

수법의 체계구상*

— 독자적 법역으로서 수법학의 성립가능성 대한 시론적 고찰 —

김 성 수** · 강 일 신***

차 례

- I. 들어가는 말
- II. 독자적 법역으로서 수법학의 성립가능성
- III. 수법의 체계구상
- IV. 수법학의 체계적 연구를 위한 제언 : 결론에 갈음하여

[국문초록]

생명활동, 생산활동의 원천으로서 물의 이용, 보호는 인간의 삶을 사회적으로 조직하는 곳에서는 어디에서나 핵심적 쟁점이었다. 따라서, 모든 문화권은 어떠한 형태로는 물의 이용, 보호를 둘러싼 규범을 가지고 있다. 그러한 측면에서, 수법(水法)은 인류의 역사와 함께 발전해온 법사학적으로 가장 오래된 법역(法域) 중 하나라고 할 수 있다. 그럼에도 불구하고, 법제도 측면이 아닌, 학문적 연구의 대상으로서 수법에 대한 관심은 미진한 상태로 남아있다. 본고는 물의 이용, 보호와 관련한 법현상, 법이념, 법제도를 연구하는 독자적인 법학의 한 분과로서 이른바 수법학의 성립가능성을 타진하고, 시론적으로 그 체계를 구성해보는데 목적이 있다. 수법의 체계를 구성하는 작업은 통일적이고 일관된 원칙을 통해서 수법의 과제들을 유기적으로 배열하는 것을 뜻하는데, 전통적인 수법의 과제로는 물의 이용, 보호가, 현대적인 과제로는 좋은 물거버넌스체계의 구축이 있다. 전자가 실체법적 쟁점이라면 후자는 절차법적, 조직법적 쟁점에 관한 사항이라고 할 수 있다. 본고는 세계적

* 이 논문은 2012년도 정부(교육과학기술부)의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임(NRF-2012S1A5B8A03045138).

** 연세대학교 법학전문대학원 교수.

*** 연세대학교 법학연구원 연구교수.

물관리관련 동향과 우리헌법의 가치정향을 고찰하여, 수법의 기본원칙으로, 공공성, 효율성, 민주성, 통합성, 보장성 등을 제시하였고, 그에 기초하여 수법을 물의 소유 체계, 물의 이용체계, 물의 보호체계, 물의 관리체계, 물의 공급체계로 구분하여 재분류하였다. 물이 생명유지, 생산활동에서 담당해왔던 핵심적인 역할에도 불구하고, 수법의 체계화 작업이 상대적으로 더디고 분절적으로 이루어져왔음에 비추어, 본고가 통일적인 관점을 확립하여 수법의 이념을 밝혀내고, 그에 기초하여 수법의 과제를 재배열한 것은 유의미한 작업이라고 하겠다.

I. 들어가는 말

생명활동, 생산활동의 원천으로서 물의 이용, 보호는 인간의 삶을 사회적으로 조직하는 곳에서는 어디에서나 핵심적 쟁점이었으며, 따라서 모든 문화권은 어떠한 형태로든 물의 이용, 보호를 둘러싼 규범을 가지고 있다.¹⁾ 그러한 측면에서, 수법(水法, water law)²⁾은 인류의 역사와 함께 발전해온 어쩌면 법사학적으로 가장 오래된 법역(法域, area of law) 중 하나라고 할 수 있다. 그럼에도 불구하고, 법제도적 측면이 아닌, 학문적 연구의 대상으로서 수법에 대한 관심은 여전히 미진한 상태로 남아있다.³⁾ 이른바 수법학의 저성장에는 다양한 이유가 있을 수 있겠지만, 근본적으로는 수법을 독자적인 연구가치가 있는 법역으로 보지 않는 태도가 가장 큰 요인이라고 할 수 있다. 무릇, 학문(學問, science)을 “통일적 이념하에서 다양한 지식들을 체계화하는 작업”이라고 정의한다면, 수법학이 다른 학문분과, 무엇보다 오랜 전통을 갖는 공법, 민법, 형법 등 다른 법분과와 구별되는 독자적인 법역으로 인정받기 위해서는, 그 규율대상을 타법분과와 구별하여야 하고 그 규율대상을 지도하는 이념을 도출할 수 있어야 하며, 그 법역을 연구하기 위해 필요한 고유한 방법론이 필요하다고

1) 수법, 물관리에 대한 광범위한 통시적, 공시적 고찰로는, Dante Augusto Caponera & Marcella Nanni, *Principles of Water Law and Administration*, Taylor & Francis, 2007 참조.

2) 본고는 수법을 성문, 불문의 법규범은 물론, 판례, 학설, 그리고 법문화까지 포함하는 물의 이용, 보호와 관련한 규범의 총체를 지칭하는 용어로 사용한다.

3) 수법에 대한 학문적 논의는 주로 물관리제도와 관련하여 비교법적 측면에서 수행되어 왔으며, 최근에 들어서야 물인권, 수리권 등에 대한 논의가 추가되었다. 물관리, 수리권, 물인권 등 다양한 수법의 쟁점을 다루고 있는 전문연구서로는, 김성수, 수법연구, 진조사, 2013 참조.

할 수 있다.⁴⁾ 본고는 물의 이용, 보호와 관련한 법현상, 법이념, 법제도를 연구하는 독자적인 법학의 한 분과로서 이른바 수법학의 성립가능성을 타진하고, 시론적으로 그 체계를 구성해보는데 일차적인 목적을 두고 있다.

다른 한편으로, 수법학의 체계를 구상하는 작업은 이론적 인식관심을 뛰어넘는 실천적 함의도 가지고 있다. 양질의 물을 안정적으로 확보, 공급하고, 수질, 수생태계를 적절히 보전, 관리하여, 지속가능한 물순환체계를 확립하는 것이 오늘날 수자원정책의 핵심적 과제이다. 기후변화라는 상황에 직면하여, 새로운 물관리체계의 정립이 요구되고, 그러한 물관리체계는 효율적이면서도 환경적, 경제적, 사회적 지속성을 담보함으로써, 국민의 물인권 실현과 물에 대한 국가의 관리, 보장의무 실현에 기여하여야 한다. 그런데, 현실에서는 이러한 수자원정책의 핵심과제가 통일적인 법이념의 지도하에서 이루어지지 못하고, 파편적, 분절적으로 이행되는 한계가 노정되고 있다. 물의 이용, 보호와 관련된 법역으로서 수법의 체계정립은 현행 물관련 법제들뿐만 아니라 향후 제, 개정되는 물관련 법제들이 통일적인 법이념하에서 상호유기적으로 작동할 수 있도록 하는 한편, 물관련 법제들간 정합성⁵⁾을 확보하는 이론작업이라고 할 수 있다.⁶⁾ 나아가, 이러한 이론적 구상은 ‘물관리기본법’ 제정이라는 입법적 실천으로 이어지는 가교를 놓을 수 있으며, 그를 통한 기본법-집행법 체계하에서도 통일적, 정합적 법해석을 조울할 수 있을 것이다. 그러한 측면에서, 본고는 물의 이용, 보호와

4) 이러한 시각에서 환경법을 독자적인 법역으로 정립하려고 시도하는 문헌으로는, 조홍식, 환경법 소묘 - 환경법의 원리, 실제, 방법론에 관한 실험적 고찰 -, 서울대학교 법학, 제40권 제2호, 1999 참조.

5) 법제도와 관련하여, “정합성”(coherence)은 수직적 정합성과 수평적 적합성으로 나누어 고찰할 수 있다. 수직적 정합성은 하위법률이 상위법률에 내용적으로 저촉되어서는 아니된다는 것을 뜻하며, 수평적 정합성은 관련법률들간 규범적 부조화가 없어야 한다는 것을 뜻한다. 강현철 외, 「수자원관리기본법」(가칭) 제정방안 연구, 국토해양부, 2010, 22면. 따라서, 수법의 체계정립 작업은 수법의 이념에 배치되는 개별적인 수법들간 조정작업의 기준이 되고, 입법적, 사법적 실천의 전제를 형성한다고 할 수 있다.

6) 물관리기본법안들은 대체적으로 물관리를 “물을 자연환경의 구성요소이자 자원으로 보전하고 경제적으로 이용하며, 기뻐, 홍수와 그에 따른 재해를 줄이거나 예방하는 일”로 정의함으로써, 물관리에 보전적(保全的) 요소, 이수적(利水的) 요소, 치수적(治水的) 요소를 포함시키고 있다. 물관리기본법이 제정, 시행되지 못하고 있는 현실에서는 보전적 요소, 이수적 요소, 치수적 요소가 개별법령들에 혼재하여 나타나고 있으며, 그 규율상의 흠결, 중복 또한 관찰되고 있다. 수법의 체계정립 작업은 이러한 입법적 불비현상을 잠정적이거나 이론적으로 해소하는 역할도 수행하게 될 것이며, 중국에는 ‘물관리기본법’ 제정에 법이념적 기초를 제공하게 될 것이다.

관련된 법역에 대한 학문적 접근이 체계성, 통일성, 정합성을 가지고 이루어질 필요가 있음을 지적하는 이론적 탐구인 동시에, 수법의 현대적 과제들이 적절히 실현되는 방안 또한 제시하는 이론적 실천이라고 할 수 있다.

II. 독자적 법역으로서 수법학의 성립가능성

1. 통합과학으로서 수법학의 성립가능성

하나의 영역이 이른바 학문성을 인정받기 위해서는 독자적인 대상과 고유한 방법론을 가지고 있어야 한다.⁷⁾ 물의 이용, 보호라는 수법의 전통적인 과제에 대해서 법학은 민사법적 규율을 통해, 형사법적 규율을 통해, 그리고 공법적 규제를 통해 대응해왔다. 이러한, 전통적인 삼법체계의 총합으로서 수법을 바라보면, 수법학을 과연 독자적인 법역으로 인정할 수 있는지에 대한 회의에 직면하지 않을 수 없다. 고유한 규율수단의 부재를 이유로, 그 독자성을 전면적으로 부정하는 견해가 한 극단이라면, 규율대상의 특수성만 강조하면서 새로운 법역의 무한정적인 확대를 긍정하는 견해가 또 다른 극단이라고 할 수 있다. 수법을 개별행정법, 특히 환경법의 일부분야에 속하는 것으로 축소이해하는 태도가 전자의 전형이라면, 수법을 물의 이용, 보호와 관련된, 공법, 민법, 형법, 법경제학, 법사회학을 망라한 통합과학으로 자리매김하려는 시도가 후자의 전형이라고 할 수 있다.

오늘날, 전통적인 삼법체계⁸⁾로 해명하기 어려운 법현상들이 등장하고 있으며, 그러한 법현상들은 단순히 삼법체계하에서 법률의 양적 팽창에 머무르지 않고, 법률의 질적 변화, 나아가 법학의 구조변동을 초래하고 있다.⁹⁾ 관련하여, 현대법학은 더 이상

7) 법학의 학문성을 두고 실정법률에 대한 해석론으로서 법도그마틱이 학문성을 갖는가와 관련한 키르히만(Julius von Kirchmann)의 비판작업도 법학의 대상으로서 실정법과 그 방법론으로서 해석론에 관한 것이었다. 키르히만의 비판작업에 대해서는, 김영환, 법철학의 근본문제, 홍문사, 2012, 5-7면 참조.

8) 공법, 민법, 형법을 주축으로 하는 대륙법전통의 삼법체계는 일본을 거쳐 우리나라에도 계수되었으며, 오늘날까지 우리 법학은 이러한 삼법체계에 기초하여 연구와 교육을 수행해왔다. 삼법체계의 의의와 한계에 대해서는, 양천수, 사법 영역에서 등장하는 전문분화 경향 : 도산법을 예로 본 법사회학적 고찰, 법과사회, 제33집, 2007, 113-116면 참조.

의 실정법의 논리정연한 해석에 집착하는 법도그마틱의 차원에 머무르지 않고, 자연과학, 사회과학, 인문학과 교류하면서, 법지식을 재생산하고 법학의 인식지평을 확대해야 하는 과제에 직면하고 있다.¹⁰⁾ 이른바, 통합과학으로서 법학의방법론이 요청되며, 그러한 요청은 사회적 하부체계의 기능적 분화와 관련을 맺으면서 법역의 분화와 전문화라는 현상에 대응하는 방안이 된다. 이러한 법역의 분화, 전문화현상은 판택텐 법학의 한계지점을 드러내는 것이기도 하다. 판택텐법학은 하나의 법역에 대한 체계적 이해가능성을 제공해주는 순기능을 갖지만, 총론, 각론으로 구별되는 판택텐체계에 익숙한 법학방법론은 총론의 미학적 구축에 집착한 나머지 다종다양한 법현상을 하나의 자루에 쓸어담는 “동일성의 강제”를 구현해왔다는 점 또한 부인할 수 없다. 과학기술의 발전, 사회적 하위체계들의 분화에 직면하여, 우리의 법학 또한 그 연구중점이 각론의 고유성, 독자성, 전문성을 통찰하는 방향으로 나아가야 할 것이다.

이와 관련하여, 이른바 통합수자원관리(統合水資源管理, Integrated Water Resource Management, IWRM)는 단순히 관리주체의 조직법적 통합 요청을 넘어서는 학문적 의미를 갖는다. 통합수자원관리는 종래 분절적으로 이해되어 오던 하위체계 간 연결성, 통합성 요청을 전면에 내세운다. 예컨대, 이수, 치수의 영역이었던 수량의 관리와 보수의 영역이었던 수질의 관리는 오늘날 수문학적 물순환에 조금이라도 안목이 가진 사람이라면 상호 분리하여 이해할 수 없다는 점을 명확히 알 수 있다. 나아가, 오늘날 전통적인 수법의 과제였던 물의 이용을 둘러싼 권리의 배분체계를 뛰어넘는 새로운 과제들이 속속 등장하고 있다. 그러한 과제들은 하나의 법적 규율수단만으로, 나아가 법학의 독자적 규율체계만으로 해결할 수 없는 다양한 문제지점들을 드러내고 있다. 이것이 수문학, 경제학, 사회학, 윤리학 등을 포괄하는 이른바 통합과학으로서 수법에 대한 이해가 필요한 이유이며, 전통적인 법도그마틱(legal dogmatics)을 뛰어넘어 입법학(legisprudence)을 포괄하는 방법론적 접근이 요청되는 이유이다. 이처럼,

9) 이상돈 교수는 ‘구조적 변화’를 다음과 같이 기술하고 있다. “판택텐 시스템의 통일적 구조가 해체되고, 각 개별법이 지속적으로 기능적으로 세분화되어 가는 현상을 가리킨다. ... 전문법이란 그런 명칭의 단행법률이 있는 것이 아니라 판택텐 시스템의 육법전과 그 특별법 그리고 행정법 형식의 개별법이 동등하게 - 그 우열관계나 전후관계를 고정적으로 확정함이 없이 - 함께 사안을 규율함으로써 형성된다.” 이상돈, 전문법 : 이성의 지역화된 실천, 고려법학, 제39호, 2002, 117-118면.

10) 이상돈, 기초법학, 법문사, 2010, 695면.

통합수자원관리는 수법학에 있어서 대상적, 방법론적 종합의 요청을 뜻한다고 할 수 있다. 요컨대, 수법학은 통합과학적인 성격을 띤다. 따라서, 다양한 인식관심을 종합하는 통합과학으로서 법학을 구상해볼 수 있고, 그 하부체계로서 통합과학적 성격을 띤 전문법으로서 수법의 성립가능성도 타진해볼 수 있다. 본고는 그와 관련된 하나의 시론적 작업이라고 할 수 있다.

2. 수법학의 규율대상

수법이 법학의 한분과로 자리매김되기 위해서는 그 연구대상을 확정할 수 있어야 한다. 하나의 법역이 특정한 자연자원에 의해 규정되는 경우는 드물다고 할 수 있다. 그럼에도 불구하고, 물은 다른 자연자원들과 구별되는 특질을 갖는데, 물은 인간의 생존에 불가결하며, 거의 모든 경제적 생산에 활용된다. 사실상, 거의 모든 인간활동의 영역에 물은 필수불가결한 자원이고, 물이 인간생활에 미치는 직접적인 영향 때문에 물의 이용, 보호를 법적으로 조정, 규제하는 문제는 인류역사에 중요한 쟁점이었다.¹¹⁾ 전통적으로, 수법의 과제는 물의이용에 대한 권리, 즉 넓은 의미에 있어서 수리권(水利權, right to use water)을 어떠한 법리를 통해 여하한 범위에서 인정할 것인가라는 문제였다. 관련하여, 수리권을 어떠한 법리로 구성할 것인가는 결국 물에 대한 소유권 내지 궁극적인 관리통제권이 어디에 놓이느냐라는 문제이기도 하다.¹²⁾ 한편, 산업발전, 인구증가로 인한 물의 오염, 고갈이 심화되고, 특히 기후변화라는 초유의 도전에 직면하여 물의 환경적 보호를 포함한 지속가능한 물이용이 새로운 쟁점으로 등장하였다. 나아가, 물의 이용, 보호와 관련하여 의사결정구조를 여하히 짜넣음으로써, 사회적 갈등을 관리할 것인가의 문제 또한 수법의 새로운 과제영역으로 등장하고 있다.

무엇보다, 수법학은 물의 적절한 이용, 보호를 연구대상으로 한다. 물은 공유자원(共有資源, common resources)인데, 공유자원은 “어느 누구도 그것에 관하여 배타적인 권리를 가지고 있지 않거나 그것을 배타적으로 사용할 수 없는 유, 무형의 공동자원”을 뜻한다. 이러한 공유자원으로서 물을 이용, 보호하는 수법의 실제법적 내용은

¹¹⁾ David H. Getches, *Water Law in a Nutshell*, Thomson/West, 2009, p. 1.

¹²⁾ 물의 소유, 관리통제권과 관련한 논의로는, 강일신, 수자원의 법적 성격에 관한 고찰, 물정책경제, 제19호, 2012, 110면 이하 참조.

크게 두 가지로 나누어 볼 수 있다. 그 하나는 공동체 모두의 소유에 속한 공유자원이므로 물을 공동체의 구성원들에게 절절하고 공평하게 배분하는 것이고, 다른 하나는 공유자원의 고갈을 막기 위한 규제장치를 확립하는 것이다.¹³⁾ 따라서, 수법은 합리적인 방식으로 사람들에게 물의 이용관계를 설정하여야 하고, 수자원의 과도한, 부적절한 이용을 억제하도록 사람들의 행위를 유도, 강제하는 과제를 수행해야 한다. 전자와 관련하여, 수법은 인권적 차원을 포함한 물에 대한 권리체계를 확립하는 과제를 부여 받는다. 한편, 물의 오남용을 방지하기 위해서 오늘날 물에 대한 경제적 가치를 고려한 접근법 또한 주목받고 있다. 무한히 사용할 수 있는 공공재로서의 물이 아니라 가격정책의 대상이 되는 경제적 재화로서 물이라는 관념을 도입하는 것이며, 그것이 낭비와 오염의 유인을 줄이는 방안이라는 것이다. 반면, 인권에 기초한 배분체계를 중시하는 입장은 이러한 경제적 접근법이 물에 대한 보편적 접근을 저해할 것이라고 주장한다. 오늘날 물의 이용과 관련하여 이 두 가지 입장을 조율하여 균형을 유지하는 작업이 중요한 수법의 과제라고 할 수 있다. 후자와 관련하여서, 수자원의 오염, 고갈은 기후변화에 직면하여 훨씬 더 증가할 것이고, 물에 대한 환경정책적 접근이 점점 더 중요한 쟁점으로 부각될 것이다. 여기서, 수자원의 지속가능한 이용을 위한 환경법원칙들의 적용이 중요한 의미를 갖게 될 것이다.¹⁴⁾

한편, 오늘날, 기후변화, 인구증가, 물부족, 물오염은, 물공급서비스의 민영화 등은 다양한 분쟁의 요인들을 낳고 있고, 물관리와 관련하여 새로운 패러다임을 요구하고 있다. 이른바 물분쟁을 방지하는 원칙들과 접근들은 공정한 배분체계의 확립과 물관리에 관련 정책의 투명성, 그리고 참여보장 등을 내용으로 하는 거버넌스체계의 확립을 요청한다. 좋은 물거버넌스구축은 물분쟁의 가능성을 줄이는 불가결한 요소라고 할 수 있다. 물거버넌스는 수자원을 개발, 관리하고, 물을 안정적이고 균형있게 공급하는데 이용되는 다양한 정치적, 사회적, 행정적 메커니즘을 뜻한다. 그리고, 이러한 물거버넌스 구축과 관련하여 투명성확보, 참여보장, 사법적 규제장치보장과 같은 쟁점들이

13) “공유지의 비극”에서 하딘(G. Hardin)은 환경문제가 이기적인 인간들에게는 피할 수 없는 비극적 운명이기 때문에 개인들의 자율적인 통제를 기대하기 어렵고 따라서 강제력을 동반한 법과 제도를 만들어 해결하는 방법밖에 없다고 하였다.

14) 인권으로서 물, 재화로서 물, 환경으로서 물 관념에 대해서는, Jessica Vapnek, Margret Vidar and Victor Mosoti, *Conceptions of Water, Law for Water Management : a Guide to Concepts and Effective Approaches*, FAO, 2009, pp. 327-339 참조.

제도개혁의 핵심인자로 언급되고 있다. 특히, 민주적 참여원칙이 물거버넌스와 관련하여 중요한 역할을 수행하는데, 이러한 물거버넌스의 구축은 수법의 절차법적, 조직법적 측면이라고 할 수 있다. 구체적으로는, 이해당사자의 알권리를 실질적으로 보장하고 물관련 관련 의사결정에 참여할 수 있는 권리를 보장하여야 할 것이다. 법이론적으로는, 당사자적격 등 소송요건을 완화하고, 시민소송, 단체소송을 도입하는 것도 고려해볼 수 있다.¹⁵⁾ 요컨대, 수자원정책 수립에 이해당사자들의 의사를 합리적으로 반영할 수 있도록 절차를 마련하고 그들의 정보에의 접근권과 절차에의 참여권을 보장하는데 물거버넌스구축의 핵심이 놓여있다. 이것이 오늘날 수법의 또 다른 규율대상이라고 할 수 있다.

3. 수법학의 연구방법

수법에 대한 연구는 그 역사가 오래되지 않아서 법도그마틱이 제대로 축적, 성숙되지 아니한 분야이다. 따라서, 수법 분야에 있어서는 생성중에 있는 이론과 유동적인 현실이 상호작용해야 할 필요성은 더욱 크다. 생성중인 법으로서, 그리고 변화하는 법으로서 수법의 비완결성, 유동성 때문에 정립된 수법의 영역은 묵시적으로 법과정(法過程, process of law)에 대한 연구를 필요로 한다. 여타의 법역이 확고한 원칙을 가지고 천천히 변화하는 반면, 수법은 비교적 새롭고 역동적인 법역이라고 할 수 있고, 수법학은 입법자와 법원이 사회적 자극에 따라 법을 만들고, 개정하고, 폐지하는 과정에 대한 연구를 필요로 한다.¹⁶⁾ 유무형적으로 다양한 가치를 갖는 핵심적인 자원에 대한 이용, 보호를 다루는 진화하는 법으로서 수법은 무궁한 가능성을 내포한다고 할 수 있다. 수자원정책과 수법에 관련된 일련의 과정을 이해하기 위해서는 먼저 문제가 된 물관련 쟁점을 확인하고, 그 문제에 대한 입법부의 정책결정과정, 그 산물인 법률을 검토하여야 한다. 그런 연후에, 집행부가 입법적 과제를 구체적으로 어떻게 구현하는지를 검토하고, 법원이 물관련 문제의 해결을 위해 어떤 법해석으로 대응하고 있는지도 검토해야 한다.¹⁷⁾ 전통적인 법학방법론이 법원의 법해석에만 치중하였고,

15) 환경법의 절차법적 과제에 대해서는, 조홍식, 앞의 글(주 4), 332-333면.

16) David H. Getches, 앞의 책(주 11), p. 3.

17) 환경법에 대한 법과정론적 이해에 대해서는, 조홍식, 앞의 글(주 4), 355면 참조.

법정책적인 면을 도외시하였던 것에 대한 반성으로, 수법의 연구와 관련하여서는 입법학적 고려가 필요하다. 입법자의 범정립작용도 일종의 헌법해석작용이고 이념적, 원칙적 지도하에서 이루어지는 법현상이라고 본다면, 입법학을 정책학의 영역에 남겨두지 않고 법학의 영역으로 불러오는 노력이 필요하다고 할 수 있기 때문이다.¹⁸⁾

나아가, 수법의 연구방법론에 있어서, 이른바 통합과학으로서 성격을 구현하기 위한 학제적 접근이 필요하다. 수법학은 수문학과 같은 자연과학, 나아가 환경윤리학, 법경제학, 법사회학과 같은 인문학, 사회과학을 아우르고, 실정법 측면에서 공법, 민법, 형법을 모두 아울러야 한다. 수법학은 물을 매개로 하여 다양한 법영역과 다른 학문영역이 한데 모임으로써 형성된 일종의 통합과학이라고 할 수 있기 때문이다. 오늘날 법학방법론은 법도그마틱, 즉 실정법해석론에 머물러서는 아니되고, 입법학, 행정과정론, 그리고 사법과정론에 이르기까지 법을 통해 규율되는 다양한 현실에 대한 이해와 접근을 포괄할 수 있어야 할 것이다. 그렇지 않다면, 법학은 말 그대로 조문의 잣구해석에 머무르는 학문적 지체(學問的 遲滯, academic lag)에서 벗어날 수 없을 것이기 때문이다.

Ⅲ. 수법의 체계구상

1. 전통적인 수법체계의 한계

수법학이 독자적인 법학분과로 자리매김되기 위해서는 그 연구대상을 이론적으로 연구하고 그것을 현실에 적용함에 있어서, 전체를 관통하는 이념 또는 원칙이 정립될 필요가 있다. 그러한 이념 또는 원칙에 따를 때, 정합적이고 통일적인 규율이 가능할 것이기 때문이다. 앞서 언급한 바와 같이, 수리권이나 물관리법제도에 대해서는 다양한 연구가 진행되어왔지만, 전체로서의 수법의 체계에 대한 연구와 관련하여서는 국내는 물론이고, 국외에서도 그 예를 찾아보기가 쉽지않은 실정이다. 전통적으로, 수법에 대한 접근은 그 규율수단을 중심으로, 물의 이용, 보호와 관련된 공법, 민법, 형법의

¹⁸⁾ 입법학의 신동향에 대해서는, Luc Wintgens(ed.), *Legisprudence: A New Theoretical Approach to Legislation*, Hart Publishing, 2002 참조.

규정들을 분석하는 방식을 택하거나,¹⁹⁾ 수자원의 종류를 중심으로 분석하는 방식을 취해왔다.²⁰⁾ 그런데, 이러한 접근법은 전체로서 수자원에 대한 통일적 접근필요성, 물의 수문학적 순환체계에 비추어볼 때, 일정한 한계를 노정한다. 일례로, 수리권의 경우만 하더라도, 그 배분체계로서, 민법상 재산권법리의 활용, 행정법상 허가제도의 활용 등 다양한 접근법이 동원될 수 있으며, 하나의 법적 규율수단만으로 해소하지 못하는 쟁점들이 빈번하다. 아울러, 수자원의 종류, 예컨대, 지표수, 지하수, 그 밖의 물로 나누어 접근하는 방식 또한 수문학적 물개념, 수자원관리의 통합적 추세에 비추어 한계를 갖는다. 따라서, 새로운 수법의 체계정립이 요청되고, 그러한 체계를 구상하는데 있어서, 수법과 관련한 현대적 패러다임을 고찰하고, 그에 따라 수법을 관통하는 원리들을 구성 내지 도출한 후, 그에 기초하여 수법의 내용을 재배열하는 작업이 필요하다고 하겠다.

2. 수법의 이념, 원리

수법의 체계를 구상하는 것은 통일적이고 일관된 원칙을 통해서 수법의 과제들을 유기적으로 배열하는 것을 뜻한다. 앞서, 수법의 대상을 고찰하는 과정에서 수법의 전통적인 과제로서 물의 이용, 보호를, 현대적 과제로서 좋은 물거버넌스체계의 구축을 고찰하였다. 앞의 것이 실체법적 쟁점이라면 뒤의 것은 절차법적, 조직법적 쟁점에 관한 사항이라고 할 수 있다. 이하에서는 수법을 둘러싼 국제적인 논의동향을 검토하고, 그러한 동향을 헌법학의 시각에서 재구성한 후, 시론적으로 수법의 기본원리를 도출해본다.

(1) 국제적인 논의동향

① 인권으로서 물

현대 수법을 관통하는 흐름들 중 하나는 인권으로서 물에 대한 접근이라고 할 수 있다.²¹⁾ 인권으로서 물에 대한 접근의 법적 수용은 상징적 차원에서뿐만 아니라

¹⁹⁾ Rüdiger Breuer, *Öffentliches und privates Wasserrecht*, Verlag C.H.Beck, 2004 참조.

²⁰⁾ David H. Getches, 앞의 책(주 11) 참조.

실천적인 차원에서도 중요성을 갖는다. 물인권이 직접적으로 효력을 발생하지 않더라도, 대중들의 물에 대한 접근을 개선하는데 이념적 압박을 가할 수 있기 때문이다. 물인권은 1970년대 이래 본격적으로 논의되기 시작하였고, 2002년에는 경제적, 사회적 및 문화적 권리위원회가 ICESCR 제11조와 제12조를 바탕으로 한 ‘일반논평 15’(General Comment No. 15)에서 “물에 대한 권리”를 채택하였는데, ‘일반논평 15’는 실제적 물에 대한 권리 내용으로 물은 모두에게 안전한 도달범위에 있어야 하고, 모두에게 이용 가능하여야 하며, 모두에게 법적으로 그리고 사실적으로 접근가능하여야 한다는 의미에서의 “접근가능성”, 개인적으로 그리고 가정내에서 사용하는 물은 안전해야 한다는 의미에서 “적절한 수질”, 사용자들에게 물공급은 충분하고 지속적이어야 한다는 의미에서 “수량”을 규정하고 있다. 이와 더불어, 일반논평 15는 국가의 책임에 대해서도 언급하고 있는데, 물에 대한 권리 실현을 위해 국가가 부담하는 구체적인 법적 의무는 존중, 보호 및 실현의무라고 할 수 있다. 존중의무는 물에 대한 권리의 향유에 대한 어떠한 직, 간접적 방해도 금지된다는 것이다. 보호의무는 제3자가 물에 대한 권리의 향유를 방해할 경우 국가가 그 금지입법, 규제수단을 동원해서 권리자를 보호해야 한다는 것을 내포한다. 실현의무는 국가가 물에 대한 권리 실현을 위한 수단을 조성, 촉진, 제공해야 할 적극적인 의무를 뜻한다. 한편, 2010년 7월 28일 유엔 총회는 64/292 결의를 채택하여, 건강하고 깨끗한 마실 물과 위생에 대한 권리를 인간다운 삶의 향유와 모든 인권들에 필수적인 인권으로 승인하였다. 그 후속 조치로 2010년 9월 30일 유엔 인권이사회(Human Rights Council)는 15/9 결의를 채택하였는데, 동 결의는 물에 대한 권리를 여타의 인권 실현 수단으로 승인하였으며, 그 권리가 적당한 생활수준을 누릴 권리로부터 파생되고, 도달 가능한 최고 수준의 신체적, 정신적 건강을 향유할 권리, 그리고 생명, 인간존엄에 대한 권리와 불가분적으로 연계되어 있음을 확인하였다. 비록 이러한 결의들이 구속력을 갖는 것은 아니지만, 이러한 결의들은 독자적 권리로서 물에 대한 인권을 확인하는 국제적 논쟁 및 합의에 있어서 중요한 지표로 작용하고 있다.

21) 물인권의 국제적 논의지점과 비교법적 분석에 대해서는, Desheng Hu, *Water rights: an International and Comparative Study*, IWA, 2006 참조. 물인권 논의의 국내법적 함의에 대한 다양한 분석으로는, 권형돈 외, 물과 인권, 피어나, 2012 참조.

② 환경으로서 물

물은 환경의 본질적 구성요소이며, 복합적인 환경적 기능을 수행한다. 물이 없이는 생명이 존재할 수 없으며, 또한 물은 전체 환경의 보존에 있어서 매우 중요한 역할을 한다. 이러한 측면에서, “물은 생태계에서 본질적 부분을 이룬다.”²²⁾ 다시 말해, 어떤 환경에서건 적당한 수질의 물이 최소한의 양도 없다면, 그 환경은 스스로의 자정능력을 상실하게 된다. 따라서, 적정 수질을 갖춘 최소한의 물이 없이는 환경이 주는 이로운 혹은 환경 유지의 기능은 기대할 수 없다. 따라서, 환경으로서 물에 대한 접근을 통해, (i) 어떤 장소에서 환경이 스스로의 건강한 질서를 유지하기 위해 필요한 최소한의 적정한 수질의 물이 제공될 수 있는 환경의 조성, (ii) 그러한 환경의 조성을 위해 필요한 개인이나 단체에 대한 권리와 의무의 부여가 필요하다고 볼 수 있다. 한편, 국제환경법상 원칙으로 확고히 확립된 사전예방원칙, 오염자부담원칙과 같은 환경법적 원칙들을 수법의 체계 안으로 수용하는 이론작업 또한 중요한 의미를 갖는다.²³⁾

③ 공유자원으로서 물

물을 규율하는 첫 걸음은, 특히 물의 이용을 규율하는 첫 걸음은 수자원의 법적 성격을 규정하는 것이다. 이것은 결과적으로 물관리에 대한 궁극적 책임주체를 결정하고, 권리와 의무를 설정하는 전제이다. 오늘날 수법의 점진적인 균질화가 관찰되고 있다. 지하수, 지표수간 법적 구별이 사라지고 있는데, 두 가지 모두 수문학적 물순환에 있어서 상호연결되어 있으며, 따라서 각각에 대한 다른 법적 취급은 정당화될 수 없기 때문이다. 동시에, 보통법(common law), 대륙법(civil law) 전통 공히 수자원의 사적 소유를 엄격히 제한하거나 인정하지 않는 방향으로 나아가고 있다.²⁴⁾ 그 결과, 물에 대한 국가의 통제가 증대되고 있으며, 물을 이용하려는 사인들에게 물에 대한 권리를 부여하는데 허가체계가 보편화되고 있다. 비록 법리적으로 공용물로서 수자원을 언급하는 대륙법전통과, 공공신탁의 법리를 활용하는 보통법전통이 다소간

²²⁾ UNESCO et al., *The United Nations World Water Development Report: Water for People, Water for Life*, UNESCO Publishing, 2003, p. 13.

²³⁾ Irina Zodrow, *International Aspects of Water Law Reforms*, Philippe Cullet(ed.), *Water Law for the Twenty-First Century*, Routledge, 2010, pp. 43-49.

²⁴⁾ Andrés Olleta, *An Overview of Common Trends in the Water Legislation of Selected Jurisdictions*, Philippe Cullet(ed.), 앞의 책(주 22), pp. 19-23.

차이를 보이고 있으나,²⁵⁾ 공히 물의 공공성을 승인하고, 수법을 그에 따라 개혁하려는 움직임을 보이고 있다.

④ 물거버넌스

오늘날 물관리, 물공급서비스에 있어서, 분권화(分權化, decentralization)라는 흐름이 관측된다. 분권화는 민주화, 민영화라는 수단을 통해 구현되는데, 민주화는 하위공동체에 스스로 수자원을 관리할 권한을 부여하고, 시민들의 참여를 촉진하는 것을 요청하고, 민영화는 민간영역의 참여하에 물공급서비스의 효율성을 추구하는 것을 요청한다. 이론적으로, 이러한 분권화는 의사결정과정, 의사결정통제에 일반공중의 참여를 제도화하는 것을 필요로 한다. 그를 통해, 사회적 정의, 평등, 지속가능성, 투명성, 연대의 가치가 구현될 수 있기 때문이다. 민주적 참여권의 제도화는 의사결정에의 주민참여, 사법적 거버넌스 구축을 위한 이해관계인 내지 이용자들의 사법적, 준사법적 구제수단예의 접근성 보장, 그리고 물관리의 하위공동체에의 위임을 포함한다. 나아가, 이러한 분권화의 실현방식으로는 투명성이 대단히 중요한 의미를 갖는데, 투명성은 이용자들, 시민사회가 물분야에 참여할 수 있는 전제조건이다. 나아가, 투명성은 공무원들의 책임성과 반부패를 확보하는 수단이기도 하다. 그것이 대중들에게 정보를 제공하고, 시민들이 예산, 재정적 조치를 검토하여, 법제도 논의에 참여할 수 있도록 하는 수단이기 때문이다. 한편, 민영화의 경우에도, 시민들에게 수량과 수질에 대한 정보가 제공되도록 하는 제도설계의 중요성이 강조된다.²⁶⁾

⑤ 민영화

1990년대를 거치면서, 물공급서비스에 있어서 민영화는 세계적으로 급속히 확산되고 있는 흐름이다. 민영화의 결과, 각국의 수법은 점차 물공급서비스와 관련하여 사적기업의 개입과 관련된 조항을 포함시키고 있다. 반대로, 물공급서비스의 민영화에 반대하는 입장에서는 사적 공급주체들이 공급거부 내지 공급지연 등을 통해서 물인권의 실현이 저해될 것을 우려한다. 국가가 상하수시설의 기반을 유지, 확장하기 위해서

²⁵⁾ 강일신, 앞의 글(주 12), 110-114면.

²⁶⁾ Andrés Olleta, 앞의 글(주 23), pp. 23-29. 물거버넌스 논의의 국내법적 함의에 대한 다양한 분석으로는, 고문현 외, 물거버넌스, 피어다, 2014 참조.

민간투자를 수용하는 것은 불가피한 흐름일 수 있다. 그러나, 국가는 여전히 공급체계에 간섭하여야 하고, 보조금 등을 통해 보편적 공급의무가 실현될 수 있도록 하는 책임을 부담하여야 한다는 것 또한 명백하다. 공법의 영역에서 지속적으로 민관협력은 확장되어 왔지만, 건전한 법적 규제체계의 중요성은 민간영역의 물공급서비스에서도 중요한 역할을 수행한다. 따라서, 물공급이라는 공익적 요청과 민간운영자들의 효율적인 물공급체계 구성간 균형을 유지하는 것이 오늘날 수법의 또 다른 과제라고 할 수 있다.²⁷⁾

(2) 수법의 이념적 기초 : 헌법적 명령

수법이 인권의 실현기제로 이해되어야 한다면, 그것을 국민의 기본권실현 측면에서 접근할 필요가 있다.²⁸⁾ 현행 헌법해석상 ‘물기본권’이라는 독자적 기본권이 인정되는 것은 아니다. 다만, 행복한 생활을 위해서 ‘생존의 기초’ 또는 ‘경제적 자원’으로서의 물을 자유롭게 선택하고 이용할 수 있는 권리라는 자유권적 측면, 인간다운 생활을 위해서 깨끗하고 안전한 물공급을 국가에 요청할 수 있는 사회권적 측면, 그리고 물이용에 대한 불합리한 차별금지라는 평등권적 측면을 모두 포함하는 복합적이고 포괄적인 성격의 ‘물기본권’이라는 관념을 상정해볼 수 있고, 이러한 물기본권 관념은 국민의 기본권실현에 봉사하는 효율적인 수자원관리를 추구하는 수법의 이념적 기초를 형성한다고 할 수 있다. 따라서, 물기본권 실현정도는 물관련 법제의 정당성과 합리성을 판별하는 하나의 공준이 된다고 할 수 있다.

한편, 헌법 제120조가 선언하고 있는 국토와 자원의 적절한 이용, 개발, 관리에 대한 국가의 일차적 관리임무는 국민에 대한 기본권보호의무 관점에서 이해되어야 한다. 현대 입헌주의하에서, 국가의 자원관리 의무 또한 자기목적적 의미를 갖는 것이 아니라, 국민의 기본권실현과의 관련성 속에서 고찰되어야 하기 때문이다. 자원이 국민의 행복하고 인간다운 삶에 미치는 영향에 비추어 - 물과 같은 자연자원은 생명화

²⁷⁾ Andrés Olleta, 위의 글, pp. 29-32. 물공급에 있어서, 다양한 민관협력 방안의 검토, 민영화의 한계에 대한 체계적 고찰로는, 김성수, 상, 하수도 산업 구조개편에 관한 입법정책적 과제, (연세대학교) 법학연구, 제23권 제3호, 2013 참조.

²⁸⁾ 공법학의 시각에서 물기본권에 대한 체계적 이해로는, 김성수, 물기본권에 대한 연구, 환경법연구, 제34권 제1호, 2012 참조.

동의 필수전제로서 생존의 기초를 형성하기도 하고, 그 자원의 경제적 이용가치에 따라 생산수단으로서 경제생활의 기반을 형성하기도 한다 - 국가는 그 자원을 적정히 보호, 관리하여 국민의 이용에 적합하도록 하여야할 의무를 부담하고, 국민이 그 자원에 대한 접근에 있어서 부당하게 차별받지 아니하도록 하여야 할 의무를 부담하며, 나아가 국민이 그 자원이용에 대한 제3자의 부당한 침해로부터 보호받도록 하여야할 의무를 부담한다. 이러한 기본권보호의무의 일환으로서 국가의 자원관리의무로부터 아래에서 검토하는 바와 같이 효율적 자원관리명령, 지속가능한 자원관리명령, 무제한적 민영화금지라는 구체적인 헌법명령이 도출된다.

우선, 자연자원은 국민 모두의 자산이며, 현재대뿐만 아니라 미래세대의 자산이기도 하다. 특히, 자연자원이 인간생존의 필수적 요소인 동시에 경제생활의 물적 기반이라는 점에서, 국가는 그 효율적 보호, 관리를 위해 노력해야 한다. 비효율적 관리 결과는 오롯이 국민의 피해로 돌아가기 때문이다. 모든 국가작용이 국민의 기본권실현을 위한 것이라면, 그 속에는 이미 국민을 ‘위한’ 국가작용이라는 측면, 다시 말해 민주주의원칙이 투영되어 있고, 국가작용이 준수해야할 행위원칙으로 범치국가원칙을 간접적으로 선언하고 있는 헌법 제37조 제2항 과잉금지원칙 속에는 효율적인 수단의 선택을 강제하는 측면이 내포되어 있다고 할 수 있다. 그렇다면, 효율적 국가작용의 명령은 민주주의원칙 내지 범치국가원칙에 이미 포함되어 있는 헌법원칙이라고 할 수 있다. 구체적인 경제질서를 규율하는 헌법 제122조가 “효율적인”이라는 표현을 사용하고 있다는 점도 국가작용의 준칙으로서 효율성원칙이 이미 헌법 체계에 포함되어 있다고 볼 수 있는 근거가 된다.²⁹⁾

다음으로, 국토, 자원의 유한성, 미래세대 관련성에 비추어, 국가의 자원관리의무는 헌법 제35조 국가의 환경보호의무 조항과 유기적 해석하에서 그 의미를 파악해야 한다. 다시 말해, 국가의 자원관리는 경제적 효율성, 현재대 이용가치만을 고려할

²⁹⁾ 국가가 효율적인 자원관리의무를 수행하지 못하는 경우, 그것은 입법재량이나 행정재량을 일탈하여 민주주의원칙 내지 범치주의원칙에 위반하는 것으로서, 그 헌법적 책임을 해태하는 것이다. 그러나, 효율성 원칙은 규범본질적으로 일도양단적으로 언제나 최고의 가치로 준수되어야 하는 것은 아니다. 행위규범으로 효율성원칙은 입법자와 법집행자들에게 효율적 국가작용을 명령함으로써, 가급적 최대한의 효율성을 실현할 것을 명하는 것이지만, 그 국가작용을 판단하는 사법부에게는 과연 “적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취하였는가”라는 과소보호금지원칙을 뜻하게 된다. 다시 말해, 효율성원칙의 실현정도는 최대한 실현이 요구되지만, 그 합헌성은 최소한 실현조치 준수 여부로 판가를 날 수 있다.

것이 아니라 지속가능한 이용, 개발이라는 환경헌법상 이념에 부합하는 것이어야 한다. 헌법 제120조 제2항이 “균형있는” 개발, 이용을 천명하고 있는 까닭도 여기에 있다. 환경오염을 사후에 제거하는 방식이 아닌 사전에 오염의 발생을 방지하여야 한다는 ‘사전예방원칙’, 개발사업에서 환경보전을 우선적으로 고려하여 사전에 배려하는 조치를 하여야 한다는 ‘사전배려원칙’, 미래 세대가 그들의 필요를 충족시킬 수 있는 능력을 저해하지 않으면서 현 세대의 필요를 충족시키는 개발을 하여야 한다는 ‘지속가능한 개발원칙’ 등이 중요성을 갖는 이유이다.³⁰⁾

마지막으로, 자연자원의 공공성을 인정한다고 하더라도 자원의 개발, 이용의 효율성을 고려할 때 민간에 의한 채취, 개발, 이용 가능성이 전면적으로 차단되는 것은 아니다. 다만, 생존배려영역의 민영화는 공평한 급부제공의 기회를 제한할 수 있고, 따라서 생존배려의 영역에서 국가의 공적과제를 사법 형식의 조직에 의해 수행하거나 사적 주체에게 전가하는 민영화는 일정한 한계를 갖는다. 국가가 적절한 수준의 생존배려를 공법의 형식으로만 달성할 수 없을 경우에 사법의 형식을 통해 실현할 수도 있다. 민영화 내지 ‘사법’ 형식을 통한 국가과제의 실현은 국가재정의 부담을 줄이고 공익을 지향하는 급부활동의 효율성을 제고할 수 있기 때문이다. 그러나, 급부행정의 궁극적 책임은 국가에 귀속되는 이른바 보장책임(保障責任)이 요청된다. 따라서, 민영화에 의해 생존배려를 실현한다고 하여도 급부행정의 최종책임은 여전히 국가에 남아 있으며, 국가는 기본권실현을 위하여 생존배려의 영역에 개입할 수 있어야 한다.³¹⁾

(3) 수법의 기본원칙

이러한 수법을 둘러싼 국제적 논의지형, 그리고 물기본권, 수자원관리와 관련한 헌법적 명령을 종합하여 다음과 같은 수법의 기본원칙들을 도출할 수 있다.³²⁾

① 공공성원칙

물의 본질이 공공의 이용에 제공되는 공공자원 또는 공공용물로서의 성격을 가지고

³⁰⁾ 대법원 2006. 3. 16. 2006두330 판결.

³¹⁾ 정남철, 생존배려영역에서의 민관협력과 공법적 문제 - 특히 공공수도의 민영화를 중심으로-, 환경법연구, 제32권 제2호, 2010, 참조.

³²⁾ 이하의 원칙은 향후 ‘물관리기본법’ 제정시 반영되어야 할 원칙이라고 할 수 있다.

있음은 부인할 수 없는 사실이고 이러한 사실에 기초하여 모든 국민이 물을 공평하게 이용할 수 있어야 한다. 수자원은 본질적으로 공물로서 성격을 가지며, 원칙적으로 그 이용에 허가체계를 통한 합리적인 배분이 구현되어야 한다.³³⁾

② 효율성원칙

수자원관리와 관련하여 경제학적 관념의 도입이 필요하다.³⁴⁾ 그것이 효율적 수자원관리를 구현하는 수단일 수 있기 때문이다. 이러한 수자원정책은 수자원의 효율적 사용은 물론 환경적합적 수요를 구축할 수 있게 한다. 물관리에 소요되는 비용부담과 관련하여 수익자부담의 원칙에 따르도록 하고, 물관리에 장애가 되는 행위를 한 자에게는 원인자부담의 원칙에 따라 그 비용을 부담하도록 할 필요성이 있다. 구체적으로는, 가격정책을 통한 시장메커니즘의 활용, 사전배려원칙, 오염자부담원칙 등 적용에 있어서 비용-편익분석적 사고들의 도입 등을 통한 효율성원칙의 구현이 필요하다.

③ 민주성원칙

물의 이용, 보호와 관련된 정책, 법률의 입안, 또는 의사결정시 시민참여의 필요성이 요구된다. 이러한 참여의 전제조건으로 정보공개를 비롯한 투명성원칙의 구현, 지역의 물문제를 스스로 결정할 수 있도록 하는 분권성원칙의 구현 등이 좋은 물거버넌스 구축과 관련하여 실현되어야 할 것이다.

④ 통합성원칙

물관련 입법은 상호연결성을 고려함이 없이 분절적으로 이루어져왔다. 예컨대, 수질오염은 수량에 의해 영향을 받지만, 수질관리는 수량관리와 분리되어 다루어지고 있다. 마찬가지로, 지하수 수량, 수질은 지표수의 영향을 받지만, 지하수는 지표수에 대한 고려없이 규제되고 있다. 그 결과, 물관련 규정들은 다양한 법령으로 흩어져 있다. 통합관리원칙은 수량확보, 수질보전, 수해방지 규율의 통합뿐만 아니라, 기후,

33) 공물이론을 통한 수자원의 규율방식에 대해서는, H. Kube, Private property in natural resources and the public weal in German law. latent similarities to the public trust doctrine?. *Natural Resources Journal* (37), 1997 참조.

34) Irina Zodrow, 앞의 글(주 22), p. 50.

토지, 자원, 환경, 식생 등 자연환경, 그리고 정치, 경제, 사회 등 사회환경까지 종합적으로 고려할 것을 요청한다.

⑤ 보장성원칙

물공급서비스와 관련하여 국가는 민영화를 통해 그 이행책임의 일부를 민간에 이양할 수 있지만, 기본권보호의무 자체를 방기할 수 없으며, 궁극적인 책임의 주체로서 그리고 감독책임자로서 여전히 물기본권실현에 공헌하여야 한다. 수법은 이러한 보장성원칙의 구체적 실현을 위해, 보편적 공급, 균형적 공급 등 의무를 구체화하고, 민간영역에 대한 감독책임을 규정해야만 한다.

3. 수법의 내용구성

이하에서는, 수법의 과제, 이념, 원리와 관련한 앞의 논의를 종합하여 수법의 구성에 대한 개요를 제시한다. 한편, 이하에서 사용하는 “체계”라는 용어는 단순히 법령만을 지칭하는 것이 아니고, 관행, 문화, 기술 등을 포함한다.

(1) 물의 소유체계

수자원 소유권 귀속, 물에 대한 권리 배분은 핵심적인 수법의 영역이다. 따라서, 수자원의 소유와 관련된 법원칙을 규정하고, 물에 대한 국민들의 권리를 규율하는 것이 수법의 과제가 된다. 수자원의 법적 성격을 규명하고, 공물법리를 통해서 재산권 체계와의 조화를 모색하는 작업이 소유체계와 관련된 주요내용이 될 것이다.

(2) 물의 이용체계

수법의 근본적인 역할 중 하나는 경합하는 이용자들간의 수자원의 배분을 적절히 수행하는 것이다. 잘 규정된 물에 대한 권리체계는 책임있는 물이용을 조장하고, 수자원의 지속가능성을 촉진한다. 물에 대한 이용체계를 확립함에 있어서, 관습법, 재산법, 행정법상 허가제도 등을 활용할 수 있다. 허가제도가 대세적인 방법이지만, 이용체계

는 이러한 제도들간 총합이라고 할 수 있다. 아울러, 허가를 시장에서 유통하도록 함으로써 시장메커니즘에 의한 이용체계를 확립하는 것도 고려사항 중 하나이다.³⁵⁾ 한편, 이용체계에는 사회적, 경제적, 생태적 균형에 근거하여 물이용의 우선순위를 설정하는 것도 포함된다. 정부는 예컨대, 음용수, 환경, 관개, 산업 순으로 우선순위를 부여할 수 있다.

(3) 물의 보호체계

수법은 수량뿐만 아니라 수질에 대해서도 규율해야 한다. 수질보전의무를 허가제도에 연동시키는 방식이 활용될 수 있다. 또한, 물의 보호와 관련하여 효율성원칙 등을 적용하고, 환경권을 구체적 권리로 설정하며, 시장메커니즘 그리고 사법거버넌스를 통한 보호의 수단을 활용할 수 있다. 종래 행정법적, 형사법적 규제입법에 머물러있던 보호체계를 넘어서 다양한 법적, 비법적 수단이 동원될 필요성이 있다.

(4) 물의 관리체계

물의 관리체계와 관련하여 물관리위원회 등 수자원관리조직의 문제를 규율할 필요가 있다. 아울러, 물의 관리체계하에서 분권성, 참여성이라는 민주성원칙이 반영될 수 있는 제반제도들이 연구되고 규정될 필요성이 있다. 투명성원칙, 원고적격확대 등도 행정거버넌스, 사법거버넌스의 구축과 관련하여 중요한 의미를 갖게 될 것이며, 통합성원칙에 따른 관리의 통합수자원관리의 구현방안 등도 주요한 내용을 구성할 것이다.

(5) 물의 공급체계

수법은 충분하고, 안전하며, 물리적으로 접근가능한 방식으로 물공급서비스가 이루어

35) 물에 대한 이용권으로서 수리권과 관련한 쟁점 분석, 수리권제도의 현대화에 대해서는, Stephen Hodgson, *Modern Water Rights*, FAO, 2006; 김성수, 수리권의 법적 근거와 한계, 토지공법연구, 제43권 제1호, 2009 참조.

어질 수 있도록 보장해야만 한다. 특히, 수돗물에 대한 입법은 접근성과 수질을 규정해야만 한다. 수법은 또한 수돗물을 공급하는 국가기관, 사적기업에 대한 통제수단을 확립해야만 한다. 통제의 핵심은 공급책임의 윤곽을 설정하여 보장성원칙을 구현하는 것이 될 것이다.

4. 체계구상의 실천적 함의

수법을 하나의 탐구의 대상으로 삼아서 논의를 진행하는 것은 단순히 학문적, 이론적 작업에 그치는 것이 아니고, 실천적인 기능을 수행한다. 하나의 법역에 대한 학문적 체계의 정립은 다음과 같은 기능을 수행한다.³⁶⁾ 수법은 비교적 새롭고 역동적인 법역이라고 할 수 있다. 따라서, 개별 법률의 규율프로그램이 흠결을 보일 경우에 체계의 취지로부터 그것을 메워주는 법규범을 형성할 수 있는 보충적인 법형성의 지침이 된다고 할 수 있다. 이러한 지도기능은 자연스럽게, 입법과 사법에 대한 통제적 기능으로 연결된다. 수법의 이념과 체계에 배치되는 입법을 제어하고, 그러한 입법이 이루어졌다고 할 때, 비록 개별 법률들의 규정들을 전면적으로 무효화할 수는 없지만, 개별 법률의 관련규정을 수법의 체계, 기능에 따라 최대한 정합적일 수 있도록, 해석, 적용할 수는 있다. 마지막으로, 수법의 체계구상은 의미없이 보이는 개별 법률들을 하나의 유의미한 하부체계로 결합시키는 체계정립적 기능 또한 수행한다.

IV. 수법학의 체계적 연구를 위한 제언 : 결론에 갈음하여

물은 생명의 근원이자, 인권의 핵심요소이다. 물은 언제나 법에 있어서 핵심적인 관심사였다. 이처럼, 물이 생명유지, 생산활동에서 담당해왔던 핵심적인 역할에도 불구하고, 수법의 체계화 작업은 상대적으로 더디고 분절적으로 이루어져왔다. 현행 수법체계 또한 파편적인 다양한 법령들로 구성되어, 정합적이고 포괄적인 체계로서 물에 관한 법을 확인하기는 어려운 실정이다. 나아가, 현행 수법체계는 중첩, 관할의

³⁶⁾ 전문법의 영역에서 기본법이 수행하는 기능에 대해서는, 이상돈, 앞의 책(주 10), 551-555면 참조.

중복, 모호성, 흠결을 드러내고 있다. 대중요법적인 제도개선을 넘어서는 포괄적이고 통일적인 관점을 확립하여 수법의 이념을 밝혀내고, 그에 기초하여 제도개선논의를 지속하는 것이 필요하다고 할 것이다. 좋은 수법이 물의 이용, 보호와 관련한 포괄적인 관점을 반영한 법체계라면, 수법학의 임무는 그러한 좋은 수법을 구현하기 위한 이론적 실천이라고 할 수 있다. 따라서, 독자적 법역으로서 수법학에 대한 합당한 관심이 필요한 바, 본고는 시론적으로나마 그러한 첫걸음이라고 할 수 있겠다.

논문투고일 : 2015. 3. 31. 심사일 : 2015. 4. 20. 게재확정일 : 2015. 4. 24.

참고문헌

- 강일신, “수자원의 법적 성격에 관한 고찰”, 『물정책경제』, 제19호, 2012.
- 강현철 외, 『「수자원관리기본법」(가칭) 제정방안 연구』, 국토해양부, 2010.
- 고문현 외, 『물거버넌스』, 피어나, 2014.
- 권형돈 외, 『물과 인권』, 피어나, 2012.
- 김성수, “물기본권에 대한 연구”, 『환경법연구』, 제34권 제1호, 2012.
- _____, “상, 하수도 산업 구조개편에 관한 입법정책적 과제”, 『(연세대학교) 법학연구』, 제23권 제3호, 2013.
- _____, “수리권의 법적 근거와 한계”, 『토지공법연구』, 제43권 제1호, 2009.
- _____, 『수법연구』, 신조사, 2013.
- 김영환, 『법철학의 근본문제』, 홍문사, 2012.
- 양천수, “사법 영역에서 등장하는 전문법화 경향 : 도산법을 예로 본 법사회학적 고찰”, 『법과사회』, 제33집, 2007.
- 이상돈, “전문법: 이성의 지역화된 실천”, 『고려법학』, 제39호, 2002.
- _____, 『기초법학』, 범문사, 2010.
- 정남철, “生存配慮領域에서의 民官協力과 公法的 問題 -특히 公共水道의 民營化를 中心으로-”, 『환경법연구』, 제32권 제2호, 2010.
- 조홍식, “환경법 소묘 - 환경법의 원리, 실제, 방법론에 관한 실험적 고찰 -”, 『서울대학교 법학』 제40권 제2호, 1999.
- Breuer, Rüdiger, *Öffentliches und privates Wasserrecht*, Verlag C.H.Beck, 2004.
- Caponera, Dante Augusto & Nanni, Marcella, *Principles of Water Law and Administration*, Taylor & Francis, 2007.
- Getches, David H., *Water Law in a Nutshell*, Thomson/West, 2009.
- Hodgson, Stephen, *Modern Water Rights*, FAO, 2006.
- Hu, Desheng, *Water rights: an International and Comparative Study*, IWA, 2006.
- Kube, H., “Private property in natural resources and the public weal in German law. latent similarities to the public trust doctrine?”, *Natural Resources*

Journal (37), 1997.

- Olleta, Andrés, “An Overview of Common Trends in the Water Legislation of Selected Jurisdictions”, Philippe Cullet(ed.), *Water Law for the Twenty-First Century*, Routledge, 2010.
- Vapnek, Jessica, Vidar, Margret and Mosoti, Victor, “Conceptions of Water”, *Law for Water Management : a Guide to Concepts and Effective Approaches*, FAO, 2009.
- Wintgens, Luc(ed.), *Legisprudence : A New Theoretical Approach to Legislation*, Hart Publishing, 2002.
- Zodrow, Irina, “International Aspects of Water Law Reforms”, Philippe Cullet(ed.), *Water Law for the Twenty-First Century*, Routledge, 2010.

[Abstract]

A Preliminary Study on Systematization of Water Law

Kim, Sung Soo / Kang, Ilshin

(Professor, Yonsei Law School /

Research Professor, Institute for Legal Studies Yonsei University)

The use and protection of water as a source of life activity and production activity are key issues where people organize life socially. Accordingly, every cultural area has a norm regarding use and protection of water in any form. In this sense, water law is one of the oldest areas of law in the legal history that has developed along with human history. Nonetheless, water law is not widely studied. This article aims to examine the possibility of establishing water law study as an independent legal division that studies legal phenomenon, legal principle and legal system related to the use and protection of water. The conceptualization of water law system is to arrange issues and tasks of water law systematically through unified and coherent principles. The traditional tasks of water law include use and protection of water, while contemporary tasks include development of a good water government system. Whereas the former is an issue of substantial laws, the latter is on procedural law and organizational law. This article examines the global water management trends and the command of the Constitution and suggests basic principles of water law. On this basis, water law is reclassified into possession system, use system, protection system, and supply system of water. Despite the key role of water in terms of life maintenance and production activity, the systematization work of water law has been relatively slow and segmental. Therefore, this article is significant as it illuminated the ideal of water law by establishing a unified perspective and rearranged the tasks of water law.

주 제 어: 수법, 수법학, 통합과학, 수법의 기본원칙, 수법의 체계

Key words: Water law, Legal studies of water law, Integrated science
Principles of Water law, System of water law