅捐

論者對稅捐定義為，中央或地方機關為支應國家事務財政需要，及達成其他行政目的，依據法律向人民強制課徵之金錢或其他有金錢價值之實物之給付義務，而不予以直接之報償者。

水權費之徵收，並非以「財政收入」為目的，故非稅捐，對此較無爭議。

二、規費

水權費之徵收，是否為規費之性質或為特別公課，學者對此則有不同意見。謂規費者，我國學者對規費定義為，規費是基於個人之申請，請求政府機關為特定之給付，為償付此種行政給付之對待給付¹⁶⁵。亦有認為規費係，國家對於個別之人民，在行政上為特別之給付時，基於公權力向受領之人收取一定之費用，做為該項給付之報償¹⁶⁶。

有學者認為水權費為規費而非特別公課，理由為特別公課乃為支應特殊目的而徵收，不納入預算為統籌支配，此與水利法第 84 條規定水權費納入預算而為統

¹⁶⁴ 水利法施行細則第 60 條規定：「本法第八十四條第一項所稱水權費，指向水權人徵收之費用；河工費，指向來往船舶按季或按次徵收之費用；防洪受益費，指向防洪受益人分期徵收之費用。前項河工費，不包括渠化水道之過閘費；防洪受益費，包括防洪工程建設費及維護費。本法第八十四條第一項第一款之水權費，由本法第二十八條辦理水權登記之主管機關徵收之。」

¹⁶⁵ 葛克昌，人民有依法律納稅之義務以大法官會議解釋為中心，月旦出版社，1997 年，頁 91。

¹⁶⁶ 陳敏，憲法租稅概念及其課徵限制，政大法學評論第 24 期，頁 37。

籌支配外，主要仍因水權費之徵收具有對價性，故水權費是國家提供給付之對價，應認為是規費¹⁶⁷。

三、特別公課

水權費之定性，有認為應為「特別公課」之性質¹⁶⁸，蓋水權費之徵收並非對待給付之關係，故並非規費。學者亦認為，若將課徵對象所使用之水資源解釋為行政機關所提供之對待給付，不免過於牽強，亦不符合環境保護在法上之價值判斷與決定，水權費之徵收，似難適用於規費額度確定時之費用補償原則與對等報償原則¹⁶⁹。

本文採應定性為特別公課之見，解理由說明如下：

(一) 我國學者對特別公課定義為，特別公課並非為了滿足一般國家財政需要，而對於一般國民所課徵，而是為了特定任務之財政需要，而對於特定群體的國民所課徵的負擔，其經常流入特別基金，而不流入公共預算中。特別公課是國家對於經濟統制、社會形成的工具，而非取向於量能課稅原則¹⁷⁰。亦有論者謂，特別公課之特性，在於其收入具有特殊目的性，係為支應某一特殊之國家任務，而為立預算者所特為保留專款專用；亦同時不對一般納稅大眾課徵，僅由具備相同特徵之某一群人為特別負擔¹⁷¹。

(二) 我司法實務對特別公課定義為，大法官會議在釋字第 426 號解釋理由書謂：「依該法徵收之空氣污染防治費係本於污染者付費之原則，對具有造成空氣污染共同特性之污染源，徵收一定之費用，俾經由此種付費制度，達成行為制約之功能，減少空氣中污染之程度；並以徵收所得之金錢，在環保主管機關之下成立空氣污染防治基金，專供改善空氣品質、維護國民健康之用途。此項防制費既係國家為一定政策目標之需要，對於有特定關係之國民所課徵之公法上負擔，並限定其課徵所得之用途，在學理上稱為特別公課，乃現代工業先進國家常用之工

¹⁶⁷ 蔡茂寅，前揭註 85，頁 33。

¹⁶⁸ 採此相同見解者，江麗碧，前揭註 11，頁 184。氏認為水權費如特別公課之特徵，其給付與國家間之關係，係非屬對待給付關係。

¹⁶⁹ 陳慈陽，以水資源法規競合問題及水權費之性質研究對象研究計畫總報告，經濟部水資源局委託研究計畫，2001 年，頁 96。

¹⁷⁰ 陳清秀，稅法總論，植根法學叢書，2004 年 9 月，頁 78。

¹⁷¹ 葛克昌，稅法基本問題，月旦出版社，1997 年，頁 102。

具。特別公課與稅捐不同，稅捐係以支應國家普通或特別施政支出為目的，以一般國民為對象，課稅構成要件須由法律明確規定，凡合乎要件者，一律由稅捐稽徵機關徵收，並以之歸入公庫，其支出則按通常預算程序辦理；特別公課之性質雖與稅捐有異，惟特別公課既係對義務人課予繳納金錢之負擔，故其徵收目的、對象、用途應由法律予以規定，其由法律授權命令訂定者，如授權符合具體明確之標準，亦為憲法之所許。」

（三）本文見解

水權費之定性為「特別公課」之性質，蓋水權費係以水權人利用水資源之責任及衡平水資源使用者之利益為特別目的¹⁷²，以水權人為對象，以預防原則及肇因者原則，希望透過預測性措施避免可能的環境負擔¹⁷³（並非對價關係），所課徵之公法上負擔，並限定其課徵所得之用途，為專款專用之特別公課。

貳、水權費徵收之理論基礎

一、「預防原則」

傳統警察法對環境問題處理著重在消極危害防止，現今已無法滿足環境保護之法治發展所欲積極建立之「對自然資源加以有計畫經營」法律目標，亦即對自然資源國家應積極介入經營及分配，此種須更先預先防止對環境之破壞，稱之為「預防原則」¹⁷⁴。

二、「肇因負責原則」

「肇因負責原則」係環境法中責任原則，此原則必須致力於環境負擔的避免及減少，及清除之義務之實質責任相結合，因此其內涵同時涉及實質責任與成本負擔之歸屬原則¹⁷⁵。

職是，學者¹⁷⁶認為，課徵水權費對水資源使用者，增加經濟負擔而促使引水資源之節制，避免濫用而耗竭，符合預防原則；對於造成負擔之避免、減少及清

¹⁷² 辜仲明，前揭註 133，頁 105。

¹⁷³ 陳慈陽，前揭註 169，頁 45。

¹⁷⁴ 辜仲明，前揭註 133，頁 6。

¹⁷⁵ 陳慈陽，具經濟誘因之環保法規整合設計計劃—空氣污染防治法中相關問題之政策與法制之檢討，行政院環保署 88 年專案計畫，1999 年，頁 113。

¹⁷⁶ 辜仲明，前揭註 133，頁 201。

除課予義務，符合肇因負責原則。因此，課徵水權費即是環境法預防原則及肇因負責原則之具體化。由於近年來水資源的匱乏，已逐漸影響到社會經濟的永續發展，並對人類的生活水準產生立即的直接衝擊，故就水權費徵收之執行，已蔚為另一重要焦點課題。

參、水權費徵收屬政策決定問題

一、從法律規範概念分析

從法律規範概念分析之面向而言，國家在環境事物領域中，選擇何種財政工具作為其手段，原則上享有廣泛的形成自由，水權公課課徵作為財政工具之運用，基於「預防原則」及「肇因者原則」，法規範上有其正當性及合理性，蓋環境法及環境政策上運用公課作為財政工具，作為水資源計畫經營、管制的手段，除促使上揭原則落實並具體化外，並可使水資源耗用之社會成本內部化。

二、從政策決定面向分析

由於，水資源稀少性，在管理上採用上述環境公課之管理模式，課予使用者「責任」，在「永續發展」的要求下，促使落實水資源的合理使用，能達成自然資源永續發展之政策目的。

肆、水權費費基設計之問題

按我國水利法對於水權費費基之規定僅於第 85 條謂「水權費之徵收，農業工業用水以每分鐘一立方公尺之供水量為起點，水力用水以每秒鐘一立方公尺之供水量為起點」。然而，水利法施行細則第 62 條、第 63 條將水利法第 85 條所稱之供水量，規定為「水權狀記載之引用水量」，然若依水權狀記載之引用水量而繳納，可能發生「用多報少」或「用少報多」等的現象¹⁷⁷。

因此有認為，水權費理論上之最適費基，應為實際引用水量¹⁷⁸，惟以水權狀記載之引用水量作為水權費之費基，亦有其實質之重要意義，蓋若以實際引用水量為費基，恐有執行上的實際困難；再者，雖然水權人之實際引用水量與其水權

¹⁷⁷ 黃俊杰、辜仲明，水權費開徵行政作業之研究(2/2)，2005年12月，頁21。

¹⁷⁸ 黃宗煌、傅祖壇，水權費率之訂定及其經濟問題之研究(I)，經濟部水利司委託專題研究計畫，經濟部編印，民國85年6月，頁52-53。

狀記載之引用水量可能有所差異，但至少可貫徹「肇因者付費原則」¹⁷⁹；且，以登記引用水量為費基，亦有促使水權人確切依實際用水量登記其引用水量之效果。

然而，水權費之費率事項主要涉及，具體行政任務達成之專業性及技術性事項，而行政機關通常比立法機關更能熟悉並具體掌握情況與形勢，在此，立法上可授權中央主管機關組織「水權費費率審議委員會」，建立定期審查機制，由其衡酌各種情況後，對於水權費費率之決定與調整提出相關建議，以供決策者參考¹⁸⁰。

伍、應設立特種基金

水權費開徵屬特別公課，其收入如同前述，通常以設立特種基金或設置專戶之方式，依照課徵目的加以運用，而不流入普通基金中供一般用途之使用。有論者認為仍以成立特種基金的方式較為妥當，其主要原因在於成立特種基金者，行政機關必須依照預算法第 18 條、第 19 條、第 45 條及第 51 條等規定，編列單位預算或附屬單位預算向立法機關提出，經立法機關審議通過後執行之，不致於產生行政機關將其用於名不符實之處¹⁸¹。此編列單位預算之提議，在現行法律實務上即有是例，可參照同屬於特別公課性質之空氣污染防制費之徵收，在釋字第 426 號解釋謂，「空氣污染防制費收費辦法係主管機關根據空氣污染防制法第十條授權訂定，依此徵收之空氣污染防制費，性質上屬於特別公課，與稅捐有別。...又已開徵部分之費率類別，既由主管機關依預算法之規定，設置單位預算「空氣污染防制基金」加以列明，編入中央政府年度總預算，經立法院審議通過後實施，與憲法尚無違背。」此依其特別公課之專款專用性質，在預算法上應屬「有特定收入來源而供特殊用途者之特別收入基金」，其管理運用，為達水利法第 84 條及其施行細則第 61 條專款專用及有效循環之目的，應由徵收之機關依據預算法第

¹⁷⁹ 黃宗煌、張靜貞，水權費率之訂定及其經濟問題之研究(II)，經濟部水利司委託專題研究計畫，經濟部編印，民國 86 年 9 月，頁 138。

¹⁸⁰ 黃俊杰、辜仲明，前揭註 177，頁 21。

¹⁸¹ 江麗碧，前揭註 11，頁 51。

21 條之規定¹⁸²，研訂收支保管及運用辦法，以作為收支管理及運用程序之遵行依據，此則屬於財政管理作用之一環¹⁸³。

開徵水權費係涉對人民課予義務，其徵收關係人民之權益至極，為期該作業程序能有周詳之規劃，建立合理、可行且有效率的行政作業制度，應事前對於水權費率與開徵所得之收支管理充分研討，俾能有完善之水權費徵收之運作機制。

第十項 水權爭議之處理

水利法第 97 條之規定，對於水權處理有爭議時，除「評議」外，可否依訴願法相關規定，提起救濟？應討論者乃本條究係「訴願之先行程序」抑或係相當於訴願之程序之問題，抑或係如教師法之規定允許當事人自由選擇要提起訴願，或要申訴？

首應討論者為對於水權處理有爭議，係公法事件抑或係私法事件？按最高法院 63 上字第 67 號判決認為，本條非規定評議後始得起訴，本件評議前逕向法院起訴，尚無不合。此最高法院判決，是否已認為此類事件非適用於行政訴訟程序，抑或當時行政訴訟法除撤銷訴訟外，並無確認訴訟、給付訴訟，故無法適用行政訴訟程序？

本文以為，對於水權處理有爭議者，如前所述之公法私法兩面關係說，應區分為當行政主體將對水資源使用收益權利分配給特定的人民時所生爭議為公法關係；當水權人行使此已經取得之水權時與其他人所生爭議為，為私法關係。職是，如涉及公法關係時，遇確認訴訟、給付訴訟之案件，應得逕提起行政訴訟。如係撤銷訴訟時，本條是否應認係「訴願之先行程序」之立法例？謂「訴願之先行程序」者，係在立法政策上，針對行政所為中具專業性、科技性或大量集體作成之處分不服，要求人民在原處分上級機關提起訴願之前，先向原處分機關尋求補救與改進之行政救濟制度。若不服原行政處分機關之決定，方得依訴願法提起訴願¹⁸⁴。訴願之先行程序，例如稅捐稽徵法第 35 條第 1 項之複查。

¹⁸² 預算法第 21 條規定：「政府設立之特種基金，除其預算編製程序依本法規定辦理外，其收支保管辦法，由行政院定之，並送立法院。」

¹⁸³ 經濟部，水交易制度規劃之研究，2007 年 12 月，頁 31。

¹⁸⁴ 李震山，行政法導論，三民書局修訂六版，2006 年 5 月，頁 489。

惟此本文以為，本條似如之教師法¹⁸⁵之規定，允許當事人自由選擇要先提起評議，或不願評議或不服評議之決定，按其性質依法提起訴訟或依訴願法或行政訴訟法或其他保障法律等有關規定，請求救濟。果爾，為保障訟訴權，水利法修正時，應仿效教師法之規定，明定其救濟程序。

又依水利法第 97 條所組成之評議委員會，其委員之組成、人數、評議程序與評議決定方式，易生爭議，應仿訴願法加以明定，期更符法治國之原則，使此訴願前之爭議程序之法定程序，臻更為完備。

然而，如涉及私法關係時，本條文之評議性質，應認為如行政機關就耕地三七五減租條例第 19 條所為耕地准否收回自耕之核定與調處，出租人承租人如有不服行政機關核定與調處，應循行政訟爭程序請求救濟（釋字第 128 號解釋）。惟私法關係當事人間仍得向普通法院提起訴訟。就此，上開最高法院判決始認為，本條非規定評議後始得起訴（指私法關係當事人間），本件評議前逕向法院起訴，尚無不合。

第三節 小結

目前未徵收水權費，在水利法先佔先贏制度下，水資源使用是以在事業必需水量範圍內，申請許可，為無限免費無償配給，既是無償配給，就申請水權者而言，其需要量當然就多多益善，而農業用水又有優先使用權，農業用水之水權人為維持法所規定的在事業必需水量範圍內，擁有水權，祇能「充分」使用（甚而部分已是浪費使用）其所擁有之剩餘水權之水量，一直使用至邊際產值至零為止，如此無疑造成水資源更無謂之浪費。另，當未取得水權之工業用水人，即使願意支付代價，亦無法自合法之公開市場取得，也只好與其做地下交易，對此水量移用補償金卻常因雙方價格無法獲取共識，引發爭端。水權制度若此，水資源無法充分彈性調配，水無法盡其用，自陷泥沼中，將影響產業發展，國家經濟競爭力。

¹⁸⁵ 教師法（2010.11.24）第 29 條第 1 項規定：「教師對主管教育行政機關或學校有關其個人之措施，認為違法或不當，致損其權益者，得向各級教師申訴評議委員會提出申訴。」第 33 條規定：「教師不願申訴或不服申訴，再申訴決定者，得按其性質依法提起訴訟或依訴願法或行政訴訟法或其他保障法律等有關規定，請求救濟。」



第五章 水權交易制度面的設計

第一節 水權交易之概念

探討水權交易概念前，首應討論者為，水資源的所有權、水權與水之所有權在概念上之辨異，以茲可明顯辨別區分，我國如欲開放水權交易者，究屬水資源的所有權之交易、水權交易或是水之所有權之交易。

第一項 水權與其他概念之區別

壹、水資源

憲法第 143 條之規定，「中華民國領土內之土地屬於國民全體。人民依法取得之土地所有權，應受法律之保障與限制。……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。」水利法第 2 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，水資源的所有權屬於國家所有，由政府來配水資源。

貳、水權

水利法第 15 條規定，「本法所稱水權，謂依法對於地面水或地下水，取得使用或收益之權。」按水利法第 2 條、第 15 條之規定，水資源之所有權既屬國家所有，私人自然無法再取得其所有權，因此水權之內容僅能限定為對水資源「使用」、「收益」之權利。由此可知「水權」為水資源使用權，與「水資源所有權」概念不同。

職是，本文所探討之水權交易，是「水資源使用權」之交易，非「水資源所有權」之交易。

參、水之所有權

水權之運作係自取水口之取水行為，使水資源進入到水權人的輸水系統乃至儲水設施，水權就功成身退，並繼續固守在取水口，以發揮水權之效力，至於輸水系統及其後階段的輸水、用水，則屬水的所有權制度¹⁸⁶。

相同的，本文所探討之水權交易，是「水資源使用權」之交易，非「水之所有權」之交易。就水之所有權本身之交易，為私有財產權之問題，應依一般財產法之規定來解決，非本文水權交易討論之對象。

第二項 水權交易與水量交易

首應說明者為，一般論述水權交易者內含包括水權交易與水量交易，而兩者在概念上應可區分，說明如後：

壹、水權交易

水權交易係指將其取得政府核給之水資源使用收益之權利（指水權本身之權利）後，將權利轉移給其他之人，需求者獲得水權人取用水資源之使用收益的權利，但並不一定保證獲得供水量¹⁸⁷。

貳、水量交易

水量交易係指將特定年度所獲得之用水配額之全部或部分賣給他人，供給者僅暫時性將獲得水量移轉給其他人使用，未來取用水之權利並未受影響，需求者保證可取得水量¹⁸⁸。此係指因水權之引用水量之交易，非「水之所有權」之交易。就水之所有權本身之交易，為私有財產權之問題，前已敘明。

一般論及水權交易制度，非單指水權之移轉，尚包括了水量之移轉，前者為水權之永久移轉，涉及到水權之變更登記，後者則屬於水權之暫時性或短期移轉，則未涉及水權之變更登記。在水權交易制度運作模式下，水資源得以藉著市場機制下交易的方式，移轉到更需要用水人之手中，使得水資源能夠更有效率的使用。

¹⁸⁶ 江麗碧，前揭註 11，頁 129。

¹⁸⁷ 經濟部，前揭註 183，頁 29。

¹⁸⁸ 經濟部，前揭註 183，頁 45。

參、「交易」之法律概念

交易之概念，現行法律或命令均無有對此定義作立法解釋或行政解釋，就現行之公平交易法或證券交易法而言，對交易亦無法律上之定義。而依公平交易法第 3 條規定：「本法所稱交易相對人，係指與事業進行或成立交易之供給者或需求者。」此也僅係對於交易相對人做立法解而已。

我國學者對於交易之意涵，有所論述說明如下：

一、廣義「交易」之法律概念

從一般社會觀念可知，交易之意涵，指凡是兩方或多方當事人間所為價值之交換(A transaction is a trade of values between two or more parties.)，均屬交易之概念意涵範圍內。因此水利法相關規定包括設定、移轉、換水契約、水量移用、移用補償等，解釋上均可包括在內¹⁸⁹。依此當事人間所為價值交換，均括之。在此定義下，我國水利法中之規定已肯認交易，在以「補償」之價值交換型式，完成了水量之移用。

二、狹義「交易」之法律概念

有學者認為，目前欲主張水權交易制度，並非是針對公物特許使用權之交易，而係經由引取行為取用水資源後，實際支配的水量(水體)，能否移作其他用水標的而為使用並收取對價，概念上應僅屬於「水量交易」之問題¹⁹⁰。

肆、本文所採之定義

論國內多數討論我國是否開放水權交易，係指經由引取行為取用水後，實際支配的水量(水體)，移作其他用水標的而為使用，並收取對價者而言，屬於「水量」交易之問題，不包含「水權」交易。再就「水量」交易之問題上，上揭狹義交易之定義，指市場上換取對價關係者而言，而非指現行法之補償關係，亦非現行法的水量移用所限定於雙方當事人均為水權人，依照廣義交易之定義，現行法已存在水權交易。較具討論實益者，應屬於狹義之交易定義概念，此為本文所論述水權交易之問題。

¹⁸⁹ 陳春生，前揭註 83，頁 443。

¹⁹⁰ 李惠宗，前揭註 42，頁 145。

第二節 現行法制下並無水權交易之概念

第一項 現行法制不存在水權交易

水權交易在狹義定義之下，指市場上換取對價關係者而言，而非指現行法之補償關係，亦非現行法的水量移用或換水契約等，所限定於雙方當事人均為水權人，從我國現行法制觀察並無水權交易之概念，理由說明如后。

壹、權利內涵，即非能自始確定

水權可取用多少數量，學者認為¹⁹¹，在法秩序下取決於主管機關之核給，自然秩序下取決於大自然的狀態，因此該權利之內涵，即非能自始確定。現行水利法雖未明文禁止水權透過買賣而移轉，但是一個內容和範圍不確定的權利能否作為交易對象，非無疑問。

貳、水權定義建立在「事業所必需」之基礎上

學者認為，目前對水權之定義是建立在水資源的「使用收益」及「事業所必需」的基礎上，並對用水人所取得的水權有其特定的使用用途、用水量、使用期間與使用地點等等設有規定，從現行水利法第 17 條、第 18 條與第 20 條以觀，核給水量以水權人「事業所必需者為限」，且於缺水時農業用水標的具優先用水之地位，如許移轉用水標的改變成工業用水，與原先大不相同，工業用水是否能取水，亦發生疑義¹⁹²。職是，農業用水之水權人倘將「餘水」可轉移至其他用水標的使用，即有違反水利法第 17 條規定之問題¹⁹³。此影響者乃為如有多餘水量可交易移轉他人，水權期間屆至，而於法定期間原水權人申請展限登記時，水利主管機關將可能以該水權人「事業所必需者為限」核減原水權之水量。

¹⁹¹ 李惠宗，前揭註 42，頁 145。

¹⁹² 經濟部，前揭註 183，頁 65。

¹⁹³ 李惠宗，前揭註 42，頁 145。

參、換水契約限於水權人間

依水利法第 19 條之 1 規定：「水權人交換使用全部或一部分引水量者，應由雙方訂定換水契約，於報經主管機關核准後生效。但交換使用時間超過三年者，應由雙方依法辦理變更登記。」此僅指水權人間，若某人無水權，則顯然不能藉由既有水權人以協議或購買方式取得水權。且原水權人對水權或水量進行任何變動，亦需經主管機關核准後生效，顯示現行水利法對水權管理以主管機關介入管制為主，非為自由市場機制。

肆、水量移用限於水權人間

水利法第 20 條之 1 規定：「水源之水量不足，依第十八條第一項第二款至第六款用水標的順序在先，取得水權登記在後而優先用水者，如因優先用水之結果，致登記在先之水權人受有重大損害時，由登記在後之水權人給予適當補償，其補償金額由雙方協議定之；協議不成，由主管機關按損害情形核定補償，責由優先用水人負擔之。」此處水權之移用，並非指水權之轉讓，而係指當水資源供應量不足或乾旱期間，由各標的用水水權人間協調，將用水標的之水量移撥給其他用途水標的先為使用，但並不變更各標的用水人之原來之水權內容，且受移撥之用水，應給予若干補償。

一般論述現行農田水利會就目前的水量移轉給他人多謂以，農田水利會就水量移轉之移用補償機制而言，由於水量移出者害怕喪失水權，因此水量移用補償多以各種名目收取（例如收取「餘水使用費」、「渠道借用費」、「建物使用費」等費用），轉移其水量給高科技產業或自來水公司，在水量移用的過程中，經常對補償金額有所爭議，甚至導致協商破裂，使得水資源的調配機制效率無法提高。又農田水利會不願喪失目前的既得利益，希望能在保有水權的情況下，繼續收取水量移用之補償，但這是否符合社會公平原則，亦是爭議甚大之問題¹⁹⁴。

惟本條係指其登記較工業水權人在後，而依法享有取水優先權者而言，農業用水應給予較其登記在先之工業用水之水權人補償，而非指農業用水擁有多餘水權之水量移用給工業用水時，工業用水給予農業用水之補償，上述論述，應非適用於本條移用補償之規定。

¹⁹⁴ 洪德生、謝佩君，前揭註 150，頁 80。

伍、水權移轉登記並非水權交易

就「水權交易」而言，水利法第 15 條規定為水資源之「使用」與「收益」，又水利法施行細則第 20 條規定，水權移轉登記係指，水權與其有關水利事業全部之繼承或讓受而言，水權非以交易之方式移轉¹⁹⁵。例如農業灌溉事業由他人繼承或讓受該灌溉事業者，所為之水權移轉登記，非指水權交易而須去辦理移轉登記之情形。就「水量交易」而言，因受制於現行法制之規定，特定用水標的為目的所申請之水權的水量，其核給係以「事業所必需」為上限，並無多餘水量而可流作他用而為交易，理論上並無存在之空間¹⁹⁶。

第二項 不開放水權交易制度下之改革方法

有論者以為，現行制度造成資源配置的僵化，已是不是爭的事實，實有改革之必要，並提出改革之意見如下¹⁹⁷：

壹、重新釐清定位農田水利會的角色

農田水利會在我國水利制度的運作，事實上對扮演著不可磨滅的重要角色，因此改革的過程中也不能完全排除其功能。有關水資源的最適分配，水權開放交易並不是藥到痛除的關鍵手段，應重新釐清和定位我國農田水利會的角色。

貳、用水標的順序之解除

用水標的順序之解除，以及放寬「事業所必需」之「事業」概念的解釋，是一個突破現行僵化的資源分配，並將現狀納入規範的必要方向；例如實務上建議修法擴大農田水利會之功能，使其除農業用水外，亦可負責提供工業用水等其他用水標，或轉型成多目標的水利事業，使用水效益的產值亦能透過相制度回饋到水資源的保育，方是正本清源之道。

¹⁹⁵ 經濟部，前揭註 183，頁 65。

¹⁹⁶ 李惠宗，前揭註 42，頁 145。

¹⁹⁷ 李惠宗，前揭註 42，頁 143-146。

參、不公平的補貼問題

由於目前自來水公司對公共給水和工業用水混合經營，固然依法公共給水具有優先權利，但一旦將農業用水移用時工業用水亦同時受惠，使有限的水資源廉價用於工業生產，造成不公平的補貼(subsidy)。這也是就是為什麼近年來有關水資源利用的議題，主要聚焦於是否開放「水權交易」，將市場機能引入以達成資源最適分配，以及開徵「水權費」以平衡受益者使用水資源所造成影響公共利益的外部成本。

第三節 我國應開放水權交易之研析

目前水權已有超核發及用水飽和趨勢，未來新加入的水權人很難取得水權，同時農業用水以外的用水部門有取得更多用水的意願，而農業部門實際上也有水量移出的情形，可知水權移轉交易地下化，不如使之法制化，不失為立法政策考量之一。

水利主管機關對於原水權人之多餘水權雖可依水利法第 17 條核給水權以「事業所必需者為限」，及水利法第 24 條對於停用兩年者喪失水權，收回水權惟政府人力有限且管理不易，即令是水利法第 17 條「事業所必需者為限」，多亦在申請展延時核減水權之水量，管理上須經過一定期間放任多餘水權者，水資源運用上缺乏彈性，在水資源缺乏之時代，是否令人可惜水資源無法盡其用之概。不得不思考開放「水權交易」，將市場機能引入以達成資源最適分配，此為立法制度上政策選擇之問題，如欲修法允許水權交易制度，也應在政府適度的管制下進行，尤其是最初水交易的移轉，應在特定水量範圍內，透過政府的審核，考量地面水位的隨機性與地下水的補注性之間的關連，及水質污染與水量的變化等。因此，水權交易制度應進一步與其他制度整合，包括水權費之實際徵收¹⁹⁸，並透過價格機制與管理，使水資源達到最適配置。

¹⁹⁸ 我國自民國 52 年至今，水利法第 84 條雖賦予政府得徵收水權費之法源依據，但政府從未開徵水權費。民國 92 年中央水利主管機關召開「全國水利會議」，該會議除確立水利政策將朝治水、利水、活水與親水四大施政主軸的推動外，亦檢討得出導致我國用水效率低落的之部分癥結，在於長期以來水權人取水均屬無償，無法使用水事業或個人建立珍惜水資源及節約用水之觀念，研議對長期以來無償取水之水權人徵收水權費。

而現行水利法第 19 條之 1 之規定：「水權人交換使用全部或一部分引水量者，應由雙方訂定換水契約，於報經主管機關核准後生效。但交換使用時間超過三年者，應由雙方依法辦理變更登記。」有論者謂，按本條之規定，只有既有之水權人可以交換水權，但若某人無水權，則顯然不能藉由既有水權人以協議或購買方式取得水權。當水資源完全被分配而無剩餘時，新的需用水人，既不能向國家機關申請取得水權，也不能向其他既有水權人購買或協議移轉水權。水資源配給的主要目的在於減少水資源的不確定性，新加入的需用水人，依據水利法目前的規定，是確定無法取得任何水權的。一個與現實脫節的水利法，造成多數守法的人民，不能藉由合法的途徑取得水權，於是便造成了地下水資源管理的無政府狀態，於是違法的地下水井處處可見。因此，建立水權交易制度，其發展趨勢及理論基礎及可行性評估，是政府的當務之急¹⁹⁹。

第一項 開放水權交易之利

水權人或用水人透過價格的協商，進行水資源的自願性移轉，即可形成水權的交易市場。依據歐、美各國的經驗可發現，水權交易可發揮使新增加或潛在的用水人有機會取得所需的水資源，並提升用水效率活絡水資源所產生的經濟效率的功能²⁰⁰。

而今現行法制雖有核可水權期間，但此期間屆滿前，申請展限登記，繼續擁有水權，逾期才按新水權案件處理(水利法施行細則第 36 條)，縱申請展限登記會就其實際使用情形查核是否仍符合事業之所需，引水地點之水文狀況是否有充足的水量，以及有無其他違法取水等事項，以達核發之水權水量合理且適當之目標。雖此可能釋出多餘水權水量，但對於農業用水之水權人仍可能改善水道設施節水，而有剩水之可能，如不允許其進行交易移轉給其他用水需求人使用者，或因改善水道設施節水部分將遭廢止水權，造成只好「充分」使用（甚而部分已是浪費使用）其所可能之剩餘之水量，如此無疑造成水資源更無謂之浪費，制度上在此範圍應建立誘因制度，使其有動機改善水道設施節水。

¹⁹⁹ 鄭國平，前揭註 22，頁 82。

²⁰⁰ 鄭國平，前揭註 22，頁 82。

且在水權核可期間內，仍無法避免現行水利法規定下，在特定期間因無法交易缺乏用水彈性之事實，故本文認為水市場交易較能適時活絡水資源之使用，對水資源最適及產業發展與國家競爭力而言，或可考慮與其國家職權定期審核，不如立法在特定範圍內，交由市場經濟這隻看不見的手來管理分配，使稀少性水資源，獲得更有效率，發揮到最大之可能性。

第二項 開放水權交易之弊

一般認為，開放水市場交易才能讓水資源作最有效的配置使用，願意出最高價購買水權的人，必定會想辦法回收購買水權的成本，極想辦法提高高產能，但也有認為比較法上之水權交易並非萬靈丹，我國應落實定期審查制度，水權展限申請登記時，主管機關應重為審查履勘、核定其事業必需用水量。

論者認為，我國各種條件均不適於導入水權交易制度，茲說明如后。

壹、交易成本過高

從過去早期水資源的取得幾乎不需任何的成成本或許可。但隨著人口增加及工商業發展，水資源之供給相對匱乏，造成用水的紛爭日益增多，故民國 31 年 7 月制定水利法，該法設有徵收水權費之規定，以課徵水權費可將環境法預防原則及肇因負責原則之具體化。蓋運用公課作為財政工具，作為水資源計畫經營、管制的手段，除促使上揭原則落實並具體化外，並可使水資源耗用之社會成本內部化，降低水權倘若允許進行交易之成本，惟從立法至今，因各種經濟、社會因素，政府均未開徵水權費。

水權交易制度首須先要確定水權的內涵，就必須花費不少成本，特別是美國西部各州允許水權交易的情況。這個問題之所以會產生，是因為美國的水權並沒有如臺灣一樣被全面管理。很多人的水權從 100 年前先占取水後，行政機關並不會每年調查確認其確實的用水量。所以，往往是到了要進行水權移轉時，才引發行政機關開始花費時間確認可交易的水權量。要解決這個辦法，有學者就建議應該進行全面的調查並登記；而且，其登記的應該是使用水量而非取水量。但是，

這必須花費更多的行政管理成本進行調查登記，但真正會進行水權交易的機會卻比較少²⁰¹。

貳、補貼問題

水資源往往是政府出資蓋水庫興建儲水設施才得到的，也就是說，原本的水權人，其實都獲得政府很高的補貼。如今若允許水權人將水權賣給出價最高者極獲取差價，那麼就是利用政府對水資源的補貼來獲利。這個說法在臺灣也是同樣情況，臺灣雖然不缺水，但各季節的水量分配不平均，都必須靠政府花很多前興建水庫與整治河川，才讓水權可以有更穩定的水使用。如今若允許水權人進行交易，並獲取利益，則可能造成私人濫用政府的補貼且允許水權交易，除了促使水資源往更有效率的人移轉外，也能夠促使水權人更加節約用水，並開發更多的儲水技術、省水技術。讓水能有夠有剩餘，而能進行交易。但是，允許水權交易雖然會提供水權人利用儲水技術、省水技術存下更多的水的誘因，但是存下多餘的水，並不是無中生有的，可能就是讓水無法回流到河川中，而可能影響到其他水源生態。所以，若政府站在公共利益的角度，未必要允許這種剩餘的水充分利用。但是，允許水權交易確實能夠提供水權人省水存水的誘因，這點對雨量很多卻存水不易的臺灣來說，確實值得思考²⁰²。

參、我國定期審查制度之運用

相較於美國而言，水利署對水權的分記，進行的是一種很全面的管理。平時最多 5 年，每 5 年一到就必須進行展限申請，而展限時必須重新審查事業所需用水，亦即不會讓水權人擁有多餘的水權。因為此種定期檢討的制度，讓水資源之配置不會那麼地僵化；相對來說，美國西部之所以允許水權交易，是因為水權是永久的，若不允許水權交易，則只能等到其他人主張水權人沒有用水已超過一定期間，才會被廢除水權，要不然水權就會一直存在，不利於新的事業進入。既然臺灣的水權的期間不是永久的，就不那麼需要水權交易制度的存在。且水資源的存取有許多是由政府出資蓋水庫興建儲水設施才得到的，允許水權人將水權賣出，就是利用政府對水資源的補貼來獲利。而我國水利法水權許可期限原則上為

²⁰¹ 李惠宗，前揭註 42，頁 144。

²⁰² 李惠宗，前揭註 42，頁 144。

5 年，期限屆至之展限申請，理論上必須重新審查事業所需用水，亦即不會讓水權人擁有多餘的水權，此即有定期檢討的制度，讓水資源之配置過於僵化，此制度較公平合理，亦不致於水權人以水權交易「搭便車」，利用政府對水資源的補貼來獲利之問題²⁰³。

我國申請水權展限登記實務上，依據經濟部水利署之統計，於民國 98 年度全年辦理之地面水水權部分(指辦理水源流經二縣市及二省市以上地面水水權登記與管理業務)，展限申請案件共有 22 件，核准共有 15 件²⁰⁴。對於申請展限案件，水利主管機關審查時仍須判斷是否符合水利法第 15 條規定，用水量應以事業所必須者為限，來核給水量，且該申請案應於原水權期間屆滿前二個月起三十日內申請，否則應按新水權登記辦理(水利法施行細則第 36 條)。此展限登記與新案登記區別實益在於，展限登記雖重新審查事業所必須之用水量來核給，但該水權案仍是被認定為原水權登記之展延，故水源之水量不足時，依水利法第 20 條規定用水標的相同者，以先取得水權登記者有優先權，因此如新案登記則喪失此優先權之利益。

第三項 應導入水權交易之原因

壹、國外法制有對水權定性具私法內涵而允許交易

一、美國水權交易

美國西部各州因水源稀少，採礦等經濟活動又離河岸較遠，因此逐漸發展出優先佔用權原則，並建立在水資源的效益使用 (beneficial use) 上，屬收益權 (usufruct right)，與河岸權具財產權觀念有所差異。河岸權之水權依附於土地，可視為私有財產並進行轉讓，不過須經水管理機構或法院批准。優先佔用權原則之水權係基於收益，優先佔用權原則之水權亦可進行交易，必須由州政府透過法案或計畫明定國家賦予水權交易之內容與範圍²⁰⁵。

二、日本水權交易

²⁰³ 李惠宗，前揭註 42，頁 144。

²⁰⁴ 經濟部水利署 98 年度年報，頁 137。

²⁰⁵ 經濟部，前揭註 183，頁 58。

日本的水權稱為流水佔用權，根據河川法的定義，因水權具有排他、獨佔的權利，實務上更認定其為具有可行使物權的請求權，具有私有財產權的概念，並此權利同時也與土地的所有權分離的。

日本水源移轉包含同標的間移轉（稱水權讓渡）與不同標的間移轉（稱跨用途水源轉用）。河川法第 34 條、第 35 條、第 36 條表示由於河川流水具有排他與獨占性質，相同標的間之水權讓渡經河川管理者同意即可，不同標的間不允許水權讓渡。但近年隨著都市用水需求增加，日本農業用水移轉於其他標的之跨用途水源轉用情形隨之增加，雖政府允許跨用途水源轉用，但仍遵守河川法下列原則²⁰⁶

- （一）河川水屬公共資源，不得私自交易。
- （二）河川水之分配由河川主管機關依公共利益核定。
- （三）需保障各標的所需水量及取水權利。
- （四）跨用途水源轉用不適用河川法第 34 條有關水權讓渡之規定。
- （五）原水權者之減量處分與新興辦水利事業者水權之取得或增量處分，應同時辦理。
- （六）隨水利事業轉用者，應在事業有關工程開工前盡量辦妥處分。

貳、定期審查制缺乏用水彈性

本文認為現行定期審查制度下，雖即可解決水資源問題並釋出多餘水量，但此制度運作上縱落實定期審查制度，申請展限登記時，主管機關應重為審查履勘、核定其事業必需用水量。惟此期間屆滿後始不會讓水權人擁有多餘的水權，雖即可能釋出多餘水量，但在水權核可期間內，仍無法避免現行水利法規定下，在特定期間因無法交易缺乏用水彈性之事實，故本文傾向認為，在市場經濟條件下，逐步開放建立水交易制度，讓水資源供需關係，更彈性調整活絡，促使整體國家經濟產業之發展，是跳脫現行水資源調適不靈面臨困窘之下，較為可行方法。

²⁰⁶ 經濟部，前揭註 183，頁 59。

參、農業多餘用水浪費之省思

行政院於 2011 年 7 月 25 日啓動「封井救高鐵」之措施，將在未來十年內，封閉雲彰地區井深在一百公尺以上的一千多口深水井，封井主要關係到的兩大「井主」為雲林農田水利會及臺灣自來水公司。此事件也引發出水資源真正問題之核心為，大部分農民早已不用水利會供給的灌溉用水，這些水其實以前有許多都是白白流失掉的。蓋水利法第 17 條規定，核給水量以水權人「事業所必需者為限」，水權人因擔心水權在定期審核時，水權被主管機關核減之問題，故水權人僅能「充分」使用（甚而部分已是浪費使用）其所擁有之剩餘水權之水量，一直使用至邊際產值至零為止，如此無疑造成水資源更無謂之浪費。又因產業結構之改變，民國 97 年農業用水量為 129.6 億噸/年（約佔 72.09%），據經濟部水利署評估，至民國 110 年農業用水需求量則調降至 117 億噸/年（佔總用水量約 63%），如水源充足時每年將有 12 億噸之剩餘水量之剩出，而開放水量交易之制度，更不失為政策考量方法之一。

第四項 水權交易期程

在國內目前之環境與條件下，本文認為如果欲導入水權交易制度，對水利法水權制度應進行水利法之研修，且需明確定義我國水權性質，蓋國內各種學說對水權性質尚無定論，必須透過立法確立水權的屬性，且應重新確保實際而正確之水權水量，始能實現水權交易。目前臺灣用水需求如第二章第三節所述，明顯有供不應求之現象，水利法第 19 條之 1 之「換水契約」及第 20 條之 1 之「移用補償」等規定，僅既有之水權人可以交易水權、水量，但用水需求者祇要無水權，則顯不能藉由既有水權人以協議或購買方式取得水權，將既有水權人水權、水量移轉時，民眾不得不坐令水資源浪費或在法令外完成黑市交易，或甚而有違法私自鑿井以取得用水需求之情形，處處可見，造成水資源管理上的無政府狀態，因此，對水資源管理制度，不得不重新思考因應方式。

開放水市場交易制度，亦非不可列為改革方法之一，蓋政府之管制不能太過僵化，公權力介入太多，反而容易降低用水的彈性，並且有時無法實際因應用水人之需求，因此在控制對第三人或環境外部產生影響的可能性之前提下，應原則上容許各用水人自由行使其權利或與他人締結契約，畢竟個人乃自己事務之最佳

判斷者及照顧者，其選擇的自由、自主決定皆有助於促進社會進步及經濟發展²⁰⁷。故如欲導入應先規劃期程，並提出具體方案，應包括短期先行方案、中期過渡方案、與長期實施方案，說明如下：

壹、短期先行方案

目前水權人每遇乾旱缺水時的可用水量，在一般優先權制度下，使農業用水人可優先全部取得所需水量，而工業用水人則僅能取得部分用水量，建議此部分應即修法除家用或公共給水外，各用水標的之水權應改採「比例分享制」，由水權人按水權狀之引用水量，共同分擔缺水風險，使農業用水與工業用水及其他標的之水權人皆享有相同的用水比例。因除家用或公共給水外，農業用水與其他用水標的已無優先權問題，當應同時廢除現行水利法第 20 條之 1 因用水標的在先優先用水者，須對於他水權人移用補償之規定。其他部分在不涉及修法前提下，應先確保實際而正確之水權水量與用水總量管制，並開始課徵水權費，能反映水資源的市場價值，並考量改採「比例分享制」後，對第三者或環境保護之衝突，建立最新的地區性的氣象、水文、用水成本等詳細資料。

貳、中期過渡方案

學者認為²⁰⁸，我國目前大量的水權人是農田水利會，其發展源於日治時代臺灣總督府以相關的法令將原私人興建擁有的埤圳納入行政管理體系，並賦予法人地位，此運作方式先於國家推行農田水利事業，而非由國家主導設立。民國以後，現有的農田水利會多係由主管機關以片面行政處分予以調整設立，未曾有人民申請而核准設立，但仍不失自治團體的性格²⁰⁹。

水利法第 12 條則明定「主管機關得視地方區域之需要，核准設立農田水利會，秉承政府推行農田灌溉事業。」水利會分配其所轄區域內灌溉用水，農民必

²⁰⁷ 蔡茂寅，前揭註 85，頁 23。

²⁰⁸ 李建良，農田水利會相關問題探析-公法人制度在我國的實務的與理論，行政法實務與理論(一)初版一刷，2003 年 3 月，頁 160。

²⁰⁹ 釋字第 518 解釋：「農田水利會為公法人，凡在農田水利會事業區域內公有、私有耕地之承租人、永佃權人，私有耕地之所有權人、典權人或公有耕地之管理機關或使用機關之代表人或其他受益人，依農田水利會組織通則第十四條規定，均為當然之會員，其法律上之性質，與地方自治團體相當，在法律授權範圍內，享有自治之權限。」

須加入水利會後，始可利用水利會所興建的溝渠²¹⁰。目前共計有 17 個農田水利會：宜蘭、北基、桃園、石門、新竹、苗栗、台中、南投、彰化、雲林、嘉南、高雄、屏東、台東、花蓮、瑠公、七星農田水利會。後 2 個農田水利會由台北市政府建設局監督，其餘由行政院農委會監督。是以，大量的水利集中於農田水利會，為維持既得的水權在諸多議題上往往與中央政府意見相左²¹¹。惟農田水利會享有高額水權之單位為不爭之事實，如有多餘之水量剩餘，於改採「比例分享制」後，農業用水人與工業用水人皆享有相同的用水比例，由水權人按水權狀之引用水量，比例分擔缺水之負擔，而農田水利會係享有高額水權之單位在不缺水時而如仍有多餘之水量剩餘，本文建議在現行農田水利會組織通則規定下，由行政院農委會專案認定符合該通則第 10 條第 1 項第 5 款之規定，使水利會得依規定在配合政府政策需要下，充分利用既有供水設施供應水量給工業用水。然此仍有現行水利法第 17 條之「事業所必需」之「事業」概念問題，而擔憂是否水量移用後而遭廢止水權之問題，故應修法建立農田水利會之水權人可以在政府依交易成本及相關費用之支出訂定交易之上下限金額，將水量移轉給其他用水標的水權人，使水量運用更加靈活，在不變更原水權人水權內容之情況下，由農田水利會進行水量之交易。透過修改水利法及農田水利會組織通則之條文，如農田水利會組織通則第 10 條水利會之任務除灌溉外，應增設給水為其事業之範圍，並於該通則第 24 條規定水利會之收入來源，包括販售水量之給水收入，在增設給水為事業並得依法收取交易費用之後，即與水利法第 17 條「事業所必需」之「事業」概念相符，而無再擔憂是否水量移用後而遭廢止水權之問題，但此水量交易有「搭便車」，利用政府對水資源的補貼來獲利之問題，應立法使之繳納回饋金。

參、長期實施方案

為強化水資源與水量移轉，除農田水利會外，此階段應開放其他用水標之之水權人，也可將多餘水量交易給水利公司（水利法第 14 條），再由水利公司在法令範圍內，出售水量給非水權人使用，此以修法方式建立水量移轉，在政府管制下，必要時，訂價格上、下限，就水量交易之定價機制，有論者以為，水量交易價格係反映原水本身所擁有的價值，其影響因素包含當地水源稀少程度、供水穩

²¹⁰ 郭玲惠，水權實用手冊(一)，頁 53。

²¹¹ 張立達，前揭註 27，頁 149。

定性等，故其交易的均衡價格應由交易供需曲線決定。價格決定方式可採議價或標價式，議價之優點在於提高供需雙方互利的交易機會，其缺點是協商成本較高；標價之優點為協商成本低，但可能無法機動性的調整價格。交易若由需求者先提出需求後，供給者才評估所需投資成本，則以議價式為佳；若由供給者主動投資設備與技術，事先確定供給條件與成本，則亦可以標價式為之，因此水量交易之定價機制可採標價式或議價式，惟為避免乾旱期間哄抬價格，水量交易主管機關應對交易價格進行監管，以維護交易秩序²¹²。

第四節 小結

水權之發給涉及公共資源之公平分配，故水利法對水權之審核，應採取嚴格之態度，現行水利法定期審查制度，水權展限登記時，水利主管機關應重為審查履勘，並依現時水文狀況及其事業必需用水量之具體情形，核給水權。此期間屆滿後不會讓水權人擁有多餘的水權，雖即可能釋出多餘水量，但此制度該水權核給期間內，仍無法避免現行水利法規定下，不准交易而致水資源使用效率缺乏彈性之事實。

我國現行水權分配採優先權制度，應即修法除家用或公共給水外，各用水標的之水權應改採「比例分享制」，由水權人按水權狀之引用水量，共同分擔缺水風險。在改採「比例分享制」後，農田水利會應仍係享有高額水權之單位如仍有多餘之水量剩餘，於五年一次之展限登記時，水利主管機關可依灌溉面積減少等情形，來核減其水權水量，但對於農業用水之水權人仍可能改善水道設施節水，而有剩水之可能，如不允許其進行交易移轉給其他用水需求人使用者，或因改善水道設施節水部分將遭廢止水權，造成只好「充分」使用其所可能之剩餘之水量，如此無疑造成水資源更無謂之浪費，制度上在此範圍或可能建立誘因制度，使其有動機改善水道設施節水。因此應於農田水利會組織通則第 10 條增設水利會之任務除灌溉外，應增設給水為其事業之範圍，並於該通則第 24 條增設此為水利會之收入來源，即與水利法第 17 條「事業所必需」之「事業」概念相符，而無再擔憂

²¹² 經濟部，前揭註 212，頁 76。

是否水量移用後而遭廢止水權之問題，但此水量交易卻有「搭便車」利用政府對水資源的補貼及公共資源來獲利之問題，應立法使之繳納高額比例之回饋金。



第六章 水權交易立法論之商榷

第一節 前言

水資源國有，立意良善，但行政機關依水利法將水資源分配給特定的人民，使其可得對水資源使用、收益，在現行法令應定性為公法上之權利，但依此人民無法將多餘水權釋出，坐令水資源耗損之事實發生。

蓋目前水權制度於缺水時，常有無法充分彈性調配之窘境。各水權人水權取得後，在缺水時，吾人到底係要選擇以立法之方式，來規定由政府來管理與分配之模式，抑或開放給市場機制來運作，值得探討。

第二節 水資源分配之政策上選擇

為避免稀少性之水資源被壟斷，及保障基本民生用水，法制沿革過程中將水資源定位劃歸為國有²¹³，由政府來分配，與將水資源劃歸為私有財產制之實益在於，私有財產制中擁有產權的人們，基於自利動機會使其私有財產權去進行資源最大最有效之配置，使資源所創設之社會福利發揮到最佳之狀態；私有財產權最有可能將成本與收益內部化，並由此阻止資源過度使用（攫取）與嚴重投入不足（偷懶、躲避義務）之發生，而於市場失靈（壟斷、不完全競爭）時，再由政府進行干預。但現行水資源歸由政府來管理與分配，政府人力有限，不若如上者理想上可處理到最佳狀態，且因而有不公或缺乏效率之問題發生，而影響水資源有效利用。又礙於此為公法上之權利，不允許人民將多餘水權釋出，水權制度因而陷於無法充分彈性調配之泥沼中，在有政府管制之下，雖不致於發生所謂「公有

²¹³ 水資源應屬國家（全體國民）所有，水資源再由國家機關進行用水的配給，其配給方法是依據：必須水量、用途及申請之先後等三原則，而水利法雖規定得徵收水權費，但目前並未開徵該費用，故先搶先贏免費無償取得水資源之配給。

制的悲劇問題²¹⁴」，但目前水權人取得水資源無需要對價，每個個體爲了自己利益，而破壞整個群體的利益（耗費水資源之使用），個體整體行動的結果，就產生了一個不可避免及系統性的惡性循環，例如過度超抽地下水，即爲是例。學者對水資源秩序認爲，在無法建立適當之市場供相關的製造者與承受者，進行志願性交易情況下，將產生市場失靈現象，水資源的使用者皆就個人的利害關係爲出發點，加上水資源的外部性特質，將導致毫無限制的使用，進而使水資源的消耗，產生類似草原悲劇的效應，因此由國家積極地透過相關措施，例如應依法開始開徵水權費，並允許分配後的水權進行交易，應爲政策上之考量之一²¹⁵。

第三節 法律上常見錯誤概念之類型

一般論述現行農田水利會就目前的水量移轉給他人謂之爲移用補償機制，認知是否正確；另農田水利會申請水權展限登記時，主張「歷史水權」，而要求應維持原已核准水權及水量，是否有理由；及水利法第 22 條規定之剩餘水權是否具有自由市場交易之機制，茲介紹此時常發生之錯誤概念如下：

第一項 移用補償

水利法第 20 條之 1 規定：「水源之水量不足，依第十八條第一項第二款至第六款用水標的順序在先，取得水權登記在後而優先用水者，如因優先用水之結果，致登記在先之水權人受有重大損害時，由登記在後之水權人給予適當補償，其補償金額由雙方協議定之；協議不成，由主管機關按損害情形核定補償，責由優先用水人負擔之。」此處水權之移用，並非指水權之轉讓，而係指當水資源供應量不足或乾旱期間，由各標的用水水權人之間協調，將用水標的之水量移撥給其他

²¹⁴ 申衛星、王琦譯，Neil K. Komesar 著，法律的限度—法治、權利的供給與需求，元照出版有限公司，2006 年 6 月，初版第 1 刷，頁 159-165。氏認爲設有一公有財產之土地，每個取用者很清楚當牛群數量增加，意味著公有牧場過度放牧，所帶來的負面效應加劇，但如果自己削減自己牛群數量，以便保持未來年份能保證牧場質量，則無法保持自己之收益，事實上隨著自己的退出與其他人進入與擴張，這收益很可能被他們奪走，對自己而言，除非能控制其他人或相信他們的好意，否則長期利益對自己沒太大之意義。面對這些現實每個人會以破壞長期的土地最佳使用方式，來破壞整個群體的利益，於是整體行動的問題，就產生了一個不可避免及系統性的惡性循環，這就是「公有制的悲劇問題」。

²¹⁵ 辜仲明，前揭註 133，頁 2。

用途水標的先為使用，但並不變更各標的用水人之原來之水權內容，且受移撥之用水，應給予若干補償。

職是，法制上實有必要成立一超然立場之「移用水權補償標準審定小組」，並制定明確的核定計算標準，以茲解決此爭議。有論者提出，可參酌例年來各用水標的的歷史統計變化，如農地、工業與都市計畫面積間的消長，來估算可移用比例，透過跨部會的協調機制，預為規劃整體作為，可避免臨時性移撥的窘困。至於水權移轉補償金的計算則應包含：(1)原水權人的開發成本，亦即投資成本的計算方式應以當年水庫開發成本、物價指數、農業用水的投資比例計算之。(2)渠道使用費及其維護成本。(3)對配合執行移用計畫的水利會補償其損失。(4)對因停止灌溉強制參與休耕的農民補償其損失。(5)造成社會不安的機會成本(6)提撥成立移撥水權作業的平準基金²¹⁶。

移用補償指水源之水量不足時，其登記較工業水權人在後而依法享有取水優先權者，農業用水應給與較其登記在先之工業用水之水權人補償，而非指農業用水擁有多於水權之水量移用給工業用水，工業用水給與農業用水補償，此條文適用上時常引起誤會，不得不辨。然而，就農業用水而言，水權人多為農田水利會，少有較其登記在先之工業用水之水權人之情形。

目前發生旱災時，依災害防救法第 19 條第 2 項規定，訂定「旱災災害防救業務計畫」，該計畫第二編第二章第二節水資源供需協調機制之建立之第二點：水資源調度（一）本部為因應乾旱時期缺水狀況下預作籌謀，運用有限水資源，作適當之調配，應依「農業用水調度使用協調作業要點」等相關規定，進行農業用水調度。依農業用水調度使用協調作業要點第四點規定：調用水量結果，致被調用水量者受有重大損害時，其應負擔補償金者如下：（一）因家用及公共給水需要，致被調用者之損害，由自來水機構負擔之。（二）因工業用水需要，致被調用者之損害，由調用水人負擔之。因此發生旱災時，政府調度農業用水給與工業用水，依此工業用水人需補償農業用水人。但如發生與水利法第 20 條農業用水有優先用水權及第 20 條之 1 農業優先用水應給與較其登記在先之工業用水人補償規定牴觸時，何者優先適用，不無疑義。

²¹⁶ 鄭國平，前揭註 22，頁 79。

綜上，旱災災害防救業務計畫屬法規命令，但農業用水調度使用協調作業要點應非為法規命令，而屬於職權命令²¹⁷，縱認其為法規命令之性質，亦未於該要點中明定授權之依據，與行政程序法第 150 條第 2 項²¹⁸之規定有違。且行政程序法第 158 條第 1 項規定，法規命令與法律（水利法）牴觸者，無效（第 1 款）。及法規命令，無法律之授權而剝奪或限制人民之自由、權利者，無效（第 2 款）。是故，目前發生旱災時，現行實務優先適用農業用水調度使用協調作業要點之適法性，非無疑問。

姑且不論農業用水調度使用協調作業要點，是否違反行政程序法而生無效之問題，依法律位階理論以觀，水利法第 20 條農業用水有優先用水權，農業用水之水權人主張水利法之法律位階，優先於農業用水調度使用協調作業要點之行政命令位階而適用，因此不願配合調出用水而休耕者，如何處理，即生疑義。又依第 20 條之 1 農業優先用水僅需給與較其登記在先之工業用水人補償，如無較其登記在先之工業用水人者，當不生補償之問題。此時農業用水之水權人是否可不停止灌溉用水而休耕，不接受農業用水調度使用之補償，本文以為應研議上開問題或修法解決此爭議。

第二項 歷史水權

「歷史水權」並非法律用語或規定，此概念緣於我國目前有許多水利設施為過去臺灣幾百年來經歷史世代的農業水利組織及農民等投入鉅額資金、勞力、精神，興建攔水、蓄水、輸水等水利設施，故有「歷史水權」之稱。

觀日本之慣行水權，係以對水之支配事實為基礎，而被社會普遍承認的用水權利，主要針對農業灌溉用水，依據社會習慣所建立用水秩序，並將之權利化；但因日本亦因慣行水權權利內容並不像一般許可水權那樣明確，且又無期間限制，故在辦理水庫的建設計畫中，常藉著取水設施的改建、土地改良法的實施或治水事業的實施等機會，將慣行水權進一步依法更改為許可水權。

²¹⁷ 行政程序法第 174 條之 1 規定：「本法施行前，行政機關依中央法規標準法第七條訂定之命令，須以法律規定或以法律明列其授權依據者，應於本法施行後二年內，以法律規定或以法律明列其授權依據後修正或訂定；逾期失效。」

²¹⁸ 行政程序法第 150 條第 2 項規定：「法規命令之內容應明列其法律授權之依據，並不得逾越法律授權之範圍與立法精神。」

水資源為珍貴自然資源，水權之核給需考量事業所需及水文條件等限制，我國水利法並無所謂「歷史水權」應受到制度上保障，而有永久存續性保障水權及水量之權利地位；實務運作上常發生農田水利會申請水權展限登記時，主張所謂「歷史水權」，而要求應維持原已核准水權及水量，主張歷史水權應受到制度上保障，而有永久存續性保障水權及水量之權利地位，惟其所謂「歷史水權」我國並未如日本慣行水權將之權利化，且日本亦將慣行水權逐步依法更改為許可水權。因此，其所謂「歷史水權」不能與日本慣行水權等化之，蓋該制度非法律之一般原理原則，且是否如日本將之權利化，為各國依國情所為之立法政策考量，況日本也將慣行水權依法更改為許可水權，俾能有效管理水資源。故「歷史水權」非並無制度上保障之法律地位，更非為法律之一般原理原則，我國主管機關審核該水權展限登記時，當非依其原有登記之水權量一律核給，依據水權登記審查作業要點第 4 點之規定，農業（灌溉）用水事業所需水量，係依各種作物類別（水稻、果樹、雜作等）之種植面積、灌溉率、用水時間以及輸水損失率計算之，以符合水利法第 17 條規定之事業所需，並非僅依申請之灌溉面積核准。此外，主管機關審核水權之引用水量時，並應參酌引水地點之各月水文狀況、其附近已核准水權水量、環保基流量及事業所需用水量覈實核給，使核發之水權總量不超過該水系之水源總量，以兼顧水資源之永續利用及環境保育，並符水權登記制度訂定之宗旨。

第三項 剩餘水權

水利法第 22 條規定：「主管機關根據科學技術，認為該管區域內某水源之水量可以節約使用，得令已取得水權之原水權人，改善其取水、用水方法或設備，因此所有剩餘之水量，並得另行分配使用，但取得剩餘水量之水權人，應負擔原水權人改善之費用。」依水利法施行細則第 18 條規定，主管機關依本法第 22 條規定，令原水權人改善其用水方法或設備者，得限期水權人為水權變更登記，水權人屆期未申請變更登記者，主管機關得逕行核定公告，並註銷原水權狀及換發水權狀。綜上，實務上水權人倘依本法改善其取水、用水方法或設備後，由此剩餘水量之水權，由水利主管機關廢止水權，嗣由該機關再分配給水權人，由新水權人負擔原水權人改善之費用，而非負擔水權移出之費用，此如將之認定為交易概念，不免偏離文義解釋範疇，故此非為自由市場交易機制。

第四項 小結

綜上，水利法第 20 條之 1 之移用補償，是指擁水權人之間，且移用補償僅係因優先水權人取水，對於較之登記在先用水秩序在後的水權人，所作補償措施而非交易。水利法第 22 條之剩餘水權係指原水權人改善其取水、用水方法或設備，所剩餘水量之水權，經水利主管機關廢止水權，嗣由該機關再分配給水權人，由新水權人負擔原水權人改善費用，此更非為自由市場交易機制。故由上可知，現行法制目前並無開放水權交易，不可誤會。而農田水利會申請水權展限登記時，主張所謂「歷史水權」，而要求應維持原已核准水權及水量，惟「歷史水權」並無制度上保障之法律地位，更非為法律之一般原理原則，審核該水權展限登記時，當非依其原有登記之水權量一律核給。

第四節 水權進行交易規範上之容許性

有認為行政機關對水權仍有審查程序、使用權的期限、水權的廢止之規定等，因此認定為公法上的權利，然如認定為公法權利是否允許移轉他人而為交易，法規範上是否允許，極為一項重要課題。

第一項 私法權利在法律無禁止下允許交易

我國水利法規定，民眾是必須依法申請許可，始能取得之水資源之使用權。職是，對我國水權性質，有認為行政機關的審查程序、使用權的期限、水權的撤銷等，故定性為公法上的權利。

就水利法而論，水資源性質上如前所述應屬「公物」，此公物使用須先經主管機關核准，屬於特別使用物，此核准後之權利，即具有支配公物性質之水資源的權能，有使用收益之物權性質之關係，然此水權究應認定為公法物權抑或為私法物權之關係，蓋水利法規性質上屬公法，基此核准產生之水權多數學者認為是具有公法性質的物權，但是如水利法立法上有特別規定指明私法性質者，應被視為私法上準物權，例如：漁業法第 20 條規定，漁業權視為物權，故通說認為漁業權具有私法之準物權效力。

水利法雖未明定水權應視為物權，本文如前所述認為水權本質上實具有公私法兩面關係之性質，即當行政主體將對水資源使用收益權利分配給特定的人民時

為公法關係，當水權人行使此已經取得之水權時（例如排除不相關之第三人之妨礙），為私法上之關係。

就此，如單純認定水權僅具有私法物權之效力，在法律無禁止規定下，容許交易並無爭議。

第二項 公法權利有法律規定允許移轉而為交易

倘認定為公法權利者，此公法權利是否允許移轉他人而為交易，各家學說上尚有爭論，當然未來修法時可對水權性質以法律明文規定之方式，加以定性，更為妥當。本文見解以為，日本之水權制度將水權視為私權者，行政機仍有審查程序、使用權的期限、水權的廢止之規定等，豈能因此逕認定為公法上的權利，如此我國專利權、商標權豈不也是公法權利乎？

然而，縱認定水權之性質，為公法權利者，立法論上仍得就此權利允許交易，本文試就「土地發展權」為例，說明如下：

「土地發展權」係指為求國家經濟發展之需要，管制私人土地按照編定用途使用，則私人土地之准許開發與限制開發間，利益價值相差懸殊，暴利與暴損全賴於政府的使用編定，為消弭對土地所有權間這種不公平，英國首先於 1947 年在城鄉計畫法規定，國家得向私人課徵土地發展捐，此即發展權國有化之濫觴，發展權收歸國有後，任何私人欲開發其土地，皆應按照擬開發程度向政府購買對等之發展權。美國在 1970 年後實施發展權之移動制度(Transfer Of Development Rights)，簡稱 TDR，將因抑制開發土地而生之容積率，在一定限度內，可以移轉容積移入到本來保有之容積之土地上，透過自由市場之運作，允許移入區之地主向移出區之地主購買其發展權，以進行土地之開發利用²¹⁹。

我國都市計畫法第 83 條之 1 規定：「公共設施保留地之取得、具有紀念性或藝術價值之建築與歷史建築之保存維護及公共開放空間之提供，得以容積移轉方式辦理。前項容積移轉之送出基地種類、可移出容積訂定方式、可移入容積地區範圍、接受基地可移入容積上限、換算公式、移轉方式、作業方法、辦理程序及應備書件等事項之辦法，由內政部定之。」依此訂定「都市計畫容積移轉實施辦法」第 16 條規定，容積之移轉，應由接受基地所有權人提出申請之相關文件，向

²¹⁹ 溫豐文，土地法，洪記印刷有限公司，2005 年 2 月，頁 66。

該管直轄市、縣（市）主管機關申請許可。蓋公共設施保留地，其建築容積即為公法上所創設之權利性質，該法即允許將此權利之一部或全部轉移至其他建築基地建築使用。故公法上所創設之權利是否允許移轉，此應為立法政策上之考量，非法本質上所不許也。

第五節 農田水利會增設給水業務之問題

如前所述，本文認為應許水權交易，促使水資源運用更加活絡，農田水利會如仍有多餘之水量剩餘，本文建議透過修改水利法及農田水利會組織通則第 10 條水利會之任務除灌溉外，應增設給水為其事業之範圍，並於該通則第 24 條規定水利會之收入來源，包括售水之給水收入，在增設給水為事業並得依法收取交易費用之後，即與水利法第 17 條「事業所必需」之「事業」概念相符，而無再擔憂是否水量移用後而遭廢止水權之問題。惟農田水利會給水究係水量交易抑或水之交易，容下論述。

第一項 給水為水量交易或水交易

壹、給水態樣之區分標準

修改農田水利會組織通則規定，建立農田水利會之水權人可以將水量移轉給非水權人，使水量運用更加靈活，在不變更原水權人水權內容之情況下，由農田水利會進行交易。此之水量究指水量交易抑或水之交易，此區別如前所述，水權之運作係自取水口之取水行為，使水資源進入到水權人的輸水系統乃至儲水設施，水權就功成身退，並繼續固守在取水口，以發揮水權之效力，至於輸水系統及其後階段的輸水、用水，則屬水的所有權制度²²⁰。

貳、立法政策上之選擇

職是，端視立法政策上之選擇，如立法政策欲使為水資源進入農田水利會之水權人的輸水系統乃至儲水設施後，再由其供水給他人者，此如同其對農業灌溉

²²⁰ 江麗碧，前揭註 11，頁 129。

之會員提供給水一般，則此單純為水之交易問題，此交易費用所生之爭執²²¹，或契約而生之爭議²²²，均由普通法院管轄。

然而，立法政策上若選擇農田水利會之水權人，在不移轉水權而在其水權引用水量之特定範圍內，經主管機關許可後，由交易之相對人自水源自行取水者，則為水量交易，此按多數通說定性為公法關係，此交易費用所生之爭執，或契約而生之爭議，應由行政法院管轄。惟如採水權本質上實具有公私法兩面關係之性質時，應由普通法院管轄。

參、本文意見

本文認為，為避免水資源運輸所造成之浪費及過多交易成本之支出，立法政策上應開放二者，允許由交易後之相對人直接自其取水口為取水行為，使水資源直接進入到交易相對人的輸水系統乃至儲水設施，此種情形採水量交易較妥，如交易之相對人無取水口或縱有取水口原水權人之取水水源者，可由水權人取水後再輸水給相對人，此則屬水的所有權交易。後者為單純水之交易問題，由普通法院管轄。前者為水量交易型態如採公法關係說者此所生之爭議，應由行政法院管轄。本文認為水權本質上實具有公私法兩面關係之性質，亦即當行政主體將對水權分配給特定人時為公法關係，當水權人行使此權利之本身內涵而與他人發生法律之關係者，為私法上之關係，故應由普通法院管轄。

第二項 販售公共資源之疑慮

水資源屬公共資源劃歸為國有後，由政府分配後之水權之水量如立法使之為交易是否有生出賣公共資源之疑慮。本文認為，受分配後之公共資源之權利本身之行使，在法有明文規定下，使之具有私法關係之內涵者，即可進行交易，如定置漁業權及區劃漁業權，經主管機關核准後，得為讓與(漁業法第 25 條)。但水量

²²¹ 行政法院 54 年裁字第 39 號裁定：「農田水利會依法雖屬具有公法上地位之水利自治團體其徵收會員水費自非中央或地方官署本於行政權所為之行政處分。」

²²² 釋字第 518 號解釋：「農田水利會所屬水利小組成員間之掌水費及小給水路、小排水路之養護歲修費，其分擔、管理與使用，基於臺灣農田水利事業長久以來之慣行，係由各該小組成員，以互助之方式為之，並自行管理使用及決定費用之分擔，適用關於私權關係之原理，如有爭執自應循民事訴訟程序解決。」

交易有「搭便車」，利用政府對水資源的補貼來獲利之問題，應立法使之繳納高額之回饋金。

第六節 小結

本文認為應將水資源劃歸為國有，政府分配後之水權之水量，更應立法使之私有財產權化，去進行資源最大最有效之配置，使資源所創設之社會福利發揮到最佳之狀態；如上所述私有財產權最有可能將成本與收益內部化，並由此阻止資源過度使用（攫取）與嚴重投入不足（偷懶、躲避義務）之發生，立法政策上應在國內各種條件成熟之下，逐步開放建立水交易制度，讓水資源供需關係，更彈性調整活絡，促使整體國家經濟產業之發展，是跳脫現行水資源調適不靈面臨困窘之下，較為可行方法。



第七章 結論與建議

我國農業用水雖對於整體國家經濟產值較低，但倘就一味將水源移用於產值較高之工業部門，也非妥適。蓋農業用水所牽涉者，為我國生產糧食的經濟整體政策上基本問題，並符合國家安全戰略考量，特別是我國面臨特殊之軍事威脅更有必要保持一定之農業生產能力，才能供應戰時所需。是故，國家在整體水資源之規劃或調整時，需就水資源之國家整體經濟效率，與不同部門間的利益做出平衡協調，而在特定範圍內作所限制。

為避免稀少性之水資源被壟斷，及保障基本民生用水，將水資源定位劃歸為國有之後，由政府來管理，政府有義務制定一套完善法規範，在缺水時，水權之配置或移轉方式，是可符合人民期待的，能創造社會之福祉的。然而，我國在歷年之缺水危機中，水權制度已陷於無法充分彈性調配之泥沼中，無疑的我們現行水權制度已出現問題，而須亟待解決。將水資源定位劃歸為國有後，由政府來分配水權後，面臨現時發生嚴重缺水需求問題時，吾人到底係要選擇由立法者以法律或授權命令（看得見的手）之方式來調配，抑或將此階段用水問題交由那「看不見的手」，也就是直接由市場機制來決定，較能達到人類最大的滿足，創造社會最大福祉。水利法並無反對水權人再將水權進行交易給其他用水標的使用，惟現行法規範縱無禁止交易之規定，卻無「法」之依據存在。

水資源真正問題之核心為，有許多農民早已不用水利會供給的灌溉用水，這些水其實以前有許多都是白白流失掉的，蓋水利法第 17 條規定，核給水量以水權人「事業所必需者為限」，水權人因擔心水權在定期審核時，水權被主管機關核減或廢止之問題，故水權人僅能「充分」使用（甚而部分已是浪費流失）其所擁有之剩餘水權之水量，一直使用至邊際產值至零為止，如此無疑造成水資源更無謂之浪費。我國產業結構之改變，當水源充足時每年將約有 10 億噸以上之剩餘水量之剩出，而開放水量交易之制度，更不失為政策考量方法之一。

水權以「事業所必需」為限，水權人若為水權交易將可能被政府廢止水權。惟農業水權人將多餘水量，地下交易移轉販售給工業用水人，此更衍生出更多環

境之外部成本問題，目前更亟待政府立法解決今日無法現時有效率調配用水之問題。

現今優農業用水之優先權之立法，形成對農業用水為絕對性的過度保障，完全忽視工業用水人對水資源合理使用之權利，建議修法時除家用或公共給水外，各用水標的之水權應改採「比例分享制」，由水權人共同分擔缺水風險，使農業用水人與工業用水人皆享有相同的用水比例。

水權交易透過市場的運作使水資源配置更有效率，但其先決條件是財產權要清楚的界定及合乎公平性的原始水權之分配。一般而言，透過水權交易制度之建立與執行，一方面可以增加分配彈性促進用水效率，更可調和缺水風險，減少用水浪費，彌補水權制度僵硬化的缺憾，另應考量交易過程中所需的協商、議價等交易成本和外在條件之配合。但由於水資源具有共有財和準公共財的特性，所以水權交易需考慮到對環境或第三者的衝擊，例如對產值較低的農業生態影響，另外，水資源是民生必需品，所以不能完全放任市場運作，政府須有一套兼顧公平與效率原則的管制措施。政府之責任為制定一套交易的遊戲規則，而非介入交易，並監督交易者是否違反規則。

水權之交易制度分為「水權」與「水量」交易兩種，本文認為應可開放水量交易制度，此涉及水權之定性究為公法抑或係私法之問題，本文認為前述公私法兩面關係說較為可採，即當行政主體將對水資源使用收益權利分配給特定的人民時為公法關係，當水權人行使此已經取得之水權時，為私法上之關係，惟避免爭論，開放水市場交易時，可參仿漁業法之規定，於水利法中對水權定性為準物權之性質，使具有財產權效力。

本文建議，透過修改水利法及農田水利會組織通則之條文，使農田水利會具給水之事業之範圍後，即與水利法第 17 條「事業所必需」之「事業」概念相符，具最大量水權之農田水利會可以將水量或輸水移轉給非水權人之下，促進水量運用更加靈活，在不變更原水權人水權內容之情況下，由農田水利會進行水量及水之交易。進而更開放其他用水標的之水權人，也可將多餘水量交易給水利公司（水利法第 14 條），再由水利公司在法令範圍內，出售水量給非水權人使用，以此逐步漸進方式來建立水量移轉制度。

我國實則應建立一套真正適合本土之水權交易制度，水資源之分配須與時俱進，以發揮最大效益，故法規面上應適時檢討調整不合時宜之規定，並於水利法

修法時，立法授權主管機關成立組成審查價格及費率之組織，建立成熟市場機制的運作方式。由於水權交易涉及研修整體水權制度及現有水權人與非水權人間之利益，必需審慎規劃並通盤考量國內法制環境與水資源利用背景，取得共識，並建構相關配套措施。

水市場交易制度更應運用科技系統的整合方法，應建立完整可統合全國水權系統之水權資料庫，逐步放寬水權的過多限制以利水權之轉移，制訂管制措施及監督機制加強水資源管理，提高用水效率，進而建構出一個節水並有效率的水權制度，建置數據機制制度化，從特定範圍開放水量交易、每月用水水量管控、水價形成機制等均有良好的管控機制，冀期能達成彈性活絡水資源的目標。為保障生存權，水權人為自來水事業時，交易水量不得影響原有供水範圍內之家庭用戶生活用水量，另為避免超抽地下水引起地層下陷問題，當不應開放地下水作為交易客體。

此外，目前水利法對於水權的登記和延展之審查標準，法律要件應更明確，另如欲對現行水權分配結構進行有規模的改革，應重視目前多數水權人之既有利益，在產經學各界充分討論下，取得共識與支持，避免引發民眾抗爭，減少社會成本之付出。

參考文獻

(依姓氏筆劃序)

- 王廷懋，水權管理法經面，水權管理研討會論文集，中國時報河川保護小組，1996年4月。
- 申衛星、王琦譯，Neil K.Komesar 着，法律的限度—法治、權利的供給與需求，元照出版有限公司，2006年6月，初版第1刷。
- 朱柏松，《水權之理論與實務（上）》，〈臺大法學論叢〉，第25卷第2期，1996年1月。
- 江麗碧，從水資源永續觀點論我國水權費之徵收，私立東海大學法律學研究所碩士論文，2007年6月。
- 李惠宗，公物利用之類型及其法律性質之探討，經社法律論叢，第4期，1989年7月。
- 李惠宗，行政法要義，元照出版有限公司，2007年2月，第3版。
- 李惠宗，翁岳生編，公物法，行政法（上），翰蘆圖書出版有限公司，1998年3月。
- 李惠宗，水權登記相關法律問題研究委辦計劃期末報告書，經濟部水利署，1999年10月。
- 李震山，行政法導論，三民書局，2006年5月，增訂6版2刷。
- 李國強，物權法的環境觀，環境資源法論叢第4卷，2004年。
- 李建良，農田水利會相關問題探析---公法人制度在我國的實務的與理論，行政法實務與理論(一) 初版一刷，2003年3月。
- 吳庚，行政法之理論與實用，2001年8月，增訂7版。
- 倪世雄，當代國際關係理論，五南圖書出版公司，2003年。
- 洪德生、謝佩書，臺灣水權制度的發展與現況問題分析，水資源管理與市場機制研討會---水權交易研究成果發表論文集，2000年8月，頁47。
- 徐享崑、洪德生，水資源管理與市場機制研討會—水權交易制度研究成果發表一論文集，經濟部水資源局委託研究計畫，2000年8月。
- 陳敏，行政法總論，三民書局，1999年12月2版。
- 陳敏，憲法租稅概念及其課徵限制，政大法學評論第24期。
- 陳逸駿，水利設施之興建，地工技術第126期，2010年12月。
- 陳慈陽，以水資源法規競合問題及水權費之性質研究對象研究計畫總報告，經濟部水資源局委託研究計畫，2001年。
- 陳慈陽，具經濟誘因之環保法規整合設計計劃--空氣污染防治法中相關問題之政策與法制之檢討，行政院環保署88年專案計畫，1999年。
- 陳春生，水權交易制度的法理問題分析-法治斌教授追悼論文，法治斌教授紀念論文化資產集-法治與現代行政法學。
- 陳清秀，稅法總論，植根法學叢書，2004年9月，第3版。
- 陳明健，臺灣的水資源管理—制度、經濟與政策的整合，自由中國之工業，第80卷第5期，1995年5月。
- 陳明健，水權制度的動態研究，工程環境會刊，第15期，1996年3月。

- 張立達，水權法制之研究，國立台北大學法學系碩士班碩士論文，2003年1月。
- 張清溪等人合著，經濟學理論與實際（上冊），翰蘆圖書出版有限公司，1995年8月，第3版。
- 黃異，漁業法規，國立編譯館，1999年4月。
- 黃宗煌、傅祖壇，水權費率之訂定及其經濟問題之研究(I)，經濟部水利司委託專題研究計畫，經濟部編印，民國85年6月。
- 黃宗煌、張靜貞，水權費率之訂定及其經濟問題之研究(II)，經濟部水利司委託專題研究計畫，經濟部編印，民國86年9月。
- 黃俊杰、辜仲明，水權費開徵行政作業之研究(2/2)，經濟部水利署，2005年12月。
- 黃俊杰、辜仲明，水權費開徵行政作業之研究(2/1)，經濟部水利署，2004年12月。
- 黃錦堂，我國水權核發以及事後管制缺失之檢討，1994年7月。
- 溫豐文，土地法，洪記印刷有限公司，2005年2月。
- 辜仲明，公課法制與水資源管理，翰蘆圖書出版有限公司，2009年3月。
- 郭玲惠，水權實用手冊(一)，經濟部水資源局發行，1997年6月。
- 郭玲惠，水權實用手冊(二)，經濟部水資源局發行，1997年6月。
- 郭玲惠，水權實用手冊(三)，經濟部水資源局發行，1997年6月。
- 郭玲惠，水權實用手冊(四)，經濟部水資源局發行，1997年6月。
- 郭玲惠，水權教育宣導執行策略研究計畫報告，1996年6月。
- 經濟部水利署，水資源白皮書，2006年1月。
- 經濟部，水權法令通盤檢討與觀念再造，1999年6月。
- 經濟部水利署編印，經濟部水利署98年年報，2010年9月。
- 經濟部水資局委託研究，配合政府再造水利法修正期末報告，2000年12月。
- 經濟部，日本水利法相關法令與我國水利法規之比較，1995年6月。
- 經濟部，「水利法通盤檢討修正之研究」計畫報告，1995年12月。
- 經濟部，水交易制度規劃之研究，2007年12月。
- 經濟部水資局委託研究，配合政府再造水利法修正期末報告，2000年12月。
- 蔡茂寅，水利法中央地方權限及水權相關爭議問題之研究，經濟部水利署，2003年12月。
- 蔡登南，我國水利法中水權之研究，國立中興大學法律學研究所碩士論文，1998年8月。
- 葛克昌，人民有依法律納稅之義務以大法官會議解釋為中心，月旦出版社，1997年。
- 葛克昌，稅法基本問題，月旦出版社，1997年。
- 鄭國平，地下水管制策略碩士論文，2005年7月22日。
- 虞國興、蔡宜樺譯，Terence Richard Lee 著，《21世紀水資源管理》2004年。

索引

三劃

大陸地區人民, 54
工業用水, 3, 13, 17, 18, 24, 26, 31, 44, 71, 74, 90,
94, 98, 100, 101, 109, 110, 115, 124

四劃

公私法兩面關係說, 50, 53, 124
公法上權利, 50, 52, 120
公物, 36, 39, 46, 47, 51, 52, 84, 97, 119, 127
日本水權制度, 6, 32
比例分享制, 4, 109, 110, 112, 124
水文循環, 6, 9, 10
水量交易, 96, 97, 100, 111, 112, 120, 121, 122,
124, 125
水權交易, I, II, III, 3, 4, 6, 49, 50, 71, 74, 95, 96,
97, 98, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107,
108, 113, 118, 120, 124, 125, 127
水權移轉, I, 29, 100, 104, 115
水權費, III, 5, 6, 17, 34, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93,
101, 102, 104, 109, 113, 127, 128
水權費費率, 91

五劃

外國法人, 54
外部成本, 4, 45, 101
外部性, 74, 114

六劃

地下水管制區, 5, 58, 68, 71, 77, 78, 79, 85
地下水管制辦法, 5, 58, 77, 78, 86

地層下陷, 2, 15, 16, 23, 45, 68, 77, 85, 125
地質法, 79, 80
地權, 9, 39, 41

七劃

免為水權登記, 5, 58, 59, 64, 66, 67, 68, 78, 79
旱災災害防救業務計畫, 20, 115, 116
災害防救法, 20, 115

八劃

定期審查制度, 104, 105, 107, 111
河岸水權制, 25, 27

九劃

流水占用許可, 32
看不見的手, 1, 3, 5, 43
美國水權制度, 6, 25

十劃

展限登記, 43, 70, 73, 99, 103, 106, 111
海水, 2, 10, 16, 23, 45, 55, 56, 57, 68, 71, 77
特別公課, 5, 87, 88, 89, 91
特許使用, 39, 97
高鐵, 85, 108

十一劃

救助金, 22, 23
混合制度, 25, 29

移用補償, 3, 73, 94, 97, 99, 108, 109, 114, 115,
118
都江堰, 48

十二劃

剩餘水權, 2, 3, 18, 24, 74, 82, 94, 103, 108,
112, 118, 123
換水契約, 97, 99, 102, 108, 117
稀少性, 1, 4, 9, 39, 43, 44, 45, 51, 90, 103, 113

十三劃

溫泉水, 56, 57, 70
準物權, 49, 52, 53, 119, 124
裝置量水設備, 82
農田水利會, 3, 71, 72, 99, 101, 109, 110, 111,
112, 114, 120, 121, 124, 127
農業用水, 3, 13, 17, 18, 20, 24, 26, 44, 71, 74, 93,
98, 100, 101, 102, 107, 108, 109, 110, 115, 123,
124
農業用水調度使用協調作業要點, 20, 21, 23,
115, 116

十四劃

慣行水權, 33, 72, 117
漁業權, 46, 52, 119, 122

十五劃

德國水權制度, 5, 6, 35

十六劃

歷史水權, 72, 73, 114, 117, 118

十七劃

優先分配水權, 25, 27, 28, 29
優先使用權, 3, 94
臨時使用權, 64, 70, 74, 75, 76, 77

十八劃

糧食自給率, 14, 23
藍金, 9, 10
豐枯水期, 13, 14

二十劃

釋字, 60, 65, 88, 91, 110

二十八劃

鑿井, V, 5, 55, 57, 58, 59, 66, 67, 78, 79, 80, 108