

〈水法解説〉

하천법해설(IV)

鄭明義*

1. 서 언

금회에는 폐천부지의 관리에 관하여 기술하고자 한다. 하천관리청은 하천을 효율적으로 관리하기 위하여는 하천의 기능이 상실된 폐천부지는 조속히 처분

하여 폐천부지의 장기적 관리로 인한 행정력 소모의 방지와 폐천부지를 매입하겠다는 점용자들의 민원해소를 위하여 폐천부지가 발생하였을 때에는 1년 이내에 처분하도록 하천법시행규칙에 규정(제27조제1항)하고 있다.

2. 폐천부지의 처분 규정

法 律	施 行 令	施 行 規 則
<p>第76條(廢川敷地등의 交換) 管理廳은 大統領令이 정하는 바에 따라 河川의 新設 또는 改築으로 인하여 생긴 廢川敷地(河川附屬物을 포함한다. 이하 “廢川敷地등”이라 한다)를 새로이 河川의 敷地로 된 他人의 土地와 交換할 수 있다.</p> <p>第77條(廢川敷地 등의 讓與) 建設部長官은 廢川敷地 등을 國有財産으로 存置할 필요가 없다고 인정하는 때에는 大統領令이 정하는 바에 따라 당초의 所有者나 당해 地域에서 第23條의 規定에 의한 工事を 施行한 者 또는 管轄道知事에게 이를 讓與할 수 있다.</p> <p>第78條(廢川敷地 등에 관한 費用 등) ① 廢川敷地 등의 交換(讓與를 포함한다. 이하 같다)에 관하여 필요한 費用 또는 그로</p>	<p>第44條(교환) 관리청은 법 제76조의 규정에 의하여 폐천부지등을 새로이 하천부지로 된 타인의 토지와 교환하고자 할 때에는 새로이 하천부지로 된 종전의 토지의 상황, 지적, 수리 이용상황 등</p> <p>第45條(폐천부지등의 양여) ① 建設부장관이 법 제77조의 규정에 의하여 폐천부지를 양여하고자 할 때에는 다음 각호의 순위와 기준에 따라 이를 행하여야 한다.</p> <p>1. 새로이 하천구역으로 된 종전의 토지소유자로서 그 토지에 대한 보상이나 폐천부지등과의 교환을 받지 아니한 자에게는 종전 토지의 가액에 상당한 폐천부지등</p> <p>2. 법 제23조의 규정에 의한</p>	<p>第27條(폐천부지등의 교환, 양여 신청) ① 관리청은 법 제76조 및 제77조의 규정에 의하여 폐천부지를 교환 또는 양여하고자 할 때에는 그 계획을 수립하여 특별한 사유가 없는 한 그 발생일로 부터 1년 이내에 이를 처분하여야 한다. <개정 '82.2.27 건설령 319></p> <p>② 법 제76조 및 제77조 영 제44조 및 제45조에 의한 폐천부지등의 교환·양여의 신청 및 승인은 별지 제 38호 서식 및 별지 제39호서식에 의한다. <개정 '82.2.27 건설령 319></p> <p>③ 법 제76조의 규정에 의한 폐천부지의 교환은 다음 각호에 의한다. <신설 '76.8.7 건설령 176></p> <p>1. 폐천부지의 가액은 교환당시의 감정기관의 감정가액을</p>

* 건설공무원교육원 행정사무관

法 律	施 行 令	施 行 規 則
<p>부터의 收入은 建設部長官이 행하는 경우에는 國庫의, 道知事가 行하는 경우에는 당해 道의 負擔 또는 收入으로 한다.</p> <p>② 第65條의 規定은 第1項의 規定에 의한 收入에 관하여 이를 準用한다.</p>	<p>공사를 시행한 자에게는 그 공사비에 상당한 폐천부지등</p> <p>3. 직할하천의 유지보수를 행하는 도지사인 경우에는 제1호 및 제2호의 규정에 의하여 양여된 뒤의 나머지 폐천부지등</p> <p>② 제1항제3호의 규정에 의하여 양여받은 폐천부지는 양여받은 목적 이외로 이를 이용·사용하거나 처분할 수 없다. <신설 81.12.21 대령 10650></p>	<p>기준으로 한다.</p> <p>2. 교환되는 사유지의 가액은 하천으로 편입되기 직전의 토지가액에 교환당시까지의 자연물가상승율을 가산한 금액 또는 인근에 위치한 편입당시의 토지와 유사한 토지의 교환당시의 가액으로 한다.</p> <p>④ 영 제45조제1호 및 제2호의 규정에 의한 폐천부지의 양여는 다음 각호에 의한다. <신설 76.8.7 건설령 176></p> <p>1. 공사비에 상당하는 폐천부지의 면적은 공사준공 직후의 감정기관의 감정가액을 기준으로 한다.</p> <p>다만, 공사시행자가 당해 폐천부지에 유익비를 지출하여 폐천부지의 가액이 상승한 경우에는 그 현존하는 가액의 증가분을 감정가액에서 공제하여야 한다.</p> <p>2. 하천공사로 인하여 생긴 폐천부지의 가액이 하천공사비에 미달함이 명백할 때에는 하천관리청은 제1호의 규정에 불구하고 폐천부지의 감정등의 가액결정절차를 생략하고, 인근유사토지의 과세시가표준액등을 참작하여 직접 당해 폐천부지의 가액을 선정하여야 한다.</p> <p>3. 공사비는 준공당시의 정부표준품셈과 단가(정부고시가격이 있는 경우에는 그 금액)에 의한 산출금액에 영 제35조제1항의 규정에 의한 비용을 합산한 금액으로 한</p>

法 律	施 行 令	施 行 規 則
	<p>第43條의4(폐천부지등의 고시) 하천의 신설로 인하여 건설부령이 정하는 폐천부지등이 발생하는 경우 관리청은 그 폐천부지등에 대하여 다음 각호의 사항을 고시하여야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 하천의 명칭 2. 폐천부지등 발생연월일 3. 폐천부지등의 위치 4. 폐천부지등의 종류 또는 면적 5. 폐천부지등의 처분계획 6. 기타 필요한 사항 <p>[본조신설 '87. 1. 7대령12137]</p>	<p>다.</p> <p>⑤ 관리청은 폐천부지를 양여할 필요가 있다고 인정할 때에는 제4항제2호의 경우를 제외하고는 공사준공과 동시에 감정평가에 관한 법률에 의한 감정회사 또는 공인감정사나 국토이용관리법에 의한 토지평가사에게 당해 토지의 감정을 의뢰하여야 한다. 다만, 영 제45조제3호의 규정에 의하여 도지사에게 폐천부지를 양여하는 경우에는 양여받은 도지사가 이를 감정한다. <개정 82. 2. 27 건설령 319></p> <p>第26條의4(하천의 신설로 인한 폐천부지등) 영 제43조의4에서 "건설부령이 정하는 폐천부지등"이라 함은 홍수 기타 천연현상으로 하천의 유로가 변경되어 물이 흐르지 아니하게 된 토지로서 다음 각호의 1에 해당하는 토지를 말한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 하천정비기본계획이 수립되어 있는 지역에 있어서는 하천의 제방(하천정비기본계획에 의하여 계획된 제방을 포함한다)의 제내지에 있고, 계획홍수위이상의 지역에 있거나 동수위이상의 지형으로 막혀 있어서 다시 하천으로 편입될 가능성이 없는 토지 2. 제1호외의 지역에 있어서는 다음 각목의 기간내의 최대강우량에 해당하는 예상 홍수위이상의 지역에 있거나 동수위이상의 지형으로 막혀 있는 토지로서 다시 하천구역으로 편입될 가능성이 없

法 律	施 行 令	施 行 規 則
		<p>는 토지. 다만, 서울특별시·직할시·시·읍의 관할 구역내에 있는 하천에 대하여는 당해 하천의 관리청이 필요하다고 인정할 때에는 다음 각목의 기간을 상향조정할 수 있다.</p> <p>가. 직할하천 : 100년 나. 지방하천 : 80년 다. 준용, 하천 : 20년내지 50년의 기간내에 당해 하천의 관리청이 정하는 기간</p> <p>(본조신설 88.8.1 건설령 439)</p>

3. 폐천부지의 관리문제

가. 폐천부지의 고시여부

하천구역은 하천법 제2조제1항제2호에 법정화되어 있어 동조다목후단의 규정에 의하여 하천구역으로 지정하는 경우를 제외하고는 하천의 상태가 이루어지면 별도의 고시행위없이 당연히 하천구역이 되며 제방축조등으로 하천구역에서 제외되면 하천법 제2조제1항제2호의 규정에 해당하지 않게되어 별도의 고시행위 없이 폐천부지로 된다.

다만, 하천법 시행규칙 제26조의4의 규정에 의한 홍수기타 천연현상에 의하여 폐천이된 경우에는 폐천이 되었는지의 여부가 분명하지 아니하므로 동조의 규정에 의한 일정한 기준에 해당하는 폐천부지는 하천관리청이 판단하여 하천법시행령 제43조의4의 규정에 의하여 고시한 후 처분하도록 하고 있다.

나. 폐천부지에서의 하천법 제25조의 규정에 의한 허가가능 여부

하천법 제25조는 "하천구역안에서 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 하고자 하는자는 대통령령이 정하는

바에 의하여 관리청의 허가를 받아야 한다"고 규정하고 있으며, 폐천부지는 하천구역이 아니므로 동조항에 의하여 허가할 수 없지 않느냐 하는 의문이 생긴다. 이에 대하여 아래와 같은 질의회신문이 있으니 참조하기 바란다.

제목 : 폐천부지에 대한 골재채취허가

질의내용 (서울특별시장)

하천은 자연공물로서 현행하천법은 제2조에서 하천구역을 법정하여 특정토지가 하천법 제2조제1항제2호 가목의 하천구역요건에 해당될때에는 관리청의 지정 인정등의 공용개시행위없이 당연히 하천구역이 되는 것이므로(공물의 성립) 당연한 결과로 하천구역내 토지가 홍수등 자연적 사유로 폐천부지로 될 경우 멸실로 인하여 공물의 기능이 소멸되어 그 토지는 법 제2조의 규정에 의거하천구역이 아닐 것인바 하천법 제25조는 하천구역내에서 골재채취를 하고자하는 자는 관리청의 허가를 받도록 규정하고 있어 법 제2조제1항제2호의 하천 구역이 아닌 폐천부지에서 골재채취를 하고자할 경우 하천법 제25조제1항제6호의 규정에 의거 허가할 수 있는지 여부

회신내용 (건설부장관)

하천구역이 아닌 폐천부지내에서 하천법에 의한 골재채취허가를 할 수 있는지 여부의 질의에 대하여 하

천법상 하천구역이라함은 하천법 제2조제1항제2호가, 나, 다목의 요건에 해당될 경우를 말하는 것인바, 하천구역은 하천에 편입된 시점부터 하천법 제3조에 의거 국유이므로 동법시행령 제11조의2 및 부동산등기법 제114조의 규정에 의거 시도지사는 지체없이 관할등기소에 국유축탁등기를 하여야 하며, 이러한 하천구역은 하천법 제25조의 규정에 의거 점용허가의 대상이 되며, 하천구역내의 토지가 자연적 또는 하천공사등으로 인하여 폐천부지화되었을 경우 하천법 제76조 및 제77조의 규정에 의한 교환 또는 양여 등 처분이 있기전까지는 하천법 적용대상이 되므로 동폐천부지내에서의 행위에 대해서는 하천법 제25조에 의한 허가를 득하여야 할 것입니다.

참고 : 수정417-14295(82.7.13)

그리고 하천법 시행규칙 제7조의3 제3항제2호의 규정에 의하여 비관리청하천공사로 인하여 발생된 폐천부지에 대하여 공사비 상당의 폐천부지를 양여한 후, 잔여 폐천부지에 대하여 동공사시행자에게 우선적으로 점용허가를 할 수 있다고 규정하고 있는 것으로 보아 폐천부지에 대하여도 하천법이 적용되어야 함을 알 수 있다고 생각한다.

다. 폐천부지의 종래의 토지소유자에 대한 하천법 부칙 제2조의 규정에 따른 보상 대상이 되는지 여부

하천법부칙 제2조제1항은 “이 법 施行前에 土地가 第2條第1項第2號가目에 해당되어 河川區域으로 되었거나, 1971年 1月19日 公布된 法律 第2292號의 施行으로 堤外地안에 있던 土地가 國有로 된 경우에는 管理廳이 그 損失을 補償하여야 한다.”고 규정하고 있으며, 사유토지가 하천구역에 편입되었다가 제방공사 시행등으로 폐천부지로 되어 처분되었거나 하천구역에 공유수면매립면허를 하여 폐천이되었을 경우에 하천에 편입당시의 토지소유자는 하천관리청이 위와같은 제방공사 또는 공유수면매립면허를 하지 않았다면 당해토지가 현재도 하천구역으로 있을 것이므로 위와같은 토지에 대하여도 당연히 손실보상의 대상이 된다고 생각한다.

라. 폐천부지도 하천이므로 공유수면매립법의 규정에

의한 매립면허를 할 수 있는가?

폐천부지는 국유재산으로 존치할 필요가 없다고 인정하는 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 당초의 소유자, 비관리청하천공사 시행자 또는 도지사에게 양여하고 또 하천공사로 새로이 하천에 편입된 사유토지에 대하여는 폐천부지와 교환하여 줄수 있도록 하천법 제76조 및 제77조에 규정하고 있는바 이러한 규정은 공유수면매립법의 규정에 대한 특별규정으로 판단되므로 폐천부지에 공유수면매립면허는 불가한 것으로 생각된다. 다만 하천기능을 상실하여 폐천이 된 경우에도 새로이 호수등 기능이 있어 공유수면으로 관리되어야할 필요성이 있는 토지인 경우에는 동매립면허도 가능한 것으로 생각된다.

그리고 사실상의 폐천부지인 경우에는 아래판례에 비추어 보아 공유수면매립이 가능하다고 생각된다.

「판례」

—農地로 使用되고 있는 公有水面의 河床이 公有水面 埋立免許의 對象이 될 수 있는 與否

—原來 公有水面埋立法 第2條第1號에서 말하는 公有水面인 河川, 바다, 湖沼, 其他 公共의 用에 使用되는 水流 또는 水面의 河床이 一時的인 現象으로 물이 말라서 農地로 使用되고 있었다고 하여도 이러한 事實만으로서는 그것이 公有水面의 河床으로서의 性質을 喪失하는 것이라고는 볼 수 없다할 것이므로 公有水面埋立免許의 對象이 될 수 있다. (大法 67.4.4判, 67다24號)

마. 폐천부지를 장기간 자주 점유한자는 시효취득할 수 있는가?

국유재산법 제5조제2항의 “국유재산은 민법 제245조의 규정에 불구하고 시효취득의 대상이 되지 아니한다”고 규정하여 폐천부지도 시효취득의 대상이 될 우려는 없었으나 헌법재판소는 91.5.13 “국유재산법(76.12.31 법률 제2950호) 제5조제2항을 동법의 국유재산 중 잠종재산에 대하여 적용하는 것은 헌법에 위배된다”고 결정하였으므로

※참고 : 헌법재판소법 제47조(위헌결정의 효력)
 ① 법률의 위헌결정은 법원, 기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속한다.
 ② 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날로부터 효력을 상실한다. 다만, 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다.

국유재산법 제5조제2항은 위헌결정이 있는 날로부터 국유집중재산에 대한 효력이 상실되었으나 시효취득의 대상재산이 자동적으로 점유자에게 이전되는 것은 아니고 등기청구권만 발생하게 되므로 점유자는 소송을 제기하여 법원의 판결에 따라 시효취득의 성립여부가 결정될 것이다.

그러나 폐천부지에 있어서 규정대로 발생일로부터 1년 이내에 폐천부지를 처분한다면 위와같은 문제점은 발생되지 않을 것이나 폐천부지를 장기간 처분하지 않고 하천관리청이 그대로 관리하고 있는 경우가 많으므로 폐천부지의 시효취득가능 여부에 대하여 살펴보고자 한다.

민법상 취득시효에는 점유취득시효와 등기부 취득시효가 있으며 그 규정내용은 다음과 같다.

○점유 취득시효

20년간 소유의 의사로 평온, 공연하게 부동산을 점유하는 자는 등기 함으로써 그 소유권을 취득한다. (민법 제245조제1항)

○등기부 취득시효

부동산의 소유로 등기한자가 10년간 소유의 의사로 평온, 공연하게 선의이며 과실없이 그 부동산을 점유한 때에는 소유권을 취득한다. (민법 제245조제2항)

위 규정에 비추어 폐천부지를 점유하는자가 취득시효를 주장할 가능성이 있는가에 대하여 검토하여 본다.

1) 하천점용허가를 받아 점유하는 경우

폐천부지를 점용허가를 받아 점유하고 있는자는 자주점유(소유의 의사를 가진 점유)로 볼수 없으므로 취득시효는 인정될 여지가 없을 것이다.

2) 등기부상 소유자가 점유하는 경우

종전토지소유자가 폐천부지를 점유하는 경우에는 대부분 당해토지가 하천에 편입된 당시 등기말소

하지 않은 토지이므로 등기부 취득시효에 해당하게 될 것인바 등기부 취득시효인 경우에는 점유자의 선의, 무과실이 요건이며 선의는 前主가 무권리자라는 것을 알지 못하는 것이고 무과실은 그 알지못하는데 과실이 없음을 말하는 것으로서 종전 토지소유자나 하천에 편입되어 있는 토지를 매수한 자는 하천편입 토지가 국유토지임을 몰랐다 하더라도 알지 못하는데 과실이 있음이 명백하므로 취득시효는 인정될 여지가 없을 것이다.

그러나 종전 토지소유자로 부터 폐천부지로 된 후에 매수한 자는 폐천부지가 하천부지인지여부가 불명한 경우가 많으므로 취득시효가 인정될 우려가 있을 것이다.

3) 기타 점유자의 경우

여러가지 사유에 의하여 폐천부지를 장기간 무단점유하고 있는 때에는 경우에 따라 다를 것이나 대판83다가181에 의하면 사실상 폐천부지일지라도 건설부가 명시적이든 묵시적이든 하천(불용통물)의 용도 폐지를 하지않은 이상(즉, 용통물이 되지 않은 이상) 사적거래의 대상이 될 수 없으므로 시효취득이 배제된다고 하고 있으므로 사실상의 폐천부지는 시효취득 대상이 될 수 없다고 하고 있으나 이 경우에도 "묵시적인 용도폐지"가 구체적으로 무엇이나 하는 점에 있어서는 경우에 따라 논란의 소지가 있을 수 있고 개인의 사적권리보호에 치중해 가고 있는 사법부의 경향으로 보아, 행정주체가 사실상 집중재산화된 행정재산을 명시적으로 용도폐지하지 않고 20년 이상 방치하고 있다는 사실 자체를 "묵시적인 용도폐지"라고 해석할 가능성도 배제할 수 없으며, 이 경우에는 사실상 집중화된 행정재산도 시효 취득대상이 된다고 될 수 있고 용도폐지규정이 없는 하천의 폐천부지에 있어서 홍수등 천연현상으로 발생한 자연 발생 폐천부지에 대하여 위와같이 시효대상이 될 가능성을 전혀 배제할 수 없을 뿐 아니라 더욱이 제방축조 등으로 발생한 폐천부지는 시효취득의 대상이 될 우려가 있다고 생각된다.

바. 지목이 하천인 토지의 처리

하천구역은 제방이 없는 구간에 있어서는 자연히

생성되는 하수의 흐름에 따라 정하여지고 우기와 건기의 수량의 비율이 약 400:1이 되는 실정이므로 하천구역의 경계가 분명하지 않은 경우가 많고 하수가 항상 유동적이므로 오랜세월 유로변경이 많아 하천구역경계밖에 지목이 하천인 토지가 다수있어 토지소유자가 토지를 이용하고자 할 때에 지목이 하천이기 때문에 여러가지 제약을 받고 있으므로 민원이 많이 발생하고 있다.

이러한 토지는 하천구간이외의 토지는 하천법상 문제가 없으나 하천구간내 토지에 대하여는 이전에 하천구역에 편입되어 있었기 때문에 지목이 하천으로 되었는지 여부의 확인이 필요하며 아래와 같이 처리함이 타당할 것으로 생각한다.

1) 적용하천 구간내의 토지

사유토지가 하천구역에 편입되면 국유로되며 다시 하천구역에서 제외된다 하더라도 다시 사유토지로 되는 것은 아니므로 위와같은 토지가 분명히 하천구역내의 토지이었다면 하천법 부칙 제2조 및 동법시행령 제11조의2의 규정등에 따른 보상 및 등기말소등 조치가 이루어져야 할 것이다.

그리고 하천구역내 토지이었음이 불명하고 근거도 없는 경우, 필요하면 하천편입토지의 보상에 관한 규정 제13조의 규정등에 의거 소유자에게 환원조치등 조속히 처리되어야 할 것으로 생각한다.

하천관리청이 위와같은 토지에대하여 분명한 입장을 가지고 신속히 처리하여 민원을 해소함은 물론 하천관리에도 효율을 기할 것이 요구된다고 생각한다.

2) 준용하천 구간내의 토지

준용하천 구역에의 토지는 하천법 제3조의 규정이 준용되지 않고 사유토지가 준용하천구역내에 편입되면 공물의 성질상 하천법중 준용규정에 의거 행위규제가 되는 이외 사소유권이 인정되고 있으므로 하천구역에서 제외되어 공물의 성질을 상실하면 준용되던 하천법의 규정도 준용되지 않는 것으로 생각한다.

그러나 판례는 아래와 같이 사실상 폐천화되는 것만으로는 행위규제가 배제되지 않는다고 하고 있다.

「판례」

—準用河川區域이 成土化된 경우 河川法の 適用이 排除되는지 與否

—判決要旨: 準用河川區域으로 된 土地는 事實上 成土化되어도 河川法の 適用이 排除되지 아니하므로 私權行使가 制限된다.

판결내용: ...전략... 본건 토지가 준용하천 구역으로 된 이상 그후 준용하천구역에서 제외되었다는 주장입증이 없는 본건에 있어서 논지주신과 감이 사실상 성토화되었다고 하여도 하천법의 적용이 배제되는 것은 아니라고 할 것이니 본건 토지에 대한 사권행사가 제한된다고 본 원심의 판단은 정당하고, 거기에 소론과 같이 법리를 오해한 위법이 없다. 논지는 모두 이유없다. ...후략...(대법 79.12.11 선고 79다1560사건)

4. 결 론

하천관리청의 주업무는 하천의 효율적관리이며, 폐천부지의 관리에는 위와같은 많은 문제가 발생되고 있으므로 폐천부지가 발생되었을 때에는 계획을 수립하여 특별한 사유가 없는 한 발생일로부터 1년 이내에 처분하도록 규정(하천법 시행규칙 제27조제1항)하고 있다. 그러나 현실적으로는 특별한 사유도 없이 장기간 폐천부지로 관리하고 있는 경우가 허다하다.

이로 인하여 폐천부지를 불하하여 달라는 민원도 다수 발생되고 있는바 하천관리청은 폐천부지를 조속히 처분하여 위와같은 문제점을 조속히 해결할 것이 요구되고 있다.

최근 시·도에 따라서는 폐천부지를 일제조사를 실시하여 처분계획을 수립하고 있으며, 동폐천부지매각 대금으로 하천개수를 계획하는 등 조치를 취하고 있는 것으로 알고 있으나, 폐천부지는 계속 발생되고 있으므로 하천법 제76조 및 제77조의 규정에 의한 교환 및 양여처분을 조속히 하고 특별한 사유가 있어 장기간 관리할 경우에는 위와같은 문제점에 유의하여 관리하여야 할 것으로 본다.