

유역위원회의 기능과 수리권 조정

김성수(연세대학교 법학전문대학원 교수, 公法學)

1.물관리기본법상 권역위원회의 구성과 권한(정우택안)

제20조(권역위원회의 구성) ① 권역위원회는 위원장 및 부위원장 각 1명을 포함하여 25명 이상 30명 이내의 위원으로 구성한다.

② 권역위원회의 위원장은 제3항제3호가목 또는 나목에 해당하는 위원 중에서, 부위원장은 제3항제3호에 해당하는 위원 중에서 권역위원회 위원의 호선으로 선출한다.

③ 권역위원회의 위원은 다음 각 호에 해당하는 사람이 된다. 이 경우 공무원이 아닌 위원이 전체위원의 과반수가 되어야 한다.

1. 해당 권역 관계 특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사·특별자치도지사 및 물관리 업무의 경험이 있는 대통령령으로 정하는 공무원

2. 「공공기관의 운영에 관한 법률」에 따른 공공기관으로서 대통령령으로 정하는 공공기관의 장이 추천하는 임직원 각 1명

3. 다음 각 목의 사람 중에서 대통령이 위촉하는 사람

가. 대학이나 공인된 연구기관에서 물관리 분야의 부교수 이상 또는 이에 상당하는 직에 10년 이상 재직한 사람

나. 물관리 관련 단체나 기관에서 10년 이상 종사한 사람

다. 법관, 검사 또는 변호사로 10년 이상 재직한 사람

라. 그 밖에 사회적 신망이 높고 물관리 분야에 학식과 경험이 풍부한 사람

제21조(권역위원회의 기능) 권역위원회는 다음 각 호의 사항을 심의·의결한다.

1. 제28조에 따른 권역물관리기본계획

2. 제30조에 따른 해당 권역의 물관리 관련 계획

3. 제32조에 따른 권역 안의 물배분

4. 제35조에 따른 권역 안에서 발생한 물분쟁 조정(제19조제4호 각 목에 해당하는 사항은 제외한다)

5. 권역내의 물관리와 관련하여 권역위원회의 위원장이 회의에 부치는 사항

6. 그 밖에 이 법 또는 다른 법률에 따라 권역위원회가 심의·의결하는 사항

제34조(물 사용의 허가) ① 물을 사용하고자 하는 자는 관련 법률에 따라 허가를 받아야 한다.

② 「민법」 제231조 및 제234조에 따라 하천의 물을 사용하고 있는 자가 대통령령으로 정하는 바에 따라 해당 행정기관에 필요한 사항을 신고한 경우에는 제1항에도 불구하고 관련 법률에 따른 허가를 받은 것으로 간주한다.

2. 평가

제20대 국회에 7건의 물관리기본법안이 제출되어 있는데, 대부분의 법안이 국가물관리위원회와 유역별 내지 권역별 물관리위원회의 구성에는 민간부문이 주도적 지위를 가지고 있다(특히 정우택 법안의 경우). 이러한 半民半官위원회가 공적 의사를 결정하고 집행하는 경우 헌법상 의회민주주의원리와 행정의 책임성 문제와 충돌할 가능성이 있는데, 민간부문 중심의 거버넌스 외연 확대를 위해서는 이러한 헌법이론적인 문제를 규명하는 것이 선결되어야 한다.

1) 민주적 정당성과 규제된 자율규제

민주적 정당성이라는 용어는 ‘민주주의’와 ‘정당성’이라는 두 가지 단어가 결합된 개념이다. 여기에서 민주주의는 주권자인 국민이 주체적으로 국가의 중요정책에 대하여 결정권을 행사한다는 의미로서 국가적 의사결정의 주체와 주권자로서의 국민이 일치한다는 의미이다. 이에 따라서 정당성이라는 의미는 이와 같이 주권자로서의 국민이 주체적으로 국가의 주요정책이나 사안에 대하여 결정한 경우에 한하여만 그것이 정당한 것으로 받아들여질 수 있다는 것이기 때문에 국민의 의사가 반영되지 않고 독재자 개인이나 소수의 지배자 등 비정상적인 독과점 형태로 이루어진 공적 의사결정은 민주주의의 원리에 반하고 정당성을 가지지도 못한다.

다만, 헌법 제1조 제2항으로부터 유래하는 국민주권주의와 우리 헌법 도처에서 산재하는 민주주의원리에도 불구하고 국민이 직접 국가의 기관으로서 주체적인 의사를 결정하는 것은 현실적으로 어려운 일이다. 따라서 오늘날 현대국가에서는 주권자인 국민이 대통령이나 국회 등 통치권능을 행사하는 대의기관을 선거를 통하여 선출하고 국민의 선거에 의하여 선출된 의회권력, 내지 행정권력이 국민을 대위하여 통치하는 의회민주주의, 대의제와 같은 간접민주주의 형태가 보편적이다. 오늘날 민주적 정당성이라는 의미는 국민의 선거에 의하여 선출된 권력이 국가의 중요정책이나 사안을 주체적으로 결정하는 것을 의미한다는 점에서 선거와 대의제는 민주적 정당성을 확보하는 핵심제도라고 할 수 있다. 물론 이와 같은 민주적 정당성의 문제는 선거를 통하여 선출된 권력에 의한 주체적 결정뿐만 아니라 다음 선거까지 국민으로부터 신뢰를 유지하는 지속가능성을 전제로 하고 있다.

이와 같은 헌법상 민주적 정당성의 원칙에서 볼 때 물관리기본법안에서 제시된 국가위원회와 유역위원회의 거버넌스가 다양한 이해관계인의 참여와 협력을 통하여 최적의 의사결정을 이끌어낸다고 하더라도 국민의 선거를 통하여 선출된 권력이 임명한 공공부문의 공무원 위원이 민간부문의 위원들과 같이 과반수 이하를 점하게 되고, 더욱이 위원장과 부위원장은 모두 민간무문의 위원들을 보임함에 따라서 문제가 제기될

수 있다. 더욱이 국가위원회나 권역위원회는 단순한 자문이나 심의를 위한 기관이 아니라 중요한 사안에 대하여 심의·의결하는 권한을 가지고 있기 때문에 민주적 정당성의 문제는 보다 첨예한 측면을 가질 수 있다. 또한 국가위원회나 권역위원회에 참여하는 민간위원들이 사회 전체로 볼 때 대표성을 가지는 것도 아니며 그에 따라서 일정한 책임을 지는 것도 아니라는 점에서도 더욱 그러하다.

그럼에도 불구하고 오늘날 공공부문과 민간부문의 협력을 통하여 보다 협치에 근접한 의사결정을 지향하는 것은 국가와 민간이 수행하는 역할과 책임을 분담한다는 것을 의미한다. 오늘날 많은 공적 과제들은 그 구조가 복잡하고 다양한 이해관계가 대립되는 경우가 많이 있어서 정부 등 공공부문이 공동체에 중요한 영향을 미치는 의사결정을 독점한다는 것은 가능하지도 않으며 또한 바람직스러운 것도 아니다. 하천과 물을 관리한다는 것 역시 국가와 공공부문이 의사결정을 주도하는 경우 정부의 실패를 경험할 수 있으며, 4대강 사업과 같은 부정적인 결과에 이르게 될 가능성이 크다. 따라서 일단 정부와 공공부문은 의사결정의 독점적 지위를 지양하고 민간부문의 주도권을 인정하는 상태에서 그들과 협력적 관계를 모색한다.

그리고 물관리와 같이 공동체에 다양한 이해관계를 가지는 주체들이 혼재하는 경우 일단 그 업무에 대하여 민간부문의 자율적인 결정이나 규제활동을 지켜보면서 공공부문은 그로 인한 부정적 결과의 예방과 차단에 주력한다. 이른바 사회의 자율규제 내지 결정기제의 작동이 가능하도록 그들의 활동이 이루어지는 영역을 존중하는 것이다. 그러나 이와 같은 민간부문의 자율결정 내지 규제의 기제들은 국가의 총체적이고 거시적인 규제로부터 완전히 이탈하거나 자유로운 것은 결코 아니라는 점을 간과할 수 없다.

국가물관리위원회는 그 업무 수행에 있어서 독립성과 정치적 중립성을 보장받고 있으나, 엄연히 대통령에 소속한 기관으로서 대통령의 통제를 받으며, 인사나 예산·재정문제에 있어서도 인사혁신처, 기획재정부와 같은 중앙행정기관으로부터 활동상의 제약을 받는다. 이와 같이 민간부문이 주도하는 국가물관리위원회도 대통령제 국가에서 헌법과 정부조직법에 따라서 최종적으로는 정부와 공공부문이 일정한 운영방식과 형태를 결정하기 때문에 이른바 “국가에 의하여 규제된 사회의 자율규제”라는 틀을 벗어나지 못하는 것이다.

2) 독일 물조합(Wasserverbände) 거버넌스에 대한 연방행정법원과 연방헌법재판소의 논쟁

민간중심의 거버넌스가 가지는 근본적인 헌법적 문제는 독일의 경우에도 치열한 논쟁의 대상이 되었다. 독일의 경우 물조합(Wasserverbände)은 공법상 법인으로서 물관

리 업무라는 공적 과제를 수행함에도 불구하고 조합원은 대부분 토지소유자 등이 주류를 이루고 있는 일종의 민간조직으로서 자율적으로 의사를 결정하고 이를 집행한다.물관리 업무의 일부를 이와 같은 半民조직에 위임한 것은 물조합의 독자성과 전문성을 활용하여 물관리 업무를 보다 효율적으로 수행하기 위한 것이다. 물조합 인적 구성의 민주적 정당성 결핍 문제에 대하여 연방행정법원은 물조합법의 관련 조항에 대하여 헌법상 민주주의원리에 반하는 것으로 판결하였으며, 최종적으로 연방헌법재판소의 판단을 받게 되었다. 그런데 연방헌법재판소는 연방행정법원과 대조적으로 당해 관련 조항을 합헌으로 결정하였다.

판결 요지는 다음과 같다. 연방헌법재판소는 공법상의 법인과 같은 자율적인 조직은 기능적 자치를 실현하는 기관으로서 헌법상 민주주의원리를 보완하고 강화하는 것으로서 최종적으로 헌법상 민주주의원리의 수준을 구체화한다. 공법상 법인 등 국가의 간접행정조직들은 모두 입법자가 법률의 제정을 통하여 그 조직, 형태, 기관, 업무 등의 내용을 정하는 것이기 때문에 의회의 입법에 그 정당성의 근거를 가지고 있으며, 의회는 이러한 자율적 조직체가 보다 효과적으로 관련 업무를 수행하기 위하여 상당한 정도의 입법형성권을 행사한다. 특히 입법을 통하여 자율적 조직체의 업무 범위가 명확하게 규정되고, 이러한 조직체가 역사적인 경험에 의하여 그 효율성과 정당성이 확인되었으며, 전통적으로 이러한 사실 관계를 유지하여 왔다.

다만, 연방헌법재판소는 자율적 조직이 역사적으로나 헌법적으로 정당성의 기초 위에서 있음을 확인하면서도 이러한 자율적 조직체가 수행하는 관련 업무와 관련하여 특정한 분파적 이익을 추구하지 않고 전반적으로 공익을 실현하기 위한 제도적 장치를 가지고 있어야 함을 강조하고 있다. 연방헌법재판소는 헌법상 민주주의원리로부터 이러한 자율적 조직체의 업무와 관련하여 입법자에게 세세하고 구체적인 제한을 가할 수 있는 것은 아니며, 민주주의원리는 입법자에게 이러한 자율적 조직체가 구속력을 가지는 공적인 의사결정을 할 수 있도록 광범위하게 수권하는 것이 가능하다고 판시하고 있다.

연방헌법재판소는 독일기본법 제20조 제2항 제1문에 규정된 민주주의원리는 이와 같은 자율적인 조직체가 행사하는 공적이고 행정적인 조치들에 대하여 선출된 권력인 의회와 민주적 정당성에 기반한 국가행정조직의 전반적인 영향력 내에서 통제될 수 있는 것이면 헌법적으로 문제되지 않는다는 입장이다. 선출된 권력의 전반적인 영향력이라는 것은 - 다시 말하는 것이지만 - 이와 같은 자율적 조직의 업무와 권한이 의회가 제정한 법률에 의하여 명확한 내용을 가지고 있으며 선출된 권력과 그가 위임한 행정부와 같은 민주적 정당성을 가지는 국가기관이 적절한 감독권을 행사하는 것을 의미한다.

결국 연방헌법재판소는 헌법상 직업의 자유 등 기본권 실현에 그 뿌리를 두지 않는 그 어떠한 자율적인 조직이라도 공적인 의사결정의 권한을 가지게 되는 경우에는 민주주의원리에 반한다는 전통적인 정당성모델을 지나치게 형식논리적인 것으로 반박한 것이다. 물론 헌법재판소의 논증과정과 내용에 대하여 학자들 간에 갑론을박이 있었지만 결국 연방헌법재판소의 결정에 따라서 민간중심의 거버넌스 조직과 민주주의원리와의 관계는 논쟁의 적실성을 상실하게 되었으며, 물조합 역시 그 존재의 정당성을 유지한 채 존속하고 있다.

결국 국가는 이러한 제도적인 장치를 통하여 민주적 정당성의 원칙이 훼손되지 않도록 보장하며, 관련되는 헌법과 법률규정은 혹여 민간부문의 자율결정과 규제가 선거에 의하여 선출된 권력의 의사에 반하는 행위를 하지 못하도록 통제하는 기능을 수행한다. 그러나 이와 같은 국가적 규제와 통제는 과거와는 달리 직접적·구체적·개별적 방식을 지양하고 무엇이 공동체의 민복과 공동선을 실현하는데 효과적인가를 고민하면서 보다 스마트한 방향으로 변화한다. 바로 협치를 위한 거버넌스는 이러한 스마트한 규제방식을 지향하는 행정조직법상의 원리인 것이다.

3. 수리권의 개념과 종류

1) 민법상의 수리권, 관행수리권

수리권은 문자 그대로 물을 이용하는 권리이다. 그런데 수리권이라는 개념은 실정법상 정의된 것이 아니라 오래 전부터 관행적으로 하천의 연안이나 호소, 보, 저수지 등에서 물을 사용하는 권리라는 의미로 사용되었다. 이른바 관행수리권, 공유하천 용수권이 바로 그것이다. 전통적으로 물의 이용관계는 민법 제3장 소유권, 제1절 소유권의 한계, 제211조 이하에서 규정되고 있다. 그런데 민법은 물의 이용에 대해서는 토지소유권을 중심으로 법적 관계를 규율하고 있다는 점이 특징이다. 예를 들어 제212조는 토지소유권의 내용으로서 토지의 소유권은 정당한 이익있는 범위내에서 토지의 상하에 미친다고 규정하여 지표수와 지하수를 이용하는 권리를 토지소유권에서 찾을 수 있는 가능성을 열어 놓고 있다.

민법에서 수리권을 토지소유권과 연계시키고 있는 규정은 도처에서 발견 수 있으며 제221조는 토지소유자가 이웃 토지로부터 자연히 흘러내리는 물을 막을 수 없으며(제1항), 고지소유자는 이웃 저지에 자연히 흘러내리는 이웃 저지에서 필요한 물을 “자기의 정당한 사용범위”를 넘어서 이를 막지 못하도록 규정하고 있다(제2항). 이와 같이 민법은 물의 사용권을 토지소유자의 권리의 내용에 속하는 것으로 이해하는 한편, 다른 한편으로는 상린관계에서 일종의 연안권으로서의 수리권을 인정하는 규정을 가지고 있다.

민법 제231조가 바로 그것인데, 공유하천의 연안에서 농, 공업을 영위하는 자는 이에 이용하기 위하여 타인의 용수를 방해하지 않는 범위내에서 필요한 인수를 할 수 있다(제1항). 그리고 제234조는 용수권에 대한 다른 관습이 있으면 민법상의 용수권에 우선하여 적용된다고 규정함으로서 보나 저수지, 독 등에 저수된 물에 대하여 인근 거주자들의 오랜 관행이 존재하고 이를 일종의 법률관계로 인식하는 경우 그에 따르는 이른바 관행수리권을 민법상의 수리권에 우선시키고 있다. 오늘날 수자원에 대한 국가의 과학적이고 합리적인 관리의무가 일반화된 상황에서 민법상 토지소유권에 부종하는 수리권이라는 것도 성립하기 어려운 것임에도 불구하고 민법이 연안권으로서의 공유하천용수권과 그 정체가 불명한 관행수리권까지 규정함으로서 수자원 보호와 물의 이용에 대한 법적 불확실성은 정점에 이르고 있다고 평가할 수 있다.

과거 대법원은 이와 관련하여 토지소유자의 연안권을 다음과 같이 인정하는 판결을 하였다. “이 사건에서 문제가 된 외오리보가 설치된 하천은 공유하천이라는 것이고, 위 외오리보는 1927년 조선하천령이 시행되기 이전에, 그 지역의 경작자들이 몽리답의 관개를 위하여 위 하천에 나무와 돌등을 쌓아 물을 막아 설치한 것으로서 그 후 왜정 때에 현재와 같은 형태의 콘크리트보가 형성되었으며, 신청인을 포함한 경작자들은 위 보가 설치된 이래 위 보로부터 인수하여 답을 경작하여 왔다는 것이니, 그렇다면, 공유하천에 설치된 이 사건 보에서 신청인 소유의 농지에 관개하기 위하여 인수하는 관행이 있었다고 할 것이고, 그 농지의 소유자인 신청인은 농지의 관개에 필요한 한도내에서 용수권이 있다고 할 것이며...”(대법원 1977. 7. 12. 선고 76다527 판결)

2) 토지소유권과 수리권과의 구별

토지를 소유한 자가 자신의 토지의 지표나 지하에 흐르는 물에 대한 수리권을 가진다는 법리는 국가가 희소한 공공재로서 물에 대한 관리를 본격화하면서 이미 극복된 제도라고 할 수 있다. 어느 나라이건 토지소유권으로부터 물에 대한 이용과 관련한 법적 관계를 분리하여 이를 개인과 개인간의 법률관계인 사법관계가 아니라 국가와 물사용자간의 공법관계로 이해하고 이를 제도화하는 것이 역사적으로 자연스러운 발전과정이라고 할 수 있다. 연안권에 토대를 둔 수리권 역시 마찬가지로 다른 사람의 물사용을 방해하지 않는 것이 중요한 문제가 아니라 국가의 합리적인 물관리 정책에 역행하지 않도록 하천법이나 관련 법률이 이를 체계적으로 규율하는 것이 수리권의 발전단계에서 흔히 목격할 수 있는 현상이다.

예를 들어서 독일의 연방 물관리법(Bundeswasserhaushaltsgesetz)의 수리권 발전과정을 보면 이러한 측면에 두드러진다. 독일 연방 물관리법의 가장 중요한 목적과 취

지는 독일의 모든 하천을 공법상 이용관계의 틀 속으로 법제화 하는 것이다. 하천에 대한 공법적 이용관계라는 의미는 예를 들어 물에 대한 이용권으로서의 수리권이 민법이나 관습법을 비롯하여 그 어떤 다른 이용형태를 원칙적으로 존재하거나 인정할 수 없으며, 국가의 행정기관에 의한 관리와 통제를 받는다는 것을 의미한다.

독일의 경우에도 이미 오래 전부터 물을 대상으로 하여 이와 같은 이른바 전 근대적인 관습법적 이용관계가 계속되어 왔지만 19세기에 이르러서 이와 같은 공법적 이용관계가 정착되었으며, 도처에 산재했던 水法적 재산권 관계가 공물의 이용관계로 전환되었다. 이와 같은 프레임의 변화를 반영한 조항이 물관리법 제4조 제3항이다. 이에 의하면 하천부지에 대한 소유권을 가지고 있는 자라고 하더라도 하천수를 이용하거나 하천에 대한 공사 등 性狀 변화를 가할 수 있는 권한을 가지지 못한다고 하여, 하천부지의 개인적 소유권과 하천수의 이용, 하천공사 등 공법적인 문제를 구별하고 있다.

따라서 하천부지에 토지소유권을 가지고 있는 자라고 하더라도 하천수의 이용이나 하천공사 등에는 관할 행정청의 허가를 받아야 한다. 지하수와 관련해서도 독일연방헌법재판소는 이른바 골재채취결정(Naßauskiesungs-Beschluß)에서 지하수가 희소한 자원으로써 국가의 보호를 받는다는 점을 강조하면서 그 이용관계를 공법적인 성격으로 규정하였다. 이와 같이 독일의 경우 과거 물에 대한 私法적 이용관계를 재산권의 내용으로부터 인정되는 당연한 권리라는 관념을 불식하고 희소한 수자원에 대한 국가적 보호를 강조하고 그 이용에 행정청의 허가 등을 요구하면서 점차적으로 공법적인 이용관계로 대체해간 것이다. 그 결과 국가로부터 하가 등을 받아 물을 이용하는 공법상의 수리권에 대하여 과거 민법이나 관습법에 의한 수리권은 그 대항력을 상실하였다.

이러한 독일의 수리권에 대한 역사적 변천과정은 우리나라의 수리권을 이해하고 정립하는데 중요한 시사를 하고 있다. 물론 그렇다고 하여 민법이나 관습법에 의한 수리권이 전적으로 의미가 없다거나 상실된 것은 아니지만 오늘날 공법상의 수리권이 광범위한 영역에 미치게 되면서 매우 제한된 범위 안에서만 인정되는 권리라는 인식이 강하다. 이러한 의미에서 기존 민법상 용수에 대한 권리나 토지소유자의 물에 대한 사용은 대부분 농업용수의 사용과 관련되는 것으로서 권리로서의 법적 성격을 가지는 것이라기보다는 관행적인 물사용에 대하여 아직 실정법규가 아직 이 문제를 규율하지 않는 범위 내에서 인정되는 반사적인 이익 내지 사실상의 이익에 불과하며 헌법상 보호되는 재산권의 영역에 속하는 것도 아니다.

다만, 농업용수에 대한 관행적인 물사용 관계는 향후 하천법이나 관련 공법적인 규정에 따라서 일정 부분 허가사용으로 전환하거나 기득권으로 보호할 수 있는 가능성은

열려져 있다. 이러한 이른바 기득수리권을 어느 정도로 인정할 것인가에 대해서는 입법자의 상당한 형성의 자유에 속하는 영역으로서 입법정책적인 문제에 해당하는 것으로 볼 수 있다. 주목할 만한 사실은 2009년 독일 연방 물관리법이 전면 개정되면서 독일민법전의 재산권 조항인 제65조가 폐지되었다는 것이다. 원래 이 조항은 1900년 독일 민법전이 시행되기 이전부터 각 주의 입법에 의하여 당시까지 존재하였던 물과 관련된 사법상의 규정들은 영향을 받지 않는다는 내용을 담고 있었는데, 이 조항이 폐지되었다는 것은 과거의 사법상 수리권은 이제 존재하지 않는다는 의미라고 할 수 있다.

앞서 관행수리권에 대한 우리나라 대법원의 판결도 검토하였지만 여기서 말하는 관행수리권이라는 것도 하천 등에 흐르는 물을 분리하여 저수지나 콘크리트 등을 사용하여 보를 설치, 여기에 물을 저수하여 배타적으로 사용할 수 있을 정도의 특정된 상태의 물사용을 의미하는 것이다. 또 이와 같이 물에 대한 배타성, 특정성이라는 요건이 충족되는 경우에 한하여 물권적 효력을 가지는 관행수리권이 성립할 수 있는 것이다. 그런데 저수지나 보에 하천수로부터 분리한 물을 가둘 수 있다고 하더라도 이러한 물은 결국 소하천이나 지방하천 등과 같은 하천의 유수가 지속적으로 유입되어야 관개용수로서 의미와 기능을 가질 수 있는 것이기 때문에 1961년 하천법의 시행 이후에 허가수리권이 일반화된 상태에서 그 독자성을 계속하여 인정받을 수 있는지에 대해서 상당한 의문의 여지가 있다. 따라서 우리나라의 경우에도 독일과 같이 실정법의 명시적 조항을 통하여 민법상의 관행수리권이나 공유하천용수권과 같은 연안권을 폐지하지는 않았지만 민법상의 수리권이 사실상 사문화되었다는 견해도 제시되고 있다.

3) 하천법, 지하수법상의 허가수리권

(1) 의의

하천법이나 지하수법은 지표수나 지하수를 사용하려는 자는 관할 행정청의 허가를 얻도록 규정하고 있는데, 국내 문헌에서는 이를 일반적으로 행정청의 허가를 받은 허가수리권이라고 부르고 있다. 1961년 하천법이 시행된 이후에 이미 허가를 받은 이른바 기득수리권의 경우에도 마찬가지로 허가수리권의 한 유형으로 보고 있다. 그런데 기득수리권이라는 용어는 1961년 하천법이 제정되고 그에 따라서 하천수의 사용에 대한 허가가 이루어지고 있는 상황에서 1973년 소양강댐 등 1970년대 다목적 댐의 건설 이전에 허가를 받았다는 사실로부터 유래하고 있다. 이는 자연하천의 하천수와 인공으로 조성된 댐용수의 사용을 구별하는 의미에서 중요한 의미를 갖는다.

다만, 후술하는 바와 같이 허가수리권 또는 기득수리권이 과연 공법상 상대방에게 일

정한 배타적 권리를 설정한 것인가에 대해서는 상론하기로 한다. 하천법 제50조에 의하여 생활·공업·농업·환경개선·발전·주운(舟運) 등의 용도로 하천수를 사용하려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 국토교통부장관의 허가를 받아야 하며(제1항), 시·도지사는 제1항에 따라 하천수 사용허가를 받은 자에게 사용료를 징수할 수 있다(제5항). 지하수법 역시 지하수의 사용에 대한 허가에 관하여 다음과 같이 규정하고 있다. 지하수를 개발·이용하려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 미리 시장(특별자치시장을 포함한다. 이하 같다)·군수·구청장의 허가를 받아야 하며(제7조 제1항), 시장·군수·구청장은 지하수의 적정한 개발·이용과 보전·관리에 필요한 재원을 조성하기 위하여 제7조에 따라 허가를 받거나 제8조에 따라 신고하고 지하수를 개발·이용하는 자에게 지하수이용부담금을 부과·징수할 수 있다(제30조의3 제1항).

하천수나 지하수는 모두 자연공물로서 그 이용관계는 일종의 행정재산으로서 공용물에 대한 특별사용에 해당한다고 할 수 있다. 물론 하천법이나 지하수법은 하천수나 지하수의 사용에 대한 ‘허가’라는 용어를 사용하고 있지만 강학상 특허에 해당하는 것으로서 관할 행정청은 허가 여부에 대하여 상당한 정도의 정책적 재량권을 가진다. 다시 말하자면, 하천수나 지하수 사용허가를 받는다는 의미는 누구나 이를 사용할 수 있는 법적 지위에 있으나 환경이나 수자원 보호라는 공익목적 달성을 위하여 이를 일반적·상대적으로 금지하고 신청인의 신청에 의하여 위와 같은 공익목적 달성에 지장이 없다는 판단 하에 일반적 금지를 해제하여 하천수와 지하수를 적법하게 사용할 수 있도록 하는 강학상 허가와는 구별된다.

하천수나 지하수에 대한 사용허가는 상대방에게 하천수와 지하수를 사용할 수 있는 법적 지위를 설정하는 일종의 권리의 형성행위로서 설권행위에 해당한다. 이 문제는 우리나라와 유사한 법제를 가지고 있는 독일의 예를 들어 설명하기로 한다. 다만, 하천법과 지하수법에 의한 하천수 등의 사용허가가 일반적으로 강학상 특허처분으로서 상대방에게 공법상 일정한 배타적인 권리(여기에서는 수리권)를 설정하는 형성적인 행위인가에 대해서는 강한 의문이 제기되며, 이에 대해서는 후술한다.

오히려 하천수와 지하수의 사용허가에 대해서는 상대방에게 수리권을 설정하는 것보다는 허가 여부에 대한 행정청의 정책적 판단과 재량이 보다 본질적인 문제이기 때문이다. 실제로 하천수 사용허가의 경우 국토교통부장관의 위임을 받은 홍수통제소는 기준갈수량, 하천유지유량, 환경유지유량 등과 기 하가를 받은 물량, 하천수의 부존상태와 예상되는 유량 등을 종합적으로 고려하여 허가 여부를 결정하는 고도의 정책적 판단이 이루어지기 때문이다.

(2) 하천수 허가를 받은 자의 법적 지위

A. 허가의 권리성

하천수 사용신청을 한 상대방에 대한 특허처분으로 인하여 발생하는 수리권은 배타성과 강제성을 가지는 권리인가? 이 문제는 하천수와 지하수 사용허가는 물론 본 연구가 중심으로 다루게 될 보의 물에 대한 사용과 관련하여 상당한 함의를 가지고 있다. 현행 하천법상 4대강 사업으로 인하여 건설하여 7억톤 이상 상당한 저수량을 가지고 있는 다기능 보의 저수는 하천수에 해당하므로 하천법 제50조 제1항에 의한 사용허가의 대상이 되기 때문이다. 앞서 언급한 바와 같이 하천수 등에 대한 사용허가는 특허로서 상대방에게 배타적인 사용권을 부여하는 것은 사실이다. 이는 기득수리권의 경우에도 동일하여 허가를 받은 자는 허가된 하천 수량을 배타적으로 그리고 독점적으로 자유롭게 사용할 수 있는 것이 원칙이다.

다만, 하천수 사용허가로 인하여 상대방이 가지는 권리는 그 권리적 성격이 미약한 것으로 볼 수 있다. 그 이유는 홍수통제소 등 하천관리청이 하천수 사용허가를 하였다고 하더라도 그 이후에 발생한 사유에 의하여 부관에 의한 허가 내용의 조정, 허가 물량의 일부취소 등의 처분을 할 수 있으며, 이러한 사유에 의한 허가 내용의 조정행위는 국가의 수자원 관리라는 고양된 공익달성을 위한 처분이기 때문에 이에 대해서는 상대방의 신뢰보호가 인정되기 어렵고 신뢰보호를 위하여 일정한 정책적인 보상과 같은 보상보호의 수단을 고려하는데 그치기 때문이다.

하천법 제53조에 따라서 국토교통부장관은 하천수의 상태가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하여 하천수의 적정관리에 지장을 줄 경우에는 하천수 사용자의 사용을 제한하거나 제50조에 따른 허가수량을 조정하는 등 필요한 조치를 할 수 있다. 1. 기준지점에서의 하천유지유량 확보가 곤란한 경우 2. 가뭄의 장기화 등으로 하천수 사용 허가수량을 조정하지 아니하면 공공의 이익에 해를 끼칠 우려가 있는 경우 3. 하천수의 사용자가 유효기간 안에 이를 사용하지 아니하거나 허가수량보다 국토교통부령으로 정하는 비율 이하로 사용한 경우 4. 그 밖에 허가된 하천수의 사용이 곤란하게 된 경우(제1항).

하천수의 사용조정에 따라서 상대방이 입게 될 손실에 대하여 보상이 필요할 수 있는데도 불구하고 하천법 규정이 이에 대해 침묵하고 있는 것은 하천수 사용허가로 인한 권리의 성격이 상대적으로 약하고 이를 가사 헌법상 재산권으로 인정한다고 하더라도 입법자가 헌법 제23조 제3항의 공용침해로 인한 손실보상의 문제로 접근하기 보다는 제23조 제1항 제2문이나 제2항의 문제로 보아 입법형성권의 대상으로 인식하고 있다는 방증이라고 할 수 있다. 이렇게 본다면 하천법이나 지하수법의 수리권은 ‘권리’라기 보다는 행정청의 허가 내용에 따라서 일정한 량의 하천수 내지 지하수를 행정청이 부관 등으로 정한 조건에 따라서 사용할 수 있는 법적 지위 내지 허가된 물량으로 보

는 것이 정확한 이해일 것이다.

이 문제는 “온실가스 배출권의 할당 및 거래에 관한 법률”에 의한 배출권과 유사한 성격이라고 할 수 있다. 이 법에 의하여 각 배출업체에 할당처분이라는 일종의 특허 처분에 따라서 할당된 온실가스 배출량을 흔히 실무적으로 ‘온실가스배출권’이라고 부르는데, 이것이 과연 공법상 진정한 권리성을 갖는가에 대해서는 상당한 논란이 있을 수 있다. 실제로 위 법은 “온실가스 배출권”이라는 제목을 가지고 있으나 정작 제2조 제3호에서 배출권의 개념을 다음과 같이 규정하고 있다. “배출권이란 기본법 제42조 제1항제1호에 따른 온실가스 감축 목표를 달성하기 위하여 제5조제1항제1호에 따라 설정된 온실가스 배출허용총량의 범위에서 개별 온실가스 배출업체에 할당되는 온실가스 배출허용량을 말한다”

결국 특허처분에 따라서 상대방 배출업체가 가지는 법적 지위를 배출권이라고 표현하고 있지만, 이는 진정한 공법상의 권리라기 보다는 행정청이 처분을 통하여 허용한 배출량을 배출할 수 있는 공법상 지위에 불과하기 때문에 배출량에 대한 행정청의 사후조정이나 감축 등에 대한 강한 권한이 인정될 수 있다.

B. 하천수 사용허가로 인한 수리권은 재산권인가?

하천수 사용허가나 지하수 사용허가와 관련한 법원의 판결은 아직 없는 상태이지만 대법원은 하천 점용허가로 인한 상대방의 법적지위 및 재산권성 여부에 대하여 다소 엇갈리는 입장을 보이고 있다. 이 문제는 특허에 해당하는 행정처분으로 인한 상대방의 법적 지위에 대한 일반론과 관련되는 것으로서 유사한 대법원의 판례 및 헌법재판소의 결정례를 살펴보면 일정한 시사점을 발견할 수 있다.

2014년 대법원 판결은 다음과 같이 하천점용허가권을 재산권으로 보고 있다. “하천점용허가에 따라 해당 하천을 점용할 수 있는 권리(이하 ‘하천점용허가권’이라 한다)는 특허에 의한 공물사용권의 일종으로서 하천의 관리주체에 대하여 일정한 특별사용을 청구할 수 있는 채권에 해당하고(대법원 1990. 2. 13.자 89다카23022 결정 등 참조), 독립된 재산적 가치가 있다. 하천법 제33조 제1항, 제5조 등 관련 법령에 의하면, 하천의 점용허가를 받은 자는 관할관청의 허가 없이 그 하천점용허가권을 자유로이 양도할 수 있고 하천점용허가권에 대하여 법률상 압류가 금지되어 있지도 아니하다. 이와 같은 하천점용허가권의 내용 및 법적 성격 등에 비추어 보면, 하천점용허가권에 대하여는 민사집행법 제251조에 정한 ‘그 밖의 재산권’에 대한 집행방법에 의하여 강제집행을 할 수 있다고 할 것이다”(대법원 2005. 11. 10. 선고 2004다7873 판결 등 참조).

대법원은 강학상 순수한 허가에 해당하는 어업허가에 대해서도 다음과 같이 그 재산권성을 인정하는 판시를 하고 있다. “어업허가는 일정한 종류의 어업을 일반적으로 금지하였다가 일정한 경우 이를 해제하여 주는 것으로서 어업면허에 의하여 취득하게 되는 어업권과는 그 성질이 다른 것이기는 하나, 어업허가를 받은 자가 그 허가에 따라 해당 어업을 함으로써 재산적인 이익을 얻는 면에서 보면 어업허가를 받은 자의 해당 어업을 할 수 있는 지위는 재산권으로 보호받을 가치가 있고, 수산업법이 1990. 8. 1. 개정되기 이전까지는 어업허가의 취소·제한·정지 등의 경우에 이를 보상하는 규정을 두고 있지 않았지만, 1988. 4. 25. 공공용지의취득및손실보상에관한특례법시행규칙이 개정되면서 그 제25조의2에 허가어업의 폐지·휴업 또는 피해에 대한 손실의 평가규정이 마련되었고, 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 관한 보상은 법률로써 하되 정당한 보상을 지급하여야 한다는 헌법 제23조 제3항, 면허어업권자 내지는 입어자에 관한 손실보상을 규정한 구 공유수면매립법(1999. 2. 8. 법률 제5911호로 전문 개정되기 전의 것) 제16조, 공공사업을 위한 토지 등의 취득 또는 사용으로 인하여 토지 등의 소유자가 입은 손실은 사업시행자가 이를 보상하여야 한다는 공공용지의취득및손실보상에관한특례법 제3조 제1항의 각 규정 취지를 종합하여 보면, 적법한 어업허가를 받고 허가어업에 종사하던 중 공유수면매립사업의 시행으로 피해를 입게되는 어민들이 있는 경우 그 공유수면매립사업의 시행자로서는 위 구 공공용지의취득및손실보상에관한특례법시행규칙(1991. 10. 28. 건설부령 제493호로 개정되기 전의 것) 제25조의2의 규정을 유추적용하여 위와 같은 어민들에게 손실보상을 하여 줄 의무가 있다. (대법원 1999. 11. 23. 선고 98다11529).

이와는 대조적으로 대법원은 2015년 판결을 통하여 하천점용허가로 인한 하천점용허가권의 경우 재산권을 설정과 이전 등에 대하여 등기 또는 등록이 그 성립요건인 경우에는 이를 재산권으로 볼 수 있지만, 단순한 행정상의 편의를 위하여 등록 등을 요구하는 경우는 다음과 같이 그 재산권성을 부인하고 있다.

“하천의 점용허가권은 특허에 의한 공물사용권의 일종으로서 하천의 관리주체에 대하여 일정한 특별사용을 청구할 수 있는 채권에 지나지 아니하고 대세적 효력이 있는 물권이라 할 수 없다. 가등기담보 등에 관한 법률 제18조는 가등기담보법상 청산절차에 관한 규정은 등기 또는 등록할 수 있는 부동산소유권 외의 권리(질권·저당권 및 전세권을 제외한다)의 취득을 목적으로 하는 담보계약에 관하여 준용한다고 규정하고 있는데, 여기에서 등기 또는 등록할 수 있는 권리는 재산권의 설정과 이전에 관하여 등기 또는 등록이 성립요건 또는 대항요건이 되어 있는 재산권을 말하고, 단순히 행정상의 편의를 위하여 등록 등을 요구하는 경우에는 이에 해당하지 않는다. 유선장을 설치하여 수상레저사업을 운영하기 위해 하천점용허가를 받은 갑이 을로부터 돈을 차용하면서 을과 하천점용허가 및 유선장을 매도하는 계약을 체결하였는데, 그 후 을이 하천점용허가의 권리의무승계 신고를 하자 관할 시장이 하천 점·사용허가 권리의무승

게처분을 한 사안에서, 관할 시장은 갑 명의의 권리의무승계신고서와 승계사실 증명에 관한 서류가 위조되는 등으로 승계의 효력이 없다고 볼 특별한 사정이 없는 한 위 신고에 따른 권리의무승계처분을 하면 되는 점, 하천점용허가 관리대장은 허가가 있었음을 증명하는 문서로 행정상 편의를 위하여 작성하는 것에 불과하고, 하천의 점용허가권은 재산권의 설정과 이전에 관하여 등기 또는 등록이 성립요건 또는 대항요건이 되어 있는 재산권이라고 할 수 없으므로 가등기담보 등에 관한 법률이 준용된다고 할 수 없는 점 등에 비추어, 위 처분에는 하자가 중대·명백하여 무효에 해당하는 위법이 없음에도, 이와 달리 본 원심판결에 법리를 오해한 잘못이 있다”(대법원 2015. 1. 29. 선고 2012두27404 판결).

대법원은 2016년 동일한 어업허가에 대해서도 이전과는 달리 그 재산권성을 아래와 같이 부인하고 있다. “어업허가를 받거나 어업신고가 수리된 자가 갖는 어업에 대한 재산적 이익은 공유수면에서 자유로이 생존하는 수산동식물을 포획할 수 있는 지위로서 어업허가취득이나 수산동식물의 포획에 어떤 대가를 지불하는 것이 아니어서 일반 재산권처럼 보호가치가 확고하다고 보기 어려운 점, 한편 어업권의 특성과 행사 방식 등에 비추어 재산권의 행사가 사회적 연관성과 사회적 기능이 크므로 입법자에 의한 보다 광범위한 제한이 허용되는 점, 구 수산업법이 손실보상 없이 어업을 제한할 수 있는 사유를 수산자원의 보존 또는 국방상 필요 등 사회적 연관성과 사회적 기능이 큰 경우로 제한적으로 규정하고 있는 점, 허가 또는 신고 어업과는 달리 면허어업은 해조류양식어업 등을 주요대상으로 하여 조업이 제한되는 해역 이외의 장소에서는 조업이 불가능한 사정을 고려하여 보상제외사유로 삼지 않는 등 제한되는 어업의 종류와 특성 및 내용에 따라 보상 여부를 달리 정하고 있는 점 등을 종합하면, 구 수산업법 제81조 제1항 제1호 단서에서 허가·신고 어업에 대하여 ‘국방상 필요하다고 인정하여 국방부장관으로부터 요청이 있을 때’(구 수산업법 제34조 제1항 제3호)에는 ‘공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제4조의 공익사업상 필요한 때’(구 수산업법 제34조 제1항 제5호)와 달리 손실보상 없이 이를 제한할 수 있도록 정한 것이 재산권자가 수인하여야 하는 사회적 제약의 한계를 넘어 가혹한 부담을 발생시키는 등 비례의 원칙을 위반하였다고 보기 어려우므로 위 단서 조항이 헌법에 위배된다고 볼 수 없다”(대법원 2016. 5. 12. 선고 2013다62261 판결).

헌법재판소는 체육시설업에 대한 사업계획승인 등 행정처분에 의하여 성립하는 상대방의 법적 지위는 헌법 제23조가 보장하는 재산권의 보호범위에 속하지 않는다는 입장을 다음과 같이 실시하고 있다. “사업계획승인 이후 경매 등으로 체육시설업의 필수시설에 대한 소유권을 상실한 기존 사업계획승인권자는 더 이상 사업계획승인을 자신의 이익을 위해 이용할 수 없으므로 사적유용성이 인정될 수 없고, 기존 사업계획승인권자는 운영할 체육시설을 보유하지 않으므로 사업계획승인권을 보유할 규범적 이익도 없어 필수시설의 경락인에게 위 승인권을 양도해야만 하는 것 이외에 다른 선

택가능성을 상정하기 어려우므로 사업계획승인권에는 대한 원칙적 처분권을 보유한다고 보기도 어려우며, 사업계획승인은 해당 체육시설이 법령에서 정한 시설기준을 갖추 수 있는지를 비롯한 제반 사업수행능력에 대한 승인에 해당하므로, 여기에 어떠한 재산적 가치가 내포되어 있다고 할 수도 없다. 따라서 위 사업계획승인권은 헌법상 보호되는 재산권에 해당되지 않는다”(헌재 2010. 4. 29. 2007헌바40, 반대의견 있음).

4) 독일 연방 물관리법상의 허가사용

(1) 허가사용의 원칙

우리나라의 하천법과 유사한 구조를 가지고 있는 독일의 경우 연방 물관리법에서는 모든 하천수 사용에 대하여 원칙적으로 관할행정청의 허가를 받도록 규정하고 있다. 연방 물관리법 제8조는 이 법 또는 이 법에 의하여 발령된 명령 등에서 다르게 정하지 않는 한 원칙적으로 모든 물의 사용행위는 관할 행정청의 허가를 받아야 한다고 규정하고 있다. 물론 여기에서는 ‘허가’라는 용어를 사용하고 있으나, 허가는 우리나라에서 강학상 이야기하는 일반적, 상대적 금지의 해제라는 소극적인 허가유보라기 보다는 물 사용에 대하여 일정한 법적 지위를 설정해 주는 일종의 설권행위로서 강학상 특허에 가깝다.

따라서 관할 행정청이 물 사용에 대한 허가를 함에 있어서는 수자원의 부존상태, 기존의 이용관계와 물량, 향후의 수요 등을 고려하여 상당한 정책적인 재량권을 행사할 수 있다. 따라서 이와 같은 관할 행정청의 재량권이 0으로 수축하지 않는 한 물이용에 대한 허가를 신청하는 상대방은 허가처분을 요구할 수 있는 행정법상의 권리를 갖고 있다고 보기 어렵다.

(2) 허가(Genehmigung)의 유형

역사적으로 발전해 온 물관리법의 구조에서 특이한 것은 물의 사용에 대한 허가에는 두 가지 행정처분의 유형이 존재한다는 것이다. 하나는 승인(Bewilligung)이고 다른 하나는 일반적인 허가(Erlaubnis)이다. 승인이나 허가 모두 수익적 행정행위로서의 성질을 가지며, 이른바 물적 행정행위로서 허가는 부동산이나 하천시설이라는 물적 요소를 통하여 양수인에게 승계된다. 일반적으로 허가는 상대방에게 물을 사용할 수 있는 법적 지위, 자격이나 권능(Befugnis)을 발생시키는데 비하여 승인은 물을 사용할 수 있는 권리(Recht)를 부여하는 행정처분이다.

승인의 경우에 그 권리성이 인정되기는 하지만 승인처분을 받은 상대방이 관할 행정청을 대상으로 일정한 수질과 양을 요구할 권리를 가지는 것은 아니라고 보고 있다.

이렇게 볼 때 일반적인 허가과 승인은 적지 않는 차이를 가지고 있는 것으로 볼 수 있다. 후술하는 바와 같이 이른바 행정처분의 존속력과 관련하여 양자 간에 일정한 질적 차이가 있는 것은 물론 절차적인 면에서도 구별이 가능하다. 통상적으로 승인의 경우 환경영향평가절차가 선행하며, 연방 물관리법 제11조 제2항에 의하여 계획확정 절차 또는 승인절차에서는 이의신청이 인정된다. 이에 반하여 일반적인 허가절차의 경우에는 환경영향평가절차가 선행되는 경우도 있으나, 이러한 예는 오히려 예외적인 것으로서 특별하게 규정하는 경우는 거의 드물다.

그리고 승인과 허가는 제3자에 대한 효력에 있어서도 차이를 보이고 있는데, 승인의 경우에는 물관리법 제16조 제2항에 의하여 이른바 私法形成的 효력을 가진다. 사법형성적 효력이란 승인절차에서 제3자가 어떠한 이의도 제기하지 않는 경우에는 더 이상 승인으로 인하여 성립하는 법률관계를 부인할 수 없으며, 그에 기속된다. 그리고 관할 행정청은 상대방에 대한 허가를 한 이후에 일반적으로 아무런 보상 없이 철회를 정당화 하는 사유가 있는 경우 허가를 철회할 수 있는 반면에, 승인의 경우에는 연방 물관리법 제18조 제2항 제2문에 따라서 승인을 받은 상대방이 물을 일정 기간 사용하지 않거나 승인된 물량을 상당한 정도로 하회하거나 혹은 사용목적 변경하는 등 승인처분 상대방의 귀책사유 이외에 승인을 철회하는 경우 정당한 보상을 상대방에게 지급하여야 한다.

앞서 언급한 바와 같이 허가는 상대방에게 일정한 법적 지위나 권능을 부여하는데 그치지만, 승인은 상대방에게 권리를 발생시키는 것으로 본다. 물관리법 전체를 살펴볼 때 허가가 보다 일반적인 행정처분이며, 물 사용에 대한 승인은 다소 예외적인 사안에 대하여 물관리법 제14조 제1항과 같이 특별한 요건이 존재하는 경우에 적용되는 것으로 볼 수 있다. 예를 들어서 물을 사용하려는 자에게 승인과 같은 강력한 권리부여를 위한 처분으로 그 법적 지위를 보장하지 않고는 의도하는 물사용의 목적을 달성하기 어렵다고 판단하는 때에 한하여 행정청이 비로소 승인처분을 할 수 있다.

따라서 소규모의 생활용수, 공업용수, 농업용수의 사용과 같은 통상적인 용수사용은 일반적인 허가의 대상으로서 관할 행정청은 허가를 철회할 수 있는 정당한 공익이 존재하는 경우 허가를 철회할 수 있으며, 여기에 대해서는 손실보상도 이루어지지 않는다. 반면에 상대방에게 물에 대한 강력한 수리권을 인정하지 않는다면 그 목적을 달성할 수 없는 경우는 예를 들어 국민경제상 반드시 필요한 발전, 주운과 같은 高揚된 공익을 실현하는 경우에는 일반적인 허가보다는 물사용에 대하여 상대방에게 확고한 수리권을 보장하는 것이 중요하기 때문에 승인처분이 이루어져야 하는 것이다. 이와 같은 이유 때문에 물관리법은 승인처분에 존속기간이 명시되기는 하지만, 특정한 물사용의 목적이 국가의 중요사업을 수행하기 위하여 필요하다면 승인처분이 30년을 넘는 장기로 부여될 수 있음을 인정하고 있다(제18조 제2항).

(3) 허가요건

독일의 경우에도 하천 내지 하천수 사용허가는 강학상 특허로서 재량행위의 성격을 가진다.물관리법 제12조 제1항은 허가과 승인을 거부할 수 있는 사유를 규정하고 있지만, 이는 행정청의 의무에 합당한 재량권에 의하여 최종적으로 결정된다. 즉 하천과 하천수의 사용에 대한 허가나 승인은 개별적으로 특수한 상황 등을 고려하여 수법을 집행함에 있어서 행정청에 부여된 특별한 관리재량(Bewirtschaftungsermessen)으로 이해되고 있다. 또한 이러한 개별적인 사안과는 별도로 물관리 행정청은 물과 관련된 계획을 수립하는 경우 수질 등 물관리의 목표설정과 관련하여 이른바 계획재량권을 가진다.

이렇게 볼 때 물관리를 위하여 관할 행정청이 가지는 재량권은 계획재량권과 개별적인 허가 등에 대한 관리재량권이라는 2단계로 구성된다. 하천수 사용에 대한 허가가 행정청의 재량사항이라는 것은 사용신청인이 허가 등에 대한 권리를 가지지 못한다는 의미이며, 개인의 생명, 신체 재산 등에 대한 긴급한 위해가 현실화 하는 등 재량권의 0으로의 수축 등의 사유가 존재하지 않는 한 행정청의 재량권은 유지된다. 독일에 서는 이와 같은 행정청의 물관리 재량은 물관리법의 취지와 목적을 고려할 때 정당한 것으로 보고 있으며, 연방헌법재판소는 더 나아가 물관리법의 재량규정을 헌법적으로 요청되는 것으로서 합헌적인 규정으로 판시하고 있다.

물관리법 제12조 제1항에 따라서 하천수 사용으로 인하여 하천수 상태에 부정적인 변화가 초래되는 경우, 이를 附款 등을 통하여 피하거나 조정하기 어려운 경우 및 기타 공법상 규정에 의한 요건을 충족하지 못하는 등의 경우에 하천관리청은 허가나 승인을 거부할 수 있다. 하천수 상태에 부정적인 변화가 초래된다는 의미는 하천수 사용이 공공의 복리에 반하거나 기타 물 관련 법률상의 요건을 충족하지 못하는 경우이다. 판례는 하천수 사용이 공공복리에 적합하지 못한 경우로서 부족한 수량이나 수질악화 등 주로 물의 이용과 관련된 사유를 거론하고 있으나, 경우에 따라서는 반드시 이와 같은 사유가 아니라 하더라도, 예컨대 하천수 사용으로 인하여 제3자의 권익을 해하는 경우 등이다.

5) 소결

이상에서 살펴본 바와 같이 우리나라의 하천법이나 독일의 연방 물 관리법상 원칙적으로 모든 하천수의 사용행위는 관할 행정청의 허가를 받아야 한다. 다만, 향후 보수리권의 설정과 관련하여 중요한 것은 행정청의 허가로서 상대방에게 권리로서 수리권이 성립하는가, 더 나아가 이와 같은 수리권이 헌법상 재산권으로서 보호되는

것인가 하는 문제이다. 이와 관련하여 대법원은 한편 하천점용허가권을 채권이지만 재산권으로 보는 판결을 하기도 하며, 다른 한편으로 재산권성을 부인하는 등 다소 엇갈리는 입장을 보이고 있다.

물론 이러한 판결은 하천수 사용허가와 다른 하천 점용허가나 어업허가 등을 대상으로 하는 것이기는 하지만 하천수 사용허가에도 일정한 시사할 수 있다는 점에서 중요한 의미를 갖는다고 할 수 있다. 비교법적인 시각에서 독일의 경우 연방 물관리법의 하천수 사용허가를 일반적인 허가보다 강화된 승인으로 구분하고 후자에게 강한 존속력을 인정하는 동시에 이를 철회하는 경우에 일정한 손실을 보상할 수 있는 규정을 두고 있다. 다만, 이 경우에도 손실의 보상은 승인처분의 존속을 신뢰한 상대방에게 승인처분을 계속하여 유지하지 못하기 때문에 그 신뢰를 금전적인 보상의 형태로 인정하는 이른바 보상보호의 형태라고 할 수 있다.

따라서 이와 같은 손실보상의 법적인 성격은 우리 식으로 보자면 헌법상 공공필요에 의한 재산권에 대한 공용침해와 이로 인한 정당한 보상을 인정하는 헌법 제23조 제3항의 보상과는 근본적으로 구분된다. 또한 우리나라와 독일 연방헌법재판소가 이른바 분리이론을 취함에 따라서 재산권의 내용과 한계, 그리고 사회적 기속성을 구체화하는 헌법 제23조 제1항 제2문과 제2항에 의한 입법형성권을 비례의 원칙에 부합하게 행사하기 위하여 요구되는 보상과도 그 성격이 다른 것으로 보아야 한다. 독일 물관리법에 승인처분의 철회에 따라서 상대방의 신뢰보호를 위한 보상을 인정하는 규정은 이른바 형평성 원칙에 따라 요구되는 입법정책적인 보상, 이른바 구제적 보상조항(salvatorische Entschädigungsklausel)에 해당하는 것이다.

그러므로 입법자는 보상의 수준이나 방법과 관련하여 헌법상 정당보상원칙에 기속되는 것이 아니며, 이에 대한 모든 사항에 대하여 거의 무제한적인 입법재량권을 가지는 것으로 보아야 한다. 결론적으로 독일의 경우 승인처분 상대방의 수리권 역시 그 권리성과 재산권성이 결코 강하지 않다는 점을 시사하는 것이다. 우리의 경우에도 앞으로 독일과 같이 입법론적으로 발전이나 주운 등 국가의 중요한 사업이나 고양된 공익의 실현을 위하여 필요한 경우에는 이를 통상적인 허가와는 달리 승인제도를 별도로 둘 것인가에 대해서는 진지한 논의가 필요하다.

그러나 현행법상 하천수와 지하수에 대하여 일반적인 허가만을 규정하고 있는 우리나라의 경우에는 하천수 사용허가, 지하수 사용허가 상대방에게 공법상 수리권을 부여하거나 헌법상의 재산권이 인정되는 것으로 보기는 어려울 것으로 판단한다. 그 이유는 다음과 같이 두 가지를 들 수 있다.

첫째, 우리나라 헌법재판소는 헌법 제23조 제1항의 재산권의 속성으로서 재산권에 대

한 처분권과 사적 유용성을 들고 있다. 그런데 일부 외국에서는 행정청의 허가수리권을 매매하는 시장이 형성되어 있어서 수리권을 유상으로 자유롭게 양도할 수 있는 상황과는 달리 우리의 경우에는 허가수리권이 거래되는 시장이 있는 것도 아니며, 수리권 그 자체만을 유상으로 양도할 수 있는 것도 아니기 때문에 처분권과 사적 유용성이 인정된다고 보기 어렵기 때문이다. 물론 허가수리권이 토지의 매매나 경락 등으로 인하여 포괄적으로 권리의무가 승계되는 경우 매수인이나 경락인 등이 대상 토지를 취득하는 원가에 허가수리권을 포함시킬 가능성은 있지만 이는 허가 수리권 자체가 그 대상이 되는 것은 아니기 때문에 허가 수리권만을 재산권으로 보기 어렵다.

둘째, 유상양도와 거래문제와 결부된 것으로서 허가 수리권을 취득한 자는 관할 행정청에게 일정한 행정수수료를 지급하고 하천수 사용량에 따라서 사용료를 납부하는 것이기는 하지만 예를 들어 하천수 사용허가를 취득함에 있어서 하천의 유지와 관리에 소요되는 비용의 상당 부분을 지급하는 이른바 자기기여를 하는 경우가 아니기 때문에 이를 헌법상 재산권을 보호할 수 없다. 헌법재판소는 다음과 같이 여러 차례 일정한 제도의 창설과 유지에 자기가 금전적으로 기여한 부분이 있으면 이를 헌법상 재산권으로 보고 이를 보호한다는 결정을 하였다(헌재 2004. 6. 24. 2002헌바15). “헌법재판소는 공법상의 권리가 재산권보장의 보호를 받기 위해서는 ‘개인의 노력과 금전적 기여를 통하여 취득되고 경제적 가치가 있는 권리’여야 한다고 판시하고(헌재 1995. 7. 21. 94헌바27등, 판례집 7-2, 82, 90), 공무원연금법 및 군인연금법상의 연금수급권이 헌법상 보장되는 재산권에 포함됨을 밝힌 바 있다. 국민연금가입자가 반환일시금 등 국민연금법상의 급여를 받을 권리는 수급자에게 귀속되어 개인의 이익을 위하여 이용되고, 수급자의 연금보험료라는 자기기여가 있으며, 수급자의 생존의 확보에 기여하므로, 공법상의 법적 지위가 사법상의 재산권과 비교될 정도로 강력하여 수급권의 박탈이 법치국가원리에 반한다고 할 것이어서 재산권의 보호대상에 포함된다 고 할 것이다(헌재 2000. 6. 29. 99헌마289, 판례집 12-1, 913, 948-949 참조).

따라서 허가수리권을 취득한 자가 수리권이라는 제도의 유지를 통하여 개인적인 이익을 위하여 이를 이용하고 헌법상 재산권으로 보호받기 위해서는 이를 취득하는 단계에서 개인의 노력과 금전적인 기여가 있어야만 한다는 것이다.

4. 맺는 말

20대 국회에 제출된 7건의 물관리기본법들은 다소 간의 차이는 있지만 대부분 권역위원회의 구성과 권한에 대한 규정을 가지고 있다. 우리나라의 물관리가 유역 내지 권역을 중심으로 이루어져야 한다는 것이 시대적 과제임에도 불구하고 아직 그에 대한 세부적이고 구체적인 논의는 없다. 특히 그 구성과 관련한 거버넌스에 있어서 민간부문의 참여에 대한 외연을 확대함에도 불구하고 선출되지 않는 권력이 공적 의사

를 결정한다는 헌법적 딜레마를 이론적으로 극복하여야 한다.

또한 권역위원회의 중요한 권한인 동시에 의무가 농업용수를 포함한 수리권, 용수의 용도와 우선순위 및 배분기준을 포함한 권역안의 물배분이다. 수리권에 대해 많은 논의가 있으나 법이론적으로 보면 매우 복잡하고 체계화하기 어려운 난제가 수리권 문제이다. 수리권 역시 피상적인 논의에서 벗어나 깊고 근본적인 접근이 필요하다.

민법상의 관행수리권의 양성화는 물론 허가수리권의 법적 성격과 기득수리권의 재조정에 대한 법리적인 분석과 입법정책적인 대안의 모색이 시급한 과제라고 할 수 있다. 할 일은 산적한데 하루해는 너무도 빨리 저문다. 물과 관련된 우리의 미래가 불투명하기는 하지만 그 결과가 결코 비관적인 것만은 아니기를 기대해 본다.
unpredictable is not always unreasonable !!