현행 地下水法의 몇 가지 法的 問題

朴均省(慶熙大 法大 敎授)

Ⅰ. 머 리 말

古來로 우리나라를 금수강산이라 하였듯이 얼마 전까지만 하여도 물이 量的으로 부족하다거나 質的으로 저하되는 사유로 물이 부족한 것으로 인식되지는 않았었다. 그러나 최근 수질의 저하가 물의 사용에 장애요인으로 되고 있고, 일부지역에서는 물의 양적 부족이 상례화되고 또는 계절적으로 갈수현상이 나타나고 있다. 더우기 앞으로의 물이 질적으로나 양적으로 크게 부족하게 될 것으로 전망되고 있다.

그동안 地下水의 수질 및 수량의 문제는 크게 관심의 대상이 되지 않았다. 물부족 문제는 주로 地表水를 대상으로 하는 것이었다. 그러나, 지표수가 양적이나 질적으로 부족하게 되면서 지하수의 개발이 확대되고 있다. 이와 같이 지하수는 지표수의 보충적 水源으로 기능하고 있다. 지표수의 부족현상이 심화됨에 따라 지하수의 중요성이 커지고 있다.

그런데, 1993년 地下水法이 제정되기 전까지는 지하수의 보호를 위한 법적 규제가 全無하였다. 지하수의 규제는 민법 제235조 내지 제236조에 의해 행해졌었는데 이 민법상의 규제는 私人相互間의 相隣關係에서의 지하수사용에 관련된 이해관계의 조절을 규율하는 것이

었지 지하수의 保護나 保全을 목적으로 하는 것이 아니었다. 지하수에 대한 公的 규제를 내용으로 하는 지하수법이 제정되게 된 것은 그동안 지하수가 무질서하게 개발되어, 과도한 取水로 인한 지하수 고갈 및 지반침하의 우려가 커지고 폐공을 통한 지하수의 오염의 위험성이 커졌기 때문에 이에 대처하기 위한 것이었다.

1993년 지하수법은 "지하수의 효율적인 개발·이용과 적절한 보전·관리"를 목적으로 하고 있으며(동법 제1조) 다음과 같은 사항을 주요내용으로 하고 있다.[1] : 1) 아직 파악되고 있지 못한 지하수의 부존량 등을 조사하여 전국의 지하수에 대한 Data Base를 구축할 수 있는 근거를 마련하였다. 2) 일정규모 이상의 지하수의 개발·이용에 대하여 신고제를 도입하였다. 3) 지하수의 수량 및 수질을 관리할 수 있도록 오염방지시설설치의무, 수질검사, 지하수측정, 미신고 개발·이용이나 오염방지조치 미흡 및 수질검사 불합격시의 지하수개발·이용지역의 원상복구 또는 사설의 철거명령, 지하수보전구역의 지정에 관한 규정을 두었다.

그러나, 1993년 지하수법은 적지 않은 문제점을 지니고 있었고 그 중 주요한 것은 다음과 같다. : 1) 모든 지하수를 관리하는 법이 되지 못하고 온천수, 농업용수, 생수 등은 별개의 법에 의해 규율되었다. 2) 지하수를 관리하는 기관이 一元化되지 못하였다.[2] 3) 지하수의 개발·이용에 대한 허가제가 아닌 신고제의 도입 및 경미한 개발의 경우 신고의무면제 등 지나치게 완화된 규제 3) 폐공에 대한 규제 미비 등.[3]

---

1) 지하수법이 1993년 12월 10일 공포되었는데 법 부칙 제1항은 시행일을 그로부터 6월이 경과한 1994년 6월 11일로 하였다. 그러나, 실제로는 동법 시행규칙이 1994년 8월 9일에야 제정·공포되어 1994년 9월 9일부터 시행되었다.

2) 건설부 : 지하수량관리, 상공자원부 : 지하수부존량에 대한 기초조사, 환경처 : 지하수수질규제, 온천수 : 내무부, 생수 : 환경처, 옹업용수 : 농림수산부 등.

3) 윤양수, 「地下水法制에 관한 硏究」, 건국대 박사학위논문, 1997.2. 24면 참조.

그리하여 1996년에 지하수법이 개정되었는데 개정된 지하수법도 여러 문제를 갖고 있다. 그 중 주된 것은 다음과 같다. : 1) 지하수의 公共資源性 미채택 2) 지하수에 관한 총체적인 법체계를 수립하지 못하고 지하수를 규율하는 법 상호간의 모순 존재 3) 지하수관리기관의 일원화의 미비 4) 지하수의 이용허가와 개발허가의 분리 및 넓은 허가제제외범위 5) 지하수와 지표수의 통합관리 미비 6) 지하수보전지역제의 不備 등.

이하에서는 개정된 지하수법의 주요문제에 관하여 살펴보고자 한다. 그런데 지하수에 대한 적절한 규제를 위하여는 지하수의 특성에 대한 이해가 전제되어야 하므로 먼저 지하수의 개념과 특성에 대하여 살펴보기로 한다.

Ⅱ. 地下水의 槪念과 特徵

1. 지하수의 개념

지하수법은 지하수를 "지하의 지층이나 암석 사이의 빈틈을 채우고 있거나 흐르는 물"이라고 정의하고 있다(지하수법 제2조 제1호).

지하수를 포함하고 있는 암석 또는 토양층을 滲透帶(zone of saturation)라고 부른다. 삼투대의 상단부분의 水位를 지하수면(water table)이라 하고, 대수층의 하단부분 불침투성의 암석을 基盤岩(bedrock)이라 부른다. 帶水層(aquifer)은 삼투대 중 지하수를 이용할 수 있는 정도의 상당한 양의 물을 공급하는 암석층을 말한다. 대수층은 대수층의 상부에 있는 비침투성의 지층이 지하수의 이동을 억제하기 때문에 대기의 압력보다 높은 압력이 지하수에 주어지며 그 압력이 현저히 높아지면 자연적으로 샘이 용출하게 되는 被壓帶水層

(confined aquifer)과 대기의 압력에 의해 지지되며 그 물이 자연히 용출하지 않고 취수를 위하여 펌프를 사용하여야 하는 非被壓帶水層(unconfined aquifer)으로 나누어진다.[4]

美國의 일부 州에서는 하천과 水門地質學的으로 연결되어 있는 지하수 즉 지하수의 취수가 하천수의 공급에 영향을 미치는 지하수(groundwater tributary to the surface stream)와 그렇지 않는 지하수(non-tributary ground water)로 구분하고 前者에 대하여는 지표수의 법리를 적용시키고, 後者에 대하여는 독자적인 地下水法의 法理를 적용하고 있다.[5] 그러나 우리나라의 지하수법은 지하하천과 삼투수를 구분하지 않고 모두 지하수법에 의해 규율하고 있다.

2. 지하수의 特性과 지하수의 問題

지하수에 대한 적절한 규제를 위하여는 지하수의 특성을 파악하는 것이 전제가 된다.

지하수는 삼투지층을 통하여 매우 느리게 이동한다[6] 그리하여 지하수가 사용된 후 유입·보충되는 데에는 상당한 시간이 필요하다. 지질학자는 대수층의 지하수가 감소됨이 없이 공급할 수 있는 물의 양을 "안전취수량(safe yield)"라고 부른다. 그러나 지하수규제에 있어서는 지하수의 최적취수량을 얼마로 정할 것인가 하는 문제가 제기된다. 여기에서 지하수의 최적취수량은 지하수의 유입속도, 현실의 물의 수요 등을 고려하여 정하여지게 된다. 또한 지하수면이 낮아지는

4) 구연창, 「民法上의 地下水利用權 - 그 槪念定立을 위한 한 試圖-」, 『노동법과 현대법의 제문제』(南觀 심태식박사 화갑기념논문집), 1983, 229면, DAVID H. GETCHES, 『Water Law』, WEST PUBLISHING CO., 1990, p.236 이하.

5) 예를 들면, Colorado, New Mexico, California와 Utah가 그러하다. 일부 주는 지하수를 통일적으로 규율하고 있다. 그러나 그 경우에도 지표수이용권에 영향을 미치는 지하수 취수에 특별한 조건을 부과하는 권한을 규제행정기관에 부여하고 있다. Oregon 주가 그러하다(DAVID H. GETCHES, ibid, p.8, 240 and 278).

6) 지하수를 흐르게 하는 것은 중력(force of gravity)이며 지하수의 흐름을 느리게 하는 것은 분자인력(force of molecular attraction)이다.

경우에 토지표면이 침하하는 문제와 기존의 지하수이용자의 우물이나 펌프가 더욱 낮아져야만 취수가 가능하게 되는 문제가 제기된다.

지하수는 지하에서 상호 연결되어 있어서 한 곳에서의 지하수의 사용이 다른 곳의 지하수에 영향을 미친다. 하나의 지하수를 여러 명이 사용하는 경우 지하수의 過多取水로 지하수가 부족하게 되는 경우에 지하수이용권간의 충돌이 발생한다. 삼투지역에서 지하수가 취수되는 경우에 취수지점에 일시적으로 원추형의 지하수 부재지역이 생기게 된다.[7] 이 원추형이 커지게 되면 인근 이용자의 우물에 영향을 미쳐 우물을 취수하기 위하여는 우물을 더 깊이 파거나 우물을 이전하여야 한다.

지하수는 하천, 연못 또는 바다와 같은 地表水와 상호 연결되어 있는 경우가 많다. 지표수가 지하수로 유입되는 경우도 있고 거꾸로 지하수가 지표수로 용출되는 경우도 있다. 바다물과 연결되어 있는 지하수가 고갈되게 되면 바다물이 침투하게 되어 지하수를 오염시키게 된다.

지하수는 오염원과 대수층 사이의 지층의 삼투성에 따라 다르기는 하지만 點汚染源이나 非點汚染源에 오염될 가능성이 매우 크다. 일단 오염된 경우에 지하수를 정화하는 것은 극히 어렵고, 경우에 따라서는 불가능하다.

오늘날 물부족현상이 일어나고 있다. 이는 量에 있어서뿐만 아니라 質에 있어서도 그러하다. 특히 일정한 지역에서는 물부족현상이 매우 심각한 경우가 있다. 이러한 상황하에서 지하수의 중요성이 커지면서 지하수를 보호할 필요성이 제기되고 있다. 또한 지속적인 개발을 가능하게 하기 위하여 현세대를 위한 지하수의 사용뿐만 아니라 미래세대를 위한 지하수의 보존의 당위성이 커지고 있다.

---

7) 원추형의 끝은 취수점이 되고, 원추형의 밑은 지하수면의 표면이 된다.

Ⅲ. 地下水利用權

1. 地下水 및 地下水利用權의 法的 構成

지하수를 土地의 構成部分으로 볼 것인가 또한 지하수이용권을 토지소유권의 內容으로 볼 것인가에 관하여 견해가 대립되고 있다.

1) 지하수의 법적 구성

가. 民法上 지하수의 법적 구성

민법학자의 通說은 지하수를 토지의 구성부분을 이루는 것으로 보고 있다.[8] 다만, 立法論으로 지하수 중 온천수는 法定鑛物로 보는 것이 타당하다는 견해가 있다. 즉, 온천수는 지하수의 일종이므로 현행법상은 토지소유자의 소유에 속한다고 보면서도 입법론으로는 광물과 같이 커다란 경제적 가치가 있고, 온천수의 발견·발굴을 위하여 시간과 돈을 투자하는 경우가 많고 온천수를 단순한 지하수와 같이 취급하여 토지소유자의 소유로 한다면 토지소유자는 아무런 공을 들이지 않고 이득을 얻을 뿐만 아니라 온천수 개발의욕을 감퇴시켜 자원의 활용화를 저해할 것이라는 이유로 온천수를 법정광물과 같이 취급하여 이의 발견자에게 개발로 인한 이익을 확보해 줄 필요가 있다는 견해가 있다.[9]

또한 民法學者이면서도 지하수를 토지와는 별개로 보며 따라서 後述하는 바와 같이 지하수이용권을 토지소유권과 별개의 권리로 보는 견해가 있다.[10]

나. 地下水法上 地下水의 法的 構成

現行 地下水法은 지하수를 토지소유권의 일부로 보고 있는가 아니

8) 곽윤직, 『物權法』, 박영사, 1992, 301면 ; 김증한·김학동, 『物權法』, 박영사, 1997, 256면.
9) 김증한·김학동, 상게서, 256면.
10) 구연창, 전게논문, 235면 이하.

면 토지소유권으로 부터 분리되는 국가의 資源으로 보고 있는가.

지하수법은 지하수가 토지의 구성부분이 되는지에 관하여 별도의 명시적인 규정을 두고 있지 않다. 그러면 지하수법은 어떠한 입장을 전제로 하고 있다고 해석할 수 있을까. 이 문제를 검토함에 있어서는 지하수법의 규정중에서 지하수개발·이용의 허가에 관한 규정이 중요한 의미를 갖는다고 보여진다.

현행 지하수법은 소규모의 지하수 개발·이용인 경우에 허가를 받지 않고도 가능하다고 규정하고 있다. 그리고 허가요건중에는 공공의 안녕과 질서를 보호하기 위한 것도 있지만 지하수의 적정관리의 측면도 포함되고 있다. 이러한 점을 고려할 때 후술하는 바와 같이 지하수법상의 지하수개발·이용의 "許可"는 법이론상으로는 鑛業許可와 같이 特許의 성질을 갖는 것이라고 해석할 수 있을 것이다.

이러한 해석은 지하수를 國家의 資源으로 보아야 한다는 시대적 요청에 부응하는 해석이다. 물부족현상이 나타나고 앞으로 더욱 확대될 것으로 예견된다. 또한, 지하수 중 광천수는 경제적 가치를 가지고 상품화되고 있다. 이에 따라 지하수를 자원으로 볼 것이 요청되고 있다.

민법에서 토지소유권은 지하에 무한정으로 미치는 것이 아니며 正當한 利益이 있는 범위에만 미치는 것으로 되어 있다(민법 제212조). 따라서 현행 민법하에서도 일정한 깊이 이상의 지하수를 토지소유권과 분리되는 자원으로 보는 해석이 가능하다고 본다. 결론적으로 말하면 지하수는 토지소유자의 정당한 이익이 있는 범위를 제외하고는 國有에 속하는 것으로 보는 것이 타당하다.[11]

만일 민법학자의 통설과 같이 지하수가 토지소유권의 구성부분이 된다고 보더라도 현행 지하수법은 지하수의 특성 등을 고려하여 地下水公概念을 도입하고 있다고 해석할 수 있다. 따라서 지하수의 公共

11) 윤양수 교수는 개정 전의 지하수법하에서 지하수의 공공자원성을 인정하면서도 지하수를 국가의 사적 소유권의 대상으로 보는 것은 타당하지 않다고 보고 지하수를 국가의 공적인 배타적 지배권의 대상이 되는 것으로 보아야 한다고 주장하고 있다(전게논문, 90면 이하).

性을 담보하기 위하여 개인의 지하수 이용권은 크게 제약될 수 있다. 이렇게 본다면 지하수를 토지소유권과 분리되는 국가의 자원으로 보는 경우와 지하수를 토지의 구성부분으로 보되 지하수의 공개념을 인정하는 경우에 그 법적 구성은 다르지만 지하수의 법적 규율의 내용에는 큰 차이가 없게 된다.

2) 地下水利用權의 法的 構成

가. 地下水利用權을 土地所有權의 구성부분으로 이해하는 견해 (토지소유권으로부터 독립된 권리로 보지 않는 견해)

지하수는 토지의 구성부분을 이루는 것이며 지하수이용은 토지소유권의 한 權能에 지나지 않는다고 보는 견해가 있다. 다만, 민법 제235조에서 인정되는 相隣者의 지하수이용권은 일종의 人役權의 성질을 가지는 것으로 본다.[12] 그 論據로 지하수소재지의 소유자가 자기의 토지에 관하여 인역권을 가진다는 것은 있을 수 없다는 점을 들고 있다.

나. 지하수이용권을 별개의 권리로 파악하는 견해

지하수 이용권을 독립의 物權(일종의 인역권)으로 보는 견해가 있다. 지하수도 토지의 구성부분으로 보고 지하수를 이용하는 권리도 토지소유권의 내용에 포함된다고 보면서도 지하수는 지하에서 상당히 광범위한 지역에 걸쳐 연결되어 있는 관계로 한 곳에서의 지하수의 사용이 다른 곳에서의 지하수의 사용에 영향을 주는 바가 크고, 토지소유자가 아닌 자가 우물 기타의 源泉에 대해서만 용수권을 가지는 경우가 있으므로 원천의 用水權은 - 그것이 토지소유자에게 속하는 경우와 그렇지 않은 경우를 통틀어서 - 하나의 독립한 물권(일종의 인역권)으로 보는 것이 타당하다는 견해이다.[13]

구연창 교수는 지하수이용권을 토지소유권과 분리된 地役權의 일종

12) 곽윤직, 전게서, 301면.
13) 김증한·김학동, 전게서, 256면, 344면.

으로 보고 있다.[14] 그 論據는 다음과 같다.

첫째, 지하수이용권은 공유하천용수권처럼 공공적 성격이 현저한 水源으로부터 물을 이용하는 권리이므로 공유하천용수권처럼 토지소유권과 분리된 독립된 권리로 파악할 수 있다.

둘째, 鑛物에 독립된 권리를 인정하는 것은 그것이 중요한 재산적 가치를 가지고 있기 때문인데, 지하수에 중요한 재산적 가치를 인정할 수 있다면 이를 토지소유권으로부터 분리하여 취급할 수 있다.

셋째, 지하수는 지하에서 상호 연결되어 있어서 한 곳에서의 지하수의 사용이 인근의 다른 지하수이용권에 중대한 영향을 미치므로 지하수의 효율적이고 합리적인 이용을 도모하기 위하여는 토지소유권과 관계없이 지하수이용권을 인정하여 지하수이용을 규율함이 요청된다.

넷째, 지하수이용권자 보호를 위한 민법 제236조를 토지소유권 및 그 이용권의 보호를 위한 諸規定(민법 제214조, 제205조 등)과 별도로 특별히 둔 것은 지하수이용권을 토지소유권과 별도로 취급·보호하려는 취지에서라고 볼 수 있다.

다섯째, 지하수이용권은 토지소유권이나 토지이용권을 가지지 아니한 자에게도 그 취득을 인정하여야 하며 토지소유권이나 그 이용권과 분리시켜 양도될 수 있게 할 필요가 있기 때문에 이를 위한 전제로서 지하수이용권의 토지소유권으로부터의 분리가 요청된다.15)

2. 地下水利用權의 範圍

지하수이용권자는 필요하고 有益한 범위 내에서 지하수를 이용할 권리를 갖는다. 지상토지에서의 유익한 이용뿐만 아니라 지상토지이외에서의 이용도 포함한다. 그러나 지하수의 이용을 남용하여서는 안되며 합리적으로 이용하여야 한다.

---

14) 구연창, 전게논문, 237면.
15) 상게논문, 235, 236면.

3. 우리나라에서의 地下水分配의 原理

가. 民法上의 지하수분배의 원리

지하수는 지하에서 상호 연결되어 있어서 한 곳에서의 지하수의 사용이 인근의 다른 지하수이용권에 영향을 미치는 경우가 많다. 그리하여 既存利用權者와 新規利用者 사이, 기존의 이용권자 상호간에 지하수를 적절히 분배하는 기준이 마련되어야 한다. 또한 지하수는 지표수와도 상호 연결되어 있다. 따라서 지하수이용권자와 공유하천용수권자 사이에 물의 사용을 적절히 조절하는 기준이 마련되어야 한다. 이러한 기준은 통상 지하수의 用途, 使用의 先後를 고려하고 있다.

1) 기존이용권과 신규이용권간의 분배원리

新規利用이란 전혀 새로운 지하수의 이용뿐만 아니라 기존이용권의 확장을 포함한다.

민법 제236조는 既存利用權 尊重의 原則에 입각하고 있다. 제1항은 필요한 용도나 수익이 있는 원천(자연히 용출하는 지하수)이나 수도(인공적으로 용출케 한 지하수를 인도하는 시설)가 타인의 건축 또는 기타 공사로 인하여 단수, 감수 기타 용도에 장해가 생긴 때에는 용수권자는 損害賠償을 청구할 수 있다고 규정하고, 제2항은 전항의 공사로 인하여 음료수 기타 생활상 필요한 용수에 장해가 있을 때에는 原狀回復을 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 여기서 障害란 양적 장해뿐만 아니라 질적 장해도 포함한다고 해석된다. 민법 제236조는 기존이용권자의 생활용수을 보다 강하게 보호하고 있다.

그러나 민법 제236조는 신규이용자의 생활용수의 보호는 고려하고 있지 않는 문제가 있다.

美國에 있어서는 입법에 의해 최근에 신규이용자의 참여를 제한적으로 인정하고 있다. 예를 들면 1965년 콜로라도 지하수관리법은 일정한 地下水盆(groundwater basin)의 관리를 위하여 수정된 優先使用權의 法理(doctrine of prior appropriation)를 사용하고 있다. 순수한

사용권의 법리에 의하면 기존이용권을 침해한 경우에는 언제든지 신규이용은 부인되지만, 기존이용권에 대하여 불합리한(unreasonable) 침해를 가져오거나 불합리한 낭비를 초래하는 경우에만 신규이용허가가 거절된다고 규정하고 있다. 불합리한 침해란 "지하수면의 불합리한 저하, 취수 또는 이용의 합리적인 한계를 넘는 수질의 불합리한 악화"를 포함하는 것으로 정의되고 있다. 기존의 水源所有者도 합리적으로 깊고 효율적인 수원을 가질 것이 요구되고 있다.[16] 이 경우에 수원을 깊이하는 데 들어가는 비용과 그로 인하여 증가된 비용을 신규이용자가 부담하도록 하거나, 기존이용자에게 신규이용자의 수원으로부터 취수되는 물을 사용하게 할 수 있을 것이다.17)

2) 기존이용권 상호간의 분배원리

기존이용권자 상호간에 있어서는 필요하고 유익한 이용의 범위 내에서는 지하수를 취수할 수 있고 용수부족시에도 필요하고 유익한 이용의 한도 내에서는, 즉 浪費的인 이용이 되지 않는 한 타인의 이용권을 침해하는 것이 되지 않는다. 용수부족시 이용권 성립의 선후나 이용목적에 따른 물의 재분배가 행해지지 않는다.[18]

3) 미국의 優先使用權의 法理하에서의 지하수분배원리

우리나라 민법상의 지하수분배원리는 미국 서부의 諸州에서 채택하고 있는 優先使用權理論하의 지하수 분배원리와 유사하다.[19] 그러나 우리나라에서의 지하수분배의 원리와 미국의 우선사용권의 법리하에서의 지하수분배의 원리는 적지 않은 차이점을 갖고 있다.

우선사용권의 법리는 먼저 지하수를 이용한 자에게 우선적인 지하수이용권을 부여하는 법리이다. 신규이용자의 이용에 의해 기존의 이용자의 정상적인 이용이 침해된 경우에 신규이용자의 이용은 저지된

16) DAVID H. GETCHES, op. cit., pp. 265-266.
17) ibid, p.245.
18) 구연창, 전게논문, 244면.
19) 상게논문, 244면.

다. 지하수 이용의 허가제가 시행되는 경우에 기존의 허가권자의 이용을 침해하지 않는 경우에만 신규이용허가가 허용된다. 기존의 이용권자상호간에 있어서도 이용권의 성립의 先後에 따라 이용권의 優先順位가 결정된다.

우선사용권의 법리는 적지 않은 문제점을 가지고 있다. 우선사용권의 법리를 엄격히 적용하면 다른 이용자의 지하수이용을 저지하고 공동체 전체의 이익을 무시하는 결과를 가져올 수 있다. 특히 신규이용자가 토지소유자이고 사용할 수 있는 다른 水源을 갖지 못하는 경우에 불공정한 결과를 초래한다. 또한, 지하수의 유입량을 고려하지 않고 지하수를 사용하도록 방치하는 경우 지하수가 고갈될 우려도 있다.

따라서 지하수의 효율적인 이용을 위하여는 우선사용자의 이용권이 절대적인 배타적 권리로 인정되어서는 안되며 국가가 지하수의 이용을 합리적으로 배분할 수 있는 권한을 갖도록 하여야 한다. 따라서 문제의 해결은 기존의 지하수의 이용자의 이익과 신규이용자의 이익 및 지속적인 지하수의 공급을 보장하여야 한다는 요청을 적절히 조절하는 데에서 찾아야 한다.[20]

4) 公有河川用水權과 地下水利用權의 衝突

우리나라 民法下에서 공유하천의 이용권에 있어서는 용수권의 성립의 시간적 순위가 물분배의 기준이 된다. 반면에 지하수 이용권에 있어서는 성립에 관하여는 기존이용권이 우선하지만, 일단 성립된 이후의 이용권간에는 必要·有益的 利用의 原則이 그 분배원리이다. 이와 같이 공유하천용수권의 분배원리와 지하수이용권의 분배원리가 다르기 때문에 공유하천용수권과 지하수이용권이 충돌하는 경우에 어떻게 해결할 것인가 하는 문제가 제기된다.

용수권과 지하수이용권 중 어느 하나가 신규이용인 때에는 기존의 권리가 우선한다. 문제는 기존의 용수권과 기존의 지하수이용권 사이의 충돌의 경우이다. 지하수이용권이 用水權보다 먼저 성립한 경우에

20) DAVID H. GETCHES, op. cit. pp.249-251.

는 지하수이용권이 우선하게 된다.

그런데, 용수권이 지하수이용권 보다 먼저 성립한 때에는 용수권의 분배원리에 의하면 용수권이 우선이나 지하수이용권의 분배원리에 의하면 이용권은 제약받지 않는다.

또한, 용수권과 지하수이용권간에 그 시간적 선후가 불분명할 때에는 문제의 해결이 어렵다. 따라서 지표수와 지하수의 이용을 통합적으로 조정하기 위한 입법이 마련되어야 한다.

나. 地下水法上의 지하수 분배

지하수법 제7조 제3항은 지하수의 채취로 인하여 인근지역의 수원을 枯渴시킬 우려가 있거나, 地盤을 침하시킬 우려가 있거나, 지하수를 오염시킬 우려가 있는 경우에는 지하수개발.이용의 허가를 하지 아니하거나 取水量을 제한할 수 있다고 규정하고 있다. 또한, 법 제11조는 제7조에 의하여 허가를 받거나 제8조에 의하여 신고를 한 자에 대하여 지하수의 수위저하로 지반이 침하될 우려가 있거나 지하수의 오염 또는 고갈이 우려되는 경우에 是正措置를 명할 수 있도록 하고 있다. 시정조치에는 취수량의 제한이 포함된다고 해석하여야 한다.

지하수법상의 지하수이용허가제와 민법상의 지하수이용에 관한 규정은 어떠한 관계에 있는가?

민법은 사인상호간의 관계를 규율하는 지하수의 私法的 규제법이며 지하수법은 사인과 행정기관의 관계를 규율하는 公法的 규제법이므로 상호 규율영역이 다르다. 이렇게 본다면 법상호간의 충돌의 문제는 생기지 않는다. 그러나 이 경우에도 민법상의 지하수분배의 원리와 지하수법상의 분배의 원리가 다르므로 법상호간의 실질적인 갈등은 존재한다. 민법상의 지하수분배의 원리는 사인상호간의 이익의 조절에 기초를 두고 있는 반면에 지하수법상의 지하수의 분배원리는 주로 공익적 견지에서 지하수의 합리적 이용을 도모한다는 목적에 기초하고 있다.

이와 관련하여 다음과 같은 의문이 제기될 수 있다.

첫째, 지하수개발·이용의 허가로 인하여 허가받은 자는 지하수이용권을 취득하는 것이 되는가?

民法上 지하수이용권의 취득에 관하여 學說은 나뉘고 있다.

일부 견해는 지하수이용권은 장기간의 慣行에 의해 성립하는 경우도 있고, 지하수소재지의 토지소유자 또는 종래의 지하수이용자와 새로 지하수이용권을 취득하는 자 사이의 契約으로써 성립된다고 본다.[21]

이에 대하여 지하수이용권을 토지소유권의 일부로 보면서 토지소유자의 지하수이용권은 현실적인 이용행위로 성립하고 토지소유자 이외의 자의 지하수이용권은 토지소유자와의 계약에 의해 또는 관행에 의해 성립된다고 보는 견해도 있다.[22]

세번째 견해로 지하수이용권은 지하수의 현실적인 이용행위에 의해 성립된다는 견해도 있다.[23]

지하수이용권을 토지소유권의 일부로 보고 지하수의 이용이 타인의 이용권을 해치지 않는 한 자유로운 것으로 본다면 지하수법 제7조에 의한 허가는 지하수 이용질서의 유지를 목적으로 하는 행정법상의 허가에 해당하는 것으로 해석되며 허가로 인하여 지하수이용권이 창설되는 것은 아닌 것으로 해석하게 될 것이다.

그러나, 지하수법이 지하수를 공유의 자원으로 보면서 지하수의 적정한 관리와 보존을 목적으로 하는 법이라고 본다면 지하수법 제7조에 의한 허가로 지하수이용권이 창설되는 것으로 해석할 수 있을 것이다. 다만, 지하수이용권은 지하수를 실제로 이용함으로써 확정적으로 성립되는 것으로 보아야 한다.

둘째, 허가를 하는 행정기관은 민법상의 지하수 분배에 관한 규정을 고려하여야 하는가? 그리고 신규허가로 민법상 기존의 지하수이용

21) 김증한·김학동, 전게서, 334면.
22) 곽윤직, 전게서, 301면.
23) 구연창, 전게논문, 238면.

권을 침해당하는 자는 신규허가의 취소를 청구할 수 있는가?

우선 이 문제는 민법 제236조의 취지상 原狀回復請求權이 인정되는 생활용수의 경우에만 문제가 될 것이다. 현행법상으로는 지하수법상의 지하수의 분배원리는 민법상의 분배원리와 다르고, 행정청에게 폭넓은 재량권이 인정되고 있다. 따라서, 민법상의 기존의 지하수이용권을 침해하였다는 것만으로 新規許可가 違法하게 되는 것은 아니라고 해석된다. 또한, 지하수개발·이용허가는 공익적 견지에서 주어지는 것이며 사익상호간의 이해의 조절은 고려의 대상이 아니라고 해석된다. 따라서 원칙상 행정기관은 허가시 기존이용자의 이용권의 침해를 고려할 의무는 없으며 신규허가로 지하수이용권을 침해당한 자는 신규허가의 취소를 청구할 권리를 갖지 못한다고 해석된다.

그러나, 美國에 있어서는 행정기관은 허가시 신규이용권의 부여가 기존의 이용권을 침해하는지를 고려하고 있다. 또한, 통상 허가시 기존이용자에 대한 사전예고와 그의 의견제출의 기회를 부여하고 있다. 그리고 많은 州의 법에서 신규허가의 부여에 대한 기존이용자의 訴提起權限을 인정하고 있다. 또한 허가시 기존이용권의 보호를 위한 이용조건을 붙이는 경우도 있다.[24]

지하수의 지속가능한 개발을 위하여 지하수의 世代間 분배도 고려하여야 한다. 현행 지하수법은 후세대의 지하수이용권을 명시적으로 규정하고 있지는 않지만 법 제7조 제3항의 지하수의 적정한 관리와 지하수의 보전에는 후세대의 지하수이용의 보장이 포함된다고 해석하여야 한다. 지하수의 보존을 위하여 행정기관은 지하수의 함양속도등을 고려하여 安全取水量을 정하여야 한다. 가장 이상적인 것은 취수량이 함양량을 초과하지 않도록 하는 것일 것이다. 엄격한 의미에서의 안전취수량(safe yield)은 함양량을 넘지 않는 취수량을 말한다. 그런데, 지하수 이용의 필요가 있고, 함양될 수 없는 대수층이나 함양속도가 매우 느린 경우에 안전취수량이란 사회적으로 最適이라고

24) DAVID H. GETCHES, op. cit. p.264.

여겨지는 기간을 보장하는 취수량을 의미하는 것으로 이해된다. 최적 취수량(optimal yield), 즉 취수기간의 결정은 행정기관의 政策的 판단에 속한다. 행정기관은 미래의 사용을 위한 지하수의 보존과 현재에서의 지하수의 사용의 요청을 조화하는 선에서 지하수의 고갈기간을 정하여야 할 것이다.[25]

행정기관은 지하수 고갈의 우려가 있는 경우 지하수의 취수량을 제한할 수 있는가?

미국의 California주에서는 지하수의 이용에 관하여 相關權(correlative Rights doctrine)을 취하고 있는데,[26] 상관권설을 발전시켜 법원이 지하수 고갈의 우려가 있는 경우에 각 이용권자의 취수량을 제한할 수 있는 것으로 하고 있다. 즉, 지상토지에서의 사용과 지상토지밖에서의 사용을 위하여 지하수 이용권자들이 엄격한 의미의 안전취수량(safe yield)을 훨씬 넘어 취수함으로써 심각하게 과잉취수되고 있는 地下水盆(basin)에 관한 事件에서 法院은 각 이용자가 다른 이용자의 권리를 상호 침해하였고, 따라서 각각의 취수량이 제한되어야 한다고 보았다. 각각의 취수량은 현재의 歷史的인 사용에 比例하여 정하여진다. 이러한 相互制限理論은 市 또는 공공시설과 같은 다소 많은 이용자의 사용을 배제하는 결과를 피하기 위하여 발전되었다. 그러나, 이 분배이론은 이용권을 확보하거나 이용권의 제한을 최소화하기 위한 취수량확대 경쟁을 야기하였다.[27]

지하수법 제16조의 是正措置에는 취수량의 제한이 포함된다고 할 수 있다. 취수량을 제한하는 경우에는 기존의 이용자가 多數인 경우에

25) ibid, pp.266-267.
26) 상관설은 토지소유권에 근거한 지하수분배 이론 중의 하나이다. 각 토지의 소유자의 이용은 통상 소유토지면적에 기초하여 정해지는 전 지하수공급량의 합리적인 몫에 한정된다. 따라서 지하수량이 부족한 경우에는 각 토지소유자의 이용권은 토지소유면적에 반비례하여 정해지는 취수량으로 제한된다. California에서는 토지소유자의 필요를 넘어 남는 지하수를 지상토지이외의 곳에 사용할 수 있다. 다만, 지상토지 외에서의 지하수의 이용에있어서는 우선사용권의 법리가 적용된다. 상관설은 주에 따라 그 내용이 다소 다르다.
27) DAVID H. GETCHES, op. cit. pp.248-249.

각 이용자의 취수량을 어떠한 비율로 제한하여야 할 것인가?

현행법에는 이에 관한 규정이 없다. 따라서 행정기관은 민법의 기존의 이용자 사이의 이용권의 분배원리를 고려하여야 할 것이다. 그런데, 민법의 기존의 이용자 사이의 이용권이 상호 대등한 것이라면 취수량의 제한은 동일한 비율로 제한되는 것으로 하는 것이 타당할 것이다.

그러나 이것은 합리적인 해결은 아니다. 생각할 수 있는 해결방법으로는 다음과 같은 것이 생각될 수 있다. 첫째, 생활용수를 가타의 용수보다 우선시하여야 할 것이다. 둘째, 지상토지에서의 이용을 지상토지외에서의 이용보다 우선하여야 할 것이다. 셋째, 토지이용권의 성립시기를 고려하여 먼저 성립한 토지이용권을 優先하여야 할 것이다.

지하수법 제16조에 의해 지하수의 이용이 철회되거나 제한된 경우에 손실보상이 인정되어야 하는가?

지하수법에 의해 지하수의 이용허가가 행해진 후에도 지하수의 보존을 위하여 취수량이 제한될 수 있다는 것이 법상 예견되고 있으므로 이용허가후 취수량이 제한되더라도 손실보상이 주어져야 하는 것은 아니라고 보아야 한다.

Ⅳ. 地下水關係法과 關係行政機關

1. 地下水關係法

지하수의 私法的 규제에 관한 법으로 民法(제235조, 제236조)이 있다. 지하수의 公法的 규제로는 지하수법, 먹는물관리법, 온천수법, 수도법, 제주도개발특별법, 하천법 제25조 제2항 등이 있다.

이들 지하수관관계법은 상호간에 어떠한 관계에 있는가.

민법과 公法的 규제법은 상호 규율영역이 다르므로 법상호간의 충돌의 문제는 생기지 않는다. 그러나 민법상의 지하수분배의 원리와 지하수법상의 분배의 원리가 다름에 따른 前述한 바와 같은 兩者間의 實質的인 갈등은 존재한다. 따라서 민법의 규정을 개정하여 양법 상호간의 모순을 제거하도록 하여야 할 것이다.

공법적 지하수규제법 상호간의 관계는 어떠한가? 이 중 특히 지하수법과 기타의 지하수규제법과의 관계가 문제되는데, 이에 관하여 지하수법 제4조는 "지하수의 조사·개발·이용 및 보전·관리에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 그 법률이 정하는 바에 의한다. 다만, 제14조 내지 제16조의 규정은 그러하지 아니하다."라고 규정하고 있다.

지하수법 제4조는 지하수법이 지하수에 관한 一般法이 되며 지하수법에 대하여 다른 지하수규제법은 特別法의 지위를 갖는다는 것을 규정하고 있다. 따라서, 지하수법규정보다 다른 지하수규제법규정이 우선한다. 다만, 지하수법 제4조 단서는 지하수법 제14조 내지 제16조는 지하수법이 우월하다고 규정하고 있다.

그런데, 지하수법 제4조는 規定方式에 있어서 적절하지 못하다. 우선 제4조 本文은 지하수법과 타법간의 일반법과 특별법의 관계를 정하는 것인데 그러하다면 종전의 규정과 같이 " … 다른 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법을 적용한다"라고 규정하는 것이 타당하다. 현재와 같이 규정하는 경우에는 특별법인 온천법이나 먹는물관리법에 특별한 규정이 없는 경우에 지하수법이 적용된다는 원칙이 규정에 나타나지 않게 된다. 또한 제4조 但書도 문제가 있다. 제4조 단서는 지하수관련 특별법의 규정을 지하수법 제14조 내지 16조의 규정과 같은 정도로 지하수규제를 강화하도록 관련규정을 개정하는 것이 정상적인 것임에도 그러하지 않고 지하수법의 관련규정을 우선적용하도록 하고 있는 것이다. 이것은 일반법의 규정으로 특별법의 규정을 개정하는 결과를 가져오는 것이어서 법체계상 맞지 않는다.

또한, 지하수법이 지하수에 관한 일반법으로 되어 있지만 온천이나 먹는샘물의 개발·이용은 실질적으로 별개의 법, 즉 온천법과 먹는물관리법에 의해 규율되고 있어 지하수에 관한 통일적인 법체계가 이루어지고 있지 못하다.

그리고, 지하수법과 지하수관계법이 상호 모순되는 경우가 적지 않다. 지하수법과 민법의 지하수관련규정간의 모순은 앞에서 지적한 바와 같다. 또한 지하수법과 먹는물관리법 상호간의 규제내용이 다음과 같이 다른 경우가 있는데, 이러한 차이가 과연 이유가 있는 것인지 의문이 제기된다.

내 용	지하수법	먹는물관리법
허 가	개발허가와 이용허가 통합 (제7조)	개발허가와 영업허가 분리
허 가 권 자	시·도지사	환경부장관
영 향 조 사	개발·허이용허가 신청시 시·도지사가 지정하는 지하수영향초사기관이 작성하는 지하수영향조사서	영업허가 신청시 환경부장관이 지정하는 환경영향조사대행자가 작성하는 환경영향조사에 관한 서류
영향조사기관	시·도지사	환경부장관
허 가 기 준	수원의 고갈, 지반의 침하, 지하수 오염, 자연생태계에 대한 위해, 지하수의 적정관리 또는 도시계획 기타 공익사업에 지장을 주는 등 기타 공익에 대한 위해	지반 침하, 수자원 고갈, 기타 심각한 환경상의 피해, 기타 공익에 대한 위해
사후적 수자원 고갈의 경우	시정을 명하거나 필요한 조치	허가의 취소 또는 6개월 이내의 영업정지
개발제한사유	먹는샘물개발제한구역 지정	지하수보전구역
지 정 사 유	수원의 수질이 이미 오염되었거나 오염될 우려가 있는 지역 또는 지반침하 등 자	지하수의 고갈, 지반의 침하 또는 지하수의 오염방지, 지하수함양지역, 지하수의 수량

	생태계의 현저한 훼손이 발생할 우려가 있는 지역	이나 수질의 보전에 필요한 지역
행 위 제 한	행위제한구역 없음	행위제한구역 있음
수질개선 부담금	부과하지 않음	부과(제28조)

2. 地下水 規制機關

현재 지하수에 대한 통합적인 관리가 되고 있지 못하다. 1996년 지하수법은 1993년 지하수법에 비하여 지하수 규제기관을 통합하고 있지만, 현행 지하수법하에서도 다음과 같이 지하수 규제기관이 나뉘어 있다. ; 지하수의 종합관리 및 수량관리는 건설교통부가 담당하고 (지하수법 제제5조, 제6조, 제17조 등), 지하수 수질관리 및 먹는샘물관리(水質, 水量)는 환경부(지하수법 제18조, 제19조 및 먹는물관리법), 온천수관리는 내무부(온천법), 농업용지하수 이용계획은 농림부(지하수법 제6조 제2항)로 되어 있다. 그리고, 시·도지사는 지하수 규제의 집행기관으로 되어 있다.

지하수의 수질과 수량의 관리가 분리되어 적절한 지하수관리에 어려움이 있다. 수질과 수량의 관리기관을 통합하거나 수질과 수량의 통합적 관리를 보장하는 제도적 장치가 마련되어야 한다. 또한 온천수와 먹는 샘물도 지하수의 일종인데 온천수는 내무부에 의해 관리되며 먹는샘물은 수질뿐만 아니라 수량도 환경부에 의해 관리되고 있어 지하수의 통합적 관리를 어렵게 하고 있다.

V. 지하수개발·이용의 규제

1. 지하수 개발·이용의 許可制(제7조) 또는 申告制

現行 지하수법은 지하수의 개발·이용에 원칙상 허가제를 도입하고 있다(제7조). 소규모의 개발인 경우이거나 농림어업을 목적으로 하는 일정규모이하의 개발인 경우에 한하여 신고만으로 개발할 수 있도록 하고 있다(제8조). 동법 시행령은 원칙상 농림어업용인 경우 1일 양수능력이 150톤 이하인 경우(안쪽 지름이 50밀리미터 이하인 토출관을 사용하는 경우에 한한다) 그리고 일반 지하수인 경우 1일 양수능력이 100톤 이하인 경우(안쪽 지름이 40밀리미터 이하인 토출관을 사용하는 경우에 한한다) 신고의 대상으로 하고 있다. 그러나, 효율적인 지하수의 관리를 위하여는 신고대상을 보다 축소하고 허가대상을 보다 확대하여야 한다.[28]

지하수법상 지하수 개발·이용허가의 성격이 무엇인가, 즉 講學上 許可인가, 特許인가?

강학상 허가란 본래 인간의 自然的 自由에 속하는 행위를 질서유지를 위하여 일단 일반적으로 금지하고 일정한 요건을 충족하는 경우에 그 금지를 해제하여 적법하게 일정한 행위를 할 수 있게 하여 주는 처분을 말한다. 이에 반하여 강학상 특허란 행정주체가 특정의 상대방을 위하여 새로이 권리를 설정하여 주는 행위를 말한다. 實務에 있어서는 허가와 특허를 명확히 구별하지 않고 사용하고 있기 때문에 구체적인 경우마다 행위의 성격을 규명하여야 한다. 지하수가 토지의 소유권의 구성부분이 되며 지하수의 개발이 인간의 자연적 자유에 속하는 것이라고 본다면 지하수 개발·이용의 허가는 강학상의 許可라고 하여야 하고, 지하수를 공공의 자원으로 보고 지하수이용권이 지

28) 영국의 경우에는 일일 인출량이 20입방미터 이하가 아닌 경우 허가의 대상으로 하고 있다(Water Resources Act 제27조 제5항).

하수 개발·이용허가에 의해 창설되는 것으로 본다면 지하수 개발·이용허가를 特許로 보는 것이 이론상 타당하다. 그런데 이 문제에 관하여는 앞에서 살펴 보았듯이 현행 지하수법은 명확한 입장을 취하고 있지 않고 학설도 나뉘고 있지만, 私見으로는 지하수법을 발전적으로 해석한다면 지하수를 공공의 자원으로 보고 소규모의 사용을 제외하고는 지하수이용권은 허가에 의해 창설되는 것으로 보아야 한다. 또한 허가의 요건은 주로 공공의 안녕과 질서를 보호하기 위한 사항으로 되어 있고, 특허에 있어서는 통상 특허의 대상이 되는 행위의 적정한 수행을 요건의 하나로 하고 있다. 그런데 현행법상 허가요건 중에는 공공의 안녕과 질서를 보호하기 위한 것(법 제7조 제3항 제1호, 제2호)과 지하수의 적정관리의 측면(법 제3항 제3호, 제4호)을 함께 포함하고 있으므로 허가적 측면과 특허적 측면이 있다고 볼 수도 있지만, 特許의 경우에는 적정관리의 측면과 함께 사회공공의 안녕과 질서유지의 측면도 특허의 요건으로 규정할 수 있는 것이므로 私見에 의하면 지하수법상의 허가는 강학상의 특허에 가깝다고 보아야 한다. 또한 지하수법상의 허가를 裁量行爲로 규정하고 취수량을 제한할 수 있는 것으로 규정하고 있는 것도 지하수법상의 허가를 특허로 해석하는 논거가 될 수 있다.[29]

지하수법은 지하수의 개발·이용허가를 재량행위로 규율하고 있는데 지하수법 제7조 제3항이 동항의 제1호와 제2호에 해당하는 경우에도 재량행위로 규정하고 있는 것은 타당하지 않다. 이 경우에는 羈束行爲로 규정하여 허가를 하여서는 안되는 것으로 하여야 할 것이다. 집행기관은 현행법을 적용함에 있어서 지하수법 제7조 제3항이 동항의 제1호와 제2호에 해당하는 경우에는 허가를 해주지 않도록 하여야 할 것이다.

29) 일반적으로 허가는 인간의 자연적 자유에 속하는 행위를 대상으로 하므로 공공의 질서유지의 보호를 내용으로 하는 허가요건을 충족하는 한 허가를 해주어야 하는 羈束行爲인 것이 보통인데 반하여, 특허는 권리를 창설하여 주는 것이며 공익목적을 위하여 특허의 대상이 되는 행위의 적정한 수행을 요건으로 하고 있으므로 裁量行爲로 규정되는 경우가 많다.

지하수법은 지하수의 개발허가와 이용허가를 統合하여 하나의 허가로 하고 있다. 그러나 立法論으로는 지하수의 개발허가와 지하수의 이용허가를 분리하는 것이 타당하다. 왜냐하면 개발되기 전에는 아직 지하수의 부존량이나 상태를 정확히 알기 어렵고 개발로 인하여 새로운 사정이 발생할 수 있기 때문이다. 먹는물관리법은 개발허가와 이용허가를 분리하고 있다.

지하수는 장래의 지표수의 부족에 대비하여 또한 미래 세대의 사용을 위하여 보존되어야 한다. 지하수법은 제7조 제3항 제4호는 지하수의 개발·이용허가시 지하수의 保存을 고려하는 것으로 하고 있다. 즉, 지하수의 보전을 위하여 필요하다고 인정되는 경우로서 대통령령이 정하는 경우 지하수의 개발·이용허가를 하지 아니하거나 취수량을 제한할 수 있는 것으로 하고 있다. 그런데, 이를 시행하는 대통령령이 제정되어 있지 않아 이 규정이 시행되지 못하게 된 것은 문제이다. 지하수법 제7조 제5항은 지하수의 보전을 위하여 필요한 경우 지하수의 개발·이용기간을 제한할 수 있도록 하고 있다. 장래를 위한 지하수의 보존은 먹는 물의 경우 더욱 요청된다. 과당경쟁과 무분별한 개발을 막기 위하여 먹는물사업자수를 엄격히 제한하여야 한다. 또한, 취수량뿐만 아니라 취수시기 및 취수수단에 대하여도 條件을 붙이도록 하여야 할 것이다.

먹는샘물의 경우 수질개선부담금을 부과하도록 하고 있다. 일반 지하수의 경우에도 영국에서처럼 使用負擔金을 부과하도록 하여야 할 것이다.[30]

2. 地下水保全地域

市·道知事는 지하수의 보전을 위하여 필요한 경우에 관계행정기관의 장과 협의하여 지하수보전지역을 지정할 수 있다. 지하수보전지

30) R. M. Harrison, Understanding Our Environmentt : An Introduction to Environmental Chemistry and Pollution, p.70.

역내에서는 지하수에 영향을 미치는 개발행위가 제한된다(법 제12조, 제13조).

1) 지하수보전지역의 지정목적 및 지정시 고려사항

지하수보전지역의 지정은 이론상 다음과 같은 목적을 갖는다. : 지하수 涵養地域의 보호, 예견치 못한 오염물질의 漏出時 처방을 위한 충분한 대응시간의 확보, 오염물질이 取水井에 도달하기 이전에 자연적인 정화작용에 의해 적정농도 기준까지 오염농도를 저감시킴,[31] 미래를 위한 지하수의 보존·現行 지하수보전지역제도는 지하수의 오염을 방지하는 목적을 주로 가지면서 아울러 지하수의 적절한 공급량을 확보한다는 목적을 갖는 것으로 되어 있다. 따라서 장래세대를 위한 지하수의 保存이나 非常時를 위한 지하수의 비축이라는 고려가 소홀하다.

이러한 목적을 수행하기 위한 지하수보전지역의 지정에는 다음과 같은 사항이 고려되어야 한다. : 당해지역의 水理지질구조, 주변의 오염현황, 토지이용 현황, 지하수원의 위치, 생활용수 공급체계 및 장래수요, 경제적 사정.[32]

2) 地下水保全地域의 區分

지하수 오염의 방지를 위한 경우와 지하수의 보존을 위한 경우에는 규제내용이 달라야 할 것이므로 두 경우를 구별하여 前者의 경우는 지하수보호지역으로 하고, 後者는 지하수개발제한지역으로 규율하여야 할 것이다. 지하수개발제한지역은 다시 개발을 일체 인정하지 않는 절대개발제한지역과 통제하에 개발을 인정하는 상대개발제한지역으로 나누어 규율하여야 할 것이다. 또한 지하수보호지역과 지하수개발제한지역을 開發計劃을 수립할 때에 고려하도록 하여야 할 것이다.

---

31) 김광묵·김지용, 「地下水源 保護區域의 指定에 관한 硏究」, 국토연구 제22호, 1994.12.30. 5면.
32) 상게논문, 9-11면.

또한 지하수보호지역을 영국에서와 같이 보다 세분하여 규율할 필요가 있다. 영국에서는 세 유형의 보호구역이 있다. : Ⅰ구역(내부수원보호구역), Ⅱ구역(외부수원보호구역), Ⅲ구역(수원함양구역). 보호구역은 지하수의 수문지질학적 특성을 고려하여 결정된다. 제1보호구역의 경계는 취수점으로부터 최소 50미터 이상의 거리에 위치하는 취수점에 이르기까지 50일이 걸리는 대수층의 지점에 정해진다. 그 이유는 50일 이라는 기간은 대부분의 생물학적 오염이 약화되는 기간이기 때문이다. 일반 화학물질도 50일간 지하수와 같이 이동하면서 분해되거나 토립자에 흡착된다.[33]

제2보호구역의 경계는 취수점에 이르기까지 400일이 걸리는 대수층의 지점에 정해진다. 모든 오염물이 50일 이내에 쇠잔해지는 것은 아니며 보다 느리게 약화되는 오염은 소멸되기 까지 보다 긴 기간이 필요하기 때문이다. 지하수함양지역은 취수점에서의 지하수의 취수를 실제상 가능하게 하는 모든 지하수함양지역으로 이루어진다. 그리하여 취수되는 물의 양이 많을수록 지하수함양보호지역은 넓게 된다.[34]

3) 地下水保全地域內에서의 規制

지하수의 수질 및 수량에 영향을 미치는 활동사업의 영향뿐만 아니라 事故 또는 시설허가조건의 위반에 따른 지하수영향을 고려하여야 한다.

현행 지하수법은 지하수보전지역 내의 행위제한에 있어서 일정한 행위 또는 시설의 설치에 대한 허가제를 규정하는 외에 구체적인 규제내용을 규정하고 있지 않고 지하수법 제7조, 제9조 및 제11조를 준용하는 것으로 하고 있어 규제의 실효성에 문제가 있다. 특히 오염물질배출시설이나 폐기물처리시설허가에 관하여 지하수개발·이용허가에 관한 규정을 準用하도록 하고 있는 것은 문제이다.

33) 50일이라는 기간의 기준은 국제적으로 인정되고 있는 기준이다.
34) Richard Burnett-Hall, ENVIRONMENTAL LAW, Sweet & Maxwell, 1995, pp.337-338.

지하수보전지역 내에서의 행위제한에 관한 독자적이고 구체적인 규제기준이 立法化되어야 한다. 규제내용으로는 다음과 같은 사항이 포함되어야 할 것이다. : 오염시설의 立地를 규제하고 오염물의 유입을 금지, 기존 오염시설의 배출규제, 당해 지역의 容積 및 密度규제, 각종 시설의 설계기준을 강화, 기업·가정 및 농업에서의 오염저감방안 마련 등.[35]

또한 지하수보전지역의 주민이 받게 되는 불이익을 補塡하기 위하여 지역주민에 대한 지원제도를 마련하여야 한다.

지하수법 제17조는 지하수의 이용실태조사 등을 규정하고 있는데 지하수이용실태에 관한 효율적인 정보의 수집을 위하여 지하수개발·이용자에게도 지하수의 水位, 水質에 대하여 정기적으로 행정기관에 보고하도록 하는 의무를 규정하여야 한다.

Ⅵ. 기타 지하수관련법의 문제

1. 地下水와 地表水의 統合管理

지하수와 지표수는 상호영향을 미친다. 지표수가 지하수로 유입된되고, 특히 지하수를 인위적으로로 취수하는 경우 지표수의 유입이 두드러진다. 반대로 일정한 경우에는 지하수가 지표수로 용출하는 경우가 있다. 따라서 지표수와 지하수를 통합적으로 규율하는 것이 필요하다. 이러한 요청은 오늘날의 물부족 현상하에서 良質의 물을 적정하게 공급하기 위하여도 필요하다. 지하수는 물의 보존기능을 갖기 때문에 지표수가 부족한 경우 지표수를 補充하는 水源으로 위치지울

35) 김광묵·최지용, 전게논문, 15-17면.

필요가 있다. 또한 지표수가 풍부한 경우에는 초과 사용된 대수층을 인위적으로 보충할 수도 있을 것이다. 그러나, 현행 지하수법은 이에 관한 규정을 전혀 두고 있지 않다.

지표수와 지하수를 통합적으로 규율한다는 것은 지하수와 지표수를 단일의 법에 의해 규율한다는 것을 의미하는 것은 아니다. 지하수와 지표수를 포함하여 단일의 법으로 하는 입법례도 있을 수 있고, 지하수와 지표수를 독자적인 법으로 규율하면서 상호간의 관계에 관한 규정을 두는 방법이 있다. 前者의 경우에도 지하수와 지표수는 그 성질이 다르기 때문에 전적으로 동일하게 규율할 수는 없을 것이다.

2. 經過措置

종전의 규정에 의하여 지하수개발·이용의 申告를 한 자를 법 제8조의 규정에 의하여 허가를 받은 자로 보는 것은 타당하지 않다. 일정한 유예기간 내에 허가를 받도록 하여야 한다. 왜냐하면 종전법하에서는 지하수영향평가를 하지 않았고, 취수량의 제한규정도 없었기 때문이다.

Ⅶ. 맺 음 말

현행법은 지하수에 관한 근본적인 문제에 대한 고려를 소홀히 하고 있어 체계성을 결여하고 법 상호간에 모순을 보이며 규정내용이 모호한 경우가 있다. 지하수의 公共資源性을 명확히 선언하여야 하며 지하수의 持續可能한 開發의 原則이 보다 명확하게 채택되고 具體化되어야 한다. 지하수법을 지하수에 관한 명실상부한 一般法으로 하여야

하며 이를 위하여 온천법, 먹는물관리법 등 지하수관계법을 정비하여 한다. 지하수가 統合管理되도록 하여야 하고 나아가 지표수의 관리와 연계되도록 하여야 한다. 그리고, 지하수법과 모순되지 않도록 민법의 규정을 改正 내지 再解釋하여야 한다.

地下水의 법적 문제

1. 지하수(지하수법 제2조 제1호) ◀——▶ 地表水

美國 : 지하하천(underground stream) - 지표수의 법리
滲透水(Percolating water) - 地下水法의 법리

帶水層(aquifer) : 滲透帶(zone of saturation) : 상당량의 지하수를 저유·공급해줄 수 있는 암석·토양층

- 被壓帶水層(confined aquifer) : 암반지하수
- 非被壓帶水層(unconfined aquifer)

2. 지하수의 이용
   - 음용수
   - 농업용수
   - 공업용수

3. 지하수의 문제
   - 지하수이용권간의 충돌
   - 지반침하현상
   - 해안지역에서의 鹽水의 대수층으로의 침투
   - 지하수의 오염
   - 지하수의 고갈

4. 地下水利用權

(1) 지하수(이용권)과 토지소유권과의 관계

[美國]

東部 : 沿岸權(riparian rights)의 法理

西部 : 專用權(appropriative rights)의 法理

1) 절대적 소유권설(Doctrine of Absolute Ownership)
- 토지소유권의 일부로 봄
- 현재 거의 주장되고 있지 않음

2) 합리적 이용설(Doctrine of Reasonable Use)
- 현재 西部州 중 몇 주에서 부분적으로 채택됨

3) 相關權說(Doctrine of Correlative Rights)
- Califonia 주 등에서 채택

4) 전용권설

[우리나라]

1) 지하수(이용권)과 토지소유권의 관계

가. 지하수이용권을 토지소유권의 구성부분으로 이해하는 견해
- 민법 제212조
- 다만 지하수의 공공성을 강조 : 지하수 공개념

나. 별개의 권리로 파악하는 견해
- 지하수를 광물과 같은 자원으로 보는 견해
- 지하수를 자원으로 보는 견해(이스라엘, 이탈리아, 독일, 러시아 등)
- 지하수의 특성(지하수는 일정한 장소에 고정되어 있지 않고 지속적으로 유동하는 자원, 광범위하게 분포되어 있음)을 고려
- 토지이용권이나 토지소유권을 가지지 아니한 자에게도 그 취

득을 인정. 지하수를 公物로 보는 견해

2) 지하수이용권의 법적 성질

- 公權인가 私權인가
- 物權(用益物權)

3) 우리나라에서의 지하수분배의 원리

가. 기존이용권과 신규이용권간의 분배원리

- 기존이용권의 확장 포함
- 기존이용권 존중의 원칙(민법 제236조)
  (미국 지하수법상의 전용권이론에서의 분배원리와 비슷, 질적 장해 포함)
- 생활용수 우선의 원칙(민법 제236조 제2항)
  (미국 西部 諸州의 입법에서 이용목적에 따른 우선권(preference)을 인정하고 있는 것과 유사

나. 기존이용권 상호간의 분배원리

- 필요. 유익적 이용의 원칙
- 용수부족시 성립의 선후나 이용목적에 따른 물의 재분배가 행해지지 않는다.
- 미국 서부의 諸州에서 채택하고 있는 專用權理論하의 지하수 분배원리와 유사
- 지하수이용권의 확장의 경우 그 증가한 부분은 신규이용

다. 공유하천용수권과의 충돌

[美國]

- 지하하천과 지표수 : 우선 순위는 전용권의 법리에 의한다.
- 삼투수와 지표수 : 절대적 소유권설
  합리적 이용설
  상관권설 - 할당

[우리나라 民法下]

- 이용권이 用水權보다 선순위인 경우 - 이용권 우선

- 용수권이 이용권보다 선순위일 때
  용수권의 분배원리 - 용수권 우선
  이용권의 분배원리 - 이용권은 제약받지 않는다.

5. 지하수 관련 행정기관

- 종합관리 : 건설교통부
- 生工用水 : 건설부, 내무부
- 지하수자원관리 : 통상산업부
- 농업용수 : 농림부
- 오염규제 및 위생 : 환경부, 보사부

6. 지하수실태 및 이용실태 조사(지하수법 제5조)

- 기초조사기관 : 건설교통부장관
- 관계 중앙행정기관의 장, 특별시장, 광역시장 및 도지사
- 지하수관련조사전문기관(제4항)

7. 지하수관리기본계획의 수립(제6조)

8. 지하수개발·이용의 규제(허가 또는 신고)

(1) 허가(제7조)

- 지하수영향조사(지하수영향조사기관 제27조)
- 허가의 성격 및 요건(제3항) - 부분허가(취수량 제한)
  許可인가 特許인가

- 許可免除(제1항)

(2) 申告(제8조)

(3) 지하수보전지역의 지정 - 행위제한(제12조, 제13조)

- 지정목적 : ① 지하수 涵養地域의 보호
  ② 예견치 못한 오염물질의 漏出時 처방을 위한 충분한 대응시간을 확보
  ③ 오염물질이 取水井에 도달하기 이전에 자연적인 정화작용에 의해 적정농도 기준까지 오염농도를 저감시킴
- 성질 : 처분성
- 시·도지사 : 관계 행정기관의 장과 협의
- 지정시 고려사항 : 당해지역의 水理지질구조
  주변의 오염현황
  토지이용 현황
  지하수원의 위치
  생활용수 공급체계 및 장래수요
  경제적 사정
- 규제내용 : 오염시설의 立地를 규제하고 오염물 유입을 금지
  기존 오염시설의 배출규제
  당해 지역의 容積 및 密度규제
  각종 시설의 설계기준을 강화
  기업, 가정 및 농업에서의 오염저감방안 마련

(4) 이행보증금의 예치

(5) 원상복구

(6) 지하수 오염방지(제16조)

9. 지하수개발 · 이용시공업(제22조)

10. 지하수법의 문제

(1) 지하수와 지표수를 통합해 규율할 필요가 있다는 견해 있음

(2) 지하수의 법적 성격 모호

(3) 이해관계인 참여문제(환경영향평가시)

(4) 지하수개발제한지역의 설정(후세를 위한 지하수 자원의 보전)