

# 慣行水利行爲의 保護

徐 承 德  
(慶北大學校 農科大學 教授)

## 1. 農業用水의 背景

우리 나라의 農業用水開發은 農地의 改良, 開發 및 保全의 바탕이 되는 灌溉, 排水 및 保全設施의 建設을 뜻하는 것으로 이는 곧 旱水害에 따르는 農業生産의 不安要素를 除去하는데 그 使命을 다해 왔다고 評價되고 있다.

統計上으로 볼때 1920~1970년까지 50년동안 旱害 15회, 水害 13회로써 大體적으로 3~4년에 1회 이상의 旱害를 입었다는 結果이고 보면 우리나라의 天災는 결코 적은 數의 것이 아님을 알 수 있다. 이로인한 米穀生産面에서의 被害만도 1939년의 50% 減收와 1968년의 20% 감수에 이르고 있으며, 1967~1968년의 兩년에 걸친 全國의 年平均降雨量은 700mm 內外로써 當年度 嶺湖南의 旱害는 尤甚한 災害로써 被害額만도 67년의 200억원, 68년의 520억원(1968년도 가격기준)의 기록을 남기고 있다. 또한 1960년대의 旱水害로 인한 農作物의 被害만 해도 10년간 총 1,156억원으로 연간 116억원(1968년도 가격기준)이나 되며 이중 90%가 旱害로써 물 不足이 原因이라는 점이 注目되고 있는 것이다. 이러한 現象은 農業이 天水依存에서 벗어나지 못하고 있다는 것과 農業用水開發의 重要性和 더불어 農業用水開發의 必要不可缺性을 反證해 주고 있는 것이다. 한편 이 기간동안에 農業用水開發에 投入된 投融資額은 총 374억원으로서 農作物被害額 對比 30%에 不適當 額數인 것을 보면 우리는 災害對策에 많은 未盡과 虛點을 안고 있었다는 點을

反省해 봐야 할 것이다.

한편 水資源을 들추어 보면 먼저 年降水量 1,159mm를 基準하여 1,140억 $m^3$ 를 수자원 總量으로 볼때 이 가운데 58%에 해당하는 660억 $m^3$ 가 恒江을 비롯한 10대강 및 기타 하천유역 8,090,000ha에서 모여드는 물을 총연장 30,290km의 流路를 따라 河川으로 流下시키고, 42%인 480억 $m^3$ 를 蒸發 또는 滲透 등으로 消失된다고 보자, 그러면 우리가 可用할 수 있는 실제 水資源量은 660억 $m^3$ 로 보는 것이 妥當할 것인데, 660억 $m^3$  가운데 61.2%에 해당하는 410억 $m^3$ 가 여름철에 洪水의 形態로 流下하고 나머지 38.8%인 250억 $m^3$ 만이 平常時에 流下하는 실정인데 이것마저도 水利設施의 不備와 貯水容積의 不足으로 모두 貯溜 保全치 못하고 있는 實情에 있음은 안타까운 일이 아닐 수 없다.

그러면 농업용수가 차지하는 水資源의 現황은 어떠한가. 可用水資源量 660억 $m^3$  가운데 現在 利用되고 있는 수량은 약 140억 $m^3$ 이며 이중 농업용수의 사용량 약 75억 $m^3$ 는 上記對比 약 55%에 해당한다고 볼때 농업용수가 차지하는 國土水資源에 대한 比重은 莫重함을 느끼지 않을 수 없다. 이러한 事實에 對하여 農工人들은 現實을 直視하고 農業用水의 貴重함과 所重함을 가지고 管理와 開發保全에 積極적이고 강력한 자세로 임해야 할 것으로 생각된다. 아울러 우리가 그동안 시설해 놓은 既存 水利設施에 대해서도, 水利設施은 地上構造物보다 水中構造物 일변도이기 때문에 自然의 훼손이나 加速浸蝕의 破壞가 至大한 不良

條件에서 存在하기 때문에 保全對策이 他事業보다 重要하고 그 經費 또한 過多하게 使用된다는 點도 留意해야 할 대책의 하나이다.

이러한 用水의 重要性에 立却해서 그동안 施行官廳과 農民, 組合과 農民, 또 農民과 農民間에는 크고 작은 많은 水利 분쟁 등이 誘發되었고, 旱魃이 甚할 때에는 분쟁의 激化가 殺人的 行爲에까지 至行되었음은 慨嘆할 일이나 農事를 위하는 農民의 水利 利用에 대한 깊은 執念의 所産이라고 볼때 강한 同助를 느끼지 않을 수 없다.

## 2. 農業用水開發의 略史

농업용수의 慣行水利가 용수개발의 밑거름이 되고 있음을 상기하면서 농업용수개발의 發展의 背景을 史記를 통해서 뿌리를 찾아보면 서기 144년 신라 일성왕대에 諸州郡에 堤防을 수리하여 田畠을 開拓하다는 英을 내렸다는 事實로부터 始作하여 그후 서기 330년, 신라 흘해왕대에 金堤에 柵欄제의 築成이 三國時代의 農業用水開發事業으로 들 수 있으며, 그후 高麗朝에는 973년에 遊休地 開墾命令과 함께 農地開發事業이 着手되었고, 1243년에는 강화도의 柵포, 와포, 초포 및 이포 등에 堤防을 築造하였다는 事實으로써 海面干拓의 嚆矢를 들 수 있다. 또 李朝時代(1391~1909)에는 많은 水利事業을 國家的인 施策으로서 發展시켜 왔으며 1908년 水利組合 條例에 依하여 全北 沃溝西部(現 全北農組), 마구평(現 論山農組) 및 密陽等 6個 組合에서 7,980ha의 開發實績을 본바 있으며 末期인 1909년에는 堤堰이 大小 합쳐 2,781個所로써 全國의 水利施設에 依한 面積은 畵 總面積의 20%에 이르게 되었다. 한편 日帝(1910~1945)下에서는 日本의 植民政策으로써 食糧問題와 軍糧米 解決策으로서 農業用水事業을 펼쳐 왔는데 제 1기(1910~1919), 제 2기(1920~1939), 제 3기(1940~1945)로 나누어 開發하였고 광복 이후에는 6.25動亂期까지(1945~1950.6), 5.16 革命前까지(1950.6~1961.5), 5.16 혁명후(1961.6~1970年

代)로 區分해서 많은 發展을 쌓아 왔으며 5.16 혁명후~1971까지의 實적으로 地表水開發 163,326ha와 地下水開發 210,874ha 도합 37萬餘ha의 농업용수개발 實績을 보았다. 특히 最近에 이르러 농업용수의 開發은 보다 積極적인 형태에서 河川 表流水를 取水하는 揚水場, 流去水를 貯溜하는 沓와 貯水池 및 湖沼, 地下滲透水를 集水揚水하는 集水暗渠 및 管井 등이 施設에 依하여 1985년 현재 總 水利施設 59,425個所에서 71%의 水利畱率을 提高시키고 있는 實情으로, 農業用水의 새로운 開發과 함께 既存施設의 維持管理 問題 등이 같은 次元에서 다뤄야 할 것으로 생각한다.

이러한 發展의 歷程에서 既存水利行爲의 保護와 새 水利 行爲의 認定, 一部 水利 行爲의 통폐합 및 調整作業이 이루어지면서 慣行水利上의 크고 작은 분쟁은 늘 事業施行過程에서 꼬리를 물고 계속되어졌으나 그때 그때 協助와 理解로써 좋은 解決이 많이 이루어졌음도 함께 지적되고 있다.

## 3. 慣行水利行爲의 保護

前述한 바도 있지만 우리 나라의 農事는 농사 위주이고 또 벼는 生長點이 늘 水中에 있으면서 成長發育이 促進되므로 물없이 는 경영이 不可能하기 때문에 농농사는 바로 물과 싸워야 하는 水戰成農이 아닐 수 없다. 그래서 우리의 祖上들은 自然의 地形과 地物을 슬기롭게 利用하며 논과 밭을 가꾸었고 점차 그 지혜가 發達함에 따라서 河川을 막아 貯水池와 沓를 만들어 물을 貯溜하고 또 河川을 굴착하여 伏流水를 利用하기 위한 集水暗渠나 管井 등을 開發하기에 이르렀으며 특히 沓는 地上表示 貯溜施設로써 가장 쉽게 設置할 수 있고 管理하기가 쉬운 代身外的 被害對象이 되기도 가장 손쉬운 水利施設이기도 하다.

이러한 것들은 河川을 기준하여 一定한 位置에서 地積을 占有하여 有形을 가추기 때문에 여러가지 自然的이고 人爲的인 문제점을 안고 있다고 본다. 여기에서 水利行爲의 문제

擡頭되게 되는데 그 하나는 個人과 公共機關과의 관계, 또 하나는 농업용수사업 主體와 公有河川管理廳과의 문제로 이뤄지게 된다. 특히 小規模의 농업용수 利用에서 제기되는 公有河川에서의 慣行水利行爲의 문제는 民事上の 문제로써 이는 어느 형태에서든지 존중되어야 하고 또 保障되어야 할 것으로 본다. 貯水池나 泔 등이 公有河川에 設置되어 用水는 利用하게 되는 것은 오랜 옛날로부터 農民들에 의해서 慣行을 通하여 이뤄져 왔으며 여기에서 그 用水의 多寡에 대한 分配의 使用은 이제 엄격한 秩序로 確立되어 가고 있다. 그러는 사이에 이 慣行은 하나의 法體系의 段階에 까지 이르러 法律家들은 이에 이르는 慣習의 形態를 慣習法이라는 名稱으로 하여 成文法과 同等視하고자 하는 段階에 이르고 있다고 하며 물에 관한 慣習이 일단 慣習法으로 認定되면 어느 누구도 마음대로 이 法을 어길 수 없으며 成文法이라 해도 最大限度로 이를 尊重하는 위치에서 制定해야 한다는 見解이다. 한편 私權關係를 다루는 民法에서는 물의 利用에 대하여 여러가지 規定을 두고 있는 바 公有河川用水權에 관한 規定에 依하면 公共河川의 沿岸에서 農工業을 경영하는 자는 他人의 用水를 妨害하지 않는 範圍內에서 必要한 引水를 할 수 있고, 이러한 引水를 하기 위해서는 必要한 工作物을 設置할 수 있다고 民法 제231조에 규정하고 있으며 이를 公有河川用水法이라고 指稱하고 있다. 여기서 公有河川이란 私河川에 對應하는 것으로써 水流地의 所有權이 個人에게 屬하던 않던, 또는 河川法의 적용을 받던 안받던 關係없이 特定한 私人에게 그 水流의 독점적 지배를 許容하여도 公共의 利害에 영향이 없는 것이 私河川이고 그밖의 것이 公有河川이라고 解析하고 있다. 또 231조 2항에 규정된 公작물이란 泔나 堤防 같은 것을 稱하며 여기에서 다시 言及되어야 할 것이 民法上으로는 이와 같은 施設物 設置權을 認定하고 있으나 河川에서 施設物로 하여금 一定地를 占有하기 때문에 또다른 河川法에 依하여 河川管理廳에 河川占用許可를

받도록 되어 있는 것이다. 이렇게 해서 河川의 圓滑한 維持管理를 꾀하자는 것이고 이는 國土의 올바른 관리를 하자는 것이라고 보여진다. 한편 公有河川의 用水權利는 어느 特定人에게만 認定되는 것이 절대 아니며 河川沿岸에서 農工業을 하는 사람에게는 누구에게나 認定되는 權利인 點이 法이 平等原則을 살렸다고 볼 수 있으며 慣行水利行爲의 保障을 위하여 이 法에서는 既得權者의 權利保護를 위해서 民法 제232조에서는 萬一 上流에서 水利利用하는 者의 引水나 工作物 設置로 因하여 이미 下流에서 引水나 工作物設置를 한자(既得權者)의 用水를 妨害하는 일이 있을 때에는 下流沿岸의 用水權者는 그 妨害의 除去 및 損害의 배상을 請求할 수 있다고 規定하고 있으며, 그러나 上流의 用水權者가 먼저 用水를 하고 있었을 때에 下流에서 새로히 引水를 하는 者는 上述의 權利가 없다고 규정한 것은 그만큼 既得 慣行水利行爲의 主張에 合理性과 優先權을 준 것이라고 볼 수 있다. 또 233조의 規定에 의하면 公有河川 用水權者가 小路, 기타 工作物이나 企業을 讓渡하면 이 讓受人은 前主의 用水에 관한 權利와 義務를 승계한다. 즉 用水權이 붙은 農土를 매수한 者는 그 農土와 함께 거기에 딸린 用水權까지 自動적으로 引受하게 된다는 것이다.

그러나 公有川에서 引水하는 用水權에 대하여 위에서 설명한 여러 規定과 다른 慣習이 있을 때에는 이 規定에 앞서서 그 河川의 慣習이 우선하여 법으로서의 役割을 하게 된다고 民法 234조에 明示해 놓은 것은 이와 같이 公有河川의 用水權에 대하여 몇가지 規定을 해 놓았지만 이것은 어디까지나 이에 대한 慣習이 없을 때에만 적용되고 그 規定과 다른 慣習이 있을 때에는 民法에 앞서 慣習法을 적용한다고 규정해 놓음으로써 用水에 관한 관습의 최대 존중을 의미한다고 볼 수 있다. 여기에 慣行水利行爲의 보호를 爲한 判例를 紹介하면 A農組의 管轄구역간에 있는 公有河川의 지역주민들이 泔를 만들어 농사를 경영하고 있는 바 組合側과 주민간에 분쟁이 있어 이 泔

에 연결되어 있는 小路의 相當部分을 농조 側에서 파괴하여 用水利用을 妨害한 事實이 있게 되자 住民代表는 組合을 相對로 서울民事地法에 淤使用妨害禁止 가처분신청을 내게 되었고 서울民事地法은 住民의 신청이 이유 있다고 승소판결을 내렸다. 그후 組合은 大法院에 上告를 하였지만 여기에서도 上告를 기각하고 原告 승소판결을 내리게 되었다. 여기에서 제기된 淤는 1927년 朝鮮하천령이 시행되기 전부터 이 지역주민이 崩리담 閘개를 이 시설로부터 해왔고 다시 일정시대에 현재의 콘크리트보로 개축했다는 것이다. 여기에서 淤 淤은 신청 주민들이 이 淤를 설치한 以來 淤로부터 引水하여 논을 耕作하였고 公有河川에 설치된 이 보에서 그들 소유의 농지에 閘개하기 위하여 引水해온 慣行이 있었다고 볼 수 있으며 농지소유 住民들은 農지의 閘개에 필요한 限度內에서 用水權이 있다고 볼 수 있으며 논에 연결되는 수로를 파괴하여 淤로부터 引水를 妨害한 사실이 있다면 이는 用水權者인 住民들에게 회복할 수 없는 손해가 發生했다는 判결이며 이는 慣行에 의한 用水權保護의 必要性을 강력히 示唆한 것이라고 볼 수 있다. 여기에서 우리는 특히 慣行上의 水利行爲가 閘청이나 농조 등의 기관에 의해서 無視되어져서는 안되는 사실이다. 또한 農민들과의 사이에 분쟁을 이르게 이 때문에 官民間의 團合과 和合에 저해 요인이 되지 않게 사건 발생과 재 閘계류보다 사전에 대화와 타협으로 슬기롭게 분쟁을 처리해야 마땅하다는 것을 강조하고 싶으며 慣行水利行爲는 어떤 형태로이던간에 保護되어야 하고 또 尊重視해야 마땅한 일로 思料된다.

다음에, 組合이나 公社 등 국가가 인정하는 기관이 河川을 占用하여 水利施設을 하고져 할 때 用水權의 便宜를 圖謀하고 施設의 推進을 圓滑히 하기 위한 河川管理廳과의 關係를 보면, 여기에는 농촌근대화촉진법의 일부를 거

론하게 되는데 本法은 1970년 1月 22日 法律 2199號로 제정 公布된 법으로 농지개량사업의 추진과정에 있어서 山林法, 河川法, 河川管理法 등 12개 법률에 규제를 받아 사업진척이 잘 되지 않는 예가 많아 사업의 圓滑한 추진을 하기 위하여 本法을 1977년 12月 31日 법률 3062號로 98회 정기국회를 통과하여 개정 공포하게 되었으며 이에 의하여 농지개량사업을 시행함에 있어 他法에 依한 認許可事項은 대통령령이 정하는 바에 의하여 농수산부장관과 당해 인허가 閘청과의 사전협의로써 갈음하도록 규정하여 사업시행의 圓滑을 기하며, 농지개량사업으로 허가된 것도 또다시 협의를 받아야 하는 등의 不便을 없애고져 다만 着工前에 신고하도록 하였다. 이상의 法들이 國土의 保全的 側面에서 다같이 必要하여 각자의 독자성을 지니고 있다 하겠지만 모두가 國益을 위해서 推進되는 사업일진대 主務官廳의 妥當性에 의하여 인정된 사업이던 그의 圓滑한 추진을 위하여 最大限의 法律行爲의 簡素化는 晚時之嘆이 있다고 강조하고 싶다. 특히 농업용수개발사업은 河川에서의 占用行爲를 하는 사업이기 때문에 특히 河川法과의 문제점을 諸起시키고 또 目的하는 바가 農業用水開發인데 대하여 河川管理廳의 국가기관인 產基公에서는 其他用水開發을 위하여 河川占用을 하고 있어 慣行水利行爲와 河川管理權과의 二元化에서 때로는 가벼운 마찰이 일게 된다. 또 既存 農民의 自然水에 의한 慣行水利行爲의 保存的 側面에서 본다면 大端히 난처한 일들이 종종 발생하게 될을 엿볼 수 있다. 그러나 慣行水利行爲의 保護라는 民法上의 根據를 土臺로 할 때 어떤 형태로이던 慣習法은 確立되고 존중되어야 하며 他法과 他權에 의해서 침해되어서는 안된다는 것을 거듭 強調하며 보다 큰 國益을 위해서 원만한 妥協의 모색으로 代替措置 등으로 因한 慣行水利行爲의 양보도 때로는 바람직한 일로 판단된다.