

日本 河川法の 水利權制度에 관한 考察

천병태 (부산대학교 법대 교수)

I. 導 入

(1) 일본은 계절에 따른 자연적 상황 때문에 때로는 홍수(洪水)로 인한 재해가 많은가 하면 반대로 이상소우(異常小雨)에 의한 갈수기(渴水期)도 있어 수자원은 자연적 요인으로서의 기후조건에 크게 의존하고 있다. 그렇지만 일본의 수자원은 거의가 강수(降水)에 의한 것이기 때문에 반드시 전국이 동시에 갈수(渴水) 상태가 되는 것이 아니라 지역에 따라 다른 이률테면 지역성이 매우 두드러진다.

주지하는 바와 같이 물(水)은 한번 이용하고 난 후 에라도 다시 몇번이라도 이용가능한 성질을 가진 것이기 때문에 물(水)문제를 법적으로 approach할 경우, 물이 가지는 특질에 대응할 종합적인 물법제(水法制)와 물행정(水行政), 즉 물관리 및 이용에 관한 법제와 행정을 검토할 필요가 있다. 강수에 의해 자연스럽게 흘러가는 하천수는 자신의 토지 위를 지나는 동안 그 토지의 소유자는 자연스럽게 그 물을 이용할 수 있는 수리권(水利權)을 가지지만, 그 물의 이용과 사용을 둘러싸고 분쟁이 빈번하게 발생한다.

최근 우리나라 전역에서 물과 관련하여 일어나고 있는 분쟁이 그것이다. 한강수계에서는 소양호에 인접한 춘천시가 물값 지불을 거부하고, 팔당 상수원 지역에서는 그들에 가해진 규제가 토지소유권을 부당하게 제한하여 자신들의 재산권을 침해하고 있다고 주장한다. 이러한 물 분쟁은 전국에서 빈발하고 있지만 특히 낙동강 지역이 그러하다.

낙동강의 최상류인 안동 지역은 안동댐과 임하댐으로 인하여 심각한 피해를 입고 있다고 주장한다. 낙동

강은 대구 상류의 구미, 김천 공업단지의 공업용수로 이용되고 또한 그 폐수가 다시 흘러들어 와서 대구를 거치면서 대구 시민의 상수원이 된다. 한편 낙동강의 한 지류인 금호강은 포항제철에 물을 공급하기 위해 영천댐을 건설한 후에 수량이 급격히 줄어서 낙동강 수질오염의 한 원인을 제공했다. 이렇게 대구를 흘러 나간 낙동강은 다시 그 주변 도시의 생활용수와 농업용수로 사용되고 마지막으로 남은 물은 부산광역시의 상수원으로 취수된 후 바다로 흘러 들어간다. 이렇게 과도한 용도로 낙동강의 하천수가 이용되고 있어서 분쟁이 끊이지 않고 있다. 대구, 부산, 경북, 경남간의 위천공단 문제는 400만 부산시민들이 이 정도로 심각하게 오염된 상수원은 제구실을 할 수 없다고 하면서 정부의 행정능력에 의문을 제기한다.

(2) 이처럼 하천을 둘러싼 분쟁이 발생하게 된 데는 많은 원인이 있지만 물의 이용에 대한 권리, 즉 수리권이 불분명한 것도 그 원인의 하나가 된다. 현행 법률 중 수리권에 관해서는 民法, 河川法, 多目的댐法에 규정이 있다. 민법의 수리권은 주로 相隣關係로서 규정되어 있기 때문에 물을 광역적 차원에서 관리하는 경우에 대해서는 크게 도움이 되지 못한다. 하천법과 다목적댐법도 국가에 하천관리권과 다목적댐 건설, 관리권을 주었지만 합리적인 물의 배분 원칙 등에 대해 규정하고 있지 않다.

본 고에서는 일본에 있어서 물을 사용할 수 있는 권리관계 즉 수리권을 둘러싼 현행법의 규정상 문제점을 검토하고 더 나아가 수리권을 합리적으로 확립하고 물의 부족현상이 발생하는 경우에 대처하는 방안 (그리고 물의 이용에 관한 분쟁이 발생하는 경우에 이

를 처리할 수 있는 제도적 장치-이 문제는 별도로 다루기로 한다) 등 물행정에 대한 현행제도를 연구하여 현재 우리의 수리권 제도를 확립·개선하는데 도움이 되게 하고자 한다.

1. 河川法の目的

(1) 1964년 하천에 대하여 홍수·고조 등에 의한 재해발생의 방지, 하천의 적절한 이용, 그리고 유수의 정상적 기능이 유지되도록 하천을 총합적으로 관리함으로써 국토의 보전과 개발에 기여하고, 이로써 공공의 안전을 유지함과 더불어 공공의 복지증진을 목적으로 河川法이 제정되었다(동법§1). 이 법은 하천에 관한 주요한 법률로써 물행정(水行政)의 기본적인 내용으로 치수·이수·수환경이라는 세 가지 목적을 들고 있으며, 하천은 공공용물이며, 그 보전, 이용 기타 관리는 이러한 목적이 달성될 수 있도록 적정하게 이루어져야 함을 선언하고 있다(동법§2①).

(2) 河川法은 하천에 대하여 정면으로 정의를 하고 있지 아니하지만, 법 제4조 1항에서(이 규정은 1급하천에 대하여 定義를 하고 있지만)〔河川(公共의 水流 및 水面이라 한다. 이하 같다)〕이라고 규정하고 있기 때문에 하천이란 공공의 水流 및 水面을 가리키는 것으로 이해할 수 있다. 따라서 하천에는 水流 이외에 水面도 포함되는 것으로 호소도 하천인 셈이다.

하천법상 하천은 1급하천과 2급하천으로 구별되고 있다. 1급하천이란〔국토보전상 또는 국민경제상 특히 중요한 수계로서 정령(政令)으로 지정한 것에 관한 하천(公共의 水流 및 水面을 말한다. 이하 같다)으로서 건설대신이 지정된 것〕이다(동법§4①). 국민들 사이에서도 잘 알려져 큰 하천은 대개 1급하천이라고 보더라도 무방하다.

이에 대하여 2급하천은 위의 1급하천 이외의 水系로서 공공의 이해에 중요한 관계가 있는 것으로 도·도·부·현 知事が 지정한 것이다(동법§5①).

이상의 1급하천과 2급하천이 하천법의 규율대상이 되는 하천이지만, 이외에 하천법의 적용이 되지 아니하는 소규모의 하천이 다수 존재한다. 이를〔보통하천〕이라고 부른다. 보통하천에 대해서는 市·町·村

長이 지정하게 되고 하천법의 준용을 받게 되지만(동법§100①). 이를〔準用河川〕이라 부른다), 市町村이 독자적 관리를 위하여 特例를 제정하는 것도 가능하다. 이러한 조례를〔普通河川管理條例〕라고 부르는데, 최고재판소의 판례도 이 조례의 適法性을 인정하고 있다.

2. 河川의 管理

이처럼 하천법은 홍수 등의 재해·수해의 방지와 같은 치수, 생활이나 생산활동에 이용되는 용수 등의 이수 및 유수의 정상적 기능유지라는 水環境이 서로 조화를 이루면서 효율적으로 하천기능이 달성되도록 노력한다. 그리하여 河川管理者는 하천이 적정하게 이용되도록 이를 관리하는 책무를 가진다. 따라서 수자원의 이용에 있어서도 각 이수(생활용수 즉 수도용수, 농업용수, 발전용수, 공업용수) 상호간의 조정이 필요하고, 용수간의 관련성, 정합성, 우선성 등이 충분히 배려되어야만 할 것이다.

그렇지만 현실적으로는 총합적인 물(水)이용에 관한 단일법전으로서의〔水法〕이 존재하고 있지 아니하고, 이용목적에 따라 용도별로 개별적 이용목적이 세분화되어, 단일용도별로 개별실정법에 맡겨져 있는 현재의 법체제로 하천관리에 관한 이상의 목적을 충분히 달성할 수 있을까 하는 의문을 제기하는 자가 적지 아니하다.

1급하천의 관리자는 건설대신이지만(동법§9①), 그것을 도도부현 지사에게 機關委任하는 것도 가능하므로(동법§9②) 실제로 많은 기관위임이 이루어져 있다. 2급하천의 관리는 도도부현지사가 한다(§10).

보통하천의 관리는 市町村長이 담당하지만, 보통하천 가운데 준용하천도 아니고 보통하천관리조례도 제정되어 있지 않은 것에 대해서는 法律·條例에 의한 정규의 관리자가 없게 되는 경우가 생긴다. 이를〔法定外公共物〕이라고 부르지만, 市町村이 사실상 관리하고 있는 경우가 대부분으로, 이러한 경우의 사고에 대해서는 市町村이 사실상의 관리자로서 책임을 지도록 되어 있다.

3. 河川流水의 利用制度 - 占有許可制度 -

(1) 하천법은 하천유수를 私權의 목적으로 할 수 없다고 규정하고 [河川의 流水를 점용하려고 하는 자는 건설성령으로 정하는 바에 따라 하천관리자의 허가를 받아야 한다]고 하고 있다(동법§23).

전통적으로 하천이 공물로 이해되어 온 만큼, 하천의 물(水) 역시 私權의 대상으로 될 수 없기 때문에 河川의 流水를 이용하거나 사용하고자 하는 사람은 누구든지 하천관리자로부터 유수를 점용하여 사용할 수 있는 권리인 水利權을 얻어야 한다. 공물관리권을 가진 하천관리자는 1급의 하천(하천법§4)의 경우는 建設대신이며, 2급하천(동법§5)의 경우에는 都道府縣知事이다(동법§10).

(2) 하천법 제2조 2항은 [하천의 유수는 私權의 목적으로 할 수 없다]고 규정한다. 따라서 私人是 물론이고 국가나 지방자치단체도 하천의 유수를 소유권 등 사권의 대상으로 할 수 없다. 따라서 建設대신·도도부현지사·시정촌장에게 인정될 수 있는 것은 하천을 관리할 수 있는 권한뿐이다. 하천의 관리는 治水나 利水 등을 위하여 이루어지는 것이다. 하천법은 하천관리의 기능으로서의 법제도이다.

하천의 유수는 옛부터 주민에 의하여 농업용수나 생활용수 등 여러 가지 형태로 이용되어 왔다. 오늘날에는 이와 같은 하천의 유수에 대한 수요가 매우 증대되었다. 그러나 하천의 유수는 그 양에서 매우 한정되어 있기 때문에 이를 이용자의 자유에 맡길 수 없는 것이다. 즉 유수의 이용에 대해서도 일정한 기준을 정하고 있는 제도를 둘 필요가 있다.

따라서 河川法은 하천유수의 이용제도를 [流水占有許可]로서 하천관리의 제도 가운데 마련해 두고 있다. 즉 [하천의 流水를 점용하려고 하는 자는 建設성령의 규정에 따라 河川管理者의 허가를 받아야 한다](동법§23). 이러한 하천관리자의 허가를 얻은 자는 하천의 유수를 점용, 즉 이용할 수 있는 것이다.

이 流水 가운데에는 하천의 表流水만이 아니라 하천구역내의 地下水 및 하천구역외의 지하로 흐르는 伏流水도 포함된다.

(3) 水利權

일본의 실정법상에는 [水利權]이라는 용어가 사용되고 있지 아니하지만, 하천법 제34조에 의한 流水占有許可를 받게되면 이로서 수리권이 부여된다고 해석되고 있다. 일반적으로 수리권은 물을 소유하는 권리가 아니라 단순히 물을 사용하는 권리라는 점이 강조된다.

개별실정법에 의하면 수리권을 나타내는 것으로 여러 가지 용어법이 쓰이고 있지만 [물을 이용하는 권리](토지수용법§5③), [물의 사용에 관한 권리](농지법§14①), 토지개발법§2②, 삼림법§65) 등, 그 내용이 반드시 통일되어 있지 않다.

학자들도 [水利權]이라고 부르지만, 최고재판소는 수리권이라고 부르는 경우도 있는가 하면 [公水使用權]이라고도하여 [공수사용권은 그것이 관습에 의한 것이든 행정청의 허가에 의한 것이든 불문하고 공공용물인 公水에 존재하는 권리임에 비추어 보아, 하천의 전수량을 독점 배타적으로 이용할 수 있는 절대 불가침의 권리가 아니라 사용목적에 충족시키기 위하여 필요한 한도의 유수를 사용할 수 있음에 지나지 아니하는 것이라고 해석하는 것이 타당하다]고 판시하고 있다(最高裁判所〈最三小〉 1962. 4. 10 民集 16卷 4號 699면).

4. 流水占有許可 및 이로써 설정된 權利(=水利權)의 性質

위에서 언급한 바와 같이 유수점용허가는 河川管理者에 의하여 주어진다. 그리고 이 허가로서 인정된 유수의 점용은 어떤 특정한 목적을 위하여 또 그 목적의 달성을 위하여 필요한 한도내에서 공공용물인 하천의 유수를 배타적·계속적으로 사용하는 것을 말한다.¹⁾

유수의 점용에는 유수를 취수하고 사용하는 [양적 점용]과 수면의 점용인 [면적 점용]이 있다. 현재 유

1) 最高裁判所 1969. 12. 18, 1962. 4. 10.

수점용허가는 前者에 대해서만 이루어지고 있기 때문에 이하에서는 前者만을 그 대상으로 한다.

(1) [流水占用許可]란 물의 이용을 원하는 상대방에 대하여 권리를 설정하는 특허 또는 설권행위이다. 이렇게 설정된 권리가 바로 [水利權]으로 불리워진다.

이에 대하여 연안의 주민이 하천의 유수를 플라스틱 물통으로 퍼 올려 세탁에 이용하거나 정원의 수목이나 화초의 물주기에 사용하거나 세차 및 도로청소에 사용하는 정도의 이용·사용은 하천의 [일반사용]의 일환이고(田子の浦住民訴訟), 이런 경우는 유수점용허가를 따로 받아야 할 필요가 없다.

하천의 일반사용의 일환으로서 유수의 이용과 허가의 대상이 되는 유수의 점용을 구별하는 경계선은 일의적으로 명확하게 그을 수 없지만, 취수시설을 마련하여 농업용수로 물을 이용하는 것은 유수의 점용이고 허가가 필요하다고 하겠다. 물론 아래에서 논술하겠지만, 관행적으로 인정되고 있는 유수의 점용 즉 [慣行水利權]이 있음도 알아두어야 한다.

상술한 [유수의 점용]의 정의에서는 계속성이라고 하는 하나의 merkmal이 그 요소가 되고 있지만, 세탁이니 청소니 하는 시민 레벨에서의 일상적 유수의 사용은 계속적으로 이루어지더라도 점용허가의 대상이 되는 것은 아니다. 그러므로 이러한 의미서 볼 때 계속성이 중요한 merkmal이 되는 것은 아니다. 오히려 물(水)의 사용량, 사업목적이 무엇인가의 여부, 사용시설이 갖추어져 있는가 여부 등이 점용허가를 할 것인가 아닌가의 여부판단에 중요한 기준이 된다고 하겠다.

(2) 유수의 점용허가는 自由裁量行爲이다. 이는 그 허가가 특허 내지 설권행위이라는데 대응함과 동시에, 하천법이 이 허가에 대한 기준을 두고 있지 않다는 점에서도 그 근거를 찾을 수 있다. 이 점은 물(水) 행정만이 아닌 모든 행정부분에서 눈여겨 볼 부분이라고 하겠다.

(3) 유수의 점용허가는 사용목적에 특별히 정하여 이루어진다. 사용목적에 따라 [水利權]을 분류하여 보면, [관개농업용수리권] [수도용수리권] [공업용수리권] [발전용수리권] [양어용수리권] 등으로 나눌 수

있다.

(4) 유수의 점용은 특정목적달성을 위하여 필요한 한도내에서 이루어진다. 점용허가에 있어서는 최대취수량의 표시가 되어 있지만, 그 이하의 양으로도 목적달성이 가능한 경우에는 그 이상의 취수를 인정하지 않을 수도 있다.

(5) 유수의 점용허가로서 주어지는 권리는 배타적인 성격의 권리이다. 이를테면 허가로써 인정된 유수의 점용이 타인으로부터 방해받을 뺄면 유수점용허가를 받은 자는 그 방해상태의 배제를 법원에 구할 수 있다.

5. 許可水利權과 慣行水利權

(1) 流水占用權, 즉 [水利權]은 하천법상 유수점용허가로서 주어지는 것이 원칙이지만, 하천법의 시행 또는 그 적용이나 준용 이전부터 유수의 점용이 인정되고 있었던 자에게는 새로운 허가없이도 水利權이 인정되는 바, 이를 [간주수리권, 통상 관행수리권](이하 [관행수리권]이라 부르기로 한다)이라고 한다.

이 관행수리권에는 엄격히 다음과 같은 3종류의 수리권이 있는 바,

① 구하천법(명치 29년제정-1896년)의 시행시, 이를테면 제정 이전부터 이미 유수를 사용하고 있었던 자에게 인정된 권리 즉 관행수리권, ② 河川法 18조에 의거하여 허가를 얻고 있었던 자에게 인정되는 권리, 그리고 ③ 1급하천·2급하천 또는 준용하천으로 지정되어 하천법의 적용 또는 준용을 받기 전에(즉, 보통하천의 단계) 유수를 사용하고 있었던 자에게 인정되는 권리(이것도 보통 관행수리권이라고 부른다) 등이 있다.

(2) 특허 설명을 요하는 것이 [慣行水利權]인 바, 이는 구하천법 이전부터 하천의 사용은 농지관개용 중심으로 널리 행하여지고 있었으며, 관행적인 수리용의 권리가 존재하였던게 사실이다. 이 법 제87조와 동시행령 제20조에서는 [이 법률의 규정에 의한 허가를 받은 것으로 간주한다]고 규정되고, 실정법상 이를 간주허가수리권이라고 불렀다.²⁾

따라서 그 실태를 명확하게 파악하기 위하여 하천

관리자로 하여금 필요한 사항을 신고하도록 하고 있었던 것이다.

또 하천법상〔慣行水利權〕 내지〔看做水利權〕 등이라는 문언은 전혀 사용되고 있지 않았고, 또 이들은 법령용어도 아니었으며 더구나 明治 29년(1896년) 구하천법 성립이후는 새로운 관행수리권이 생겨날 여지가 없었다.

이러한 관행수리권은 慣行에 의하여 인정되고 있었던 만큼, 주로 관개용수에서 인정되고 있었던 기득의 권리이지만, 그 내용이 명확하지 못할 뿐만 아니라 허가의 更新 등이 이루어지지 않았다는 점에 문제가 있었다. 모든 권리일반이 그러하듯이 소유한 자는 법률적으로 자신을 위하여 주장할 수 있어야 하며, 만약 자신의 이러한 권리가 타인의 방해로 인하여 훼손되는 일이 생긴다면 자력구제가 아닌 사법적 보호를 요청할 수 있어야 한다. 그러기 위해서는 관행수리권의 내용과 실체가 규명되어야 하고 성립의 근거도 확고하여야만 할 것이다.

이 점에 착안하였음인지는 모르지만 많은 학자들이 관행수리권의 정의와 내용상의 문제점에 대하여 언급하고 있다. 즉〔관행 자체가 불명확한 것도 많고, 또 새로운 사태의 발생에 대하여 관행의 해석이 문제되는 경우도 많다〕³⁾는 지적이 있는가 하면,〔수리 사용에 관한 관습법의 내용에는 연안권, 전용권(古田優先, 上流優先 등), 공용권, 여수이용권 기타 여러 가지 원리에 근거하는 것이 있다〕고 하여 관행수리권의 不明確性·複雜性이 지적되고 있다.

한편 관행수리권의 행정해석으로서 1970년 7월 건설성하천국수정과는〔허가수리권이 다른 수리권자와의 법률관계에 대해서도 또 권리의 내용에 대해서도 하천법상의 공법적 규제를 받아 명확하게 되어 있음에 비하여, 관행수리권에 대해서는 그 권리의 내용 등이 오로지 옛부터 전해져 오는 관습에 맡겨져 있고 불명확한 것이 많다〕고 지적되었지만, 현재로서도 이 문제는 여전히 검토의 대상으로 유보되어 있다.

(3) 그렇지만 관행수리권을 合理化하기 위하여 여러 가지 방안이 연구검토되어 왔다. 즉 한가지 방안을 예로 든다면 관행수리권을 허가수리권으로 변경시킴으로써 許可水利權으로 처리하는 방법이다. 이를테면 관행수리권의 포기절차를 밟으면서 동의를 얻어 허가수리권으로 하는 방안이 될 것이다.

또 하천법과는 별개로 지방자치법에 있어서도〔옛부터의 관행에 따라 市町村의 주민 가운데 특히 공유재산을 사용할 권리를 가진 자가 있을 경우에는 옛 관행에 의한다〕(동법§238의6①)고 규정하고 있다.

(4) 수리권의 종별 - 수리권에는 그 행사의 방법에 따라〔안정수리권〕〔풍수수리권〕〔잠정수리권〕의 3종류를 들 수 있다.

이러한 권리의 설명에 전제가 되는 것은 기준갈수유량 및 하수유지유량이다.

〔기준갈수유량〕이란 하천의 취수지점에 있어서 예상되는 최저의 유수량이다. 원칙으로서 과거 10년간에 걸쳐 최저의 갈수유량이 이 기준갈수유량이 된다. 갈수유량은 연간 365일을 밀돌지 않는 정도의 유량치이다(즉, 355일간은 흐르고 있는 유량).

①〔하천유지유량〕이란 하천의 적정한 이용 및 하천유수의 정상적 기능을 유지하기 위한 최저한도의 유수량을 가리킨다. 하천에 따라 다르기는 하지만, 배의 항행, 어업경관, 동식물의 보호, 염해의 방지 등을 위하여 필요한 유수량이다.

그러므로〔안정수리권〕이라 함은 기준갈수유량의 범위내에서 하천유지유량을 빼더라도 유수량에 여유가 있는 경우에 인정된다. 流水占用許可를 신청한 시점에서 이미 타인에게 안정수리권이 인정되고 있는 경우에는 그것을 빼더라도 여전히 유수량에 여유가 있을 경우에 한하여 신규의 신청인에게 허가가 주어져 안정수리권이 부여된다.

하천유지유량과 허가에 의하여 각자에게 인정되고 있는 유수점용료의 총합이 기준갈수유량을 초과하여서는 아니된다.

2) 이를〔古田有占〕이라 불러 기득권자 존중의 원칙을 확립하고 있었다.

金子昇平(水資源と水利利用の法律問題)〔驛澤大學法學部研究紀要〕50號, 1992. 3.

3) 金澤良雄(水法)(有斐閣法律學全集, 1960) 85면 이하.

② 다음으로 [풍수수리권]이라 함은 풍수시, 즉 梅雨(바이우)시에 있어서처럼 기준갈수유량을 넘는 유수가 있을 경우에 이를 취수할 수 있는 권리를 가리킨다.

③ 끝으로 [잠정수리권]이라 함은 긴급하게 취수하여야 할 필요성이 사회적으로 존재할 경우에 취수를 인정하는 권리이다. 이는 일반적으로 風水의 경우에 인정된다.

6. 水利權의 主體

(1) 수리권의 주체, 다시 말하면 유수점용허가의 신청자는 원래는 물(水)을 현실적으로 사용·소비하는 자이다.

그러나 실제로는 수도사업자나 수자원개발공단과 같이 물을 시민이나 사업자에게 배분하는 자(즉 販賣者)도 유수점용허가의 신청자, 즉 수리권의 주체가 된다.

이러한 현실을 고려한다면 '유수점용허가의 신청자=수리권의 주체'라는 등식은 取水施設이나 貯留施設을 설치관리하는 자가 된다는 의미이다.

여기서 물을 배분(판매)하는 자를 수리권의 주체로 보면, 수리권이 私權과 같은 성격을 지니게 되어 유수에 대하여 私權의 성립을 부정하는 하천법의 규정과 모순된다는 문제도 생긴다는 점을 유의할 필요가 있다. 또 유수의 점용은 점용의 목적달성을 위하여 필요한 한도내에서만 인정된다는 대전제와 모순되지 않을까 하는 문제도 생긴다.

(2) 수리권의 주체와 관련하여 국가나 지방자치단체도 유수점용허가를 신청할 자격이 있는 것일까. 즉 국가와 지방공공단체의 유수점용허가의 신청권 소재여부도 문제시 되고 있다.

河川法에는 이에 관한 규정이 없지만, 달리 이를 금지한다는 규정이 없는 만큼 가능하다는 견해가 다수의 입장이다.

7. 流水占用許可의 基準

이는 水利權에 관한 문제점 가운데 하나이다.

河川法에는 어떠한 경우에 하천의 流水占用을 하는

것일까 하는 점용허가의 요건에 관하여 구체적으로 규정하고 있지 않음은 문제로 지적된다.

물론 河川法 제23조는 유수의 점용허가에 대하여 규정하고 있기는 하지만, 그 허가의 요건에 대한 규정이 없다. 그러므로 이 허가는 행정법학상의 自由裁量行爲라고 볼 수 있으며, 기껏해야 하천법의 목적을 규정하고 있는 동법 제1조의 규정에 구속되고 있음에 그칠 수밖에 없다고 본다.

동법 제1조는 [이 법률은 하천에 대하여 홍수, 고조 등에 의한 재해발생은 방지하고, 하천이 적정하게 이용되며, 그리고 홍수의 정상적 기능이 유지되도록 이를 총합적으로 관리함으로써 국토의 보전과 개발에 기여하고, 이로서 공공의 안전을 유지함과 더불어 공공복지를 증진시킬 것을 목적으로 한다]고 규정하고 있다.

하천법에 근거하여 일반 행정실무에서는 다음과 같이 허가기준을 설정해 두고 운용한다.

(1) 流水占用에 공익성이 있고, 동시에 신청자에게 취수의 실행에 대한 확실성이 있을 것을 요한다.

여기서 [公益性]이라 함은 유수점용의 목적에 대한 妥當性, 지역계획과의 整合性을 가리키고 있다고 보아야 한다. [실행가능성]에 대해서는 취수량의 합리성이나 신청자의 사업수행의 능력이 문제가 될 것이다.

(2) 예정취수량이 안정적으로 확보되어야 한다.

위에서도 살펴 보았지만 安定水利權에 대해서는 기준갈수유량의 범위내에서 하천유지유량과 이미 타인에게 인정되고 있는 안정수리권의 취수량을 제외하더라도 여전히 용수량에 여유가 있을 경우에 한하여 신규의 허가가 주어지고 安定水利權이 부여된다.

(3) 하천의 다른 사용에 대하여 미치는 영향이 거의 없어야 한다.

유수의 점용으로 연안에서의 농업이나 어업 그리고 선박 등의 운항에 좋지 못한 영향을 미치고, 또 경관을 악화시키는 경우가 있을 수 있다. 이러한 영향은 전술한 河川維持流量의 維持로서 어느 정도 피할 수는 있겠지만, 그러한 회피가 불가능한 경우에는 하천의 다른 목적에서의 사용과 당해유수의 점용을 상호 조정하여야 할 것이며, 그러한 兩立이 곤란하다고 판

단될 경우에는 兩者의 公益性을 비교함으로써 결정되어야 할 것이다.

이상의 河川流水占用許可에 관한 세 가지 요건은 어떠한 경우에 하천의 유수에 대한 점용을 허가할 것인가에 대한 하천법의 목적으로부터 구성된 최소한의 것이다.

그렇지만 주지하는 바와 같이 다양한 사회상황의 전개로 인한 다원적 기준의 등장은 허가권을 가진 관청의 자유재량의 폭을 확대한다는 새로운 문제를 제기한다. 행정권의 절대적 우위를 타부로 여겨온 종래의 전통적 행정법학의 시각에서 본다면 이러한 현대적 상황의 등장은 당연히 될 수도 있겠지만, 국민위주의 현대적 행정법체계 하에서는 이러한 행정관청의 재량을 어떠한 방법으로 또 어느 정도로 통제하느냐 하는 문제가 중심이 된다.

이러한 논리에 따르면 당연히 河川法을 개정하여 하천유수의 점용을 허가하는 요건을 법률로써 구체적으로 규정하여야 한다는 입법정책론이 우세한 입장에서 서게 된다.

8. 流水占用許可의 存續期間

유수점용허가에 의한 水利權에 대해서는 河川局長施行通達(訓令)에 의하면, 발전을 위한 수리사용에 대해서는 30년, 기타의 수리사용에 대해서는 대개 10년이 한도이다.

그렇지만 사실상으로는 이 기간은 허가의 更新을 위한 기간이며, 更新은 遊休水利權(현실적으로 행사되고 있지 아니한 수리권)의 배제, 허용취수량의 삭감, 새로운 조건의 부가 등의 기회로 되고 있다.

또 慣行水利權에 대해서는 성질상 존속기간이 있을 수가 없다. 만약 존속기간이 있다고 한다면 관행수리권은 이미 소멸하였다고 보아야 할 것이다.

9. 水利權의 配分과 水利調整

안정수리권에 대하여 전술설명에 의하면, 신규안정수리권의 허가는 기존안정수리권이 행사되더라도 하천의 유수량에 여유가 있을 경우에만 주어진다. 그러므로 여기에는 先願主義가 타당하다고 보여진다.

先願主義라함은 신청서를 제출한 시간적 순서에 따라 법률상의 요건이 구비되어 있는가의 여부를 심사하는 방법이다. 이 방법을 취하는 경우에는 아무리 공익성이 높은 신청이라도 하천의 유수량에 여유가 없을 경우에는 許可는 주어질 수가 없게 된다.

그렇지만 이러한 방식은 한정된 자원인 하천·유수의 배분방식으로는 적절한 것이라고 하기 어렵다.

10. 水利權의 對價

허가를 받아 행해지는 유수의 점용은 반드시 무상이 아니라, 도도부현지사는 유수점용허가를 받은 자로부터 유수점용사용료를 징수할 수 있다. 건설대신이 관리하는 1급하천에 대해서도 징수의 권한을 가지는 자는 도도부현지사이므로, 징수된 유수점용료는 도도부현의 수입으로 된다.

또 유수점용허가가 철회된 경우에는 수리권자에게 통상 발생하는 손실이 보상되며(하천법§76), 수리권이 수용된 경우(토지수용법§5③)도 마찬가지이다. 더욱이 허가를 받아 수리권을 가지고 있던 자가 그 후 신규의 유수점용허가에 의해 손실을 받는 경우에는 신규의 허가를 받은 자가 그 손실을 보상하여야만 한다(하천법§41).

II. 結 語

- 河川法上の 水利權과 물 配分問題 -

河川法은 하천의 홍수, 고조 등에 의한 재해발생의 방지, 하천의 적정한 이용과 유수의 정상적 기능이 유지되도록 하천을 종합적으로 관리함으로써 국토의 보전과 개발에 기여하고, 나아가 공공의 안전을 유지함과 더불어 공공의 복지를 증진하기 위하여 제정된 法律이다. 이 법에 의하면 하천은 公共用物이며, 그 보전과 이용 및 관리는 이와 같은 목적의 범위내에서 적정하게 이루어져야하되, 하천의 유수는 결코 사권의 목적이 될 수 없다고 규정되어 있다(동법§1, §21②).

이처럼 이론의 河川法은 하천과 이에 따른 하천관리시설을 국가의 소유로 하고, 그에 준하는 하천의 유수도 원칙적으로 국가의 소유로 하고 있다. 하천관리

의 적정을 기하고, 공공의 안전과 공공복리의 증진에 기여하기 위한 기본원칙은 공공성과 합리성에 입각한 물(水)利用原則을 바탕으로 한 국가관리의 流水占用許可制度를 채택하고 있다. 이는 河川管理 및 水利權調整에 국가가 강력한 권한을 가지며, 수리권의 신청을 전제로 한 국가의 승인이나 허가로서 水利權이 성립된다는 의미이다.

일반적으로 물(水)配分은 水利權에 의해 이루어지고 물관리행정청에 의한 水利權의 부여, 변경 및 소멸 등이 水利權制度의 골격을 이루고 있다.

물론 이러한 물(水)行政에 내재하고 있는 문제는 크게 ① 물配分原則에 관한 문제 ② 水利權의 調整에 관한 문제 및 ③ 流域變更의 문제 등으로 나누어 볼 수 있다.

(1) 먼저 ①과 같은 물배분에 관한 기본 원리는 慣行水利權과 許可水利權이 중심이 되어야 하고, 이를 뒷받침하는 것은 선점우선주의, 연안주의, 상류우선주의 古田우선주의 등이다. 이 가운데 上流優先原則이나 古田優先原則 등은 우리나라나 일본과 같은 농업 사회에서 일반적으로 통용되어 온 원칙이다.

(2) 특히 문제가 되는 것은 ②의 水利權의 調整에 관한 것이다. 즉 하천의 유수를 점용하려는 자는 건설성령에서 정하고 있는 기준에 따라 하천관리자의 허가를 받아야만 한다(동법 23). 이 허가는 갈수유량의 범위내에서 이루어지는 것이기 때문에 水利權者 상호간에는 물 배분을 둘러싸고 분쟁이 발생하지 않는다고 볼 수 있지만, 오늘날과 같은 시대에는 물에 대한 수요가 공급을 훨씬 능가하므로 이를 둘러싼 분쟁의 발생은 불가피한 셈이다. 물배분이 河川管理廳에 의한 水利權者 상호간의 이수조정으로 이루어지는 만큼, 流水占用에서 물이 부족할 때에는 하천관리청이 수리권행사에 관하여 당사자의 신청이나 직권으로 이를 조정하게 된다. 이러한 수리권조정에 대하여 河川法은 아무런 구체적 기준을 마련해 두고 있지 아니하다. 이를테면 水利權調整基準에는 성문화된 것이 없으므로, 논의가 필요한 것이 오늘날 일본의 실정이다.

그 예로 (慣行水利權)과 (許可水利權)과의 조정이 어떠한 법형식과 절차로 이루어질 것인가 하는 문제

를 들 수 있다.

이 점에 관하여 河川法上에 근거규정이 없으므로 구체적 내용을 파악하기가 곤란하지만 현실적으로는 건설성, 농림수산성, 통상산업성, 후생성 등의 사실상의 소관관청의 행정조치로 처리하고 있다. 이러한 문제가 행정상의 운용으로 처리되고 있기 때문에 반드시 명확하게 되어 있다고 할 수 없다. 따라서 이러한 문제에 대한 立法的 對應이 시급히 강구되어야 함이 바람직하다고 할 것이다.

더욱이 慣行水利權은 법적으로는 許可水利權과 똑같이 다루어지고 있음에도 불구하고 취수방법, 취수량, 취수기간, 취수조건 등이 기상상황에 따라 크게 좌우되기 때문에 水利權의 구체적 내용이 지극히 애매할 수밖에 없다. 즉 취수량 자체가 기상조건에 따른다는 상황 때문에, 기상조건을 전제로 하는 한 그 구체적 내용이 달라질 수밖에 없으므로 그 권리내용이 사전에 확정될 수가 없다.

그러므로 자신이 필요로 할 때 필요한 양의 물을 취수하는 것이 水利權의 내용이라고 이해되며, 수리권은 원래 객관화되어야 할 권리내용이 주관적 조건에 따라 좌우된다고 하는 문제를 안고 있다고 할 수 있다.

여하튼 허가받은 하천의 유수가 利水로서 농업용수, 수도용수, 공업용수, 발전용수 등으로 이용되는 것이다.

(3) 끝으로 ③의 하천유역의 변경문제는 많은 수계의 하천을 연결하여 효과적 이용을 위한 수자원 개발과 광역적 이수를 도모하기 위한 것이다. 그러나 행정조직의 단위인 지방자치단체와 자연수계인 유역이 일치하지 않으므로써 동일 수계에 있는 상류와 하류의 지방자치단체간에 분쟁을 야기시킨다. 유역변경으로 인한 상하류간의 갈등은 하천의 수량감소로 인한 하천유수부족 및 수질오염가속화에 따라 물(水)配分の 調整問題와 水質保全을 위한 費用負擔문제 등이 분쟁의 원인으로 되고 있다.

한국의 경우 유역변경 사례는 섬진강, 영천댐, 임하댐, 도암댐, 주암댐, 용담댐, 영산호 등이다. 섬진강댐은 동진강으로 유역변경하여 용수를 공급하고 있고,

영천댐은 포항으로의 공업용수 공급을 위해 형산강으로 유역변경하였으며, 임하댐에서 하천유지용수를 금호강으로 유역변경하는 사업이 진행중에 있다. 남한강 상류의 도암댐은 남대천으로, 주암댐은 영산강으로 유역변경하였으며, 용담댐은 만경강으로 유역변경하여 전북권으로 생공용수를 공급할 계획으로 공사가 진행중에 있다. 이처럼 수자원이 풍부한 지역의 남은 물은 부족한 지역으로 분배하는 이수광역화 사업은 우리나라와 같이 수자원이 지역적으로 불균등하게 분

포되어 있는 나라에서는 바람직한 개발사업이다. 그러나 최근 수질악화에 대한 우려 및 생태계보호라는 하천환경에 대한 인식이 부각되면서 유역변경이 득수리권과 하천환경에 미치는 영향에 대한 검토가 선행되어야 함이 주장되고 있다(송정기 [지역간 수리권 분쟁과 조정의 사회적 역할 - 용담댐 사례를 중심으로-] {수자원분쟁, 어떻게 풀것인가} 한국환경안보연구소, 1996. 12).

한자 속의 물



명경지수(明鏡止水)

밝은 거울과 잔잔한 물.

맑은 거울의 때문지 않은 밝은 광채와 움직이지 않는 잔잔한 호수의 여울져 흐르지 않는 고요하고 조용한 물.

낙화유수(落花流水)

떨어지는 꽃과 흐르는 물.

정이 있어서 서로 보고 싶어하는 남녀관계의 비유, 낙화에 정이 있으면 유수 또한 정이 있어 이를 따우고 흐를 것이라는 내용.

한자 속의 물