

민법상 공유하천용수권에 관한 약간의 고찰

전 경 운* · 강 태 수**

차 례

- I. 들어가며
- II. 공유하천용수권의 연혁과 민법 규정
- III. 공유하천용수권의 법적 성질과 그 내용
- IV. 공유하천용수권의 폐지 등에 대한 논의와 그 문제점
- V. 마치며

[국문초록]

공유하천용수권이란 공유하천의 연안에서 농·공업을 경영하는 자는 이에 이용하기 위하여 그 공유하천으로부터 인수할 수 있고(민법 제231조 제1항), 그러한 인수를 위하여 필요한 공작물을 설치할 수 있는 권리를 말한다(민법 제231조 제2항). 공유하천용수권은 오랜 기간 동안 관습적으로 형성된 권리로서, 조선고등법원판례에 의해 인정된 것을 민법에서 공유하천용수권으로 입법을 하였다. 공유하천용수권의 법적 성질은 지역권(정확히는 법정지역권)이라고 할 수 있다.

이러한 공유하천용수권의 성립요건과 그 내용 및 효력은 그 동안의 판례를 통하여 상당히 구체화되었다. 또한 현실성을 결여한 사문화된 제도라고 할 수 없으며, 비농사를 중심으로 한 농업경영에서 필수적인 물의 이용과 배분의 문제에서 큰 역할을 수행해 왔다. 하지만 농어촌정비법에 의한 농업생산기반정비사업으로 우리나라 전체 담(畷) 중 81.3%가 수리사업을 통하여 가뭄에도 물 걱정이 없는 수리답이 되었고 또한 농지전용에 따른 농지감소와 지하수 개발 등으로 공유하천용수권은 점차 그 의미를 잃어가고 있으며 소멸되어가는 권리이다.

그런데 환경부로 물관리 일원화가 되면서, 제도개선의 하나로서 민법상 공유하천용수권과 하천법상의 허가수리권, 댐사용권 등을 통합하여 공법상의 허가수리권으로 통합하고자 하고 있다. 또한 장기적으로 물사용료를 징수하겠다는 입

* 제1저자, 경희대학교 법학전문대학원 교수.

** 교신저자, 경희대학교 법학전문대학원 교수.

장이다.

물론 위와 같은 논의는 아직 구체화되어 입법안이 나와 있는 것도 아니고, 구체적인 논의가 진행되어 있는 것도 아니지만, 민법상 공유하천용수권의 폐지 등의 논의는 법현실적인 관점에서나 헌법적인 관점에서 신중을 요하는 논의라고 할 것이다. 공유하천용수권을 폐지하려면 그러한 권리를 필요로 하지 않는 사회경제체제로 우리 사회가 변하지 않는 한, 신중을 요한다고 할 것이다.

I. 들어가며

과거 1990년대 초반까지 수량과 수질분야의물관리 업무는 대부분 건설부(현재 국토교통부)에서 담당하였으나, 1991년 낙동강 폐놀 오염사고, 1994년 낙동강 정수장 악취발생 사고 등의 수질사고가 연달아 발생하자 1994년 당시 건설부와 보건사회부 소관 수질 관련 기능을 환경처(지금의 환경부)에서 수행하도록 정부조직법을 개편하였다. 이때부터 수량과 수질 업무가 이원화되어 지난 20년간 환경부가 수질을, 국토교통부가 수량관리를 담당했으며, 농업용수는 농림축산식품부, 발전용수는 산업통상자원부가 담당했다. 이렇게 물관리 업무가 정부부처간에 분산되어 있으므로, 정부 부처간 사업 중복·예산 낭비·규제 중첩 등의 부작용이 있어,¹⁾ 오랫동안 물관리 업무의 일원화 및 통합물관리(Integrated Water Resource Management)의 필요성이 제기돼 왔다. 물관리 일원화는 세계적인 추세로 OECD 35개 회원국 중 22개 국가가 환경관련 부처 중심으로 물관리를 통합하여 운영하고 있다.²⁾ 이에 따라 2018년 5월 28일 개최된 국회 본회의에서 물관리 일원화 관련 3개 법안, 즉 「물관리기본법」(안), 「정부조직법」 일부개정법률(안), 「물관리 기술발전 및 물산업 진흥에 관한 법률」(안)이 통과되면서, 지난 20여년간 지속된 물관리 일원화 논의가 결실을 맺어서 국토교통부와 환경부 등으로 분산되었던 수질·수량 등 물관리 업무가 환

1) 예를 들어, 수량과 수질관리 측면에서 환경부와 국토교통부가 서로 추구하는 목표가 달라서 국가적 차원에서 종합적 물관리 계획수립과 집행에 난항을 겪거나, 댐 건설처럼 수량확보 위주의 정책으로 인해 하천유지 용수가 부족해 하천의 수질이 악화되거나 하천 생태계가 파괴되는 일이 발생하기도 하였다. 또한 상수도, 하천정비 등 물 분야 사업의 중복으로 국가예산이 낭비된다는 지적이 지속적으로 제기되었다.

2) <https://waterjournal.blog.me/221292116662>

경부로 일원화 되었다.³⁾

물관리는 크게 수량·수질·수재해 분야로 구분되는데, 그간 다수의 부처가 물관리 업무를 수행하고 있어 물관리 사업간 연계성 부족 및 사업의 중복 등의 문제가 발생함에 따라 각부처별 소관업무를 아우르는 기본법 제정의 필요성이 대두되어, 「물관리기본법」⁴⁾이 제정되었다. 물관리기본법은 물관리의 기본이념 및 원칙을 마련하고, 국가차원의 통합적인 물관리 및 유역중심의 물관리를 위한 국가물관리위원회와 유역물관리위원회의 설치 등 물관리에 필요한 기본적인 사항을 규정함으로써 지속 가능한 물순환 체계를 확립하려는 것을 목적으로 한다. 특히 물관리기본법은 대통령 소속으로 ‘국가물관리위원회’를 두고, 국가물관리위원회에 유역별로 ‘유역물관리위원회’를 두어, 유역중심의 통합물관리를 한다는 것이다.

또한 국토교통부의 수자원 보전·이용 및 개발 기능의 환경부 이관을 위해 「정부조직법」이 개정되었다. 이에 따라 국토교통부 소관의 수자원 관련 5개 법률은 환경부로 이관되고, 하천관리 관련 2개 법률은 국토교통부에 남게 되었다.⁵⁾ 다만 국토교통부에 남는 하천법에서도 하천관리를 제외한 수자원·수량 관리업무는 환경부로 이관된다.⁶⁾ 그리고 「물관리 기술발전 및 물산업 진흥에 관한 법률」이 제정됨에 따라 정부의 각종 보조·시범 사업의 추진, 물산업 클러스터의 조성, 국내 물 기업의 해외 진출 지원 등의 법적 근거가 마련되었다.⁷⁾ 즉 물산업 육성전략 수립, 물산업지원센

3) 다만, 하천법상의 하천관리기능, 하천편입토지보상법 등 2개의 법률은 국토교통부에 남게 되어, 물관리기본법에서 제시하고 있는 물관리 기본원칙 중의 하나인 ‘하천유역별 관리’를 시행하기에 일부 어려움이 발생할 수 있다는 논의가 제기되기도 한다.

4) 법률 제15653호, 2018. 6. 12. 제정, 2019. 6. 13. 시행.

5) 즉 기존 국토교통부 소관의 수자원 관련 「댐건설 및 주변지역지원 등에 관한 법률」, 「지하수법」, 「수자원의 조사·계획 및 관리에 관한 법률」, 「한국수자원공사법」, 「친수구역 활용에 관한 특별법」은 환경부로 이관되지만, 하천관리 관련 「하천법」, 「하천편입토지보상 등에 관한 특별조치법」은 국토교통부에 그대로 존치한다. 이에 따라 하천관리는 국토교통부 소관으로 남기고 홍수 및 유량 설정 권한 등을 환경부에 넘긴 기형적인 것으로, 물관리 계획과 집행의 통합적 이행을 위해 하천법도 속히 환경부로 이관되어야 한다는 주장이 제기되고 있다.

6) 그 외 물관리 일원화에 따라 정부조직도 개편되어, 국토교통부 수자원정책국 내 수자원개발과 수자원정책과·수자원산업팀 등 2개과와 1개팀, 홍수통제소(4곳), K-water(한국수자원공사) 등의 조직과 인력(약 5천명)이 환경부로 이관된다.

7) 물산업은 21세기 블루골드산업으로 사회기반시설 중 최대의 투자시장을 형성할 것으로 전망되고 있으나, 국내 물산업 시장의 규모는 세계 시장의 1.7%, 국내 GDP의 2.1%에 불과하고, 국내 11,035개 물기업의 70%가 종업원 10명 미만의 소기업으로 대부분 영세하여 기술경쟁력 확보를 위한 여건이 취약한 상황이다. 이에 물관리 기술의 발전 기반을 조성하여 물산업의 진흥에 기여함

터 운영, 관련 기업지원 등 정부와 지자체가 물산업 육성을 지원하는 것을 주요 내용으로 하고 있으며, 이를 국내 물산업 시장의 활성화가 기대되고 있다.

이와 같은 물관리 일원화 관련법의 통과로 하천관리를 제외한 수량, 수질, 재해 예방 등 대부분의 물권리 기능이 환경부로 일원화되는 ‘물권리 일원화’가 이루어졌다. 하지만 물관리 일원화 입법조치 이후에도, 기후변화에 대응한 물관리 방안의 구축, 물관리 효율화를 위한 생활·공업·농업용수의 관리체계 개선 등과 같은 통합 물관리 과제들이 여전히 남았다. 이에 환경부는 수리권 관련 제도의 정비, 물관리 비용체계의 개선, 물이용부담금 제도의 개선, 국내 상수도 관리체계의 개선, 물환경 정보의 통합관리방안 등을 주요 중점현안으로 하여 이에 대한 제도개선을 추진 중에 있다.⁸⁾

즉 통합물관리에 따른 환경부의 제도개선 방향 중의 하나는 ‘수리권 관련 제도의 통합’으로서, 바로 민법 제231조상의 공유하천용수권과 하천법상의 허가수리권(하천법 제33조 이하, 제50조 등)⁹⁾을 통합하여 허가수리권으로 통합하고 수리권 허가·변경·승계 등에 대한 규정을 명확히 하며, 장기적으로 취수부담금제(하천수사용료 부과) 도입을 추진한다는 것이다.¹⁰⁾ 또한 수리권 통합 논의는 최근에 와서 주장된 것이 아니라 그 전에도 이러한 논의는 있어서, 민법상 공유하천용수권이 기득수리권

으로써 국민의 삶의 질 향상 및 지속가능한 물순환 체계 구축에 이바지하려는 목적으로 동법이 제정되었다.

- 8) 허재영(통합물관리비전포럼 운영위원장), “통합물관리(물관리일원화) 시대의 물 관리”, KEI 환경포럼 발표자료, 2018. 6. 29, 10-11면 참조.
- 9) 「댐건설 및 주변지역지원 등에 관한 법률」 제24조 이하에서는 댐사용권을 규정하여 일종의 수리권을 규정하고 있다. 동법상의 댐사용권에 대해서 보면, “댐사용권은 다목적댐의 저수를 특정용도에 사용하려는 자의 신청을 받아 환경부장관이 설정한다”(동법 제24조 제1항). “댐사용권설정에정자는 제1항에 따라 댐사용권을 설정받기 전이라도 환경부장관의 허가를 받아 다목적댐의 저수를 특정용도에 사용할 수 있다”(동법 제24조 제5항). 그리고 “다목적댐의 저수를 특정용도에 사용하려는 자는 「하천법」 제33조에 따른 하천의 점용허가와 같은 법 제50조에 따른 하천수의 사용허가를 받고 제24조에 따른 댐사용권을 설정받아야 한다”. 이러한 댐사용권의 법적 성질과 관련하여서 “댐사용권은 물권(物權)으로 보며, 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 부동산에 관한 규정을 준용한다”(동법 제29조)고 하면서, “댐사용권은 상속, 법인의 합병 또는 그 밖의 포괄승계, 양도, 채납처분, 강제집행 및 저당권의 목적이 되는 외에 다른 권리의 목적으로 할 수 없다”(동법 제30조 제1항)고 하여서 댐사용권 처분의 제한을 하고 있다. 그 외 댐사용권자는 원칙적으로 동법 시행령 제26조에서 정하는 바에 따라 산출한 금액의 납부금을 국고에 납부해야 한다(동법 제33조).
- 10) 허재영, 전계 발표자료, 10면.

으로서 시대적 변화에 부응하는 수자원정책을 수립하고 집행하는데 상당한 제약요인으로 작용하고 있으므로, 공유하천용수권을 폐지하고 하천법상의 허가절차를 통하여 공법상의 수리권으로 전환하여 국가나 지방자치단체가 수자원을 보다 효율적이고 합리적으로 관리할 필요가 있다고 하고 있다.¹¹⁾¹²⁾

이러한 논의에 직면하여 이하에서는 민법 제231조 내지 제234조에서 규정하고 있는 공유하천용수권의 연혁과 그 법적 성질 및 공유하천용수권의 내용과 효력 등에 대해서 자세히 검토하고, 민법상의 공유하천용수권을 폐지하고 하천법상의 허가수리권 내지는 새로운 입법에 의한 허가수리권으로 통합하는 것이 타당한지 등에 대하여 법현실적인 관점과 헌법적 관점에서 살펴보고자 한다.

II. 공유하천용수권의 연혁과 민법 규정

1. 공유하천용수권의 연혁

공유하천용수권이란 공유하천의 연안에서 농·공업을 경영하는 자는 이에 이용하기 위하여 그 공유하천으로부터 인수할 수 있고(제231조 제1항), 그러한 인수를 위하여 필요한 공작물을 설치할 수 있는 권리를 말한다(제231조 제2항). 이러한 공유하천용수권은 관습으로 형성된 권리를 일제의 조선고등법원판례가 이를 인정하였으며, 우리 민법 제정시에 명문의 권리로 입법이 된 것이다. 이러한 공유하천용수권에 대한 우리의 관습과 조선고등법원의 판례 등을 살펴보면 다음과 같다.

11) 김성수, 수법연구, 신조사, 2013, 89-97면. 그 외 이러한 취지의 주장은 김동진, “수리권제도: 하천의 수리권을 중심으로”, 환경법연구 제26권 2호, 2004. 6, 59-60면; 이상돈, “수리권 제도 개선에 관한 연구”-수리권 거래 및 물 은행 제도 도입에 대비하여, 법조 제543호, 2001. 12, 63-65면 등 참조.

12) 우리나라의 전체 연간 수자원 이용량 372억 m³ 가운데 댐 용수 209억 m³(56.2%) 및 하천수 122억 m³(32.8%)가 하천에서 공급되고, 나머지 41억 m³(11.0%)는 지하수에서 공급된다. 이를 보면, 우리나라는 전체 수자원 이용량의 대부분인 89%를 하천을 통해 공급받고 있다. 그리고 우리나라 연평균 이용 가능한 수자원량은 760억 m³로 수자원 총량 1,323억 m³의 57%이며, 나머지는 증발이나 바다로 유출되고 있다(국토교통부, 수자원 장기종합계획(2001~2020) 제3차 수정계획, 2016. 12, 19-21면). 이에 따라 우리나라 물관리 업무에서 하천의 개발·이용 및 보전은 매우 중요한 부분을 차지하게 된다.

먼저 1933년에 발간된 民事慣習回答彙集¹³⁾에서 공유하천용수권과 관련한 조선의 관습에 대한 여러 건의 내용을 확인할 수 있다. 물의 인수를 위한 ‘보(洑) 설치에 관한 건’으로 1912년 9월 26일 공주 지방법원의 “이미 하천의 물을 원래부터 논에 관개해 온 경우, 그 사용하고 있는 물의 상류부분에서 새로 보를 만들어 밭을 논으로 개간하여 위 하천으로부터 물을 끌어들이고 그 물은 다시 원래 사용하던 하류 사용자가 충분히 사용할 수 있도록 방류하여 새로운 개간지에 물을 사용할 수 있는 관습이 있는지 여부와 그렇지 않은 경우 원래 하류 사용자에게 방해가 생기지 않는 범위 내에서 물을 사용할 수 있는 관습이 있는지 여부”에 대한 조회에 대하여, 1912년 10월 9일 정무총감은 “원래 관습으로는 하천 연안의 토지소유자가 관개 때문에 보를 설치하여 그 물을 끌어오기 위해서는 하류 관개 용수에 영향을 주지 않는 것이 필요하고, 만약 그 때문에 영향이 있을 우려가 있는 경우 하류 용수 사용자가 그 보 설치를 거부할 수가 있다”고 회답하였다.¹⁴⁾ 이를 보면 인수를 위한 보 설치가 하류용수에 영향을 미칠 우려가 있는 경우 하류 용수 사용자가 보 설치를 거부할 수 있다고 하고 있다. 또 ‘하수(河水) 사용에 관한 건’을 보면, 1913년 1월 22일자 평양복심법원의 다음과 같은 조회에 대하여, 즉 “1. 동일 하수를 논과 물레방아에서 사용할 경우에 봄, 여름철 농사로 필요시 거기에 사용하고 여분의 물이 있다면 물레방아에 쓸 수 있는지, 2. 상기의 관습이 있다면 하류에 있는 논(畝)용 독의 소유자는 관개용수로 상류에 있는 물레방아용 독을 임의로 열고 자신의 독에 물을 끌어올 수 있는지 여부”에 대하여 1913년 12월 15일 정무총감은 다음과 같이 회답하였다. “1. 동일 하수에서 물을 끌어오는 논용 독과 물레방아용 독이 있는 경우에 봄, 여름철 하수가 부족한 경우, 먼저 설치한 독에서 물을 끌어오고, 설치 전후가 분명하지 아닐 때는 상류 독에서 먼저 끌어오는 것이 관습이다. 2. 상기의 경우 하류에 있는 논용 독 소유자가 상류에 있는 물레방아용 독을 자유롭게 열수 있다는 관습은

13) 일제는 조선을 강제적으로 합병한 후 일제하의 한국의 민사기본법인 「조선민사령」(1912. 3. 18, 制令 제7호)을 제정·공포하였다. 조선민사령에 의하여 일본의 민법전과 각종의 특별법 및 부속법 등 23개의 일본법령이 한국에 의용되었다. 그러나 조선민사령 제정 당시에는 일본민법전의 모든 규정이 의용되지 않았고, 한국인의 능력 및 친족·상속과 부동산관계의 일부에 대해서는 조선의 관습에 의하도록 하였다(김상용, 민법총칙(제3판), 법문사, 2014, 66면). 이에 한국에 설치된 일제의 각급법원이 재판할 때, 한국의 관습의 유무 및 내용을 확인하기 위하여 총독부에 조회를 하였고, 이에 대한 총독부의 회답을 모아서 책으로 낸 것이 民事慣習回答彙集이다.

14) 朝鮮總督府中樞院, 民事慣習回答彙集, 조선인쇄주식회사, 1933, 110-111면.

없다”고 회답하였다.¹⁵⁾ 그리고 1921년 7월 7일 ‘관개(灌溉) 용수권에 관한 건’으로 대구지방법원의 다음과 같은 조희, 즉 “원래 甲 소유지에 흐르는 개인 보의 물(수원은 일부 甲 소유지 내에서 나오고 일부는 제3자 소유지 내에서 나와서 甲 소유지에 흐르고 있다)의 여분은 甲 소유지의 끝에서 공유하천에 흘러 보내고, 이 물은 바로 하류에서 乙 소유지를 위하여 설치했던 보에 들어가 乙 소유지의 관개에 유입하여 공급하게 된다. 甲은 후일 다른 곳에 새로 개간한 토지(新墾地)의 관개를 하기 위해서 상기 보의 여분 물을 공유하천에 흘리는데 그 유출장소를 상기 신간지에 이동시킴으로써 공유하천의 물 양이 현저히 감퇴하여 乙 소유지에 설치된 상기 보에 물이 유입 되지 않아서 원래대로 乙 소유지 관개를 못하게 되어버린 경우, 乙은 甲에게 공유하천에 흘러 보내는 보의 이동을 제지할 수 있는지 여부”에 대한 조희에 대하여, 1921년 11월 26일 정무총감은 “甲 소유지의 관개를 위해서 설치했던 보의 여분의 물을 다시 흘러 보내서 그 물이 乙 소유지에 설치했던 보에 들어가 乙 소유지 관개용수로 공급 받는 경우에 甲이 신간지 관개용수로 공급 받기 위해서 상기 여분의 물을 신간지에 끌어 왔을 때 수량이 현저히 감소하고, 또한 乙 소유지에 설치한 보에 들어오지 않고 乙 소유지의 관개를 못하게 되었을 때 乙은 甲에게 상기 여분의 물을 신간지에 인도하기를 제지시킬 수 있는 관습이 있으며, 가령 甲 소유지에 설치한 보의 수원이 일부분 甲 소유지 내에서 나오고 일부는 다른 사람의 소유지 내에서 나오는 경우에도 다를 바 없다”고 회답하였다.¹⁶⁾ 이를 보면 상류 보 소유자는 신간지 관개를 위해서 이미 있는 하류의 보 소유자가 물을 사용하는 것을 방해할 수 없다는 취지이다.

그리고 1912년 발간된 조선총독부의 慣習調查報告書¹⁷⁾에서도 공유하천용수권과 관련한 기록이 있는데, 제26문 ‘隣地者 사이의 권리·의무’에서 ‘보 설치의 제한’으로 “하천을 독으로 막아 수로를 통해서 인수하는 시설을 보라고 한다.(중략)....

15) 朝鮮總督府中樞院, 전게서, 164-165면.

16) 朝鮮總督府中樞院, 전게서, 401-402면.

17) 관습조사보고서는 1908년 5월에서 1910년 9월에 걸쳐 統監府의 不動產法調査會와 法典調査局에서 조사한 것을 토대로 하여, 朝鮮總督府에서 1910년과 1912년 그리고 1913년에 간행한 것이다. 이러한 관습조사보고서를 한국법제연구원에서 國譯 출간(정종휴 감수/정금식 편역, 改譯版 慣習調查報告書, 한국법제연구원, 2000)을 하였는데, 본고는 국역본을 근거로 인용하고자 한다.

종래의 관습에는 새로 보를 설치하는 경우에 이로 인하여 하류의 既設의 보에 영향을 미쳐 그 수리를 방해하는 우려가 있으면 하류에 있는 보의 소유자는 장애를 주장할 수 있다. 지방(예컨대 경주지방 등)에 따라 5리 이상의 간격이 있으면 이를 설치하는 것이 무방하다고 하지만, 결국 하류의 보에 해를 끼치느냐 없느냐에 달려있는 것이다”고 하고 있다.¹⁸⁾ 이러한 내용은 공유하천용수권과 관련한 하천 물의 이용을 위한 보 설치에 대한 관습을 기록한 것이다.

위와 같은 공유하천용수권¹⁹⁾과 관련된 民事慣習回答彙集과 慣習調査報告書상의 관습을 바탕으로 조선고등법원은 “공유수류(公有水流)의 사용권은 오로지 행정관청의 인허를 받아 상당한 설비를 한 경우에 한해서 발생하는 것에 그치지 않고, 농지 관개(灌溉)의 필요상 이를 사용하는 관행이 있는 때에는 그 필요를 충족하는 한도에서 그 자에게 유수(流水) 사용의 권리가 발생하고, 타인이 이를 침해하는 것을 허용하지 않는 것은 예전부터 조선에서 일반적으로 인정되던 법칙이다”라고 하여 공유하천용수권을 인정하였다.²⁰⁾ 또 “공유인 하천의 유수에 대하여서는 종래 적법하게 이를 관개(灌溉)한 자가 관개의 필요를 충족시키는 정도에서 전용권을 취득할 수 있다는 것이 조선의 관습이다. 공유인 하천의 유수는 법령에서 사용을 금지하거나 제한하지 않는 이상 누구든지 타인의 권리를 침해하지 않는 한 자유로이 이를 사용할 수 있는 것이어서 위와 같은 전용권은 관개(灌溉)의 필요를 충족시키는 정도에 한정되어야 하며 그 정도를 초과한 부분에 대하여는 전용권이 미치지 않는다”라고 하였다.²¹⁾ 또한 “조선에서 자기의 소유 논의 관개를 위해 타인 소유토지상의 흐르는 도

18) 정종휴 감수/정공식 편역, 전게서, 156면.

19) 조선고등법원은 ‘공유수류사용권’(朝高判 1918. 7. 10. 民集 5卷 647면) 또는 ‘유수전용권’(朝高判 1921. 7. 12. 民集 8卷 240면)이라고 하였다.

20) 朝高判 1918. 7. 10. 民集 5卷 647면(“하류에서 전답관개(田地灌溉)를 위하여 유수(流水) 사용권자가 그 상류에 설치된 제방의 장애에 의해 전답관개(田地灌溉)상 필요한 수량을 얻을 수 없게 된 때에는, 그 권리를 침해당하는 것이 분명하므로 반드시 행정권의 작용을 기다릴 필요가 없이 사법법원에 소(訴)를 제기하여 그 제방의 제거를 청구 할 수 있는 것이다”).

21) 朝高判 1921. 7. 12. 民集 8卷 240면(상류에서 물을 끌어다 댐 자가 독을 쌓거나 또는 기타의 설비에 의해 물을 끌어다 대어 하류의 전용권자가 그 설비의 철폐 혹은 개축을 청구하는 경우와, 그렇지 않고 물을 끌어다 대어서는 안 된다는 부작위를 청구하는 경우는 구별하지 않으면 안 된다. 전자의 경우에는 만일 그 설비가 있기 때문에 가뭄이 든 해에 하류의 전용권자의 권리를 침해하는 이상, 가뭄 가뭄이 들지 않은 해에 침해가 되지 않을 때라고 하더라도 이것의 철폐 혹은 개축을 명하는 것이 상당하며, 철폐를 명하였을 때는 철폐 후 다시 하류의 전용권자의 권리를 침해하지 않는 정도에 상응하는 설비를 하여서 물을 끌어다 댈 수 있기 때문에 개축을

량으로부터 오랫동안 계속하여 인수한 것으로 인하여 취득한 소위 용수권은 조선민사령 소정의 지역권이기에 때문에 취득원인인 인수 계속기간은 종전 관습에 의한 것으로 한다”고 하여서,²²⁾ 공유하천용수권은 관습에 의하여 취득하고, 그 법적 성질은 지역권으로 이해하였다.

이와 같은 공유하천용수권에 관한 조선고등법원의 판례를 바탕으로, 즉 우리 민법 제정시에 오랜 기간동안 관습적으로 형성된 권리로서 조선고등법원판례에 의해 인정되어온 권리를, 우리 민법전 제231조 내지 제234조에서 물에 관한 상린관계²³⁾의 한 내용으로 공유하천용수권을 입법하였다.²⁴⁾ 이에 따라 民事慣習回答彙集의 내용과 조선고등법원의 판례는 우리 민법상의 공유하천용수권에 대한 해석에 상당한 참고자료가 될 수 있다고 생각된다.

2. 민법상의 규정

민법은 공유하천용수권과 관련하여 민법 제2편 물권편 제3장 ‘소유권’ 중 제1절 ‘소유권의 제한’으로서 제231조에서 제234조까지 공유하천용수권에 대해서 규정하

명하였을 때와 마찬가지로 하류의 전용권자의 권리보호와 함께 상류에서 물을 끌어다 대는 자의 이익 보호를 다하여야 한다. 후자의 경우는 이것과 다르다. 단지 가뭄이 든 해에만 하류의 전용권자의 권리를 침해하는 데에 그치는 이상은, 가뭄이 든 해에만 물을 끌어다 대는 것을 금지하는 취지에서 이에 적합한 판결 주문을 작성하여 선고하여야 하며, 가뭄이 아닌 해에 이를 금지하여야 할 이유는 전혀 존재하지 아니한다. 만약, 가뭄이 아닌 해에도 이를 금지하는 경우에는 하류의 전용권자의 권리보호를 부당하게 확장하여서 상류에서 물을 끌어다 댄 자의 이익을 보호할 수 없게 된다. 하류의 전용권자가 가뭄의 여부를 불문하고 물을 끌어다 대지 말라는 청구를 하고 법원에서 그 청구를 인용하려고 한다면 상류에서 물을 끌어다 댄 것이 가뭄의 여부를 불문하고 항상 하류의 전용권자의 권리를 침해한다는 사실이 인정되지 않으면 안 된다. 단지 드물게 보이는 가뭄에만 침해 사실이 있다고 하여 용이하게 그 청구를 인용하여서는 아니 된다.

22) 朝高判 1931. 3. 13. 民集 18卷 44면.

23) 우리 민법상 ‘물에 관한 상린관계’ 규정(제221조에서 제236조까지 16개 조문)을 보면, ‘배수에 관한 상린관계’(자연유수와 승수의무(제221조), 소통공사권(제222조) 및 인공적 배수(제225조-제227조)), ‘여수금여청구권’(제228조), ‘流水에 관한 상린관계’(수류변경권(제229조), 연의 설치 및 이용(제230조) 및 공유하천용수권(제231조-제234조)), ‘원천·수도사용권’(제235조, 제236조)으로 입법되어 있다.

24) 민의원 법제사법위원회 민법안심소의위원회, 民法案審議錄 上卷, 1957, 145-146면(구민법에는 규정이 없고 신설한 것으로서 과거 조선고등법원의 판례를 바탕으로 입법한 것이라고 한다); 구연창, “공유하천용수권의 법적 성질”, 법조 제24권 12호, 1975. 12, 16면; 윤태영, “민법상 공유하천용수권에 대한 재해석”, 중앙법학 제8집 1호, 2006. 4, 437면.

고 있다.

먼저 “공유하천의 연안에서 농·공업을 경영하는 자는 이에 이용하기 위하여 타인의 용수를 방해하지 아니하는 범위내에서 필요한 인수를 할 수 있다”(제231조 제1항), “전항의 인수를 하기 위하여 필요한 공작물을 설치할 수 있다”(제231조 제2항)고 하여서, 제231조에서 공유하천용수권의 의의와 내용을 규정하고 있다. 제232조에서는 “전조의 인수나 공작물로 인하여 하류연안의 용수권을 방해하는 때에는 그 용수권자는 방해의 제거 및 손해의 배상을 청구할 수 있다”고 하여서 하류연안의 용수권보호를 규정하고, 제234조에서는 “농·공업의 경영에 이용하는 수로 기타 공작물의 소유자나 물리자의 특별승계인은 그 용수에 관한 전소유자나 물리자의 권리의무를 승계한다”고 하여서 용수권의 승계를 규정하고 있다. 끝으로 “전3조의 규정은 다른 관습이 있으면 그 관습에 의한다”(제234조)고 하여서 민법에 규정된 공유하천용수권의 내용과 상이한 관습이 있으면 이에 의한다고 하여서, 관습법의 성문법에 대한 변경적 효력을 인정하고 있다.

그런데 용수권에 관한 다른 관습이 있으면 그 관습에 의한다는 제234조를 근거로 민법에 입법된 공유하천용수권과는 상이한 ‘관행수리권’(慣行水利權)이 인정된다는 견해가 있다.²⁵⁾ 즉 민법에 규정된 공유하천용수권 이외에 관습에 의한 관행수리권이 인정되어 민법상 공유하천용수권과 관행수리권 2개가 병존한다고 한다. 하지만 제234조가 공유하천용수권과는 다른 관행수리권을 인정한 규정은 아니고, 공유하천용수권에 관한 민법 제231조(공유하천용수권), 제232조(하류연안의 용수권보

25) 이상돈, 전계논문, 59-60면; 허재영, 전계 발표자료, 10면; 대법원 2009. 6. 11. 선고 2006다 13001 판결(“공유하천인 소포하천 연안 지역 농지의 경작자들이 소포방조제 및 배수갑문이 축조되기 이전부터 이미 소포하천을 농업용수로 이용해 오고 있었다면 위 경작자들은 민법상의 공유하천용수권이냐 관습에 의한 용수권 또는 그와 유사한 용수권을 가지고 있었다고 봄이 타당하고”) 등. 그리고 민법 제231조 내지 제234조에 의한 공유하천용수권을 ‘관행수리권’이라고 하는 입장도 있으나(김성수, 전계서, 90면; 박근성, “하천수 사용에 관한 공법적 연구”, 토지공법연구 제44집, 2009. 5. 110면; 배성호, “농업수리 주체의 기능적 분화와 농업수리권의 구조서설”, 법조 통권 674호, 2012. 11. 159면 등), 이는 타당하지 않다고 할 것이다. 물론 민법상의 공유하천용수권은 우리나라에서 오랜 기간동안 형성된 관습을 바탕으로 조선고등법원이 이를 인정하였고, 조선고등법원의 판례를 기반으로 하여 공유하천용수권을 입법하였으므로, 결국 공유하천용수권은 우리나라의 관습에 기반하고 있으므로 ‘관행수리권’이라는 용어를 사용하고 있는 것으로 이해할 수도 있다. 하지만 우리 민법에서 명문으로 공유하천용수권이라고 하고 있으므로 ‘관행수리권’이라는 용어를 사용하는 것은 적절치 않다고 할 것이다.

호), 제233조(용수권의 승계)의 내용과 다른 관습이 있으면 그 관습에 의한다고 하여서, 민법에 입법된 공유하천용수권의 내용이 다른 관습에 의하여 수정 내지 변경될 수 있다는 의미일 뿐이다.²⁶⁾ 이는 입법적으로도 타당한데, 우리 민법 제정시에 수백년의 역사를 지니고 확고한 법질서를 이루고 있는 공유하천용수권에 관한 농촌 지방의 용수관습에 대하여 자세히 조사·확인하지 않고, 공유하천용수권에 관한 조선 고등법원의 판례에 기초하여 입법을 하였으므로 공유하천용수권에 대한 상이한 관습을 법적으로 인정하여 수용한 것이다.²⁷⁾ 예를 들어, 제231조 제2항에 인수를 위하여 “필요한 공작물”을 설치할 수 있다고 규정하고 있는데, 인수를 위하여 통상 설치하는 보와 관련하여 일제의 慣習調查報告書에서도 나타난 바와 같이 보의 설치 간격 등에 대한 관습은 각 지역에 따라 상이할 수 있다. 또한 동일한 보를 통한 다수 용수권자의 물의 이용관계에 대해서는 민법에 규정이 없는데, 다수 용수권자간의 물의 이용에 대한 관습이 있는 경우 제234조가 적용되어 해결되게 된다. 그 외 용수권의 승계나 용수권의 방해에 대한 방해의 제거 등에 대한 관습이 만일 민법의 규정과 상이한 경우 이러한 관습을 인정하겠다는 취지로 이해를 해야 할 것이다. 즉 공유하천의 연안에서 농·공업을 경영하는 자가 이에 이용하기 위하여 그 공유하천으로부터 인수할 수 있는 용수권은 이에 관한 각 지역의 상이한 관습에 의하여 그 모습과 내용에 있어서 차이가 인정될 수 있다는 것이다. 그러므로 민법 제234조가 민법에 규정된 공유하천용수권과 전혀 다른 관행수리권이라는 별도의 권리(물권)을 인정한 것은 아니라고 할 것이다.²⁸⁾

26) 이러한 입법적 태도는 우리 민법 중 상린관계에 관한 규정 속에서 다수 있다(예, 제224조, 제229조 제3항, 제237조 제3항).

27) 구연창, 전계논문, 16면.

28) 우리 민법 제185조는 관습법에 의한 물권의 창설을 인정하고 있지만, 지금까지 통상 관습법에 의한 물권으로는 ‘분묘기지권’, ‘관습법상의 법정지상권’, ‘동산양도담보’가 인정된다는 것이 통설이다. 물론 동산양도담보는 소유권이전의 형식에 의한 변칙담보이므로 담보물권이 아니어서 관습법상의 물권이 아니라는 견해도 있다(송덕수, 물권법(제3판), 박영사, 2017, 23면). 그리고 관행수리권이 관습법상의 물권인지 여부에 대해서 통상 민법 교과서 등에서 논하지 있지 않다. 만일 관행수리권이 관습에 의한 물권이라면 이에 대해서 논하지 않을 리가 없을 것이다.

Ⅲ. 공유하천용수권의 법적 성질과 그 내용

1. 법적 성질

공유하천용수권에 관하여는 민법의 소유권 중 상린관계 규정 속에 규정되어 있다. 이에 따라 이웃 토지소유자간의 용수조절을 위하여 인정된 일종의 상린권이라는 견해가 있고, 공유하천용수권은 토지소유권으로부터 독립한 물권이라는 견해가 있다.

상린권설에 의하면 공유하천용수권은 공유하천연안지의 소유자에게만 인정되는 것이 아니라 그 연안에서 용수를 필요로 하는 모든 농공업경영자에게 인정되고, 민법의 규정은 그들 상호간의 용수관계를 조절하는 것이므로 특별히 물권이라고 불필요없이 상린권으로 이해해야 한다고 한다.²⁹⁾ 이에 반해서 독립한 물권설³⁰⁾은 그 논거로, i) 공유하천용수권은 조선고등법원판례를 통하여 확립된 관습상의 물권에 기원으로 두고서,³¹⁾ 민법 제231조 이하에서 공유하천용수권이라는 권리를 특별히 보호하기 위하여 민법에 규정된 권리이다. ii) 공유하천용수권에 관한 조항을 민법 상린관계규정 중에 둔 것은, 용수권이라는 독립한 물권을 인정하지 않는 현행 민법 체계하에서 입법상 편의에 기인할 따름이다.³²⁾ iii) 공유하천용수권의 경우 인접하는 토지의 이용조절을 피하는 것이 아니라, 두 개의 용수권이 충돌하는 경우 기존의 용수권에 대하여 명백히 우선권을 인정하여 이를 기득권으로 보호하고 있으며, 공유하천이라는 공공용물에 대한 사용권이므로 이것이 직접 소유권의 내용을 이룬다고 보는 것은 타당하지 않다. iv) 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한

29) 박윤직/김재형, 물권법(제8판), 박영사, 2015, 254면; 송덕수, 물권법(제3판), 박영사, 2017, 306면; 이상태, 물권법(제8정판), 법원사, 2013, 348면.

30) 구연창, 전계논문, 28-29면; 김동진, 전계논문, 55-57면; 김상용, 물권법, 화산미디어, 2009, 347-349면; 박종찬, “수법에 관한 연구”, 강원법학 제23권, 2006. 12, 46면; 이영준, 물권법(전정신판), 박영사, 2009, 470면; 이은영, 물권법(제4판), 박영사, 2006, 488면.

31) 조선고등법원 판례 중에는 “오랫동안 계속하여 인수한 것으로 인하여 취득한 소위 용수권은 조선민사령 소정의 지역권”에 해당한다고 한 판결도 있으며(朝高判 1931. 3. 13. 民集 18卷 44면), 慣習調査報告書에도 “한국에는 인수하기 위하여 타인의 토지를 사용하는 권리로, 그 성질을 지역권으로 보아야 할 것이 있다”고 하였다(정종휴 감수/정금식 편역, 전계서, 138면).

32) 김상용, 전계서, 348면.

법률」 제3조 제3호³³⁾에서 용수권(물의 사용에 관한 권리)을 독립한 수용대상으로 규정하고 있다. 이러한 논거에 따라 독립한 물권설은 공유하천용수권은 토지소유권과는 독립한 하나의 물권이라고 한다.

우리 민법상 공유하천용수권은 비록 상린관계 규정 중의 하나로 규정되어 있지만, 공유하천의 연안에서 농공업을 경영하는 모든 자에게 인정되는 것이 아니며,³⁴⁾ 공유하천 연안의 토지소유권에 당연히 포함되어 있는 권리가 아니라 토지소유권으로부터 독립한 물권으로 보아야 할 것이다.³⁵⁾ 즉 민법상 공유하천용수권은 토지소유권과는 다른 물에 대한 사용권을 인정하는 동시에 사용자간의 이해관계의 조절을 규정한 것이므로 토지소유권과는 별도로 인정되는 독립한 물권이라고 보아야 할 것이다.³⁶⁾

그러면 위와 같이 공유하천용수권을 독립한 물권이라고 본다면, 구체적으로 어떠한 물권에 해당하는지가 문제이다. 이에 대해서 공유하천용수권은 공유하천을 연안 토지의 편익에 제공한다는 점에서 지역권과 유사한 용익물권 또는 지역권으로 보아

33) 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제3조(적용대상) 사업시행자가 다음 각 호에 해당하는 토지·물건 및 권리를 취득하거나 사용하는 경우에는 이 법을 적용한다.

1. 토지 및 이에 관한 소유권 외의 권리
2. 토지와 함께 공익사업을 위하여 필요한 입목(立木), 건물, 그 밖에 토지에 정착된 물건 및 이에 관한 소유권 외의 권리
3. 광업권·어업권 또는 물의 사용에 관한 권리
4. 토지에 속한 흙·돌·모래 또는 자갈에 관한 권리

34) 이상의 조선고등법원판례 등에서 보듯이 공유하천용수권은 공유하천으로부터 인수하던 관습이 있어야 성립하는 권리이므로, 공유하천연안의 토지소유자 모두에게 당연히 인정되는 권리는 아니다. 이에 대해서는 공유하천용수권의 내용 부분에서 다시 한번 자세히 검토하기로 한다.

35) 또한 공유하천용수권이 민법의 상린관계 규정 중에 입법되어 있으므로 상린권이라고 단순히 이해하는 견해는 공유하천용수권의 법적 성질을 규명한 것이 아니라고 할 것이다.

36) 공유하천용수권의 법적 성질에 관한 논의와 관련하여, 공유하천용수권은 공권과 사권의 이중적 성격을 갖는다는 견해가 있다(구연창, 전계논문, 26-27면; 김상용, 전계서, 349면; 김중환/김학동, 물권법(제9판), 박영사, 1998, 342면). 즉 공유하천용수권은 민법의 규율을 받는다는 점에서 사권으로서 독립한 물권이라고 하면서도, 공물인 하천의 공물사용관계로서 공권이라고 생각할 수 있다는 것이다. 또한 공유하천용수권은 하천법과 같은 공법의 규율을 받으므로 공권의 성질이 있다고 한다. 그러나 소유권이 각종의 공법에 의하여 규율된다고 하여서 소유권을 공법상의 권리라고 하지는 않는다. 그러므로 공유하천용수권은 공물인 하천의 이용관계를 다루지만 민법의 규율을 받는 독립한 물권으로서 사권이라고 하는 것이 타당할 것이다. 또한 예를 들어, 댐은 공물이지만 「댐건설 및 주변지역지원 등에 관한 법률」 제24조 이하에서 규정하고 있는 댐사용권의 법적 성질은 물권이라고 하고 있다(동법 제29조).

야 한다는 것이 주류적 견해이다.³⁷⁾ 결론적으로 공유하천용수권을 지역권과 유사한 권리 또는 지역권으로 이해하는 견해가 타당하며, 공유하천용수권은 민법에 명문으로 인정된 권리이므로 정확히는 법정지역권으로 이해하는 것이 타당할 것이다. 상린관계의 법적 성질에 대해서 서구의 논의를 보면, 독일민법은 제906조에서 제924조까지 상린관계규정을 두고 있는데, 이들 상린관계에 관한 규정은 이웃 토지소유자에게 법률에 의한 소유권제한(§ 903 BGB)으로서 인용의무를 부담시키는 것으로 이론 구성하고 있다.³⁸⁾ 이에 비해서 스위스민법은 소위 법정지역권(Legalservitut)으로 이론 전개를 하고 있으며,³⁹⁾ 프랑스민법에서도 일종의 법정지역권(servitude légale)으로 상린관계의 법적 성질을 이해하고 있다.⁴⁰⁾ 우리 민법의 상린관계 규정 중, 예를 들어 제217조의 규정은 법률에 의한 소유권제한으로서 이웃 토지소유자의 인용의무를 설정한 것으로 그 성질을 이해할 수 있으나, 제231조의 공유하천용수권의 법적 성질은 법정지역권으로 이해할 수 있다고 할 것이다.

이와 같이 공유하천용수권의 법적 성질을 법정지역권으로 이해한다면, 지역권에 관한 민법 규정이 공유하천용수권에 유추적용되어 공유하천용수권에 관한 규정을 용이하게 설명할 수 있을 것으로 생각된다. 지역권은 타인의 토지를 자기 토지의

37) 구연창, 전계논문, 29-30면; 김상용, 전게서, 349면; 김중환/김학동, 전게서, 342면; 윤태영, 전계논문, 453면; 이영준, 전게서, 470면; 장경학, 물권법, 법문사, 1990, 426면; 정우형, 전계논문, 463면.

38) Klaus Vieweg/ Almuth Werner, Sachenrecht, 4. Aufl., 2010, S. 276; Münchener Komm/Säcker, 6. Aufl., 1997, §917 Rn. 19; Wolfgang Lüke, Sachenrecht, 2009, Rn. 485-489. 독일민법상 상린관계 규정 중 중요한 것으로서, 임밋시온에 대한 일정한 인용의무(Duldungspflicht)를 규정한 제906조, 경계침범건축(Überbau)에 대한 인용의무의 규정인 제912조, 그리고 주위토지통행권(Notwegrecht)에 관한 제917조 등을 들 수 있다. 예를 들어, 독일민법 제917조상의 주위토지통행권은 공로에 이르는 통로가 없는 피포위지가 있는 경우 이웃 토지소유자의 주위토지통행로에 대한 인용의무를 직접적으로 규정하여, 직접적인 법률에 의한 소유권제한으로 주위토지통행권이 인정된다고 설명한다.

39) 예를 들어, 스위스민법 제694조에서는 주위토지통행권을, 제674조에서는 월경건축권을 규정하고 있는 데, 그 법적 성질을 법정지역권으로 이해하고 있다(Basler Komm./Rey, Zivilgesetzbuch II, 3. Aufl., 2007, Art. 694 Rn. 3; Bernhard Schnyder/Jörg Schmid/Alexandra Rumo-Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Aufl., 2009, S. 984). 이에 비해서 제684조 제2항에서의 임밋시온에 대한 인용의무는 직접적인 소유권제한의 규정으로 이해한다.

40) 우리 민법상 상린관계에 해당하는 상당부분의 것들을 법정지역권으로 이해하는 이러한 일반적인 설명 및 분류방법에 대해서는, 정다영, “프랑스민법상의 상린관계”, 민사법학 제63-2호, 2013, 6, 187-189면.

편익에 이용할 수 있는 부동산 용역물권이므로(제291조), 공유하천의 연안토지가 요역지에 공유하천이 승역지에 해당하여 공유하천용수권은 공유하천을 연안토지의 인수를 위한 편익에 이용할 수 있는 권리이다. 그리고 지역권은 일정한 범위 내에서 승역지를 직접 지배하는 물권이므로, 그의 지배가 방해되는 경우에는 방해제거청구권과 방해예방청구권이 인정되고(제214조, 제301조), 그 침해로 손해가 발생한 경우에는 손해배상청구권이 인정되므로, 제232조상의 용수권의 보호를 위한 방해제거청구와 손해배상의 규정을 간명하게 이해할 수 있다고 생각된다. 또한 지역권은 요역지소유권의 종된 권리로서 附從性을 갖는다. 지역권은 요역지소유권의 내용이 아니라 그것으로부터 독립된 물권이지만, 요역지소유권으로부터 분리되어 존재할 수는 없고 이에 從된 權利이므로 요역지의 소유권이 이전되거나 또는 다른 권리의 목적이 되는 때에는 지역권도 이와 법률적 운명을 같이 한다(제292조 제1항 본문). 이에 따라 공유하천용수권도 연안토지소유권에 종된 권리로서 성립과 존속은 토지소유권의 존재를 전제로 하고, 토지소유권의 처분에 수반하게 된다. 그러므로 제233조의 용수권의 승계에 관한 규정도 지역권의 부종성으로 설명할 수 있다고 할 것이다.⁴¹⁾ 그 외 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제3조 제3호에서 공유하천용수권을 독립한 수용대상으로 규정하고 있는데, 공유하천용수권을 법정지역권으로 이해한다면 이는 당연한 규정으로서 타당한 입법이라고 할 것이다.⁴²⁾

2. 공유하천용수권의 성립요건과 효력 등

1) 공유하천용수권의 성립요건

공유하천용수권이란 공유하천의 연안에서 농·공업용을 경영하는 자가 타인의 용수를 방해하지 않는 범위내에서 공유하천으로부터 필요한 인수를 할 수 있고(제231조

41) 공유하천용수권을 법정지역권으로 이해한다면, 제232조와 제233조는 주의적 규정에 불과하고 지역권에 대한 제301조와 제292조의 유추적용으로 해결할 수도 있다고 할 것이다.

42) 그리고 공유하천용수권을 토지와 분리하여 독립의 거래대상으로 할 수 있어야 한다는 견해가 있으나(구연창, 전계논문, 29면; 김상용, 전게서, 348면; 윤태영, 전계논문, 454면), 공유하천용수권을 법정지역권으로 이해하면 지역권의 부종성으로 인하여 공유하천용수권을 토지소유권과 분리하여 양도할 수 없다고 보아야 할 것이다.

제1항), 그러한 인수를 위하여 필요한 공작물을 설치할 수 있는 권리이다(제231조 제2항). 이에 따라 공유하천용수권의 성립요건을 보면 다음과 같다.

가. 공유하천용수권의 주체

공유하천용수권의 주체는 공유하천의 “연안에서 농·공업을 경영하는 자”이다(제231조 제1항). 제231조 제1항에서 ‘농·공업⁴³⁾을 경영하는 자’라고 함으로써, 공업을 경영하는 자도 공유하천용수권을 취득할 수 있는 것처럼 보이지만, 공유하천용수권은 주로 水稻作農業을 하는 논의 관개와 관련해서 발생한 권리이고, 물레방아를 이용한 재래식 소규모 공업이나 전통적 염색업 등을 고려해서 입법한 것이므로 실제 현대적 의미의 공업을 경영하는 자가 공유하천용수권의 주체가 되는 경우는 거의 생각할 수 없을 것이다.⁴⁴⁾ 그리고 공유하천 연안토지의 소유자 뿐만 아니라 지상권자나 임차인 등도 공유하천용수권을 취득할 수 있다고 하나,⁴⁵⁾ 농작물의 경작을 위한 농지에 지상권의 설정이 금지되어 있고,⁴⁶⁾ 또한 농지의 임대차가 엄격히 제

43) ‘공유하천용수권을 입법함에 있어서 참고한 조선고등법원판례에서 공업적 이용과 관련하여 공유하천용수권을 인정한 판례는 없으며, 단지 民事慣習回答彙集에서 물레방아용 물의 이용과 관련하여 공유하천용수권이 인정될 수 있다고 하여서, 아마 이를 바탕으로 ‘농·공업’이라고 입법을 하지 않았을까 한다.

44) 공유하천 유역내의 주민의 식수를 위한 소규모의 상수도나 畜産을 목적으로 하는 인수의 경우에는 공유하천용수권이 인정될 수 있을 것이다(박준서/이상태, 주석 민법(제3판), [물권(1)], 한국사법행정학회, 2001, 611면). 그러나 물레방아나 수차를 이용한 재래식 소규모 공업 또는 전통적 염색업 등은 오늘날 사라진 공업형태이므로, 이러한 인수를 위하여 공유하천용수권이 인정될 여지는 없다고 할 것이다. 그리고 현대적 의미에서 공장을 설치하고 필요한 하천물을 인수하는 경우에는 하천법상의 허가를 얻어야 한다고 할 것이다(하천법 제33조 이하, 제50조 참조). 이렇게 공업의 의미를 축소해석하는 것은 가능하다고 할 것인데, 법의 해석에는 객관적·문리적 해석이 기본이지만, 체계논리적 해석이나 법의 제정취지나 목적 등을 고려하는 목적론적 해석, 그리고 법의 연원을 살펴보는 연혁적 해석 등이 가능하기 때문이다.

45) 김상용, 전거서, 349면; 박종찬, 전거논문, 47면. 그리고 조선고등법원판례 중에는 “보수세(泔水稅)의 지급에 관한 권리의무는 몽리답(蒙利畝) 소유자 대 보(泔) 주인의 관계인 것도 있고, 몽리답(蒙利畝) 소작인 대 보 주인의 관계인 것도 있다”. 그러므로 반드시 몽리답(蒙利畝) 소유자와 보 주인의 관계로만 단정하여서는 아니된다고 하고 있는데(朝高判 1921. 12. 16. 民集 8卷 538면; 朝高判 1925. 7. 7. 民集 12卷 247면), 이를 근거로 소유자에 한하지 않는다고 하고 있다(김중환/김학동, 전거서, 342면). 그 당시에는 농지의 소작관계가 인정되었기 때문에, 일체 강점기나 그 이전에 소작인이 관습에 의하여 공유하천용수권을 취득할 수는 있다고 할 것이다. 그리고 이론상 지역권은 요역지와 승역지의 두 개의 토지 사이의 관계이지만, 지역권은 요역지와 승역지의 所有者 사이에서만 성립될 수 있는 것이 아니라, 지상권자 전세권자 임차인(대항력있는 임차인)이 그들이 이용하는 토지의 편익을 위하여 그 토지 위에 지역권을 설정·취득할 수 있다.

한⁴⁷⁾되어 있음을 고려할 때, 실제 농지의 임차인 등이 공유하천용수권을 취득하는 경우는 거의 없을 것으로 보여지며, 단지 농지의 임차인 등은 소유자나 그 전의 물리자가 취득한 공유하천용수권을 승계하여 이용하는 경우는 다수 있을 것으로 생각된다.

그리고 제231조 제1항에서 의미하는 공유하천의 ‘연안’의 의미와 관련해서, 우리나라의 농지가 작은 필지로 세분화되어 있고, 보를 통하여 하천에 직접 인접하지 아니한 토지소유자에게도 인수가 인정된다는 것을 고려할 때, 엄격한 의미에서 하천에 연접하고 있는 토지에 한정된다고 할 것은 아니다. 즉 연안의 의미는 농지가水流나 하천 등에 직접 접할 것은 요하지 않고, 그 공유하천의 지역내의 의미로 해석함이 타당하다고 할 것이다.⁴⁸⁾

나. 공유하천으로부터의 상당한 기간 계속적이고 반복된 인수가 있을 것

제231조에서는 분명하지 않지만 농·공업의 경영에 이용하기 위하여 공유하천으로부터 상당기간 계속하여引水한 관행이 있을 것이 요건으로 인정된다. 공유하천용수권은 공유하천의 연안에서 농·공업을 경영한다는 사실에 의하여 당연히 인정되는 것이 아니고, 사회통념상 용수권을 취득하였다고 인정될 정도로 상당한 기간 반복적이고 계속적으로 인수를 하였어야 한다.⁴⁹⁾ 즉 한 두번의 인수사실로 용수권이 인정되는 것이 아니라 관행적 인수사실이 인정되어야 한다. 이는 제231조 법문에서는 없으나, 공유하천용수권에 관한 판례에서 용수권 취득을 위한 하나의 요건으로 인정하고 있다고 볼 수 있다. 먼저 조선고등법원의 판례를 보면, “전답관계의 필요상 이를 사용하는 관행이 있을 때”⁵⁰⁾ 또는 “논의 관개를 위해 타인 소유토지상의 흐르는

46) 우리 민법상 경작의 대상이 되는 식물(예컨대, 벼, 보리, 야채, 과수, 팥나무 등)의 소유를 위해서도 지상권을 설정할 수 있는가가 문제가 된다. 경작의 대상이 되는 식물을 위하여서도 지상권을 설정할 수 있다는 견해가 있으나(송덕수, 전게서, 379면), 농지의 전세권설정을 금지하는 규정(제303조 제2항)과 농지의 임대차 등을 제한하는 농지법 등에 비추어 보면 경작의 대상이 되는 식물의 소유를 위해서 지상권을 설정하는 것은 금지된다고 해석해야 할 것이다.

47) 농지의 임대차 등을 금지하는 구 농지개혁법 제17조 및 농지법 제23조 이하 참조.

48) 구연창, 전계논문, 18면; 박종찬, 전계논문, 47면; 이상태, 전게서, 248면.

49) 김상용, 전게서, 349면; 김중환/김학동, 전게서, 342면; 구연창, 전계논문, 102면; 박준서/이상태, 전게서, 611면; 정경학, 427면 등. 그러나 공유하천용수권은 특정인에게만 아니라 공유하천의 연안에서 농공업을 경영하는 모든 자에게 인정되는 권리라는 견해가 있다(곽윤직/김재형, 전게서, 254면; 송덕수, 전게서, 305면).

도량으로부터 오랫동안 계속하여 인수한 것으로 인하여 취득한 소위 용수권”⁵¹⁾이라고 하여 상당한 기간 반복적이고 계속적인 인수를 요건으로 한다. 그리고 대법원의 판례를 보면, “공유하천에 보를 설치하여 그 지역의 경작자들이 위 보로부터 인수하여 답을 경작하여 온 관행이 있었다면 그 농지의 소유자는 농지의 관개에 필요한 한도 내에서 용수권이 있다 할 것이다”⁵²⁾라고 하고, 다른 판례에서는 “관습상의 용수전용권은 종래 관개하여 온 몽리면적에만 미치고 이를 초과하는 면적에는 미치지 아니한다”⁵³⁾고 하여서, 인수해 온 관행이 있어야 한다고 하고 있다.

이러한 판례를 보면, 공유하천으로부터 일시적 인수를 하였다고 해서 공유하천용수권이 인정되는 것은 아니고, 인수해 온 관행이 있어야 한다.⁵⁴⁾ 이에 따라 일시적인 인수사실로는 공유하천용수권이 인정되지 않는다고 할 것이고, 상당한 기간 계속적이고 반복된 인수의 관행이 공유하천용수권의 성립요건이므로, 민법상의 공유하천용수권이 공유하천의 물을 연안토지 소유자라고 해서 누구나 자유롭게 이용할 수 있도록 허용하는 권리는 아니라고 할 것이다.⁵⁵⁾

그리고 제231조에서 말하는 ‘公有河川’은 사유하천에 대한 말이며, 公川이나 私川이나의 구분은 그 수류지의 소유권의 귀속에 따른 구분이 아니고, 특정의 사인에게 그 流水의 배타적 지배를 허용하여도 공공의 이해에 영향이 없는 것이 사천이고 그 밖의 것은 공천이다. 이에 따라 하천법의 적용유무나 水流地의 소유권이 개인에게 속하느냐의 여부는 공천과 사천의 구별기준이 되지 못한다.⁵⁶⁾ 이를 보면 하천법

50) 朝高判 1918. 7. 10. 民集 5卷 647면.

51) 朝高判 1931. 3. 13. 民集 18卷 44면.

52) 대법원 1977. 7. 12. 선고 76다527 판결.

53) 대법원 1968.01.23. 선고 66다1995 판결. 그 외 상당한 기간 계속적이고 반복된 인수의 관행이 있어야 한다는 취지의 판례(이는 사실관계로부터 확인된다)로는 대법원 1977.11.8. 선고 77다1064 판결; 대법원 2009.6.11. 선고 2006다13001 판결 등이 있다.

54) 그러면 얼마나 상당한 기간 계속적인 인수가 있어야 인수의 ‘관행’이 있었다고 할 수 있는지에 대해서 구체적으로 판단한 판례는 보이지 않는다. 개별사건에서 구체적으로 인수의 관행이 있었는지 여부는 개별사건에서 사실심이 판단할 사항이라고 할 것이다.

55) 공유하천의 이용에는 일반사용과 특별사용으로 구분할 수 있고, 일반사용은 공유하천에서의 목욕·세탁·일시적 식수 등과 같이 불특정 임의의 자가 배타성 없이 일시적으로 사용하는 경우이며, 이러한 일반사용은 법의 제한이 없는 한 누구에게나 개방되어 있으며, 일반사용을 통하여 수류의 변경을 발생시키지는 않는다. 하지만 특별사용은 배타적이고 계속적으로 공유하천의 물을 사용하는 경우로서, 특별사용은 민법에 의한 사용(공유하천용수권)과 하천법 등에 의한 사용이 있다고 한다(곽윤직/김재형, 전거서, 254면; 김중환/김학동, 전거서, 341면).

상의 하천과 민법상 공유하천용수권에서의 공유하천은 다른 개념이다. 하천법 제2조 제1호에서는 “하천이라 함은 지표면에 내린 빗물 등이 모여 흐르는 물길로서 공공의 이해에 밀접한 관계가 있어 제7조 제2항 및 제3항⁵⁷⁾에 따라 국가하천 또는 지방하천으로 지정된 것을 말하며, 하천구역과 하천시설을 포함한다”고 정의한다. 하천법상 국가하천과 지방하천으로 지정되지 않은, 특히 지방하천의 상류지역에 물이 흐르는 ‘소하천’,⁵⁸⁾ ‘개천’과 ‘도랑’은 하천법상의 하천은 아니지만, 공유하천용수권에서 말하는 공유하천인 것이다.⁵⁹⁾

그러면 공유하천이 아닌 私有의 池沼(못이나 늪)에서 인수한 관행이 있는 경우 공유하천용수권이 인정되느냐가 문제이다. 이에 대해서 판례는 “사유지소에 대한 물리답소유자들의 용수권이 오랜 기간 그 지소의 물을 관개용으로 사용하였거나, 국가보조금으로 그 지소를 개수한 사실이 있었다는 사실만으로 또는 관습으로 용수권이 생긴다고는 할 수 없다”고 하였고,⁶⁰⁾ “가사 장구한 시간 동안 평온, 공연하게

- 56) 김상용, 전계서, 347면; 김중환/김학동, 전계서, 341면; 이상태, 전계서, 247-248면 등.
- 57) 하천법상 하천은 국가하천과 지방하천으로 구분되고(동법 제7조 제1항), 국가하천은 국토보전상 또는 국민경제상 중요한 하천으로서 국토교통부장관이 그 명칭과 구간을 지정하는 하천을 말한다(동법 제7조 제2항), 그리고 “지방하천은 지방의 공공이해와 밀접한 관계가 있는 하천으로서 시·도지사가 그 명칭과 구간을 지정하는 하천을 말한다”(하천법 제7조 제3항).
- 58) 소하천은 소하천정비법의 적용을 받으며, 소하천정비법 제2조 제1호에 의하면, “소하천이란 「하천법」의 적용 또는 준용을 받지 아니하는 하천으로서 제3조에 따라 그 명칭과 구간이 지정·고시된 하천을 말한다”. 소하천정비법 제14조 제1항은 소하천의 점용과 관련하여, 소하천에서 유수의 점용, 토지의 점용, 소하천시설의 점용·신축·개축·변경 또는 제거 등에 해당하는 행위를 하려는 자는 행정안전부령으로 정하는 바에 따라 관리청의 허가를 받아야 한다”고 하여서 유수점용·사용허가를 규정하고 있다. 그러나 시행령으로 정하는 경우에는 그러하지 아니하다(동법 제14조 제1항 단서). 이에 따라 동법 시행령 제11조는 “영농의 목적으로 유수 및 토지를 관습적으로 점용하거나 소하천시설 또는 그 밖의 인공구조물을 임시로 설치하는 경우”, “주민이 일상생활과 관련하여 유수 및 토지와 소하천시설을 일시적으로 점용하는 경우”에는 허가를 요하지 않는다고 규정하고 있다.
- 59) 지방하천의 상류에 있는 도랑과 개천을 하천법상의 하천으로 지정하는 것은 실제 여러 가지 점에서 문제(예, 도랑과 개천의 수류지는 대부분 사유지인 점 등)가 있을 것으로 생각되며, 공유하천용수권이 많이 문제되는 지역은 실제 대부분 도랑과 개천 주변의 농지일 것이다. 그리고 국가하천과 지방하천 이외의 도랑과 개천은 전국토에 모세혈관처럼 아주 많이 산재해 있으므로 총 길이 면에서는 하천법상의 하천보다 당연히 많을 것이다. 또한 우리 나라에는 많은 섬들이 존재하고, 그 섬지역에서도 도랑과 개천이 존재하는데, 이들 도랑과 개천은 하천법상의 하천으로 지정되어 있지 않고, 섬지역의 주민들은 개천과 도랑의 물을 이용하여 농사를 짓고 있는 경우가 너무나 많고 일상적이다.
- 60) 대법원 1965. 2. 4. 선고 64다1493 판결.

지소로부터 관개용의 물을 대어 써 왔다 할지라도 이 지소가 사유지에 속하여 있는 이상 그러한 사실만으로는 곧 위의 지소의 물을 사용할 수 있는 용수권(지역권)을 법률상 취득한다고는 볼 수 없고 또 그러한 한국의 관습법도 없다”고 하였다.⁶¹⁾ 이를 보면 공유하천이 아닌 사유지소로부터 상당한 기간 계속적이고 반복된 인수의 관행이 있더라도 공유하천용수권은 인정되지 않는다고 하겠다.

다. 타인의 용수권을 침해하지 않을 것

인수를 위하여 타인의 기존의 용수권을 침해하지 않아야 한다(제231조). 동일 하천에 인수는 자가 다수인 경우, 용수권취득의 시간적 선후가 그들 사이의 순위를 결정하는 요소가 되어서, 먼저 취득한 기득의 용수권이 우선한다(古田優先의 原則).⁶²⁾ 民事慣習回答彙集에서는 인수를 위한 보 설치하 하류용수에 영향을 미칠 우려가 있는 경우 하류 용수 사용자가 보 설치를 거부할 수 있다고 하며,⁶³⁾ 상류 보 소유자는 시간지 관개를 위해서 이미 있는 하류의 보 소유자가 물을 사용하는 것을 방해할 수 없다고 하였다.⁶⁴⁾ 조선고등법원판례에서도 “하천 연안의 토지 소유자가 물을 대기 위하여 새로 보(淤)를 설치하여 흐르는 물을 인수하는 경우에 하류의 관개용수(灌溉用水)에 영향이 미치지 않아야 하며, 만일 그 영향이 미칠 때에는 하류의 용수자가 상류 보의 철거를 청구할 수 있는 것이 조선에서의 일반 관습이다”라고 하였다,⁶⁵⁾ 이러한 입장을 반영하여 민법 제231조에서는 “타인의 용수를 방해하지 아니하는 범위내”에서 필요한 인수를 할 수 있다고 규정하였다.⁶⁶⁾ 즉 공유하천용수

61) 대법원 1967. 5. 30. 선고 66다1382 판결.

62) 박준서/이상태, 전거서, 612면; 구연창, 전게논문, 23-24면.

63) 朝鮮總督府中樞院, 전거서, 110면.

64) 朝鮮總督府中樞院, 전거서, 401면.

65) 朝高判 1913. 6. 10. 民集 2卷 229면.

66) 대법원 판례에서도 “공유하천으로부터 관습상의 용수권을 가지고 있는 자는 상류에서 양수기 등 시설을 설치하여 하류 용수권자의 용수를 방해하는 자에 대하여 그 시설의 철거를 구할 수 있다”고 하였다(대법원 1965. 11. 30. 선고 65다1901 판결). 또한 “기존의 염전에 인접하여 그 보다 낮은 지대에 새 염전을 개설하려는 자는 기존염전의 소유자 또는 경영자와의 사이에 약정 등 특별한 사정이 없는 한 기존염전의 염제조를 위한 기득의 해수용수권을 침해하지 아니하는 방법으로 새 염전을 설치, 경영하여야 하고, 기존염전의 소유자 또는 경영자가 종전의 방법으로 해수를 인수 또는 배수함으로써 새 염전에 침해를 주었다 하더라도 그것이 기존염전의 염제조에 필요한 통상적인 용수권의 행사로서 다년간 관행되어 온 종전의 방법과 범위를 초과하지 않는 것이라면 새 염전의 개설 경영자는 이를 승인할 의무가 있다”고 하였다(대법원 1983. 3.

권이 관습상의 용수권을 입법한 것이라는 점을 고려할 때, “타인의 용수를 방해하지 아니하는 범위내”에서의 의미는, 인수로 인하여 타인의 기존의 용수권을 해하지 않아야 한다는 의미로 해석해야 할 것이다. 이러한 범리에 비추어 보면, 기존 용수권자의 물에 대한 수요를 충족시킬 수 없을 정도로 水流의 물이 부족한 경우, 새로운 공유하천용수권의 성립은 인정되지 않는다고 할 것이다.

위와 같이 고전우선의 원칙에 따라 기득의 용수권이 우선하나, 용수권 취득의 시간적 선후가 분명하지 않은 경우 등에는 자연상태에 의존할 수 밖에 없으므로 예외적으로 上流優先의 原則이 적용된다.⁶⁷⁾ 대법원 판례는 “공유하천 상류에서 종전판례에 따라 인수하던 자의 인수로 인하여 그 하류에서 인수하는 자의 관개용수에 부족이 생겼다 하더라도 하류인수자의 용수권을 침해하였다고 할 수 없다”고 하여서⁶⁸⁾ 상류우선의 원칙을 인정하였다. 상류우선의 원칙이 적용되는 경우 상류에서의 인수가 하류 인수자의 용수권을 방해하지 않게 된다.⁶⁹⁾

라. 하천법상의 허가를 얻어야 하는지 여부

“하천사용의 이익을 증진하고 하천을 자연친화적으로 정비·보전하며 하천의 유수(流水)로 인한 피해를 예방하기 위하여 하천의 지정·관리·사용 및 보전 등에 관한 사항을 규정함으로써 하천을 적정하게 관리하고 공공복리의 증진에 이바지함을 목

8. 선고 80다2658 판결). 해수사용권에 대해서는 민법에 명문규정이 없으나, 공유하천용수권에 관한 민법 제231조 이하의 규정이 유추적용될 수 있다고 할 것이고, 위의 판결도 이러한 입장이 있는 것으로 보인다(박준서/이상태, 전게서, 614-615면).

67) 박준서/이상태, 전게서, 612면; 구연장, 전계논문, 23-24면. 그리고 이태제 교수가 조사한 영남지방의 용수관습에 의하면 상류우선의 원칙이 인정된다고 한다(이태제, “유수이용권에 관한 관습, 판례와 법리”, 청헌김중환박사 화갑기념논문집, 박영사, 1981, 278면).

68) 대법원 1977. 11. 8. 선고 77다1064 판결; 서울고법 1965. 7. 8. 선고 63나862 판결(피고의 보는 원고 등의 보보다 약 200미터 상류에 위치하고 있어 특별한 사유가 없는 한 유수의 원리상 피고부터 사용하여야 할 것이며 당시는 한발이 심하여 수량이 부족하여 피고의 보 및 도랑설치 자체만으로는 원고 등이 당연히 사용할 수 있는 유수를 가로채어 원고 등의 용수할 수 있는 권리를 침해하였다 할 수 없다).

69) 그리고 용수권자 사이에 용수량이나 용수시기 등 용수권의 행사에 대하여 특별한 합의를 한 경우에 이는 용수권의 내용이 되어서 당사자는 이에 구속된다. 조선고등법원은 “개별의 둑(垵)에 의하여 인수한 수개의 水利權의 행사에 관한 권리자 상호간에 한 협정의 효력은 보통 채권관계에 속하고 한쪽은 다른 한쪽에 대하여 협정의 취지에 따라서 각자의 수리권(水利權)을 행사해야 할 의무를 진다. 또한 그 효력은 특별한 사정이 없는 한 특정 승계인에게 미친다”고 하였다(朝高判 1928. 10. 5. 民集 15卷 275면).

적”(동법 제1조)으로 하천법(법률 제892호, 1961. 12. 30. 제정, 1962. 1. 1. 시행)이 제정되어 있다.

현행 하천법에 의하면, 먼저 동법 제33조 이하에서 하천점용허가에 대해서 규정하여, 하천구역 안에서 토지의 점용, 하천시설의 점용, 공작물의 신축·개축·변경, 토지의 굴착·성토·절토, 그 밖의 토지의 형질변경 등에 해당하는 행위를 하려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 하천관리청의 허가를 받아야 한다(동법 제33조 제1항)고 하여서 하천의 점용허가를 규정하고 있다. 점용허가로 인하여 기득하천사용자⁷⁰⁾가 손실을 받게 됨이 명백한 경우에는 원칙적으로 기득하천사용자의 동의를 받도록 하고 있으며(동법 제34조), 하천점용허가로 손실을 받은 기득하천사용자가 있는 때에는 그 하천점용허가를 받은 자가 그 손실을 보상하여야 한다(동법 제35조)고 하여서 기득하천사용자에 대한 손실보상을 규정하고 있다. 또한 하천관리청은 하천점용허가를 받은 자로부터 토지의 점용료, 그 밖의 하천사용료를 징수할 수 있다(동법 제37조). 그리고 하천법 제50조에서는 하천수의 사용허가를 규정하여, “생활·공업·농업·환경개선·발전·주운(舟運) 등의 용도로 하천수를 사용하려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 환경부장관의 허가를 받아야 한다”(하천법 제50조 제1항)고 하면서, 이 경우 “시·도지사는 제1항에 따라 하천수 사용허가를 받은 자에게 사용료를 징수”할 수 있으며(동법 제50조 제5항),⁷¹⁾ “기득하천사용자의 보호 및 손실보상에 관하여는 제34조 및 제35조를 준용한다”(동법 제50조 제8항)고 하고 있다.⁷²⁾ 이를 보면 하천법 제33조 이하에서는 하천의 점용허가를, 제50조에서는 소위 허가사용권을 규정하고 있다.

70) 하천법 시행령 제39조에 의하면 기득하천사용자에는 ‘동법 제30조 제1항에 따른 하천공사허가를 받은 자’, ‘하천점용허가를 받은 자’, 하천수사용허가를 받은 자’, ‘어업권자·광업권자 또는 댐사용권자 등 다른 법률에 따라 하천에 관한 권리를 가진 자’가 이에 해당된다.

71) 물사용료 부과기준과 관련하여 판례는, “공업용수로 사용되는 하천수 사용료는 특별한 사정이 없는 한 ‘취수허가 사용량’이 아닌 ‘실제 사용량’에 요금단가를 곱하여 산정하는 것으로 해석하여야 한다”(대법원 2018. 6. 15. 선고 2018두33142 판결).

72) 그 외 하천법은 ‘일시적 하천수의 사용신고 등’을 규정하여, “제50조의 하천수 사용허가 대상 중 소방·청소·비산먼지 제거·가뭄 시 농업용수 공급 등의 일시적 작업용도로 하천수를 사용하려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 미리 환경부장관에게 신고하고 하천수를 사용할 수 있다”(동법 제50조의2)고 하고 있다. 그리고 동법 시행령 제55조의2에서는 “제50조의2 제1항에 따라 하천수의 사용신고를 하려는 자는 환경부령으로 정하는 신고서를 환경부장관에게 제출하여야 한다”고 하고 있다.

이에 따라 하천법상의 하천점용권 및 허가사용권(과거에는 주로 ‘하천유수점용권’이라 하였다)과 민법상의 공유하천용수권과의 관계가 문제인데,⁷³⁾ 공유하천용수권은 상당한 기간에 걸쳐 계속하여 물을 인수해 오므로써 성립하는 권리이고 하천법에 의한 허가를 받았음을 요하는 않는다고 하는 견해⁷⁴⁾와 하천법 시행전에 관습에 의하여 이미 취득한 공유하천용수권을 제외하고 하천법 시행 이후에 취득하는 용수권은 해당관청의 허가를 받아야 한다는 견해가 있다.⁷⁵⁾ 이와 관련하여 대법원은 “하천법 제26조에 의하여 관리청의 허가를 필요하다고 하여도 그 허가를 필요로 하는 법규의 공포·시행전에 축보 기타 설비에 의하여 인수할 수 있는 권리가 관습에 의하여 이미 인정된 이상, 위의 하천에 관한 법규로 인하여 그 기득권이 아무런 영향도 받지 않는다”고 하였으며,⁷⁶⁾ “사유하천 또는 지소가 아닌 공유하천에 대하여는 농경지소유자들이 수백년 전부터 보를 설치하여 그 연안의 논에 관계하여 온 경우에는 하천법에 의하여 관리관청으로부터 허가를 받지 않았다 하더라도 용수할 수 있는 권리를 관습에 의하여 취득하므로 기득권이 있는 것이다”고 하였다,⁷⁷⁾ 이를 보면 하천법 시행전에 성립한 공유하천용수권에는 하천관리청의 허가를 요하지 않는다고 하였다. 이에 비하여 “공유수면관리법등 관계법령에 따라 공유수면에서의 인수 또는 주수에는 관할 관청의 허가가 있어야 함은 논지가 지적하는 바와 같다 할지라도 그것이 피고들의 기득의 용수권행사를 수인할 위치에 있는 원고로서 국유의 갑문과 구거를 사용하여 인수하는 피고들의 행위를 금지할 권원이 될 수는 없다”고 하여,⁷⁸⁾ 공유수면관리법⁷⁹⁾상의 허가가 필요치 않다고 하였으며,⁸⁰⁾ 최근 판례에

73) 일본민법에서는 우리 민법 제231조 이하와 같은 공유하천용수권에 관한 규정이 없고, 관습법에 의한 관행수리권이 인정되었는데, 관행수리권과 일본 하천법상의 허가수리권과 관련하여 다양한 논의의 끝에 관행수리권의 신고의무를 규정하여 해결하였다고 한다. 관행수리권의 신고제도를 통하여 관행수리권의 실태를 파악하면서 종래 관개하여 온 모리면적에만 관행수리권을 인정하고 이를 초과하는 면적에는 관행수리권이 미치지 않는 형태로 제한을 하였다(이에 대해서 자세한 것은, 윤태영, 전계논문, 446-448면).

74) 김중환/김학동, 전게서, 343면; 이영준, 전게서, 371면. 그 외 다수의 민법교과서(장경학, 전게서, 427면; 박준서/이상태, 전게서, 611-612면 등)에서는 하천법상의 허가를 공유하천용수권의 성립 요건으로 기술하고 있지 않다.

75) 김상용, 전게서, 349면; 구연창, 전계논문, 31-32면; 박종찬, 전계논문, 49-50면.

76) 대법원 1964. 12. 24. 선고 64다790 판결. 이 판례의 반대해석상 하천법 시행 이후에 취득하는 공유하천용수권에는 하천관리청의 허가가 필요하다는 견해가 있다(구연창, 전계논문, 31면).

77) 대법원 1972. 3. 31. 선고 72다78 판결.

78) 대법원 1983. 3. 8. 선고 80다2658 판결(이 판결은 해수사용권에 관한 판결인데, 해수사용권

서는 “공유하천인 소포하천 연안 농지의 경작자들이 소포방조제 및 배수갑문이 축조되기 이전부터 이미 소포하천을 농업용수로 이용해 오고 있었다면 위 경작자들은 민법상의 공유하천용수권이나 관습에 의한 용수권 또는 그와 유사한 용수권을 가지고 있었다고 봄이 타당하고, 그러한 상태에서 소포하천 하류에 방조제 등이 축조되어 이 사건 소포호 등 농업기반시설이 만들어졌다면, 이 사건 소포호의 관리자는 당초부터 존재해 오던 위 경작자들의 용수권을 방해할 수 없으므로, 소포호 연안 농지 가운데 ‘조합구역’으로 지정되지 아니한 농지의 경작자들에 대해서도 소포호로부터의 용수사용을 승인하여야 할 의무가 있다”고 하였다.⁸¹⁾ 특히 대판 2009. 6. 11, 2006다13001 판결에서는 소포방조제 및 배수갑문이 준공된 1976년 이전부터 소포하천의 물을 농업용수로 이용하여 농사를 지어 온 점에 비추어 경작자들은 민법상의 공유하천용수권이나 관습에 의한 용수권 또는 그와 유사한 용수권을 가지고 있다고 하고 있다. 이 사건을 보면 대법원은 하천법 시행 이후에도 하천법에 의한 해당관청의 허가없이 공유하천용수권을 취득할 수 있음을 보여주고 있다.

우리 민법 제정 이전에 관습에 의하여 취득한 공유하천용수권은 민법 제정으로 민법상의 공유하천용수권으로 통합되었고, 물의 이용에 대한 전래의 관습에 기반

에는 전술한 바와 같이 공유하천용수권에 관한 규정이 유추적용될 수 있다).

79) 공유수면관리법은 2010년 폐지되었고, 「공유수면관리법」과 「공유수면매립법」이 통합되어 「공유수면 관리 및 매립에 관한 법률」(법률 제10272호, 2010. 4. 15. 제정, 시행 2010. 10. 16.)로 제정되어 있다.

80) 이영준, 전제서, 471면.

81) 대법원 2009. 6. 11. 선고 2006다13001 판결(이 사건 기록에 의하면, 공유하천이던 이 사건 소포하천 연안 농지의 경작자들은 소포방조제 및 배수갑문이 준공된 1976년 이전부터 소포하천의 물을 농업용수로 이용하여 농사를 해 온 사실, 위 방조제 및 배수갑문의 준공으로 소포호가 생성되었고 진도농지개량조합이 농업기반시설인 위 소포호와 방조제 등을 관리하게 되었는데, 위 소포하천 연안 농지 가운데 그 경작자가 위 농지개량조합의 조합원으로 가입한 농지는 위 농업기반시설로부터 농업용수 공급을 받을 수 있는 ‘조합구역’으로 지정되었으나, 그 외의 농지는 조합구역으로 지정되지 아니한 채 그 경작자들이 이전과 같이 관행적으로 또는 위 농지개량조합과 금수계약을 체결하는 등의 방법으로 소포호의 물을 농업용수로 이용해 온 사실, 피고가 2000. 1. 1. 진도농지개량조합의 권리와 의무를 포괄적으로 승계함으로써 위 ‘조합구역’은 피고가 관리하는 ‘공사관리지역’으로 된 사실, 그런데 진도농지개량조합이나 피고는 소포방조제 및 배수갑문 축조 이래 이 사건 염해 발생 당시나 그 이후에도 소포호 연안 농지 가운데 공사관리지역으로 지정되지 아니한 농지의 경작자들이 소포호로부터 농업용수를 이용하는 것에 대하여 이의를 제기하거나 그 이용을 금지한 바는 없는 사실을 알 수 있다).

한 민법상의 공유하천용수권은 하천법상의 허가사용권과는 별개의 수리권이라고 할 것이다. 즉 하천법상의 허가사용권은 하천법상의 허가를 통하여 취득할 수 있으며, 민법상의 공유하천용수권은 농지의 관개를 위하여 상당한 기간 계속적이고 반복된 인수의 관행이 있어 왔다면(공유하천용수권 취득의 요건을 충족한다면) 하천법 시행 이후에도 해당관청의 허가없이 공유하천용수권을 취득할 수 있다고 할 것이다. 물론 하천연안의 농지에서 관개용 물의 이용의 경우에는 과거 오래전부터 물의 이용에 관한 관습이 형성되어 있으므로, 새롭게 공유하천용수권을 취득할 수 있는 경우는 실제 많지 않을 것으로 생각된다.⁸²⁾ 또한 하천법은 1962년에 시행되었고 민법은 1960년에 시행되었는데, 만일 하천법상의 허가 없이 공유하천용수권을 취득할 수 없다고 한다면, 실제 민법상 공유하천용수권은 1962년 이전에 성립한 공유하천용수권만이 인정된다는 것이 되고, 이는 민법 제정 이전에 인정된 관습상의 공유하천용수권만을 인정하겠다는 것이다. 그리고 하천법상의 허가를 요한다고 한다면, 이는 하천법상의 허가사용권의 문제이지 민법상 공유하천용수권은 아닌 것이다. 또한 하천법상의 하천은 물론 공유하천용수권상의 공유하천이지만, 앞에서 본 바와 같이 하천법상의 하천의 개념과 공유하천용수권상의 공유하천의 개념은 다른 것으로서, 하천법상 하천으로 지정된 하천에서는 허가를 받아야 하고 하천으로 지정되지 않은 공유하천에서는 허가⁸³⁾를 받지 않아도 된다는 것(처음부터 하천법상 허가의 대상이 아니지만)은 형평성 문제가 있다. 끝으로 하천법 시행 이후에 공유하천용수권의 취득을 위해서 하천법 등⁸⁴⁾에 의한 허가를 요한다고 한다면, 하천법 시행이전에 공유하천용수권을 취득함이 없고 또한 하천법상의 허가 없이 지금까지 농지의 관개를 위하여 물을 이용한 농민들은 모두 하천법에 의하여 형사처벌⁸⁵⁾되어야 한다는 것이 되는데, 과연 그렇게 볼 수 있는가는 의문이라고

82) 그리고 공유하천용수권은 주로 水稻作農業을 하는 논외의 관개와 관련해서 전래의 관습에 기반하여 발생한 권리이고, 물레방아를 이용한 재래식 소규모 공업이나 전통적 염색업 등을 고려해서 입법한 것이고, 이러한 공업은 현재 거의 소멸했다고 볼 수 있으며, 현대적 의미의 공업용 물의 이용과 관련해서는 공유하천용수권의 입법 배경 등을 고려할 때, 민법상의 공유하천용수권이 인정되지 않는다고 할 것이다.

83) 소하천정비법 제14조 제1항 단서와 동법 시행령 제11조에 따라 소하천에는 허가를 요하지 않는다.

84) 해수의 이용과 관련하여서는 「공유수면 관리 및 매립에 관한 법률」 제8조에 의한 허가를 요한다.

85) 하천법 제95조에 의하면, 동법 제33조 제1항을 위반하여 허가를 받지 아니하고 하천을 점용한 자, 제50조 제1항을 위반하여 허가를 받지 아니하고 하천수를 사용한 자 등은 2년 이하의 징역

할 것이다.⁸⁶⁾

2) 공유하천용수권의 내용과 효력

가. 공유하천용수권의 내용

용수권의 내용은 공유하천 연안의 농·공업의 경영에 이용하기 위하여 필요한 인수를 하거나 인수를 위하여 필요한 공작물을 설치하는 것이다(제213조).⁸⁷⁾

인수는 농·공업의 경영에 필요한 정도에 한정된다. 이와 관련하여 판례는, 농지를 위한 용수권자는 “농지의 관개에 필요한 한도 내에서 용수권이 있다”고 하고,⁸⁸⁾ 또한 “중래 관개하여 옴으로서 관습상 취득한 전용 유수사용권은 관개의 필요를 충족하는 정도에 한정할 것이고, 이 정도를 초과하는 부분에는 그 전용권이 미치지 아니한다 할 것이며, 그 관개의 정도는 관개하여온 물리면적을 기준으로 하여야 할 것이요, 전용권을 취득할 당시의 물리면적을 전용권자가 임의로 확대할 경우 확대

또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

86) 일제 강점기 조선하천령(조선총독부제령 제2호, 제정 1927. 1. 22., 하천법의 제정·시행으로 조선하천령은 폐지되었다) 제20조 제2호에 의하면 “하천의 유수를 인용하거나 주수하고자 하는 때”에는 허가를 받도록 하였는데, 조선고등법원판결에서는 조선하천령상의 허가와 관계없이 한국의 관습에 의하여 공유하천용수권이 인정된다고 하였다.

87) 공유하천용수권에 의한 공유하천의 물을 사용하는 것은 무상인데, 하천상의 물은 공물이므로 상수도 사업 등을 고려해 볼 때 무상사용은 더 이상 인정될 수 없다는 입장이 있다(이상돈, 전개논문, 63면; 허재영, 전개발표자료, 10면). 그러나 민법상 관습법에 의하여 인정되는 분묘기지권은 타인 토지에 대한 무상사용을 인정하고 있으며(대법원 1995. 2. 28. 선고 94다37912 판결. 그리고 이에 대해서 자세한 것은 전경운, “분묘기지권의 인정근거와 효력에 관한 일고찰”, 법학연구 제25권 제1호, 2015. 3, 139-143면), 특히 하천은 공물(행정주체에 의하여 직접 행정목적에 제공된 개개의 유체물)중에서 공공용물(도로·하천·공원·해변·항만·교량·광장과 이들의 부속 물건으로서 직접 일반공중의 공동사용에 공용된 물건)인데, 공공용물은 자유사용이 원칙이고 합리적인 사유와 근거가 있는 경우에는 자유사용을 제한할 수 있다고 할 것이다(박균성, 행정법론(하)(제13판), 박영사, 2015, 329-406면; 김남진·김연태, 행정법Ⅱ(제18판), 법문사, 2014, 377-424면 참조). 하천상의 물은 공공용물이라고 할 것이고, 하천의 관리 등에는 국가의 노력과 비용이 들어가지만, 전래의 관습에 의하여 형성된 공유하천용수권에 의한 하천수의 사용에 반드시 물사용료가 부과되어야 하는지는 여러 가지 점에서 논의의 여지가 있다고 할 것이다. 특히 우리나라의 평야지대 등에는 관개용 수로사업이 오래전에 완료되어 한국농어촌공사를 통하여 농업용수가 공급되어 가뭄이 심하더라도 거의 물 부족을 겪고 있지 않으며, 이의 경우 과거에는 물리자의 물리면적에 비례하여 수세를 징수하였으나 현재에는 물사용료를 징수하지 않고 있다(이에 대해서 좀 더 자세한 것은 본고의 각주 110 참조).

88) 대법원 1977. 7. 12. 선고 76다527 판결.

한 물리면적에 대하여는 확대한 때부터 다시 관개하는 관습으로 말미암아 새로운 전용권을 취득하였다고 보기 이전에는 그 확대한 부분에는 종래의 전용권을 주장할 수 없다”고 하여,⁸⁹⁾ 종래 관개하여 온 물리면적에만 미치고 이를 초과하는 면적에는 미치지 않는다고 하였다. 조선고등법원 판례에서도 공용수류의 사용권은 농지의 관개에 필요를 충족하는 한도에서 유수를 사용할 권리가 있다고 하였으며,⁹⁰⁾ 민사관습회답회집에서도 용수권이 있는 상류 보 소유자는 자신의 신간지 관개를 위하여 이미 있는 하류보 소유자가 물을 사용하는 것을 방해할 수 없다고 하였다.⁹¹⁾ 인수범위와 관련한 이러한 입장을 보면, 공유하천용수권은 농지의 관개에 필요한 한도에서 물을 인수할 수 있는 권리이고, 또한 용수권자가 물리면적을 임의로 확대하거나 새롭게 개간한 농지에는 새롭게 공유하천용수권을 취득하지 않는 한 그 확대한 부분에는 종래의 용수권을 주장하여 인수를 할 수 없다. 즉 용수권이 있다고 하여 용수권자가 하천의 유수를 과다하게 자유롭게 이용할 수 있는 권리는 아닌 것이다.

그리고 용수권자는 용수에 필요한 범위내에서 공작물을 설치할 수 있는데(제231조 제2항), 이 때 공작물이란 보(漕)나 둑(垵) 등을 말한다. 우리나라 농촌에서는 보를 축조하여 일시적으로 유수를 저수하여 농지에 관개함이 일반적이다. 조선고등법원 판례에서는 “보(漕)는 하천을 둑(堰)으로 막고 흐르는 물을 끌어 쓰는 공작물의 설비를 치장하는 것이 통례”라고 하면서, “조선 고래(古來)의 관습상 부지(敷地)와 별개로 관찰하여 소유권의 목적으로 해 온 것으로, 그 부지(敷地)와는 소유권을 다르게 하여 별개로 소유하는 것을 방해하지 않는 것으로 한다”고 하였다.⁹²⁾ 보는 하나의 용수권자가 한 개의 보를 이용하는 경우도 있고, 다수의 용수권자들이 한 개의 보를 설치하여 인수하는 경우도 있다. 보는 관습상 하천부지와는 분리하여 별개의 소유권의 목적이 되며, 이에 따라 보의 소유권은 1개인에게 속하는 경우도 있고, 다수인이 공동으로 水利稷를 조직하여 그 수리계가 보를 설치하고 보의 소유권은 수리계에 속하는 경우도 있다.⁹³⁾ 후자의 경우 보의 소유권은 수리계 계원의 총유이다.

89) 대법원 1968.01.23. 선고 66다1995 판결.

90) 朝高判 1918. 7. 10. 民集 5卷 647면.

91) 朝鮮總督府中樞院, 전게서, 401-402면.

92) 朝高判 1923. 11. 27. 民集 10卷 343면.

93) 박준서/이상태, 전게서, 613면.

이러한 경우 수리계원이 동리하던 자신의 토지를 타인에게 양도한 때, 계원으로서의 지위는 신소유자에게 당연히 양도되며, 신소유자는 당연히 토지양도인의 계원으로서의 권리의무를 승계하게 된다. 왜냐하면 공유하천용수권은 토지소유권과는 별개의 지역권이지만, 요역지소유권의 종된 권리로서, 요역지소유권이 양도되면 지역권도 함께 수반하여 이전하기 때문이다. 즉 공유하천용수권이 신소유자에게 이전되므로, 보에 대한 총유자로서의 권리의무도 이전된다고 할 것이다.⁹⁴⁾

나. 공유하천용수권의 효력

공유하천용수권과 관련하여 민법은 제232조에서 용수권의 보호로서 용수권자의 물권적 청구권과 손해배상청구권을 인정하고, 제233조에서 용수권의 승계를 규정하고 있다.

먼저 타인의 인수 또는 인수를 목적으로 하는 공작물로 인하여 방해를 당하는 경우에는 용수권자는 그 방해의 제거와 손해배상을 청구할 수 있다(제232조)고 하여 방해배제청구권을 인정하고 있는데, 이의 법적 성질은 물권적 청구권이라 할 수 있다.⁹⁵⁾ 공유하천의 용수는 타인의 용수를 방해하지 않는 범위내에서 인정되는 것이고(제231조 제1항), 공유하천용수권의 법적 성질은 지역권(정확히는 법정지역권)이라고 할 수 있으므로 지역권에 기하여 물권적 청구권(방해제거 및 방해예방청구권)이 인정되므로(제214조, 제301조), 제232조의 규정은 어찌보면 당연한 규정이라고 할 것이다. 그리고 물권의 침해로 손해가 발생하면 불법행위로 인한 손해배상청구권이 인정되므로 손해배상청구를 인정한 것은 당연한 규정이다. 대법원 판례에 의하면 “갑의 舊湫의 상류에 을이 新湫를 설치하여 용수하는 경우에, 그로 인하여 평년에는 아무런 지장이 없으나 가뭄이 든 해에는 갑의 관개용수에 지장을 가져오면 갑은 을에 대하여 용수권의 방해배제를 청구할 수 있다”고 하여,⁹⁶⁾ 방해제거청

⁹⁴⁾ 판례 중에는 “몽리담 소유자들이 그 전담에 물을 대기 위하여 몽리담의 경작면적 비율에 따라 공동으로 급원을 출연하여 토지를 매입하여 유지를 만들고 그 저수지를 몽리담의 관계에 이용하여 왔더라도, 유지의 부지에 대한 소유권과 유지의 이용권은 별개의 권리로서, 전자의 권리에 대한 양도행위가 없는 한, 전자의 권리가 몽리담의 매매에 당연히 따른다고 볼 수 없다”(대법원 1999. 3. 26. 선고 98다33048)고 하는 데, 이러한 경우 유지의 부지에 대한 소유권과 물 이용권은 공유하천용수권이 아니므로 당연히 승계되지 않은 것으로 보았다.

⁹⁵⁾ 김상용, 전거서, 349면; 김중환/김학동, 전거서, 343면 등.

⁹⁶⁾ 대법원 1972. 3. 31. 선고 72다78 판결; 대법원 1983. 3. 8. 선고 80다2658 판결(기존의 염전에

구권을 인정하고 있다. 그러나 기득의 용수권의 범위내에서의 인수행위는 정당한 권리의 행사로서 위법성이 없으므로 방해제거청구권의 대상이 되지 않는다.⁹⁷⁾ 또한 공유하천용수권이 침해된 경우 물권적 청구권의 행사 이외에도 발생한 손해에 대하여 불법행위로 인한 손해배상청구권(750조)을 행사할 수 있다. 판례를 보면, “소포호의 관리자인 피고의 잘못으로 위 용수권의 대상이 되는 소포호의 담수가 농업용수로서의 기능이 상실됨으로써 이를 농업용수로 사용한 공사관리지역 외 농지의 경작자들이 수확량 감소의 손해를 입게 되었다면, 피고는 그 손해를 배상할 책임이 있다”고 하여,⁹⁸⁾ 관리자의 과실로 농업용수의 기능이 상실되어 용수권이 있는 농지의 경작자들이 손해를 입은 경우에 관리자는 손해배상책임을 진다고 하였다. 손해배상과 관련해서도 물권적 청구권의 경우와 마찬가지로, 기득의 용수권의 범위내에서 정당한 인수행위는 위법성이 없으므로 타인에게 손해가 발생하였을지라도 용수권자는 손해배상책임을 부담하지는 않는다.⁹⁹⁾

민법 제233조는 “수로 기타 공작물의 소유자나 蒙利者의 특별승계인은 그 용수에 관한 전소유자나 물리자의 권리의무를 승계한다”고 하여서 공유하천용수권의 승계를 규정하고 있다. 공유하천용수권의 법적 성질은 지역권이라 할 수 있으므로, 요역지소유권으로부터 분리되어 존재할 수는 없고 이에 종된 권리이므로 요역지의 소유권이 이전되거나 또는 다른 권리의 목적이 되는 때에는 지역권도 이와 법률적 운

인접하여 그 보다 낮은 지대에 새 염전을 개설하려는 자는 기존염전의 소유자 또는 경영자와의 사이에 약정 등 특별한 사정이 없는 한 기존염전의 염제조를 위한 기득의 해수용수권을 침해하지 아니하는 방법으로 새 염전을 설치, 경영하여야 하고, 기존염전의 소유자 또는 경영자가 종전의 방법으로 해수를 인수 또는 배수함으로써 새 염전에 침해를 주었다 하더라도 그것이 기존염전의 염제조에 필요한 통상적인 용수권의 행사로서 다년간 관행되어 온 종전의 방법과 범위를 초과하지 않는 것이라면 새 염전의 개설 경영자는 이를 승인할 의무가 있다); 朝高判 1921. 7. 12. 民集 8卷 240면.

97) 대법원 1977. 11. 8. 선고 77다1064 판결(공유하천 상류에서 종전판례에 따라 인수하던 자의 인수로 인하여 그 하류에서 인수하는 자의 관개용수에 부족이 생겼다 하더라도 하류인수자의 용수권을 침해하였다고 할 수 없다); 대법원 1983. 3. 8. 선고 80다2658 판결(기득의 용수권의 범위내의 인수행위는 정당한 권리의 행사로서 위법성이 있을 수 없고, 그 과정에서 비록 타인이 손해를 받게 될 우려가 있다 하더라도 이를 예방하는 일은 그 타인의 일일뿐 아니라 설사 그 타인이 손해를 보았다 하더라도 용수권자에게 그 손해의 배상을 구할 수 없다).

98) 대법원 2009. 6. 11. 선고 2006다13001 판결.

99) 대법원 1983. 3. 8. 선고 80다2658 판결(기득의 용수권의 범위내의 인수행위는 정당한 권리의 행사로서 위법성이 있을 수 없고, 그 과정에서(중략).... 그 타인이 손해를 보았다 하더라도 용수권자에게 그 손해의 배상을 구할 수 없다); 대법원 1977. 11. 8. 선고 77다1064 판결.

명을 같이 한다(제292조 제1항 본문). 이에 따라 공유하천용수권도 토지소유권의 처분에 수반하게 되므로, 제233조의 규정은 당연한 규정이다. 그러므로 공유하천용수권이 있는 토지의 소유권을 이전받은 새로운 소유자나 토지의 임차인은 공유하천용수권을 승계하게 되고, 공유하천용수권을 행사할 수 있다. 그리고 용수권자 사이에 용수량이나 용수시기 등 용수권의 행사에 대하여 특별한 합의를 한 경우, 그 효력은 특별한 사정이 없는 한 특정승계인에게 승계된다.¹⁰⁰⁾

IV. 공유하천용수권의 폐지 등에 대한 논의와 그 문제점

1. 폐지 등에 대한 논의의 내용

최근에 환경부로 물관리 일원화가 되면서, 제도개선의 하나로서 ‘수리권 관련 제도의 통합’으로서, 바로 민법 제231조 이하의 공유하천용수권과 하천법상의 허가수리권, 댐사용권 등을 통합하여 허가수리권으로 통합하고 수리권 허가·변경·승계 등에 대한 규정을 명확히 하며, 장기적으로 취수부담금제(하천수사용료 부과) 도입을 추진한다는 것이다.¹⁰¹⁾ 이러한 수리권 통합 논의는 최근에 와서 주장된 것이 아니라 그 전에도 이러한 논의는 있어서, 민법상 공유하천용수권이 기득수리권으로서 시대적 변화에 부응하는 수자원정책을 수립하고 집행하는데 상당한 제약요인으로 작용하고 있으므로, 공유하천용수권을 보상하여 폐지하고 하천법상의 허가절차를 통하여 공법상의 수리권으로 전환하여 국가나 지방자치단체가 수자원을 보다 효율적이고 합리적으로 관리할 필요가 있다고 한다.¹⁰²⁾ 한편 점차 물이 부족해져 가는 시점¹⁰³⁾에서 특히 도시의 생활용수가 필수불가결한 사용권으로 부각되고 있으므로,

100) 朝高判 1928. 10. 5. 民集 15卷 275면; 김중환/김학동, 전계서, 343면; 박준서/이상태, 전계서, 618면. 그리고 용수권의 승계에 관한 제233조의 규정은 공유하천용수권에만 적용되는 것이 아니고, 계약에 의하여 설정된 용수권에 대해서도 적용된다고 한다(대법원 1968. 3. 26. 선고 67다2866,67다2867 판결).

101) 허재영, 전계 발표자료, 10면.

102) 김성수, 전계서, 89-97면.

103) 우리나라 연평균 이용 가능한 수자원량은 760억 m³로 수자원 총량 1,323억 m³의 57%이며, 물 이용현황을 보면 생활·공업·농업용수 이용량은 2003년 이후에는 경제성장의 정체 등으로

민법상의 공유하천용수권에 의한 물 사용으로 도시의 생활용수는 후순위로 밀려 생활용수 부족의 문제가 대두될 수 있으므로¹⁰⁴⁾ 하천법과 민법을 동시에 포섭하는 특별법의 제정을 통한 물관리 원칙의 수립이 필요하다고 한다.¹⁰⁵⁾ 또한 민법상의 공유하천용수권 등은 현실성을 결여한 사문화된 제도이며, 관습상의 수리권(민법 제234조에 의한 관행수리권)은 기득권을 보호하는 것으로서 그 범위·한계 등이 모호하고, 민법에 의한 수리권과 하천법상의 허가수리권과의 상호관계도 문제로 되며, 물 부족현상에 대비하여 물을 보다 효율적으로 사용하기 위하여 민법상의 수리권과 하천법상의 수리권 등으로 나누어 있는 것은 물 자원관리 측면에서 문제가 있다는 등의 이유로 수리권 제도를 개선하여 민법상의 공유하천용수권과 관행수리권을 폐지하고 하천법상의 허가수리권으로 통합해야 한다는 주장이 제기되고 있다.¹⁰⁶⁾ 그 외에도 공유하천용수권에 의한 농업용수는 무상으로 공급되고 사용량에

완만한 하강 또는 정체추세에 있다. 2014년 기준으로 생활용수로 76억 m³, 공업용수로 23억 m³, 농업용수로 152억 m³가 사용되고 있어서, 생활용수 공업용수 농업용수 전체 이용량은 251억 m³이다(국토교통부, 수자원 장기종합계획(2001~2020) 제3차 수정계획, 2016. 12. 19-21면). 그리고 2020년 생활용수 공업용수 농업용수 전체 이용량은 247억 m³로 추정되어(약 2% 감소), 물이용 추세는 정체로 전망되며, 1967년 이후 발생한 최대 가뭄발생시를 가정할 때 2020년에 4.0억 m³의 물부족(최대가뭄시 댐·저수지 등의 물공급능력 209억 m³, 지하수 이용량 41억 m³, 대체자원 0.9억 m³)이 전망되고 있다(국토교통부, 전계자료, 48면). 우리나라 지하수 실이용량은 40.9억 m³(2015년 기준)이며, 지하수개발가능량은 128.9억 m³이라고 한다.

이러한 통계를 보면 우리나라는 전체적으로 아직 물부족 국가에 해당하지 않는 것으로 보이며 또한 물 사용량도 급격히 증가하지 않고 정체 추세로 전망되고 있다. 이에 따라 향후 전체적인 수량과 수질관리를 국가가 적절히 행한다면 물 부족현상은 심각하게 발생하지 않을 것으로 보인다. 그리고 위와 같은 농업용수의 통계에서 공유하천용수권에 의한 물 사용량은 실제 공유하천용수권에 대해서 상세히 조사한 바가 없으므로 얼마인지 알 수 없으며, 추정하기로는 수리답이 아닌 농지 약 19%중 일부가 공유하천용수권에 의하여 물을 사용하고 있는 것으로 추산할 수 있다. 이를 보면 공유하천용수권에 의한 물 사용의 정도가 생활용수나 공업용수의 공급에 큰 지장을 초래하고 있다고 단정하기에는 한계가 있는 것으로 생각된다.

104) 하천법 제49조(하천수 사용 및 배분의 원칙) 제1항은 “하천수는 타인의 권리와 공공의 이익을 침해하지 아니하고 물 관리에 지장이 없는 범위 안에서 사용되어야 하며, 모든 국민이 그 혜택을 고루 향유할 수 있도록 배분되어야 한다”고 하면서, 제2항에서 “가뭄의 장기화 등으로 하천수 사용 허가수량을 조정하지 아니하면 공공의 이익에 해를 끼칠 우려가 있는 경우”의 용수배분의 순위는 “생활용수, 공업용수, 농업용수, 그 밖의 용수 순서대로 하되, 그 밖의 용수 간의 우선순위는 법 제53조 제3항에 따른 하천수조정협의회에서 조정하는 바에 따른다”(동법 제49조 제2항, 동법 시행령 제54조)고 규정하고 있다.

105) 김동건, 전계논문, 60면.

106) 이상돈, 전계논문, 63-65면.

대한 정확한 파악이 어려워 물관리의 효율성을 저해하는 요인으로 작용하고 있다는 견해가 있다.¹⁰⁷⁾

물론 위와 같은 논의는 아직 구체화되어 입법안이 나와 있는 것도 아니고, 구체적인 논의가 진행되어 있는 것도 아니지만, 논의를 요약해 보면, 공유하천용수권은 기득의 물 사용권을 인정하는 권리로서 그 범위·한계 등이 모호하고 수자원정책을 수립하고 집행하는데 상당한 제약요인으로 작용하고 있으므로, 공유하천용수권을 폐지하고 하천법상의 허가절차를 통하여 공법상의 수리권으로 전환하지는 것이다. 즉 민법상 공유하천용수권을 폐지하거나, 아니면 수리권에 관한 규정을 통합하여 하나의 수리권에 관한 법을 제정하지는 것으로 볼 수 있는데, 이는 전체적으로 뉘앙스의 차이는 있지만 민법상의 공유하천용수권을 폐지하지는 의견이 아닌가 한다.

2. 폐지론의 법현실적 문제점

민법상 공유하천용수권의 폐지 내지 하천법상 허가수리권으로 통합하지는 등의 논의의 구체적인 내용이 나와 있지 않은 상태에서 공유하천용수권 폐지의 문제점을 논하는 것은 시기상조이나 법현실적 관점에서 그 문제점을 살펴보면 다음과 같다.

첫째로 하천법상의 허가수리권은 하천법상 국가하천과 지방하천상 용수를 그 대상으로 한 것임에 반하여, 민법상의 공유하천용수권은 하천법상 국가하천·지방하천, 그리고 그 상류에 있는 소하천·개천 및 도랑 물의 용수사용에 관한 것으로서, 하천법상의 허가수리권으로 모두 포섭하기에는 한계가 있는 것으로 보여진다. 또한 소하천의 상류에 있는 개천과 도랑을 하천법상의 하천으로 확대 정의하기에도 한계가 있을 것으로 생각된다.

둘째로 공유하천용수권에 관한 규정을 폐지한다면, 개천과 도랑 등의 물을 이용하여 농사를 짓고 있던 주변 농민들의 물이용에 대한 정당한 권리를 어떻게 설명할 것이며, 또한 예를 들어 우리나라에는 크고 작은 섬들이 많이 있는데, 이들 섬 지역에서는 하천이라고 볼 수 없는 도랑과 개천만이 존재하고, 이들 도랑과 개천

107) 배성호, 전계논문, 157면.

의 물을 이용하여 농사를 짓고 있는 권리를 어떻게 설명할 것인가도 문제라고 할 것이다.

셋째로 앞에서 살펴 본바와 같이, 공유하천용수권은 하천연안의 농공업 경영자가 하천수를 누구나 자유롭게 사용할 수 있는 권리가 아니며, 인수의 범위에서 보았듯이 낭비적 물 사용을 유발하는 권리가 아니라 농지의 관계에 필요한 한도 내에서 용수권이 인정¹⁰⁸⁾되고 있으며, 또한 현재와 와서는 수리답이 아닌 주로 천수답지역에서 농사를 위한 물의 사용 권리로 활용되고 있다. 그리고 우리나라 논(沓)의 81% 이상이 수리답¹⁰⁹⁾으로 바뀌어 공유하천용수권을 활용할 필요가 거의 없으며, 만일 공유하천용수권을 폐지하거나 아니면 허가수리권으로 통합하여 허가를 받아야 한다면, 결국 천수답 지역의 농민들만이 허가를 받고 물을 이용해야 한다는 것이 된다. 즉 우리나라 논(沓)의 81% 이상은 농어촌정비법에 의한 농지기반시설조성사업에 따라 국가의 많은 예산을 투입하여 저수지 및 하천 양수장 등을 만들고 또한 관개용 수로를 건설하여, 한국농어촌공사에서 물을 공급하여 수리답으로 허가 없이 물을 이용하여 농사를 짓고 있는데, 즉 대부분의 농민들은 허가없이 물을 이용하여 농사를 짓고 있음에 반하여 천수답에서 농사를 짓는 농민들만 허가를 받아서 물을 이용해야 한다는 것은 형평관계에 맞지 않은 것이다.

넷째로 공유하천용수권을 폐지하거나 허가수리권으로 통합하여 물사용료를 징수하겠다는 입장이 있다. 이는 하천법상의 허가수리권이 물사용료의 징수대상이 됨에 비추어 일면 타당한 면이 있지만, 우리나라 답(沓)의 81% 이상이 수리답이고 무상으로 농업용 물을 사용하고 있음¹¹⁰⁾에 비추어 형평관계상 문제라고 할 것이다. 수리

108) 대기 중 산소가 무상이라고 필요한 양 이상으로 많이 마시는 사람이 없듯이, 공유하천용수권에 의한 하천수 사용도 필요한 만큼 이용하는 것이지, 필요치 않은 물을 낭비적으로 사용하는 농민이나 용수권자는 없다고 할 것이다.

109) 수리답이란 저수지, 하천의 양수장 등 수리시설에 의해 농업용수를 공급받고 있는 논을 말하고, 김대중 정부시절에 수리답의 물사용료를 징수하지 않기로 하여, 현재 물사용료를 징수하지 않고 있다.

110) 과거 폐지된 농지개량조합법 제44조를 통하여 조합비로서 '수세'를 징수하였으나, 농업기반정비사업 및 농업기반시설의 관리와 관련하여 유사 중복기능을 수행하고 있는 농어촌진흥공사, 농지개량조합, 농지개량조합연합회 등 3개 기관을 통합하여 농업기반공사(현재의 한국농어촌공사)를 설립하면서, 농지개량조합법이 2000년에 폐지되었고, 그 이후 수리답의 수세(물사용료)를 부과하지 않고 있다. 그리고 「한국농어촌공사 및 농지관리기금법」(약칭하여 농어촌공사법) 제 14조 제1항에서는 “공사는 농업용수 이용자에게 농업용수를 성실하게 공급하여야 한다”고 하던

답지역의 농민들은 관개용 수로 등을 통하여 용이하게 물을 공급받고 있음에도 무상으로 물을 이용하는데, 그렇지 않은 지역의 농민들은 보의 축조나 양수 작업 등의 많은 노력을 들여 물을 이용하고 있으면서 또한 물사용료도 지불해야 한다고 하면, 천수답지역의 농민들은 무엇이라고 하겠는가?

다섯째로 공유하천용수권은 벼농사를 중심으로 농업을 하여 쌀을 주식으로 하는 배경과 논지가 많지 않은 우리나라 지형상 물의 이용이 용이하지 않은 지역에도 벼농사를 지어 식량문제를 해결하고자 하는 배경 및 우리나라의 자연지형상 논의 면적이 작은 필지로 세분화되어 있는 등의 여러 가지 역사적·자연 지리적 배경으로 발생한 권리라고 볼 수 있다. 이러한 점을 도외시키고 물의 효율적이고 합리적 사용 등의 관점에서만 공유하천용수권의 문제를 바라보는 것이 타당한지는 의문이라고 할 것이며, 실제 농어촌정비법에 의하여 국가가 많은 예산을 들여 수리답을 증가시키기 위해 노력을 하고 무상으로 농업용 물을 공급하는 것은 이러한 배경에 기인한 것이라고 할 것이다. 일본에서도 관행수리권의 폐지문제가 논의되었지만 관행수리권을 없애려면 그러한 권리를 필요로 하지 않는 사회경제체제로 일본사회가 바뀌지 않은 한 다른 방법이 없다¹¹⁾고 한 의미도 생각해 보아야 할 것이다.

여섯째로 공유하천용수권을 폐지하고 허가수리권으로 하는 경우, 실제 공유하천용수권이 주로 많이 문제되는 소하천, 개천이나 도랑에는 비가 올 경우에만 물이 흐르고 평시에는 거의 건천인 경우가 일반적인 데, 다수의 자가 허가를 신청하고 허가를 신청하는 취수량에 비해 용수량이 없을 때, 이를 이유로 허가관청에서 허가를 거절한다면 어떻게 할 것인가? 그리고 실제 허가수리권으로 변경하면 하천 연안 농민들이 장래 여러 가지 상황(예를 들어, 가뭄시의 용수이용의 대비, 토지수용시의 보상 등)을 고려하여 자신들의 필요유무를 엄격히 고려하지 않고 대규모로 허가신청을 할 것이 예상되는데, 이러한 경우에 하천관리청은 어떻게 대응할 것인가? 이러

서, 제2항에서는 “공사는 농업기반시설의 관리·운영을 위하여 필요한 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 농업용수 이용자에게 농업용수 이용료(이하 “이용료”라 한다)를 징수할 수 있다”고 규정하여 이용료의 징수를 규정하였으나, 실제 이에 관한 시행령을 제정하지 않아서 이용료를 징수하지 않고 있다. 이는 김대중 정부의 ‘수세폐지’에 대한 대국민 공약사항에 의한 것으로, 수리답을 위한 시설 등의 유지·관리비는 국가가 보전해주기로 하였으며, 이에 따라 농어촌공사법 제14조는 부과기준과 절차 등의 시행령을 제정하지 않아서 형해화되었다.

11) 建設省河川局 編, 河川法資料集 第2集, 日本河川協會, 1966, 576면 이하; 윤태영, 전계논문, 447면.

한 것을 예상하여 기존 공유하천용수권자에게만 기존 취수량의 범위내에서 허가를 해준다고 한다면, 그간 우리나라에서 공유하천용수권에 대한 실태조사나 용수권에 의한 취수량 등에 대한 개별적 실태확인이 전혀 되어 있지 않은 상황에서, 기존 용수권자 유무와 용수량 등을 어떻게 확인하고 허가할 것인가?

일곱째로 민법상 공유하천용수권은 관습에 의하여 형성된 권리를 기득권으로 보호하는 것으로서 문제가 있다고 하나, 근대 물권법은 “시간에 있어서 빠르면 권리에 있어서 강하다”(prior tempore, potior iure)는 법원칙에 따라, 사실상 기득권을 보호하고 있으며, 이와 같이 인간의 유한한 재화와 관련하여 기득권으로 보호하는 근대 법의 물권제도가 문제라 할지라도, 기득권을 보호하지 않는 새로운 사회경제체제가 구축되기 전에는 한계가 있지 않은가 한다. 그리고 하천법 제34조는 하천의 점용허가와 관련하여, 점용허가로 인하여 기득하천사용자¹¹²⁾가 손실을 받게 됨이 명백한 경우에는 원칙적으로 기득하천사용자의 동의를 받도록 하고 있으며(동법 제34조), 하천점용허가로 손실을 받은 기득하천사용자가 있는 때에는 그 하천점용허가를 받은 자가 그 손실을 보상하여야 한다(동법 제35조)고 규정하고 있다. 또한 하천법 제50조에서는 하천수의 허가사용권을 규정하면서, “기득하천사용자의 보호 및 손실보상에 관하여는 제34조 및 제35조를 준용한다”(동법 제50조 제8항)고 하여, 기득하천사용자를 보호하고 있다.

3. 헌법적 관점에서 공유하천용수권 폐지의 문제점

1) 서

공유하천용수권을 폐지하지는 입장은 구체적인 주장에 따라서 헌법 제23조 제1항에 의하여 형성된 재산권의 보호영역에서 제거하지는 견해와 헌법 제23조 제3항

112) 하천법 시행령 제39조에 의하면 기득하천사용자에는 ‘동법 제30조 제1항에 따른 하천공사허가를 받은 자’, ‘하천점용허가를 받은 자’, ‘하천수사용허가를 받은 자’, ‘어업권자·광업권자 또는 댐사용권자 등 다른 법률에 따라 하천에 관한 권리를 가진 자’가 이에 해당된다. 그리고 하천법 제34조 제1항에서는 “그 하천점용에 관한 사업이 기득하천사용자의 하천사용에 관한 사업에 비하여 공익성이 뚜렷하게 큰 경우”(제1호), “손실을 방지하기 위한 시설을 설치하여 기득하천사용자의 하천사용에 관한 사업의 시행에 지장이 없다고 인정되는 경우”(제2호)에는 기득하천사용자의 동의를 받지 않아도 된다고 규정하고 있다.

에 의하여 정당한 보상을 지불하고 수용하지는 견해로 구분된다. 전자는 민법상 공유하천용수권을 전면적으로 폐지하고 하천법에 의한 허가수리권으로 전환하여야 하며,¹¹³⁾ 나아가서 수리권을 보다 자유롭게 사고 팔 수 있도록 하지는 견해를 펼치고 있다. 후자의 견해에 의하면 공유하천용수권은 민법상 전래의 권리로서 성립하고 발전한 것이지만, 우리나라와 같이 인구가 많고 고도로 산업화된 나라에서 물에 대한 수요가 급증하는 상황을 고려한다면 수자원은 국가의 보호 하에서 특별한 관리의 대상이 되어야 하므로, 헌법 제23조 제3항에 의하여 정당한 보상을 지급하고 수용하자고 한다.¹¹⁴⁾ 그러나 두 가지 견해 모두 헌법상 위헌의 소지가 있을 수 있다.

2) 재산권 보호영역의 특수성

헌법 제23조 제1항 제1문에 의하여 보장되는 재산권이란 경제적 가치가 있는 모든 공법상·사법상의 권리이고, 이때 재산권 보장에 의하여 보호되는 재산권은 사적 유용성 및 그에 대한 원칙적 처분권을 내포하는 재산가치가 있는 구체적 권리를 의미한다.¹¹⁵⁾ 주관적 권리로서의 재산권은 개인의 재산에 대한 지배권·이용권·처분권을 보호하며, 이는 모든 국가권력을 기속한다. 원칙적으로 개별기본권의 보호영역은 원칙적으로 법률에 의한 형량(Abwägung)이 아니라 헌법의 해석에 의하여 결정된다. 입법자가 기본권의 보호영역을 정의할 수 있다면, 입법자가 자의적으로 기본권 보장의 범위를 결정할 수 있게 되고 기본권은 입법자를 기속하는 대국가적 효력은 근거에서 무너지며 기본권은 법률상의 권리에 불과하게 된다. 그러나 재산권은 환경권과 함께 그 보호영역이 합헌적인 법령에 의하여 결정되는 특이한 기본권이다.¹¹⁶⁾ 재산권은 자유, 생명 또는 신체의 불가 훼손성과 달리 인간이 태어나면서 당연히 인정되는 권리가 아니라, 일차적으로 법률에 의하여 비로소 구체적으로 인정되는 가변

113) 이상돈, 전계논문, 68면; 김성수, 전계서, 90면.

114) 김성수, 물기본권에 관한 연구, 환경법연구 제34권 1호, 2012, 249면.

115) 2018. 2. 22. 2015헌마552, 공보 제257호, 452, 455; 2015. 5. 28. 2013헌바82 등, 판례집 27-1하, 216, 231.

116) 재산권 보호영역의 특수성에 대하여는 다음을 참조. 강태수, 분리이론에 의한 재산권체계 및 그 비판에 대한 고찰, 헌법학연구 제10집 제2호, 2004, 123면 이하; Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2, S. 40.

적인 법적 지위(die variable Rechtsposition)¹¹⁷⁾를 가진다.

일반적인 자유권과 달리, 재산권이 현행 법질서내에서 인정되고 보호받기 위하여는 입법자의 적극적인 형성을 필요로 한다. 즉 재산권은 이를 구체적으로 형성하는 법이 없을 경우에는 재산에 대한 사실상의 지배만 있을 뿐이므로, 그 내용이 입법자에 의하여 법률로 구체화됨으로써 비로소 권리다운 모습을 갖추게 된다.¹¹⁸⁾ 입법자는 재산권의 내용을 구체적으로 형성함에 있어서 헌법상의 재산권보장(헌법 제23조 제1항 제1문)과 재산권의 제한을 요청하는 공익 등 재산권의 사회적 제약(헌법 제23조 제2항)을 함께 고려하고 조정하여 양 법익이 조화와 균형을 이루도록 하여야 한다.¹¹⁹⁾

헌법 제23조 제1항 제2문에 의하면 재산권의 ‘내용과 한계’는 법률로 정한다. 사실상 재산권내용의 모든 확정은 동시에 재산권이 미치는 한계를 뜻하고, 거꾸로 외부적 한계의 확정은 동시에 항상 재산권 내용과 그로부터 도출되는 재산권의 범위의 한계설정을 의미한다. 이런 의미에서 동조항의 법률유보는 기본권 형성적 법률유보이다. 여기서 재산권의 ‘내용’과 ‘한계’라는 개념은 시간적으로 구분되는 개념이다.¹²⁰⁾ 즉 재산권의 ‘내용’이란 재산권자의 지위를 미래를 향하여 규정하지만, 재산권의 ‘한계’는 법규범에 따라서 존속하고 있는 기존의 지위를 규율한다. 공유하천용수권의 폐지와 같이 새롭게 재산권적 지위를 형성하므로써 기존의 재산권적 지위가 폐지되는 경우도 있지만, 이는 재산권의 내용을 전제로 해서 재산권을 박탈하는 헌법 제23조 제3항의 공용수용이 아니라¹²¹⁾ 제23조 제1항의 내용규정에 해당한다. 가령 입법자가 기존의 공유하천용수권을 폐지하는 법률을 개정한다면, 새로운 법률제정 이후에 의하여 하천연안의 토지를 취득하는 사람에게는 이제 공유하천용수권이란 권리가 허용되지 않게 되고 이 법률에 의하여 새로운 토지재산권의 ‘내용’이 형성된다. 한편, 법률개정 이전부터 토지를 가지고 있던 사람에게는 법률개정은 사실

117) W. Leisner, Sozialbindung des Eigentums, 1972, S. 47.

118) 1998. 12. 24. 89헌마214 등, 판례집 10-2, 927, 944.

119) 1998. 12. 24. 89헌마214 등, 판례집 10-2, 927, 944 이하.

120) Rozek, Die Unterscheidung von Eigentumsbindung und Enteignung, Mohe Siebeck, 1998, 55ff.; Sachs, Verfassungsrecht II - Grundrechte, 2000, B14, Rn. 25ff.

121) BVerwGE 84, 361(366f.); Battis, Eigentumsschutz und Entschädigung, NVwZ 1982, 585(588).

상 재산권을 제한하는 효과를 야기하는 재산권의 ‘한계’가 되는 것이다.

3) 재산권 내용규정의 획정기준

헌법상의 재산권에 관한 규정은 다른 기본권 규정과는 달리 그 내용과 한계가 법률에 의하여 구체적으로 형성되는 기본권 형성적 법률유보의 형태를 띠고 있다.¹²²⁾ 일차적으로 입법자는 장래를 향하여 추상적이고 일반적인 규범으로 재산권의 보호영역을 형성하지만, 더 구체적인 내용은 법률에 근거를 둔 법규명령이나 행정행위에 의하는 사례도 있다.¹²³⁾ 헌법재판소는 입법자가 재산권의 내용규정을 획정하는 경우에도 다른 기본권을 제한하는 입법과 마찬가지로 과잉금지 원칙과 평등권에 저촉되어서는 아니 되며¹²⁴⁾ 재산권의 본질적 내용을 침해해서는 아니 된다고 하였다.¹²⁵⁾ 또한 재산권이 사회적인 관련성을 갖고 사회적인 기능을 가지면 가질수록 재산권의 내용과 한계를 결정하는 입법자의 형성 권한의 폭은 넓게 된다.

우선 공유하천용수권의 폐지는 과잉금지원칙에 위배되어서는 아니 된다. 오랜 기간 동안 인정되어 왔고 민법제정 시부터 보장된 공유하천용수권을 이제 법개정을 통하여 폐지하는 것은 장래를 향하여 일반적·추상적으로 토지재산권을 축소하는 재산권의 내용규정으로 심각한 위헌의 소지가 높다. 우선 입법자가 그런 법개정에 의하여 추구하고 있는 수자원의 보호 및 효율적 관리라는 목적은, 특히 헌법 제120조의 국토와 자원의 국가보호와 규제라는 면에서 정당하며 공유하천용수권의 폐지라는 수단은 목적을 달성하기에 적합하다고 할 수 있다.

하지만 침해의 최소성이란 측면에서, 수자원의 보호 및 효율적 관리에 공유하천용수권을 폐지하는 수단보다 더 완화된 다양한 수단이 존재할 수 있다는 점에서 문제가 있다. 가령 극심한 가뭄이 드는 일정한 시기에만 규제한다든가, 수량의 적절한

122) 1993. 7. 29. 92헌바20, 판례집 5-2, 36, 44 이하; 2001. 6. 28. 99헌바106, 판례집 13-1, 1307, 1316 이하.

123) Rozek, a. a. O., 219.

124) 1998. 12. 24. 89헌마214 등, 판례집 10-2, 927, 948.

125) 2005. 2. 3. 2003헌마930, 판례집 17-1, 167, 180; 2001. 6. 28. 99헌바106; 2013.05.30. 2012헌바387; 본질적 내용침해 금지 이외에 신뢰보호원칙과 평등권을 심사기준으로 한 사례는 다음을 참조. 2012. 3. 29. 2010헌마443(개인택시면허의 양도 및 상속 금지).

배분 등의 보다 완화된 수단이 고려될 수 있다. 특히 하천법 제49조에서 “가물의 장기화 등으로 하천수 사용 허가수량을 조정하지 아니하면 공공의 이익에 해를 끼칠 우려가 있는 경우”에 용수배분의 순위는 생활용수, 공업용수, 농업용수, 그 밖의 용수 순서대로 한다고 규정하고 있는데, 농업용수 중 사용용도의 긴박성과 중요성이 있는 경우를 생각해 보면 농업용수가 생활용수나 공업용수보다 후순위라거나, 농업용수의 사용용도의 다양성과 이용사정의 다양성에 비추어 볼 때 농업을 위한 물 사용이 생활용수보다 반드시 하위에 있다고 할 수는 없다. 수자원 가운데 마시는 물인 음용수는 인간생존에 필수적이지만, 목욕·청소·세탁이나 수영장 등을 위한 물이 농업용수보다 반드시 더 중요하다고 할 수는 없다. 특히 목욕, 청소 등에 쓰이는 물은 현대 과학기술로 얼마든지 재활용되고 국가의 적절한 규제와 보호조치를 통하여 그 소비를 줄일 수 있는 물이다. 가령 일단 사용된 생활하수 1리터의 오수를 정화하려면, 약 8리터의 물이 필요하다.¹²⁶⁾ 수자원보호와 그 효율적 이용을 위해서는 일방적인 용수의 제한보다도 덜 기본권을 제한하는 하천수 등의 수량관리·이용 및 하수의 재이용 등 물 손실을 방지하고 물을 재활용할 할 수 있는 수단이 고려될 수 있다. 또한 수량과 함께 수질도 중요하므로 수질오염을 예방하여 수량손실을 줄이는 다양한 정책 등이 있는데도 불구하고 공유하천용수권을 폐지하는 것은 과도한 재산권 침해라는 비판을 면하기 힘들다.

법익의 균형성에서 보면, 공유하천용수권을 폐지하는 것은 하천의 연안지역 내의 토지소유자에게 사회적 제약의 범위를 넘어선, 과도하고 일방적인 부담을 부과하는 것이 된다. 농업용 토지에 물을 끌어들이지 못하면, 토지를 종래의 목적으로도 사용할 수 없거나 토지의 사용·수익의 길이 없는 사태가 발생할 위험성이 높다. 또한 수자원의 보호 및 수자원의 효율적 배분이라는 추상적인 공익은 다양한 수단을 통하여 달성할 수 있는 너무나 추상적인 공익이다. 한편 농업용 물사용은 단지 특정인의 이익에 불과한 것이 아니라, 농지(천수답)의 효율적 이용을 통하여 헌법 제120조의 국토의 효율적인 이용에 기여하고 있다. 농업용 물사용이란 사익보다 수자원보호 및 수자원의 효율적 배분이 압도적으로 우월한 공익이라고 할 수 없으므로 공유하천용수권의 폐지는 법익의 균형성에 위배된다.

¹²⁶⁾ 김성수, 전계논문(주 114), 234면.

또한 공유하천용수권을 폐지하는 것은 경우에 따라 사실상 기존의 농지사용을 포기시키는 결과를 초래할 수 있으며 이는 토지재산권의 본질적 내용을 침해할 소지가 높다. 한편 공유하천용수권의 폐지로 인한 하천연안의 토지는 그에 따른 지가의 하락이나 지가상승률의 상대적 감소를 감수하여야 하는데, 이는 토지소유자가 감수해야 하는 사회적 제약의 범주에 속하는 것으로 볼 수 있다. 그러나 토지를 종래의 목적으로도 사용할 수 없거나 또는 법률상으로 허용된 토지이용의 방법이 없기 때문에 실질적으로 토지의 사용·수익권이 폐지된 경우는 다르다. 이 경우에 입법자는 토지소유자의 부담을 완화하는 보상규정을 두어야만, 위헌의 소지가 없다.¹²⁷⁾ 입법자는 금전보상 이외에도 토지매수청구권제도와 같이 금전보상에 같음 하거나 기타 손실을 완화할 수 있는 제도를 보완하는 등 여러 가지 다른 방법을 사용해야만 한다.

마지막으로 공유하천용수권을 폐지하고 허가수리권으로 변경하지는 견해는, 평등권의 시각에서 자의적인 차별을 하고 있다. 전술한 바와 같이, 우리나라 논은 81% 이상은 한국농어촌공사에서 제공하는 물을 허가 없이 사용하고 있는 점을 생각해 볼 때, 공유하천용수권이 필요한 농지(주로 천수답)는 기존의 수리권을 박탈당하고 허가를 받아야 한다는 것에는 합리적인 이유를 찾기 힘들다. 수자원의 보호 및 효율적 관리를 위해서는 오히려 전체적인 하천수의 수량관리와 수질오염의 방지 등을 통한 수질관리가 오히려 시급히 필요하다고 할 것이다.

4) 공용수용과 정당보상

공유하천용수권을 폐지하는 것은 재산권의 내용규정이 아니라, 헌법 제23조 제3항의 공공필요에 의한 수용이므로 정당한 보상을 지급하지는 견해도 있다.¹²⁸⁾ 공용수용이란 특정한 공익사업의 시행을 위하여 법률에 의거하여 타인의 토지 등의 재산권을 강제적으로 취득하는 제도를 말한다. 공용수용의 목적은 특정한 공익사업을 위한 재산권의 강제적 취득이고, 공익사업의 범위는 법률에 의해서 정해진다. 공공필요에 의한 재산권의 공권력적·강제적 박탈을 의미하는 공용수용은 헌법상의 재산

127) 1998. 12. 24. 89헌마214 등, 판례집 10-2, 927, 952 이하.

128) 김성수, 전계논문(주 114), 90면.

권 보장의 요청상 불가피한 최소한에 그쳐야 한다. 즉 공용수용은 헌법 제23조 제3항에 명시되어 있는 대로 국민의 재산권을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득해야 할 공익적 필요성이 있을 것, 법률에 의거할 것, 정당한 보상을 지급할 것의 요건을 모두 갖추어야 한다.¹²⁹⁾

헌법재판소는 ‘공공필요’의 개념은 ‘공익성’과 ‘필요성’으로 구분하여 심사하고 있다.¹³⁰⁾ 공용수용이 허용될 수 있는 공익성을 가진 사업, 즉 공익사업의 범위는 사업시행자와 토지소유자 등의 이해가 상반되는 중요한 사항으로서, 공용수용에 대한 법률유보의 원칙에 따라 법률에서 명확히 규정되어야 한다. 공익성은 추상적인 공익 일반 또는 국가의 이익 이상의 중대한 공익을 요구하므로 기본권 일반의 제한사인 ‘공공복리’보다 좁게 보는 것이 타당하다.

현재 공용수용이 허용될 수 있는 공익사업은 ‘공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률’ 및 각 개별법에 열거되어 있다. 수자원의 보호 및 효율적 관리를 위한 공용수용은 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제4조 제2호에 열거된 하천·제방·댐·운하·수도 등에 속하는 사업이라고 할 수 있으므로, 공익성의 요건은 충족될 수 있다.

헌법적 요청에 의한 수용이라 하더라도 국민의 재산을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득해야 할 정도의 필요성이 인정되어야 하고, 그 필요성이 인정되기 위해서는 공용수용을 통하여 달성하려는 공익과 그로 인하여 재산권을 침해당하는 사인의 이익 사이의 형량에서 사인의 재산권침해를 정당화할 정도의 공익의 우월성이 인정되어야 한다.¹³¹⁾ 그러나 공유하천용수권을 보상하여 폐지하거나 아니면 하천법상의 허가수리권으로 제도를 변경하기에는 수자원의 보호 및 효율적 관리라는 공익이 너무 추상적이고 포괄적이다. 수자원보호 및 효율적 관리는 수리답을 위한 용수, 생활용수·공업용수 등의 효율적 관리, 수질오염 예방 등 공용수용 이외의 다양한 방법이 존재하므로 공용수용의 필요성이란 요건을 충족할 수 있는지 의문이다.

그리고 정당보상을 통한 공용수용론의 문제점은 공유하천용수권의 폐지는 헌법

129) 1995. 2. 23. 92헌바14; 2014. 10. 30. 2011헌바172 등; 공용수용에 대하여는 다음을 참조. 강태수, 전계 논문, 132면.

130) 2014. 10. 30. 2011헌바172 등, 판례집 26-2상, 639, 647.

131) 2014. 10. 30. 2011헌바172 등, 판례집 26-2상, 639, 648.

이론상 헌법 제23조 제3항의 공용수용으로 해결될 사안이 아니라, 헌법 제23조 제1항의 재산권의 내용규정이라는 점이다. 공용수용은 일반적·추상적 법규범에 의하여 보호되는 개인의 재산권을 개별적 구체적 사안에 따라 강제적으로 취득하는 제도를 말한다. 헌법재판소는 1998년 개발제한구역 사건 이래로 헌법 제23조 제1항과 제2항에 따라서 재산권의 보호영역을 정하는 재산권내용규정과 재산권의 보호영역을 전제로 하여 재산권을 사후적 개별적으로 재산권을 제한하는 공용침해규정은 입법자가 사전에 의도한 별개의 독자적인 제도로 구분되어야 한다는 점을 분명히 밝히고 있다.¹³²⁾ 국유 내지 공유에 속하는 하천의 물을 인수할 수 있는 권리인 공유하천용수권은 헌법 제23조 제1항에 근거하여 민법이 명시적으로 재산권의 보호영역에 포함한 권리이며 이는 재산권의 내용규정이다. 일반적 추상적 법률에 의하여 공유하천용수권을 폐지하는 것도 하천연안 토지소유자의 재산권을 장래를 향하여 획정하는 재산권의 내용규정이다.¹³³⁾

V. 마치며

공유하천용수권은 벼농사에 필요한 물의 인수를 위하여 우리 농촌사회에서 오랜 기간동안 관습적으로 형성된 권리로서, 조선고등법원판례에 의해 인정되어온 것을 우리 민법전 제231조 내지 제234조에서 공유하천용수권으로 입법을 하였고, 그 법적 성질은 지역권(정확히는 법정지역권)이라고 할 것이다. 이러한 공유하천용수권의 성립요건과 그 내용 및 효력은 그 간의 판례 등을 통하여 상당히 구체화되었고, 현실성을 결여한 사문화된 제도라고 할 수 없으며, 벼농사를 중심으로 한 농업경영에서 필수적인 물의 이용과 배분의 문제에서 큰 역할을 수행해 왔다. 하지만 농어촌정

¹³²⁾ 1998. 12. 24. 89헌마214등, 판례집 10-2, 927.

¹³³⁾ 더구나 기존의 공유하천용수권에 대한 보상은 상당한 예산이 필요하다는 점에서 상당한 재정적인 문제점을 내포하고 있다. 왜냐하면 헌법이 규정한 ‘정당한 보상’이란 원칙적으로 피수용재산의 객관적인 재산가치를 완전하게 보상하는 것이어야 한다는 완전보상을 뜻하는 것으로서 보상금액 뿐만 아니라 보상의 시기나 방법 등에 있어서도 어떠한 제한을 두어서는 아니 된다는 것을 의미하기 때문이다(1990. 6. 25. 89헌마107, 판례집 2, 178, 188 이하; 2011. 12. 29. 2010헌바 205 등, 판례집 23-2하, 628, 640.).

비법에 의한 농업생산기반정비사업에 따라 우리나라 전체 답(沓) 중 81.3%가 관개 수리사업 등으로 가뭄에도 물 걱정이 없는 수리답이 되었으며, 농지전용에 따른 농지감소와 농촌인구 고령화에 따른 천수답에 대한 경작포기, 그리고 천수답 농지에 대한 지하수 개발 등으로 공유하천용수권은 점차 그 의미를 잃어가고 있으며 소멸되어가는 권리라고 할 수 있다.

그런데 공유하천용수권은 기득의 물 사용권을 인정하는 권리로서 그 범위·한계 등이 모호하고 효율적이고 합리적인 수자원정책을 수립하고 집행하는데 상당한 제약요인으로 작용하고 있으므로, 공유하천용수권을 폐지하고 공법상의 수리권으로 전환하지는 논의가 진행되고 있다. 물론 위와 같은 논의는 아직 구체화되어 입법안이 나와 있는 것도 아니고, 구체적인 논의가 진행되어 있는 것도 아니지만, 민법상 공유하천용수권의 폐지 등의 논의는 앞에서 살펴 본 바와 같이 법현실적인 관점에서나 헌법적인 관점에서 신중을 요하는 논의라고 할 것이다.

물은 생명이며 인권이며, 농업용 물의 사용권리도 우리나라의 역사적·사회적 배경하에서는 생존이 걸린 중요한 문제이다. 또한 물은 생명과 건강에 필수적인 공공재로서 다른 인권을 누리는 전제조건이다. 이미 2010년 유엔은 “모든 사람은 맑은 음용수, 화장실 및 하수처리에 대한 권리를 가진다”고 결의하여 물이 인권이라는 점을 분명히 하였다. 따라서 수자원에 대한 공공성강화가 전세계적 대세이지만, 추후 충분한 공론화를 과정을 거친다할지라도 어찌면 수백 년부터 척박한 천수답에서 농사를 짓던 사람들의 공유하천용수권을 박탈하는 것은 국가주의적 후견주의를 떠올리게 하며 과도한 기본권 침해의 소지가 있을 수 있다. 특히 국가의 과도한 개입은 물을 경제재로 바라보면서 물산업을 위한 경쟁력 있는 기업을 육성해야 한다는 신자유주의적 사고와 이어지면, 물의 인권적 특성이 간과되고 물산업을 통한 수자원의 사소유화와 공급독점을 초래할 위험성을 내포하고 있다는 점을 간과해서는 아니 될 것이다.¹³⁴⁾

¹³⁴⁾ 이미 지방 상수도 가운데 일부는 민간위탁 실시협약을 맺고 있으며 이는 세계적인 물기업으로 넘어가는 전단계라는 점을 우려하는 목소리가 높다. 전가나 상수도처럼 전선 또는 관로에 따라 지역독점 체계가 이루어질 수밖에 없는 네트워크 산업은 서비스나 가격인하 등을 통해 경쟁력을 확보하기 보다는 독점을 이용한 가격인상에 기하여 고수익을 창출하는 산업구조를 가진다. 상수도의 특성상 민간위탁에 따른 폐해는 민간위탁 후 5년 이상의 기간 후이나 본격적으로 나타날 수밖에 없다. 그러나 이때는 이미 수질오염과 상수도 관련 인적, 물적 재원의 고갈이

논문투고일 : 2018. 8. 10. 심사일 : 2018. 8. 28. 게재확정일 : 2018. 8. 29.

심각하게 진행되어서 사유화 이전의 상태로 돌아가기 어렵다 (<http://www.usjournal.kr/news/articleView.html?idxno=50889>).

참고문헌

〈단행본〉

- 곽윤직/김재형, 물권법(제8판), 박영사, 2015.
 김상용, 물권법, 화산미디어, 2009.
 김성수, 수법연구, 신조사, 2013.
 김증한/김학동, 물권법(제9판), 박영사, 1998.
 민의원 법제사법위원회 민법안심의소위원회, 民法案審議錄 上卷, 1957.
 박준서/이상태, 주식 민법(제3판), [물권(1)], 한국사법행정학회, 2001.
 송덕수, 물권법(제3판), 박영사, 2017.
 이상태, 물권법(제8정판), 법원사, 2013.
 이영준, 물권법(전정신판), 박영사, 2009.
 이은영, 물권법(제4판), 박영사, 2006.
 정종휴 감수/정공식 편역, 改譯版 慣習調査報告書, 한국법제연구원, 2000.
 朝鮮總督府中樞院, 民事慣習回答彙集, 조선인쇄주식회사, 1933.

〈논문〉

- 강태수, “분리이론에 의한 재산권체계 및 그 비판에 대한 고찰”, 헌법학연구 제10집 제2호, 2004.
 구연창, “공유하천용수권”, 고시연구 제12권 7호, 1985. 6.
 ———, “공유하천용수권의 법적 성질”, 법조 제24권 12호, 1975. 12.
 김동건, “지역주민의 수리권보장방안: 댐 및 하천용수를 중심으로”, 강원법학 제24권, 2007. 6.
 ———, “수리권제도: 하천의 수리권을 중심으로”, 환경법연구 제26권 2호, 2004. 6.
 김성수, “물기본권에 관한 연구”, 환경법연구 제34권 1호, 2012.
 김홍균, “지하수의 공유화”, 인권과 정의 제361호, 2006. 9.
 박균성, “하천수 사용에 관한 공법적 연구”, 토지공법연구 제44집, 2009. 5.
 박종찬, “수법에 관한 연구”, 강원법학 제23권, 2006. 12.

- 박홍래, “우리 나라와 미국의 수법(水法)에 관한 비교 연구”, 인권과 정의 제348호, 2005. 8.
- 배성호, “농업수리 주체의 기능적 분화와 농업수리권의 구조 서설”, 법조 통권 674호, 2012. 11.
- 손성태, “수자원개발에 따른 피해지역주민의 손실보상 및 이해조정에 관한 연구”, 환경법연구 제26권 4호, 2004. 12.
- 윤태영, “민법상 공유하천용수권에 대한 재해석”, 중앙법학 제8집 1호, 2006. 4.
- 이기우, “민법상 물(水)의 이용에 관한 권리”, 토지법학 제16호, 2000.
- _____, “상관관계의 법리에 관한 연구”, 전주대학교 대학원 법학박사 학위논문, 1993.
- 이상돈, “수리권 제도 개선에 관한 연구: 수리권 거래 및 물 은행 제도 도입에 대비하여”, 법조 제543호, 2001.
- 이상돈, “우리나라 수리권 제도 정비를 위한 연구”, 중앙법학 제5집 1호, 2003.
- 이재진, “유수이용권의 법리”, 토지법학 제16호, 2000.
- 이태제, “유수이용권에 관한 관습, 판례와 법리”, 청헌김중환박사 화갑기념논문집, 박영사, 1981.
- 전경운, “분묘지거권의 인정근거와 효력에 관한 일고찰”, 법학연구 제25권 제1호, 2015. 3.
- 정우형, “용수권 법리에 관한 재검토”, 한양법학 제27집, 2009. 8.
- 허재영, “통합물관리(물관리위원회) 시대의 물 관리”, KEI 환경포럼 발표자료, 2018. 6. 29.

〈외국문헌〉

- Basler Komm./Rey, Zivilgesetzbuch II, 3. Aufl., 2007.
- Bernhard Schnyder/Jörg Schmid/Alexandra Rumo-Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Aufl., 2009.
- Klaus Vieweg/ Almuth Werner, Sachenrecht, 4. Aufl., 2010.
- Leisner W., Sozialbindung des Eigentums, 1972.
- Rozek J., Die Unterscheidung von Eigentumsbindung und Enteignung, Mohe Siebeck, 1998.
- Wolfgang Lücke, Sachenrecht, 2009.

[Abstract]**A Study on the Right of Using Public Rivers in the Civil Act**

Chun, Kyoung Un

(Professor, Kyung Hee University Law School)

Kang, Tae Soo

(Professor, Kyung Hee University Law School)

The right of using public rivers is the right for persons engaged in farming and industries on the banks of public rivers to be able to draw water from the public river and the right to install structures for such use. The right of using public rivers is a customary right that has been acknowledged for a long time and the right to use public rivers was legislated in the Civil Act as it was accepted in court cases of the High Court of Joseon. The legal character of the right to using public rivers is servitude (to be more exact, statutory servitude).

The conditions for establishing such right of using public rivers and its effectiveness have become significantly concretized through court cases over the time. It cannot be said to be a dead system that lacks practicality and has played a big role for issues on the use and distribution of water that is essential for running farms mainly focusing on rice farming. However, through the farm production infrastructure rearrangement project conducted through the Rearrangement of Agricultural and Fishing Villages Act, 81.3% of all rice paddies in Korea have become irrigated rice paddies that can withstand droughts. Furthermore, due to the decreased in farmland with the transition of farmland to other purposes and because of development of underground water, the right of using public rivers has been losing meaning and is a right that is becoming extinct.

However, as water management recently became unified under the Ministry of Environment, it aims at integrating the right of using public rivers under the Civil Act and the permitted water rights of the River Act, dam usage rights, etc. in order to place it under a single permitted water rights of the Public Law. Furthermore, it intends to collect water usage fees

in the long-term.

Accordingly, this paper reviewed in detail the history of the right of using public rivers in the Civil Act, its legal characteristics, and on the contents and effects of the right of using public rivers. In addition, the general issues and constitutional issues that would occur by abolishing the right of using public rivers under the Civil Act and integrating it under the permitted water rights of the River Act were reviewed. In order to abolish the right of using public rivers, it would require special care unless turning our society into a social economic system that does not require such rights.

주 제 어 공유하천, 공유하천용수권, 상린관계, 지역권, 법정지역권, 하천법, 수리권, 허가 수리권.

Key Words Public Rivers, Right of Using Public Rivers, Neighboring Relations, Servitude, Statutory Servitude, River Act, Water Rights, Permitted Water Rights.