论水资源论证制度与取水许可制度的关系

薄 晓 波

(中国政法大学，北京 100088)

摘 要：水资源论证制度对于合理利用和保护我国水资源非常重要，在现有立法中，该制度是取水许可的前置条件。尽管水资源论证与取水许可有非常密切的联系，但二者作为不同的法律制度，还是存在差异。对水资源论证制度进行立法上的健全与完善有其必要性，有观点认为要制定一部独立的《水资源论证条例》，但这从立法体系的角度来看困难重重，而如果通过分步立法的方法，一方面修订《取水许可条例》，另一方面制定《规划水资源论证条例》，则可以更好地解决该问题。

关键词：水资源论证；取水许可；行政许可

中图分类号：D922.66 文献标识码：B 文章编号：1671-1408(2012)02-0037-06

自2002年水利部与原国家计委共同发布《建设项目水资源论证管理办法》以来，水资源论证制度的发展取得了令人瞩目的成就，为加强科学治水提供了有效的制度支撑。然而，水资源论证制度受限于立法层次低等诸多困难，使制度的发展受到了一定程度的限制，因而目前完善水资源论证制度的措施主要是完善相关立法，制定有关水资源论证制度的行政法规。目前，有人提出应当制定一部专门的《水资源论证条例》，以满足水资源论证制度发展对立法的需求。在实际工作中，提升水资源论证制度的法律地位，通过国务院行政法规的方式完善水资源论证制度是必要的，但在这一过程中，必须理性思考具体的立法路径选择。在现行立法框架下，水资源论证是从属于取水许可制度的一个管理制度，水资源论证制度立法与取水许可制度立法存在着十分紧密的关系。在立法中如若处置不当，会导致水资源论证制度立法与现行取水许可制度立法相互冲突，不仅不利于水资源论证制度的发展，还会架空取水许可制度立法的一些规定。这必然对水利执法工作的开展是非常不利的。有鉴于此，在开展水资源论证制度立法研究之前，应当对水资源论证制度与取水许可制度的关系作系统的梳理，并正确协调两种制度立法之间的关系。

1 现行立法中水资源论证与取水许可制度的关系

目前，我国明确规定水资源论证制度的立法主要是《取水许可和水资源费征收管理条例》(以下简称《取水许可条例》)和《建设项目水资源论证管理办法》(以下简称《办法》)。《取水许可条例》第十一条规定了取水申请人在申请取水许可时应当向水行政主管部门提交申请材料，材料之一是“由具备建设项目水资源论证资质的单位编制的建设项目水资源论证报告书”。该规定将开展水资源论证作为申请人申请取水许可的必经前置程序。《取水许可条例》作为行政法规，其上述规定构成了水资源论证制度的重要法律依据，使开展水资源论证制度具有较强的强制性。此外，为了促进水资源论证制度的开展，水利部与原国家计委于2002年联合颁布实施了《办法》，对开展水资源论证的具体程序性问题做出了较为详尽的规定。

收稿日期：2012-01-09

作者简介：薄晓波(1983—)，男，博士研究生。

© 1994-2012 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

从现行立法规定可以看出，目前水资源论证制度是从属于取水许可制度的。这种从属性主要体现在以下几个方面:

一是在适用范围上，二者具有完全一致性，水资源论证受取水许可适用范围的制约。根据《水法》第四十八条和《取水许可条例》第二条，取水许可只适用于直接从江河、湖泊或地下取用水资源的单位和个人。受上述范围的限制，现行建设项目水资源论证制度也只能适用于直接取用江河、湖泊和地下水资源的行为，而不能适用于各间接取水行为(如取用自来水)和取用其他非常规水源(如取用雨水、中水、海水淡化水等水源)的行为。

二是在作用发挥上，水资源论证完全为取水许可服务。现行立法之所以设立水资源论证制度，目的之一是提高取水许可的科学性，为取水许可证的正确发放提供决策支撑。水资源论证制度也确实发挥了这一功能，成为科学审批、发放取水许可证的重要依据，为依法行政、科学行政作出了贡献。

三是在适用阶段上，水资源论证先于取水许可的审批和发放。建设项目的基本建设程序包括项目建议书、可行性研究报告、初步设计、施工图设计、年度投资计划、开工报告和竣工验收等阶段。在这些程序中，取水许可证的审批和发放是在项目建设管理的最后环节。《取水许可条例》第二十三条规定:“取水工程或者设施竣工后，申请人应当按照国务院水行政主管部门的规定，向取水审批机关报送取水工程或者设施试运行情况等相关材料;经验收合格的，由审批机关核发取水许可证。”《办法》第十一条规定:“业主单位在向计划主管部门报送建设项目可行性研究报告时，应当提交水行政主管部门或流域管理机构对其取水许可(预)申请提出的书面审查意见，并附具经审定的建设项目水资源论证报告书。”可见，水资源论证位于项目可行性研究阶段，是基本建设程序的前期工作。当建设项目批准立项后，水资源论证工作也将结束。从程序先后可以看出，水资源论证先于取水许可的审批和发放，之所以如此规定，是为了发挥水资源论证的决策服务功能，为科学地作出取水许可决定提供科学依据和决策支撑。

2 水资源论证制度从属于取水许可制度的局限性

水资源论证作为实施取水许可的重要前置程序，极大地提高了取水许可决策的科学性，是取水许可制度不可或缺的支撑。但将水资源论证仅仅作为取水许可的附属措施，则极大地削弱了水资源论证作为加强水资源开发利用源头管理重要制度的地位，影响了水资源的进一步优化配置。如前所述，现有立法中取水许可制度仅关注直接取用江河、湖泊和地下水的行为。从对水资源整体优化配置的角度来看，取水许可制度的作用十分有限。因为水资源的整体配置由整个自然界中的水循环所决定，自然界中参与水循环的水却不受限于人为规定的“水资源”，而是包括江河、湖泊、地下水及各类非常规水源在内各种类型的水。对各种非常规水源的过量开发利用，必然会对江河、湖泊和地下水资源的配置产生影响。水资源论证本是优化配置水资源的重要手段，但由于受到取水许可适用范围的制约，导致其对水资源开发利用行为的制约和影响极为有限。从现行立法的规定来看，取用雨水、中水、微咸水、海水淡化水等非常规水源及取用供水企业供水的行为都无须办理取水许可证，当然也就不用开展水资源论证。然而随着我国水资源短缺形势日益严重和社会经济发展对水资源需求的进一步增长，取用各类非常规水源作为生产、经营用水的规划和项目越来越多，许多企业为了避免办理取水许可的麻烦，直接取用城市自来水作为生产经营用水。这就导致自来水厂的供水压力不断增大，为了不影响城市居民生活供水，其必然要加大取用水资源的规模，致使很多城市饮用水水源地或地下水资源被严重超采，进而引发水源枯竭、地下水空洞和地质塌陷等灾害。

可见，对上述取水行为不开展水资源论证，势必对水资源整体的优化配置产生深远影响。在水资源管理制度体系中，仅将水资源论证制度的适用范围限制于取水许可制度的适用范围，影响了水资源论证制度应有功能的发挥，削弱了制度带来的积极效果，应当予以改进。

3 对水资源论证同取水许可制度关系的界定

笔者认为，正确处理水资源论证制度与取水

© 1994-2012 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

许可制度关系的原则应当是：取水许可制度的实施应当以水资源论证为决策依据；但水资源论证的范围不应当限于依法应当办理取水许可的建设项目，凡是取用水源的行为，无论是否需要办理取水许可，都需要开展水资源论证。该原则的实质是强调扩大水资源论证制度的适用范围，这样才能充分发挥水资源论证制度的作用，全面符合此项制度设计的立法原意。这在立法上就体现为要设立水资源论证审批与取水许可审批这两项行政许可事项，但这并非对同一行为同时设立两项行政许可，并不违反实施行政许可的便民、高效原则。因为，水资源论证与取水许可是功能并不相同的两项行政许可事项。水资源论证制度的内容主要是判断经济社会发展的水资源需求是否能够得到保障以及对水资源条件的影响。如果经过论证，认为水资源供给可以保障社会经济发展的需求，并且开发利用水资源不会对当地水资源条件带来较大影响，则许可建设项目开工建设。它的作用主要是为项目决策服务，降低投资风险和保护水资源。但经过水资源论证的项目取得水资源论证审批决定后，并不意味着就一定能够按照项目所需而取用水资源。能否取用水资源、取用多少水资源，取决于该项目是否能够获得取水许可和取水许可证规定的取水限额。因而取水许可的作用主要是用水配额的限制和管理，确保用水总量控制。项目获得取水许可证后方可取水。尽管二者在管理程序上关联紧密，且水资源论证服务于取水许可，但二者在各自的管理阶段所具有的功能是完全不同的。从管理阶段上区分，水资源论证是预防性的事前管理，而取水许可则是事中管理，是对预防性管理的进一步延伸。

二者既互相联系、前后相接，又各自独立。类似的例子在我国现行立法中也较为广泛的存在，最明显的就是环保部门的环境影响评价和排污许可。从功能上来看，环评也是一种科学评价措施的法律化和制度化，它的作用首先是为环保部门的一系列建设项目过程管理制度和措施的实施提供科学依据支撑，其中就包括排污许可。简言之，排污许可证的发放必须建立在由企业申报且经过环保部门核定的排污信息的基础之上，而企业申报的排污信息应当与环评报告书（表）的要求相一致。超出环评报告书（表）要求的排污申报信息不能被环保部门所接受，更不可能成为发放排污许可证的依据。因此可以看出，环评对建设项目污染防治后续管理具有重要的决策支撑和管理依据的作用。在这一点上，环评同排污许可与水资源论证同取水许可的关系非常类似。但这并没有影响环评作为一项独立的行政许可事项的存在，事实上，根据《环境影响评价法》和《建设项目环境保护管理条例》的规定，环评是独立于排污许可而作为一项独立的行政许可事项存在的。这是因为在各自的管理环节上，环评许可与排污许可功能不同：环评的内容主要是衡量开发建设行为可能对环境产生的影响，并提前做好预防和治理措施，防患于未然。如果建设项目获得环评许可，则证明该项目不存在显著的环境影响且已经预先采取了污染防治措施，法律许可该建设项目开工建设。因而环评主要是为项目决策服务。但拿到环评许可并不意味着该建设项目可以依项目需求排放污染物。根据《大气污染防治法》及《水污染防治法》的规定，向“两控区”（二氧化硫控制区、酸雨控制区）排放二氧化硫及氮氧化物的，以及向水体排放污染物的建设项目，必须申请排污许可证，否则不可排污，擅自排污的行为是违法行为。

由于在各自的管理阶段上，环境影响评价制度与排污许可制度对建设项目各自发挥着不同的管理功能，一个是准入控制，而另一个是准入后的具体行为监控，一个是源头管理，一个是过程管理，因此在我国现行环境保护立法中两项制度被规定成为两项独立的行政许可事项。由此反思水资源论证制度与取水许可制度的关系，发现二者的关系同环评与排污许可的关系非常类似，一个是基于水资源保护的准入控制，而另一个是准入后的取水指标控制，一个是源头管理，一个是过程管理。虽然二者紧密联系，但不足以说明二者就是同一个管理事项。因而将水资源论证制度独立于取水许可制度，并同时赋予其行政许可的属性，是完全合理且有必要的。

之前立法一直强调水资源论证为取水许可服务，往往会给人造成错觉——水资源论证与取水许可是同一回事，这给水资源论证制度的发展造成了一定困难。我们应当从水资源论证制度的独立性出发，强调水资源论证制度在抑制社会经济

© 1994-2012 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

发展对水资源的不当需求方面以及在实现水资源可持续利用方面所具有的独特功能和优势。水资源论证制度应当成为一项独立的行政许可事项。

4 水资源论证制度立法的路径选择

4.1 现行水资源论证立法存在的主要问题

《取水许可条例》对水资源论证制度做出了规定，但遗憾的是这个规定只是打了一个“擦边球”，之所以这样说是因为《取水许可条例》作为行政法规，只是为取水申请人赋予了进行水资源论证的义务，却没有对违反该义务规定相应的法律责任；只是提出了“水资源论证”这个概念，却没有对水利部门开展水资源论证管理所需的管理手段作出相应规定。为了弥补上述立法缺陷，《办法》承担起了《取水许可条例》所没有完成的任务，对违反水资源论证制度的法律责任及水利部门开展水资源论证所必需的管理手段——水资源论证报告书审批和从业人员职业资格管理及业务培训等做出了相应规定。实践证明，这些规定的可操作性非常强，取得了很好的实施效果。然而，从行政合法性上来看，《办法》作为部门规章，对超越其立法权限的管理内容做出了规定，与《行政许可法》和《行政处罚法》等上位法发生了抵触。

首先，《办法》在没有上位法规定的前提下设定了水资源论证从业人员职业资格管理及业务培训制度。我国《行政许可法》第十四条规定，行政许可事项的设立属于法律及行政法规的立法权限，在必要时，国务院也可以通过发布决定的方式设立行政许可事项，而部门规章则不得设立行政许可。从业人员职业资格管理及业务培训是一项重要的资质管理，属于行政许可事项。而我国现行立法中，除了《办法》外，没有法律或行政法规对此做出明确规定。即便是与水资源论证制度关系密切的《条例》也没有设立水资源论证从业人员职业资格和业务培训制度。因此，《办法》设立此项行政许可超越了其立法权限，应属无效。对此，国务院办公厅于2007年发布了《关于清理规范各类职业资格相关活动的通知》，明确水资源论证从业人员职业资格及业务培训制度因违反《行政许可法》而被取消。

其次，《办法》第十三条规定“从事建设项目水资源论证工作的单位，在建设项目水资源论证工作中弄虚作假的，由水行政主管部门取消其建设项目水资源论证资质，并处违法所得三倍以下，最高不超过3万元的罚款。”该规定违反了《行政处罚法》的规定。《行政处罚法》对部门规章设定行政处罚的权限做出了罚款额度和行政处罚种类方面的限定：一方面，部门规章设定罚款的处罚额不能超过一定限度，否则就构成对《行政处罚法》的违反；另一方面，部门规章只能设定警告和一定数量的罚款等处罚种类，而不能设定暂扣或吊销许可证照、没收违法所得和行政拘留等行政处罚。如果部门规章在缺乏上位法规定的情况下自行设定了其他种类的行政处罚，即构成对《行政处罚法》的违反。在《办法》第十三条中，《办法》设定了两种类型的行政处罚，一是罚款，二是取消建设项目水资源论证资质。关于罚款处罚的设定，无论是种类还是幅度，都符合《行政处罚法》的要求；关键是“取消建设项目水资源论证资质”这一处罚类型违反了《行政处罚法》关于行政处罚设定权的规定。“资质”，即从事某种行为的资格，通常与一定的专业和技术要求相联系。法律对一种资质的设立，即说明从事该项工作或行为的主体需要具备一定的专业技术知识和能力，从而排除了未获得该资质的主体从事该项工作或行为的权利。“建设项目水资源论证资质”实际上是一种行政许可事项，符合行政许可的一般特征，即普遍禁止与个别允许。因此“取消建设项目水资源论证资质”实际上是行政机关对已经颁发的行政许可的吊销，是一种行政处罚种类，而且是超过部门规章处罚种类设定权限的一种行政处罚种类，根据《行政处罚法》的相关规定，只能由法律或者行政法规予以设定。如果法律或者行政法规已经设定了某种行政处罚，部门规章可以在此前提下对该种行政处罚的具体内容和实施程序等做出更为明确、细致的规定，这是符合《行政处罚法》的。因此，如果《办法》的上位法——《水法》或《取水许可条例》对“取消建设项目水资源论证资质”这一行政处罚种类已经做出了规定，即《办法》的相关规定具有上位法依据，则《办法》的相关规定不违反《行政处罚法》。但无论是《水法》还是《取水许可条例》均未规定“取消建设项目水资源论证资质”这一行政处罚或类似的处罚。可见，《办法》第十三条设定的“取消建设项目水资源论证资质”违反了《行政处罚法》关于部门规章设定行政处罚种类

© 1994-2012 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

的权限的规定。

4.2 水资源论证制度立法“升级”——行政法规立法的路径分析

虽然《办法》的一些规定与《行政许可法》和《行政处罚法》相抵触，不具有行政合法性，但从加强水资源管理与保护的角度来看，这些措施都是非常必要的，且具有行政合理性。在这里，行政合法性与行政合理性发生了较为严重的对立，但造成这一对立的根本原因在于《取水许可条例》不尽完善，导致《办法》不得不冒着违反上位法的风险而挑起构建一整套水资源论证制度法律框架的重担。故此解决这一问题的思路就是给水资源论证制度“升级”，将《办法》的相关规定，尤其是其中涉及行政许可和行政处罚的规定上升为行政法规，方可解决行政合法性与行政合理性的冲突问题。

然而，行政法规应当如何制定是我们必须认真思考的问题。水利部门及一些学者提出制定一部完整的《水资源论证条例》，认为这样可以扩大水资源论证制度的适用范围，同时也可以将水利部门倡导多年的规划水资源论证纳入其中。对此，笔者不予认同。立法体系的构建，除了要考虑制度建设本身的需要及行政许可、行政处罚立法权的设定等重要内容外，还应当考虑立法同上下层立法的关系。行政法规作为法律的下位法，其重要作用之一是对法律中宏观、抽象的规定进行细化和完善，因而当法律对某一管理事项或制度作出抽象规定后，行政法规可以从管理和操作实践出发，完善相应的管理规定。如果缺乏法律对某一事项的设定，而由行政法规直接创设，虽说仍属于行政法规的立法权限，不存在违反上位法的问题，但会使立法体系不协调，产生同级立法之间的冲突。水资源论证立法就是这样。如前所述，《水法》作为水资源开发、利用与保护的总体性法律，并未明确创设水资源论证制度，因而在缺乏法律依据的前提下直接由行政法规搭建水资源论证制度框架，容易造成水资源论证行政法规与其他行政法规的冲突，这一冲突集中表现在《水资源论证条例》与《取水许可条例》的矛盾上。

虽说水资源论证制度独立于取水许可制度有其必要性，但笔者认为“独立”并不是说要使水资源论证制度完全与取水许可制度脱离关系。无论水资源论证的特殊性有多么强，其仍要为取水许可证的核发提供科学依据，这是不容改变的；此外，现行《取水许可条例》规定的水资源论证是从属于取水许可制度的。因此，完全脱离现行立法环境构建一个独立的《水资源论证条例》必然产生这样一个问题——如何处理《水资源论证条例》同《取水许可条例》的关系？

现行《取水许可条例》明确将水资源论证制度作为实施取水许可的前置条件，而《水资源论证条例》的目标则是将水资源论证独立于取水许可，扩大水资源论证制度的适用范围。而按照有些人所设计的，将《取水许可条例》中关于建设项目水资源论证的条款直接吸收到《水资源论证条例》中，在该部分之外再规定适用于所有水源的水资源论证。这就必然导致该条例中同时出现两种性质的“水资源论证”：一种是作为取水许可前置程序的水资源论证；另一种则是不受取水许可限制，可以适用于取用所有水资源及非常规水源行为的水资源论证。这两种内涵的水资源论证在开展程序和管理要求上也存在差别。法律概念具有精确性和统一性，这要求在同一部立法文件中，概念的内涵及外延应当始终保持一致，这样才能便于法律规则的统一操作。而如果按照上述观点制定《水资源论证条例》，必然要面对如何在同一部立法中安置两个名称一样但内涵不同、操作要求不一致的“水资源论证”的问题，这会给立法带来极大的困难，也会导致执法混乱。这是其一。其二，如果单纯制定一部《水资源论证条例》而不考虑《取水许可条例》，二者必然出现矛盾。因为根据《水资源论证条例》，取用非常规水源的单位和个人需要进行水资源论证，而根据《取水许可条例》则不用。根据后法优于先法的法律适用原则，要优先适用《水资源论证条例》的规定。这样虽有助于水资源论证制度的发展，但无疑会架空《取水许可条例》的相关规定。这会导致立法体系的混乱，对于国家的法制建设来说是非常不严肃的。

有鉴于此，笔者认为，水资源论证制度独立于取水许可制度有其必要性，水资源论证制度立法“升级”也是未来发展的必然趋势，但行政法规的立法方式并非只有制定专门的《水资源论证条例》这一种。支持制定《水资源论证条例》的立法呼声主要出于以下几点考虑：一是扩大制度的适用范

© 1994-2012 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

围；二是设立规划水资源论证制度。考虑上述立法需求，水资源论证制度立法“升级”的道路可以分步实施。

首先，修订《取水许可条例》，主要是解决建设项目水资源论证制度适用范围狭窄的问题。根据上文分析，水资源论证应当作为独立的行政许可事项，因而可以将现行《取水许可条例》的名称更改为《水资源论证与取水许可和水资源费征收管理条例》。该条例中，无论建设项目是否需要申请取水许可，都应当开展水资源论证，通过水资源论证报告书审批的，建设项目方可立项；建设项目要取用水资源的，还应当继续办理取水许可并缴纳水资源费。根据这样的规定，水资源论证不但是一项独立的行政许可事项，还是取水许可的前置程序，为科学核发取水许可证提供技术支撑。建设项目无论是否需要办理取水许可，都应当按照统一的程序和管理要求开展水资源论证。这样就可以有效解决概念的不统一和立法的冲突问题。

其次，制定专门的《规划水资源论证条例》。目前我国关于规划水资源论证立法仍处于空白状态，因而制定专门的《规划水资源论证条例》不会与现行立法发生各种潜在的冲突，同时又能够有效保证开展规划水资源论证所必要的行政合法性。

对上述思路作出总结，笔者的建议实际是按照建设项目水资源论证和规划水资源论证，分两部分分头立法。无论建设项目是否需要取用水资源，其都需要开展水资源论证，论证结束后，再区分为需要办理取水许可的建设项目和不需要办理取水许可的建和项目进行分头管理。对于需要办理取水许可的，由取水许可制度予以跟踪管理；不需要办理取水许可的，可以根据《水法》第五十三条规定的节水“三同时”制度和《入河排污口监督管理办法》规定的入河排污口设置制度予以跟踪管理。这样做既可以确保立法中“水资源论证”概念的统一性，又能有效避免新旧立法之间的冲突。

参考文献：

[1] 冯嘉，于义彬．论可持续发展观的贯彻与水资源论证制度的完善[J]．中国人口·资源与环境，2010，21(3)．

[2] 于义彬，万育生，张淑玲．水资源论证制度立法评价与思考[J]．中国水利，2010(23)．

[3] 张德尧，姜广斌．建设项目水资源论证工作刍议[J]．水利发展研究，2007(4)．

（责任编辑　张闻笛）

（上接第18页）

的项目类型保持不变，即国家重点建设工程、流域控制性工程、流域重大骨干工程、由水利部直接管理或总投资2亿元以上的中央项目以及总投资5亿元以上的地方项目仍由水利部直接审批；其他关于流域治理或流域建设项目，借鉴目前淮河流域的管理办法，由流域机构与流域下属机构以及流域内相关省份进行协商，出台流域内水利工程建设管理办法，并在其中明确不同类型水利工程的开工审批权限；其余项目建议由各省级水行政主管部门根据本辖区内的具体情况，根据项目级别和投资来源，将部分审批权限划分到市县级水行政主管部门，并且出台地区水利工程建设管理办法，明确地区内水利工程开工审批权限。

4.3　与征地和移民政策相适应

在土地与移民申请条件方面，建议与国土资源部门、财政部门以及水利部门内部移民管理机构建立协调机制，争取规范水利工程建设项目用地的审批周期和水利工程征地移民资金的到位周期，与水利工程建设进度相适应，避免出现征地审批手续与资金到位时间远远滞后于工程进度的情况。

4.4　加强监督管理

在监督管理措施方面，建议完善相应的监督管理制度，例如定期检查制或抽查制，针对未批先建、弄虚作假的情况，可在行政处罚之外，增加罚款等经济惩罚措施，以及追究相关责任人等实质性惩罚措施。同时，建议完善信息管理制度，要求各级水行政主管部门做好开工审批的统计工作，以年度为单位向上级水行政主管部门汇报本年度辖区内水利工程建设项目的开工及审批工作，便于上级主管部门及时掌握辖区内水利工程建设项目的进展情况，也有利于督促对开工审批的监督检查。

（责任编辑　尹美娥）

© 1994-2012 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved.　http://www.cnki.net