

로마법과 우리 민법상 물에 관한 규정들에 대한 비교 연구

김영희*

목 차

- I. 시작하는 말
- II. 로마법상 물에 관한 규정들
- III. 우리 민법상 물에 관한 규정들
- IV. 맺는 말

[국문 요약]

물은 사람들의 생존과 생활 유지에 필수적이다. 그리하여 물에 관한 한 시대와 법계를 막론하고 공공에 의한 공유 내지 국가의 소유와 공공에 의한 이용을 말한다. 그런데 물의 공유 내지 국유를 전제로 하는 공공의 물 이용은 비록 공공을 말하고는 있지만 물의 이용으로 인한 이익이 재산권적 성격을 가지는 까닭에 물을 이용하는 개인들 사이의 재산권적 관계 조율을 필요로 한다. 그런 한편 물은 그 존재 형식상 토지 소유와 밀접하게 연결되어 있는 특성을 가진다. 그리하여 물은 공유 내지 국유라 하더라도 물을 품고 있는 토지가 사유인 경우에 토지의 사유에 의해 공공의 물의 이용이 방해받지 않도록 하고, 또 공공의 물의 이용에 의해 토지의 사유가 방해받지 않도록 하는 조율이 필요하게 된다. 이와 관련하여 로마법은 일정 규모 이상의 물을 공유 내지 국유로 선언하여 국가의 관리아래 두어 사회의 물 수요를 충족시켰다. 그러면서도 물의 이용을 둘러싼 개인들 사이의 이해관계 조절과 관련하여 물의 특성을 앞세워 관습 및 관행에만 맡겨 놓거나 추상적인 상린관계에 맡겨 놓기보다, 물 이용의 재산권적 성격을 고려하여 당사자의 합의를 바탕으로 하는 지역권 관계로 규율하는 것을 원칙으로 삼았다. 물이라는 공공재를 국가라는 공적 체계의 관리 아래 두는 것과 그럼에도 불구하고

* 연세대학교 법학전문대학원 부교수, 법학박사

하고 물을 둘러싼 사적 이익을 재산법 영역에서 다루는 것 사이에 로마법이 보였던 조화는 물이 가지는 공공재적 성격과 사적 재산권적 성격 사이에 균형점 찾기를 어려워하고 있는 우리 민법학에 시사하는 바가 많다고 할 것이다.

[주제어] 물, 강, 토지, 상린관계, 지역권, 용수권, 공유하천용수권, 로마법

I. 시작하는 말

우리 민법을 보면 재산권 편에 물에 관한 규정들이 있다. 물을 용익하거나 처분하는 일이 일상적으로 일어나고 있으므로 재산법이 물을 다루고 있는 것은 그럴 만해 보인다. 물이 무정형의 속성을 가진다고 하지만 물건으로서의 유체성을 갖추는 경우도 있음을 고려하면 재산법이 물을 다루고 있는 것은 당연해 보이기까지 한다.¹⁾ 그렇지만 재산법이 물을 다루는 것이 적당하지 않아 보이는 면도 있다. 물은 사람의 생존에 직결되는 너무나 큰 중요성을 가지기 때문이다. 물이 재산적 가치를 가지지 않아서가 아니라, 재산적 가치를 넘어 생존적 가치를 가지기에 재산법으로 다루는 것이 적당하지 않을 수 있다는 것이다.

그리하여 우리 민법상 물에 관한 규정들을 다시 보면, 민법은 물을 다루고 있기는 하되 뭔가 불분명하게 다루고 있다. 일단 물이 개인적 소유의 대상인지 여부가 분명하지 않다. 물의 소유와 용익의 관계도 분명하지 않다. 그러다 보니 토지와 연결된 물의 소유 내지 용익 법리와 토지와 분리된 물의 소유 내지 용익 법리 사이 구분도 분명하지 않다. 하지만 우리 민법이 물의 소유 여부를 분명하게 하고 있지 않다고 하여 우리 민법이 물에 대한 개인의 재산권적 권리성을 전적으로 부정하고 있는 것은 아니다. 예를 들어 우리 민법상 공유하천에 관한 조문을 보면 공유라는 것이 공공의 소유라는 의미의 공유인지는 분명하지 않지만, 개인이 공유하천에서 인수를 하여 용익할 재산권적

1) Samuel C. Wiel, "Natural Communism: Air, Water, Oil, Sea, and Sea Shore", 47 *Harv. L. R.* 425 (1934), p.433.

권리는 인정하고 있다.

이와 같은 우리 민법에 비해 우리 민법이 계수한 독일 민법의 모법인 로마법을 보면, 로마법대전은 물이 공기와 더불어 개인적 소유의 대상이 아니라 는 것과 사회적으로 의미를 가지는 대부분의 물이 공공의 것(국유) 또는 공공의 이용을 위한 것임을 분명히 하고 있다.²⁾ 하지만 그런 한편으로 개인 소유의 토지와 결부되어 존재하는 물이 개인적인 소유의 대상이 될 수 있음 과, 물의 이용을 개인적 권리의 대상으로 삼을 수 있음을 분명히 하고 있다.³⁾ 그 결과 물의 개인적 소유를 불분명하게 두고 있는 우리 민법에서보다 물의 개인적 소유를 원칙적으로 부정하고 있는 로마법에서 오히려 물에 관한 개인의 재산권 관련 규정을 더 많이 발견할 수 있다.

물론 보는 시각에 따라 물에 대한 우리 민법과 로마법의 태도가 크게 다르 지 않다고 말할 여지가 있다. 물의 공공성을 분명하게 밝히면서도 세부로 들어가면 개인의 재산권성을 인정하는 로마법이나, 물에 대하여 공공성도 개인 적 재산권성도 분명하게 밝히고 있지는 않지만 부정을 하고 있는 것도 아닌 우리 민법이나, 구체적인 모습에서는 별 차이가 없을 수도 있다는 것이다. 실제로 물에 관한 규율들은 시대와 국가를 막론하여 공통성을 보이기는 한 다. 물이 사람의 생존에 필수적이고, 물과 토지가 연결되어 존재하며, 물을 둘러싼 이해 조절에서는 관습 내지 관행이 중요한 것이 공통되므로⁴⁾ 시대가 다르고 국가가 다르다고 하여 규율 차이가 당연히 존재해야 하는 것은 아닌 것이다. 하지만 그렇기에 오히려, 로마법과 우리 민법 사이에 크게 다를 것이 없다는 사실 대신에, 그럼에도 불구하고 두 법 사이에 이런저런 차이가 존재 한다는 사실이 중요하게 된다. 물은 그토록 중요하기에 사소해 보이는 차이 조차 사소하지 않을 수 있는 것이다.

그리하여 이 글은 로마법상 물 규정들과 우리 민법상 물 규정들을 비교하 여 검토하는 것을 목적으로 한다. 우리 민법이 로마법계 법인 것은 독일 민

2) D.43.12.1.7-8.; D.43.12.3.pr.

3) Inst.2.1.1.; D.1.8.2.1.; D.43.8.3.1.; D.43.12.1.3.; D.43.14.1.3-6.

4) 물에 관한 규율들이 관행 내지 관습을 중시하는 경향에 대해서는 박종찬, 『수법에 관한 연구』, 『강원법학』 제23권(강원대학교 법학연구소, 2006.12), 55면을 참조하라.

법을 매개로 하여 그러한데, 로마법과 우리 민법을 직접적으로 비교하는 것은 물의 중요성 때문이다. 이미 강조하였듯이 물이 생존에 필수적이고 재산적 가치의 평가에서 특별한 것은 우리 시대와 로마 시대를 막론하므로 독일 민법이라는 매개를 생략하고도 로마법과 우리법은 직접 비교 연구의 대상이 될 수 있는 것이다. 이렇게 하여 로마법과 우리 민법을 수평 관계에 놓고 비교하여 본다고 할 때 이 글은 물의 소유 자체보다, 물의 공공성을 전제로 물의 이용 내지 용익에 중점을 두는 글이다. 물의 소유와 이용 중에 소유 여부가 근본적으로 중요하기는 하지만, 우리 민법이 물의 소유에 대해 소유를 분명히 하고 있지 않고 또 대부분의 입법례가 물의 이용 내지 용익 측면에 초점을 맞추고 있는 만큼,⁵⁾ 일단 두 법 사이 물의 이용 내지 용익 측면을 비교하여 보려는 것이다.

이 글의 목적과 한계가 그러한 만큼 필자는 이 글을 통해 로마법과 우리 민법상 물에 관한 규정을 일대일로 대응시켜 우리 규정의 로마법적 기원을 강조하거나, 로마법이 우리 민법과 달리 물과 해당 토지의 공공성을 명확하게 하고 있다는 점을 들어 공개념의 타당성을 강조하려 하지는 않을 것이다. 우리 민법 규정들의 로마법적 기원은 물에 관한 규정이 아니라도 어차피 확인되어 있는 사실이므로 물 규정을 들어서 강조할 필요는 없다고 생각하기 때문이다. 그리고 물과 해당 토지의 공공성에 관한 한 사적 소유를 전제로 하는 우리 민법의 현 상태를 생각할 때에, 로마법이 물과 해당 토지의 원칙적 공유(국유)를 분명히 하였다는 사실 자체보다, 개인의 소유권을 중시하였던 로마법이 물이라는 공공재를 둘러싼 이해관계를 어떻게 조절하였는지에 주목하여야 할 것이기 때문이다.⁶⁾

5) 김상용, 「제3장 소유권 제1절 소유권의 한계」, 『민법주해[V』(박영사, 1992), 322면.

6) 이런 이유로 이 글 안의 로마법 개소들을 의역하여 전체적인 모습 파악을 하는 것에 주력하였다. 이 글 안의 번역들은 Samuel P. Scott (trans.), *The Civil Law* (AMS Edition, New York, 1973; original. Cincinnati, 1932)와, Alan Watson (trans.), *The Digest of Justinian* (University of Pennsylvania Press, 1985)을 참고하여 이루어졌다. 다만, 여기서 로마법대전에 대한 영어로 된 번역본들은 로마법연구자들로부터 정확성을 의심받는다라는 사실을 언급해 둘 필요는 있겠다. 참고로 필자는, 영어 번역본의 수준이 로마법대전 상 물 관련 규정의 내용을 전체적으로 파악하여 비교하는 목적을 수행하는 데에 큰 지장을 주는 정도는 아니라고 생각한다.

II. 로마법상 물에 관한 규정들

1. 로마법대전에서 물에 관한 규정들

1905년에 나온 Ware의 로마법상 물(Roman Water Law)이라는 편집번역서에 따르면⁷⁾ 로마법대전에는 학설회찬과 칙법 부분을 합하여 대략 300개가 넘는 정도의 물에 관한 규정(개소, 조문)들이 있다고 한다. 로마법 연구에 컴퓨터가 사용되는 지금 굳이 그 숫자의 정확도를 문제 삼을 필요는 없을 것인데, 그가 로마법대전에서 찾아낸 물 관련 규정들이 물과 어느 정도 관련을 가지는지를 살펴보면 어느 정도 믿을만하다. 예를 들어 불법행위가 불에 의해 행해지면 아퀼리우스 법에 의해 다루어진다는 규정은 물과 관련이 없는 규정처럼 보이지만⁸⁾ 불에 의한 불법행위든 물에 의한 불법행위든 마찬가지로 법으로 다스려진다는 내용으로 인해⁹⁾ 물과 관련한 규정으로 소개되는 정도의 관련성은 가진다. 이러한 Ware의 연구 결과를 재분석해 보면 물에 관한 규정은 학설회찬 제43권, 제39권, 제8권, 제41권 등에 많다.¹⁰⁾ 물의 종류를 기준으로 해서는 강에 대한 것이 가장 많다. 그리고 해당 규정의 저자를 기준으로 해서는 울피아누스(Ulpianus 170-223)의 것이 가장 많다.¹¹⁾

7) Eugene F. Ware, *Roman Water Law* (West Publishing Co., 1905), p.3f. Eugene F. Ware는 19세기 후반에 미국 캔사스 주에서 활동한 정치가이며 법률가라고 한다. <http://www.ksgenweb.com/archives/1918ks/biow/wareef.html>. 그러나 그가 법률가로서 활동한 업적이나 그가 어떤 배경으로 로마법상 물 규정을 모아 편집번역을 하게 되었는지에 대해서는 구체적으로 알기 어렵다. 필자의 추측에 그가 물에 대한 연구를 한 것은 18세기 말 경에 미국에서 물의 공공재적 성격을 선언(public trust doctrine)한 선례가 나왔다는 것에 영향을 받은 것 같다. 해당 선례로 Illinois Central Railroad v. Illinois, 146 U.S. 387 (1892) 참조. Public trust doctrine에 대해서는 Helen F. Althaus/ Joan M. Chambers/ Patrick J. Hines, *Public Trust Rights* (U.S. Fish and Wildlife Service, GPO, 1978)을 참조하라. 그런 한편 Ware의 저서가 1905년에 나온 것을 미국의 법률가들이 고전법학 시기(대략 1860~1920년 사이)에 로마법에 접근하였던 사실과 연결시킬 수도 있어 보인다. 미국의 고전법학 시기에 대해서는 김영희, 『영국법, 스코틀랜드법, 미국법, 그리고 로마법』, 『법사학연구』 제52집 (한국법사학회, 2015.10), 45면 참조.

8) C.3.35.1. Ware, *ibid.*, p.121.

9) C.3.35.2. Ware, *ibid.*, p.121.

10) 로마법대전의 학설회찬 부분 규정(개소, 조문)은 일반적으로 D(Digesta, Digest). 권(券, Liber, Book). 장(章, Titulus, Title). 절(節, Section). 항(項, Paragraph)으로 인용된다.

11) 법학제요 부분에는 물에 관련된 조문이 많지 않은 것도 특징이라면 특징이다. 이는 로마제국이 전

이하에서는 로마법대전에 들어 있는 물에 관한 규정들을 강, 우수(빗물), 낙수(처맛물), 샘물, 수로업무(waterworks), 하수도, 공공 저수지, 관개, 용수권(물의 이용 water rights), 수로(right of way, aquaeductus)의 순서로 살펴볼 것이다. 이는 기본적으로 Ware의 구분에 따른 것이다. 그런데 그의 구분은, 예를 들어 관개 부분은 로마가 농업사회였음을 생각할 때¹²⁾ 농업을 위한 관개에 관한 규정들을 다루고 있을 것 같지만 실제로는 용수권(물의 이용) 부분과 내용적으로 특별히 구분되지는 않는다는 점에서, 전적으로 믿을 만하지 않기는 하다. 그럼에도 불구하고 필자가 그의 구분을 따라가는 것은, 로마법대전은 기본적으로 결의론적 방식에 따라 편성되어 있기 때문이다. 로마법대전상 장 제목이 그 자체로 로마법대전상 물에 관한 규정들을 이미 한 번 분류해주고 있는 셈이라고 할 때에, 로마법계 국가의 법률가도 아니고 로마법학자로 명성을 남긴 것도 아닌 미국의 어떤 법률가가 재분류한 예상 외의 시각을 따라가며 연구해 보는 것도 의미가 있다고 생각하는 것이다.¹³⁾

그런 한편 여기서는(Ⅲ) 로마법대전에 포함되어 있는 물에 관한 규정들의 내용을 파악하는 일에 중점을 두려 하며, 해당 규정들의 내용을 분석하는 일은 뒤에서(Ⅳ) 하려 한다. 우리 민법과 로마법의 차이를 정확히 보려면, 먼저 로마법만을 있는 그대로 보는 일이 필요하다고 생각하기 때문이다.

2. 강에 관한 규정들의 내용

강은 항상적인 물의 흐름을 말한다. 그리고 그런 강은 원칙적으로 공공의

체적으로 볼 때 물이 부족한 국가인 편은 아니어서 물에 대한 관심이 상대적으로 크지 않았을 것이라는 추측으로 이어진다. 이에 비해 로마법계 국가들 중에 홀란드(네덜란드)에서 특히 물에 관한 연구가 많았던 것은 그들이 처한 지역적 여건상 물에 대한 관심이 클 수밖에 없어서라고 본다. J. C. De Wet, "Hundred Years of Water Law", 1959 *Acta Juridica* 31 (1959), p.31.

12) Andrew Stephenson, *Public Lands and Agrarian Laws of the Roman Republic* (Johns Hopkins Press, 1891), p.4.

13) 미국의 법률가들은 로마법을 충실하게 계수한 독일의 법률가들과는 달리 로마법과 관련하여 미시적 정확성을 추구하기보다 거시적 틀을 참조하려는 경향이 강하다. 이 글이 미국의 법률가의 연구 시각과 연구 방법을 반영하는 만큼 필자는 이 글에서 독일법 자료를 통해 미국법식 이해의 오류를 수정하는 일은 하지 않으려 한다.

것이다.¹⁴⁾ 강이 공공의 것이라 할 때 강이 지나가는 길은 개인의 토지로 지나가더라도 공공의 것이 된다.¹⁵⁾ 그리고 강의 소유와 강물을 담고 있는 토지(하상)의 소유는 구분되지만,¹⁶⁾ 항상 물이 흐르는 강이 공공의 것이라는 점에서 항상 물에 잠겨있는 하상도 사실상 공공의 것으로 된다.¹⁷⁾ 하상을 사실상 공공의 것으로 보는 것은 강의 물의 고점에서부터 경사진 양안을 공공의 것으로 보는 것과 어울린다.¹⁸⁾

항상적인 물의 흐름을 공공의 것인 강이라고 보는 만큼 어떤 물의 흐름을 항상적인 흐름이라고 볼 것인지가 중요하다. 이와 관련하여 평소에는 존재하지 않다가 폭우로 생겨나 흐르는 강은 공공의 것인 강으로 보지 않는다. 그러나 그 강이 건조기와 건조기 사이 폭우기에 주기적으로 모습을 드러낸다면 공공의 것인 강으로 본다.¹⁹⁾

항상적인 흐르는 물의 흐름을 강이라고 할 때 강에는 규모에 따라 다른 명칭(예. 하천)이 붙을 수 있다. 하지만 강이 되는 데에는 규모보다 물이 항상적으로 흐른다는 점이 더 중요하다. 즉, 물의 폭과 깊이가 항행이 가능할 정도로 넓고 깊어야만 공공의 것인 강으로 될 수 있는 것은 아니다.²⁰⁾ 그럼에도 불구하고 물의 규모상 공공의 것인 강이라고 부르는 것이 의미가 없는 물의 흐름들이 있을 수 있다. 강보다 작은 규모의 물의 흐름은, 그것을 강이

14) 강에 관한 서술 부분을 비롯하여 로마법상 일정 규모 이상의 중요한 물에 대해 필자가 공공의 것이라고 표현한 것은 *res communes*의 번역이다. 로마법상 *res communes*는 물에 관한 논의에서만 사용된 표현은 아닌데, *res communes*를 어떻게 이해할 것인가가 물에 관한 논의에서 중요한 의미를 가진다. 로마법대전상 *res communes*는 국가나 지방자치단체가 소유자로 되는 것, 공공이 공유하는 것 또는 아예 소유 대상이 될 수 없고 공공이 이용만 할 수 있는 것 등으로 이해될 수 있는데, *res communes*를 어떻게 이해할 것인가에 따라 물에 대한 논의의 방향이 달라질 수 있게 된다. 하지만 물의 이용(용익)에 중점을 두는 이 글에서는 *res communes* 자체는 다루지 않기로 한다. 로마법대전상 *res communes*가 의미하는 물의 소유를 어떻게 이해하든 물의 이용에 공공성이 있다는 점은 공통적이기 때문이다. 로마법대전상 물을 *res communes*라고 하는 것이 의미하는 바에 대한 미국 법률가들의 논의를 정리한 자료로는 Althaus/Chambers/Hines, *ibid.*, p.6을 참조하라.

15) D.43.12.1.7-8.; D.43.12.3.pr.

16) 김상용/정우형, 『토지법』 증보판(법원사, 2004), 365면.

17) 로마법에서 강이 하상의 소유와 무관하게 공공의 것(국유)인 것은, 우리법상 私川과 公川의 구분이 하천의 소유를 의미하지 않는 것과 연결점을 가진다고 볼 수 있다. 김상용/정우형, 앞의 책, 366면.

18) D.43.12.3.pr.; D.43.12.3.1-2.

19) D.43.12.1.2.

20) D.43.13.1.2.

라고 부르든 다른 명칭으로 부르든, 하상과 더불어 개인의 것이다. 강보다 작은 규모의 물의 흐름이 개인의 것인 것은 강보다 작은 규모의 물의 흐름은 로마법이 말하는 공공의 것인 강이 아니기 때문이다.

결과적으로 강인 물의 흐름과 강이 아닌 물의 흐름을 명확히 구분하기는 어렵다. 강보다 작은 규모의 물의 흐름도 강으로서의 요건인 항상성을 갖출 수 있기에 그 물의 흐름이 강인지 아닌지는 결국 사람들의 생각에 따라 판단 되게 된다.²¹⁾

강이 공공의 것이라 할 때 강에서 파생된 호수나 연못 등도 원칙적으로 공공의 것이다.²²⁾ 강의 끝 부분인 바다는 그 소유를 말할 여지가 없다. 바다의 이용은 공기의 이용과 마찬가지로 공공을 위한 것이다.²³⁾

이처럼 강은 기본적으로 공공의 것이지만 개인의 강이 있을 수도 있다.²⁴⁾ 규모가 크더라도 항상적이지 않은 강은 개인의 강이 될 수 있다. 규모가 작다면 항상적이더라도 개인의 강이 될 수 있다.²⁵⁾ 공공의 강에서 파생된 호수나 연못 등도 놓인 위치나 규모에 따라 개인의 것이 될 수도 있다.²⁶⁾ 그런 한편 공공의 강의 강물이 개인 소유의 토지에 흘러 들어가 강을 이루지 않은 채인 경우에 그런 물의 흐름은 더 이상 공공의 강의 일부도 아니고 공공의 강물의 일부도 아니다.²⁷⁾

강의 충적으로 새로 생기는 섬들은 공공의 것이 될 수도 있고 개인의 것이 될 수도 있다. 항상적인 강에서 하상이 공공의 것인 경우에 충적된 섬도 공공의 것이 되지만, 개인의 강에서 충적된 섬은 개인의 것으로 된다. 그런 한편 강물이 공공을 위해 이용되고 있더라도 강안에 충적된 섬이 양안의 토지 소유자의 것으로 되거나 그 섬을 선점한 개인의 것으로 될 수도 있다.²⁸⁾

21) D.43.12.1.1.

22) D.43.14.1.3-6.

23) D.43.8.3.1.

24) D.43.12.1.3.

25) 로마법을 계수한 독일법의 경우에 흐르는 물은 국유(연방정부, 주정부)이되, 고여 있는 물은 개인의 토지소유권의 객체에 포함되는 것으로 보고 있다. 김상용·정우형, 앞의 책, 368면.

26) D.43.14.1.2-6.

27) D.43.12.1.9.

28) D.41.1.30.2.; D.41.1.65.4.; D.41.1.29.; D.43.12.1.6.

공공의 강에서 물과 관련한 개인의 권리 구제는 국가에 의한 특시명령을 통해 이루어진다. 하지만 개인의 강은 개인의 여타 부동산과 마찬가지로 국가의 관리 대상에서 배제된다.²⁹⁾ 그러므로 개인의 강인 경우에는 강의 소유자도 강물의 이용자도 로마법이 강물과 관련하여 마련해 놓고 있는 특시명령이라는 구제방법을 사용할 수 없다.³⁰⁾

강이 공공의 것이라고 할 때에 개인들은 필요에 따라 강물을 끌어들이어 이용할 수 있다. 하지만 강물을 자신의 토지로 끌어들이어 이용한다는 것이 강 자체나 강의 흐름에 변경을 가져오는 것이어서는 안 된다. 강은 원래대로 자연스럽게 흐르도록 두어져야 한다. 강의 흐름의 변경은 강물이 잘 안 흐르는 부분을 잘 흐르게 만든다는 이유로도 허용되지 않는다.³¹⁾ 이에 비해 더 이상 강이라고 부르기 어려운 지류에서는 강을 해하지 않고 타인의 강물 이용을 해하지 않는다는 전제 아래 약간의 변경을 가하는 것이 허용될 수 있다.³²⁾

강물은 기본적으로 농경용이나 산업용 또는 생활용으로 이용되지만, 강 자체는 교통적 의미를 가지기도 한다. 공공의 강은 공로가 되는 것이다. 공공의 강은 공로가 그러하듯이 누구의 통행도 막지 않는다. 하지만 공로가 명령을 통해 통행이 제어될 수 있듯이 공공의 강도 통행이 제어될 수 있다.³³⁾ 이렇듯 강이 공로의 역할을 하여 공공의 통행을 위해 사용된다고 할 때에 강은 배로 건너는 것이 원칙이다.³⁴⁾ 그런 한편 강이 공로가 되는 한 개인은 강에 무엇인가 투하하는 식으로 공공의 통행을 방해하는 행위를 하여서는 안 된다. 강에 무엇인가를 설치하여서 항행을 막거나 어렵게 만들어서도 안 된다.³⁵⁾

29) D.43.12.1.4.

30) D.43.12.1.4. 로마법에서 강에 대한 규율들은 처음에는 금지적이었다가 나중에는 원상회복적 내지 손해배상적인 것으로 발달하였다. D.43.12.1.20.

31) D.43.13.1.3.; D.43.13.1.9.

32) D.43.12.1.10.; D.39.2.24.

33) D.43.14.1.1.

34) D.8.3.38.

35) D.43.12.1.pr.

3. 우수에 대한 규정들의 내용

빗물(우수)에 대한 규정은 빗물의 이용에 관한 것이기 보다는 주로 빗물로 인해 발생한 손해에 관한 것들이다. 해당 토지로 내리는 빗물의 이용은 토지 소유에 결부되어 있기 때문이다. 그런 맥락에서 타인이 모아 놓은 빗물을 이용하고자 하거나 타인의 토지에 흐르는 빗물의 흐름을 자신의 이용에 맞게 변경시키고자 한다면 그 타인과 사이에 빗물의 이용을 위한 지역권 관계를 설정하여야 한다.

그런데 빗물로 인해 발생한 손해라고 하여 모두 손해배상의 대상으로 되는 것은 아니다. 빗물이 자연스럽게 흘러내려 발생한 손해는 손해배상의 대상이 되지 않고, 사람의 행위가 매개되어 발생한 손해인 경우에만 손해배상의 대상으로 된다. 예를 들어 사람이 쌓은 독이 빗물의 양을 증대시켜 손해를 발생시킨 경우에 그 독을 쌓은 자는 손해배상책임을 져야 할 수 있다.³⁶⁾ 하지만 밭의 고랑으로 인해 빗물의 양이 증대되어 피해가 발생한 경우에는 손해배상 책임을 지지 않는다. 그 고랑은 사람의 행위가 매개된 것이기는 하지만 자연스러운 행위인 밭갈이의 결과로 생겨난 것이기 때문이다.³⁷⁾ 이에 비해 위 토지 소유자가 아래 토지로 빗물이 흘러가게 하되 평소의 자연스러운 방식과는 다른 방식으로 흘러가게 하였다면 손해배상책임을 져야 할 수 있다.³⁸⁾ 그리고 빗물로 인한 손해는 실제로 손해가 발생하였어야 배상대상으로 된다. 만약에 타인의 토지가 휴농 중이었다면 손해가 발생하지 않았다고 보아 손해배상을 인정하지 않는다.³⁹⁾ 그런 한편 이웃의 토지에서 자신의 토지로 빗물이 흘러 들어와서 여태 이익을 얻었는데 그 이웃이 어느 날 그 흐름을 막았다면 이로 인해 발생한 손해는 빗물로 인한 손해가 아니므로 배상대상이 되지 않는다.⁴⁰⁾

36) D.39.3.1.1-2.

37) D.39.3.1.15.

38) D.39.3.1.13.

39) D.39.3.1.11.

40) D.39.3.1.21.

4. 낙수에 대한 규정들의 내용

낙수(처맛물)는 건물로 인한 물의 흐름으로 생긴다. 이미 존재하고 있던 건물의 낙수가 타인의 토지로 가는 것은 지역권 관계로 규율된다. 타인의 토지로 낙수를 보내려면 건물의 소유자는 토지 소유자와 지역권 관계를 설정하여야 하는 것이다. 이때에 건물이 있는 토지가 요역지가 되고 건물의 낙수를 받는 토지가 승역지로 된다. 이렇게 요역지가 승역지에 낙수를 보내고 있던 상황이라면 승역지 소유자는 물이 떨어질 장소에 새로 건물을 지을 수 없다.⁴¹⁾ 만약 요역지 소유자가 승역지 소유자에게 건물을 지어도 된다고 허락한다면 그것은 승역지 건물이 요역지 건물의 낙수를 방해하지 않는 범위에서 가능하다는 의미가 된다. 따라서 승역지 소유자는 짓는 건물의 높이에 제한을 받게 된다.⁴²⁾

요역지에 이전 건물에 대신해 새 건물이 들어섰을 때에 승역지 소유자가 손해배상을 받을 수 있는 상황에 놓이는지 아닌지의 기준은 새 건물이 이전 건물에 비해 다른 방식으로 낙수하게 만드는가 이다.⁴³⁾ 기존 건물에 변화를 주었을 때에도 마찬가지로 기준은 승역지 소유자가 이전보다 나쁜 상황에 처하게 되면 안 된다는 것이다. 그리하여 요역지에 위치하는 건물의 소유자는 예를 들어 해당 건물의 처마의 높낮이가 낙수의 궤도나 강도를 높이는 쪽으로 영향을 줄 것 같으면 처마의 높이에 조차 변화를 주어서는 안 된다.⁴⁴⁾ 만약에 승역지 소유자가 이전보다 나쁜 상황에 처하게 될 것 같으면 양 당사자는 새로 지역권을 설정하든지 기존의 지역권의 내용을 변경하는 계약을 체결하는 방법을 사용하는 것이 바람직하다.⁴⁵⁾

41) D.8.2.20.3.

42) D.8.2.21.

43) D.8.2.20.2-4.

44) D.8.2.20.5.

45) D.8.2.20.5.

5. 샘물에 대한 규정들의 내용

샘물이든 우물이든 그것이 공공의 것인지 개인의 것인지 여부는 그것이 놓인 상황과 규모로 판단된다.⁴⁶⁾ 샘물이 공공의 것으로서 공공이 이용하고 있는 경우에는 물의 이용에 무단의 변경이 가해지지 않아야 한다.⁴⁷⁾ 공공이 이용하는 샘물을 품질 유지를 위하여 청소를 하거나 수리를 하는 일은 그것이 공공 중 누구인가의 샘물 이용을 방해하는 결과를 가져오더라도 그것은 구제 대상이 아니다.⁴⁸⁾

개인의 토지에서 발원하여 용출하는 샘물을 해당 개인이 이용하는 경우에는 그 샘물은 해당 개인의 소유이다. 개인 소유의 토지를 샀을 때 용출하는 샘물을 자신의 토지에 이용하는 것은 설령 그로 인해 이웃 소유 토지의 샘물에 영향을 주게 되더라도 그 이웃에게 손해를 주려는 의도가 아니므로 막을 수 없다.⁴⁹⁾ 이에 비해 타인의 토지에서 발원하여 용출하는 샘물을 자신의 토지에 끌어들이는 것은 타인의 동의 없이는 허용되지 않는다.⁵⁰⁾

타인의 토지에서 발원한 샘물이지만 수맥으로 이어져 자신의 토지에서 용출되어 자신이 그 물을 이용하고 있던 경우에는, 양 당사자 사이에 그 물에 대한 지역권이 설정되지 않은 한, 그 타인이 해당 수맥을 차단하여 자신의 토지에서 더 이상 물이 용출되지 않게 되더라도 타인이 폭력을 사용한 것은 아니므로 타인에게서 손해배상을 받을 수는 없다.⁵¹⁾

그런 한편 샘물에 관한 지역권은 샘이 없거나 물이 없어도 설정될 수 있다. 물을 찾아 샘물을 만들고자 하는 사람이 물을 찾을 권리를 위해 지역권을 설정할 수 있기 때문이다.⁵²⁾ 마찬가지로 맥락에서 아직 물을 찾지 못한 경우에도 물을 찾아 끌어갈 지역권의 설정이 가능하다.⁵³⁾

46) D.43.14.1.2-6.

47) D.43.22.1.pr.-1.

48) D.43.22.1.8.

49) D.39.3.1.12.

50) C.3.34.4.

51) D.39.3.21.

52) D.8.5.21.

6. 수로업무에 대한 규정들의 내용

수로업무(waterworks)에 대한 부분에는 개인의 수로 건설과 관련된 규정들이 아니라, 공공수로에 대한 관리와 범죄로 처벌 그리고 공무적 내용의 규정들이 모아져 있다. 예를 들어 다음과 같은 규정들이 있다.

콘스탄티노플 시는 개인이 공공 운하에서 수로를 내어 자신의 토지로 인수하여 가는 것을 시에 해를 끼치는 것으로 불허하였다.⁵⁴⁾ 그리고 공공 수도와 파이프에 손해를 가하는 일은 처벌의 대상으로 삼았다. 그런 한편 군대의 경비병 같은 역할을 하는 물 관리자를 두어 도시의 물을 상시 관리하도록 하였다.⁵⁵⁾

7. 하수도에 대한 규정들의 내용

공공 하수도의 이용은 물의 이용과 비슷하게 평상시에 이용해 온 방식을 우선적으로 고려한다. 그러므로 공공 하수도는 개인이 함부로 건드려서는 안 된다. 물론 하수도를 건드리는 일 뿐만 아니라 하수도의 기능을 떨어뜨리는 이용을 하여서도 안 된다.⁵⁶⁾ 그렇지만 개인 하수도를 만들어 공공 하수도에 연결시키는 일은 원칙적으로 허용된다.⁵⁷⁾

개인 하수도는 그 이용의 편의와 위생 및 안전이 공공 하수도와 적절하게 조율되어야 한다. 그러므로 어떤 사람이 타인의 토지로 지나가는 자신의 개인 하수도를 임의로 수리하고 청소하는 것을 막을 수만은 없다.⁵⁸⁾ 마찬가지로 맥락에서 하수도의 경우에는 개인 하수도라고 하더라도 공공 하수도와 마찬가지로 특시명령에 의한 구제가 가능하다. 국가가 개인의 하수도도 포괄적으로

53) D.8.3.10.

54) C.11.42.2.

55) C.11.42.10.

56) D.43.23.1.15-16.

57) D.43.23.1.8-10.

58) D.43.23.1.13-14.

관리하는 것이 공공 하수도를 위해 그리고 공공을 위해 필요하므로 그렇게 한다.⁵⁹⁾

8. 공공 저수지에 대한 규정들의 내용

공공 저수지에서 물을 이용할 자격의 부여는 국가만 할 수 있다.⁶⁰⁾ 국가는 이 권리를 토지에 부여할 수도 있고 사람에게 부여할 수도 있다. 토지에 부여한 경우에 권리는 그 이용자의 사망과 무관하게 존속하고, 토지의 소유권이 변동되는 경우에 당연히 부수하여 승계된다. 그러나 사람에게 부여한 경우에 권리는 상속인에게조차 승계되지 않는다.⁶¹⁾ 어떤 사람이 공공 저수지에서 물을 이용할 자격이 있는 한 그 누구도 그 사람의 물의 이용을 방해하여서는 안 된다.⁶²⁾

9. 관개에 대한 규정들의 내용

물의 이용에서 원칙은 이전의 상황과 비슷하게 이용할 것과 그 이용에 폭력과 은비와 변경이 없을 것이다.⁶³⁾ 물 이용 권리의 순서는 가정용, 가축용, 정원용, 농사용, 광산용, 산업용 등의 순서이다.⁶⁴⁾ 그런 한편 물은 일상의 수요에 따른 물과 계절적 수요에 따른 물, 특히 여름 수요의 물로 나눌 수도 있다.⁶⁵⁾ 물을 이렇게 나누는 것은 물에 대한 판단이 그 계절에 맞추어져야 하기 때문이다.⁶⁶⁾

59) D.43.23.1.3.

60) D.43.20.1.42.

61) D.43.20.1.43-45.

62) D.43.20.1.38.

63) D.43.20.1.pr.

64) Ware, *ibid.*, p.94, C.3.34.12.에 대한 Ware의 역주를 참조. 온천수라고 하여 농사용 물과 관련한 규율에서 배제되는 것은 아니다. 필요하다면 온천물을 식혀서 농사용으로 이용할 수도 있기 때문이다. D.43.20.1.13.

65) 여름 수요의 물은 반드시 여름에만 이용하여야 하는 것은 아니지만 주로 여름의 세탁이나 여름의 초목, 여름의 야영 등을 위한 수요에 따른 구분 개념이기는 하다. D.43.20.1.3.

공공 수원에서 여러 토지로 관개가 들어갈 경우에 물의 이용은 물이 필요한 규모에 비례하여야 한다. 하지만 그 경우에 특정인이 물을 더 가져갈 권리를 가지는 관계가 설정되는 것이 부정되지는 않는다.⁶⁷⁾ 이에 비해 개인 수원에서 관개가 들어갈 경우에 물의 이용은 기본적으로 지역권 관계에 의한다.⁶⁸⁾ 그리고 공공 수원의 경우든 개인 수원의 경우든 어떤 사람이 관개를 위한 시설을 수리하거나 청소하는 것은 설령 그것이 타인에게 불편을 끼치거나 불리하게 만들지라도 허용된다.⁶⁹⁾

10. 용수권에 대한 규정들의 내용

타인의 토지에 있는 물을 가져다 쓸 권리(용수권, 수리권)는 당사자들의 합의를 통해 지역권으로 설정될 수 있다. 그리고 지역권으로 설정된 용수권은 물을 이용할 권리와 물 이용을 위하여 토지를 이용할 권리를 포함한다. 지역권 설정을 통한 물의 이용은 타인에게 손해를 가하지 않아야 한다는 것을 원칙으로 한다.⁷⁰⁾ 그리고 어느 경우든 이용할 수 있는 물의 양은 오랜 관습 내지 관행을 기준으로 판단된다.⁷¹⁾ 이와 같은 용수를 위한 지역권은 요역지 소유권에 수반하여 상속인이나 매수인에게 승계될 수 있다.⁷²⁾ 이와 같은 요역지 소유권에 부수된 용수권은 당사자들의 교체와 상관없이 존속된다. 그런 만큼 용수권은 사용취득될 가능성을 가진다.⁷³⁾ 그리고 비슷한 맥락에서 용수권은 장기의 불사용으로 소멸될 수도 있다.⁷⁴⁾ 따라서 요역지든 승역지든 토지의 매매가 있을 경우에는 당사자들은 해당 토지의 물 이용에 대

66) D.43.20.1.4.; D.43.20.1.30-31. 물의 수요를 계절별로 구분하는 결과, 물에 관한 소송의 명칭도 달라지게 된다. D.43.20.1.3.

67) D.8.3.17.

68) D.43.20.1.7.

69) D.43.21.1.pr.-1.

70) D.43.20.3.5.

71) C.11.42.4.

72) C.3.34.2-3.

73) D.43.20.3.4.

74) D.8.6.7.

한 권리의 처분 여부에 대한 의도를 확실히 할 것이 요구된다.⁷⁵⁾

그런 한편 타인의 토지에 있는 물을 이용하기 위해 지역권을 설정한 것이 그 물을 또 다른 타인들의 토지를 거쳐 자신의 토지로 끌어 올 때 자신과 그 타인들과의 사이에 지역권을 존재하게 만들어주는 것은 아니다. 용수를 하려는 자는 자신의 토지로 물을 끌어오기 위해 토지 소유자들과 사이에 물을 끌어오기 위한 지역권 관계를 별도로 설정하여야 한다. 그 경우 한 토지와의 지역권 관계가 다른 토지와의 지역권 관계를 설정시켜 주는 것이 아니므로 모든 토지 소유자들과 지역권 관계를 설정하여야 한다.⁷⁶⁾

만약에 두 토지의 소유자가 한 토지를 매도한다면 매도된 토지가 용수를 위한 요역지가 되고, 매도하지 않은 나머지 한 토지가 용수를 위한 승역지로서의 의무를 당연히 부담하는 것으로 본다.⁷⁷⁾ 그렇게 인정된 용수를 위한 지역권이 요역지 매수인에게 얼마나 쓸모 있을지는 상관하지 않는다.⁷⁸⁾

11. 수로에 대한 규정들의 내용

수로(물의 길 aquaeductus)는 물 이용을 위해 토지에 만들어놓은 물을 끌고 가거나 배출하는 길로서, 길 중의 하나로 취급된다.⁷⁹⁾ 타인의 토지에 수로를 두려면 지역권 관계를 설정하여야 한다. 타인의 토지에 수로를 두기 위해 그 자와 지역권 관계를 설정하기는 하였지만 구체적인 위치를 정하지 않은 경우에는 타인의 모든 토지가 승역지로 된다.⁸⁰⁾ 그리고 그 타인과 설정한 수로를 위한 지역권은 그 토지를 도보로 통행할 권리를 포함한다.⁸¹⁾ 나아가 그 수로를 수리할 권리, 수로를 수리하러 본인과 일꾼이 해당 토지를 드나들 권리, 물에 접근하여 적당한 공간을 사용하는 권리, 수로를 만들며 흙이나

75) D.39.3.9.pr.

76) D.8.3.33.1.

77) D.8.3.36.

78) D.8.1.19.

79) D.8.3.1.pr.

80) D.8.3.21.

81) D.8.3.3.3.

돌 등을 치워들 적당한 공간을 사용하는 권리까지도 포함한다.⁸²⁾ 그런데 그렇게 타인과 지역권을 설정하여 자신의 수로를 만든다고 하더라도 공로를 만나면 공공기관의 허가를 따로 받아야만 공로를 가로질러 자신의 수로를 만들 수 있다.⁸³⁾

Ⅲ. 우리 민법상 물에 관한 규정들

1. 상린관계 부분 물 규정과 지역권 부분 물 규정

우리 민법상 물에 관한 규정들은 주로 물권법의 소유권 부분에 소유권의 한계로서 제218조 이하에 이른바 상린관계 규정으로 들어 있다. 그리고 제297조에 지역권 부분에 지역권의 한 종류인 용수지역권 규정으로 들어 있다. 상린관계 부분에는 여러 개의 물 관련 규정이 있는 데에 비해 지역권 부분에는 제297조라는 단 한 개의 물 관련 규정만 있으므로 이 조문을 먼저 보자.

제297조는 [용수지역권] 조문이지만 그 내용을 보면⁸⁴⁾ 제1항과 제2항 공히 물에 대한 수요 조절을 내용으로 하고 있다. 제1항은 물의 용도별로 순서를 정해 놓고 있고, 제2항은 복수의 지역권자들 사이에 순위에 의한 순서를 정해 놓고 있다. 그런 점에서 제297조가 용수지역권이 아닌 용수권을 규정하고 있는 것은 아닌지, 이 조문이 왜 [용수지역권]이라는 표제부를 달고 지역권 부분에 위치하여야만 하는지에 의문을 가지게 만든다. 게다가 물의 이용에 순서가 필요한 것은 지역권 관계에서 뿐만 아니라 상린관계에서도 마찬가지여서, 이 조문을 다른 물에 관한 규정과 마찬가지로 상린관계 부분으로 보

82) D.8.4.11.1.

83) D.39.3.18.1.

84) 제297조[용수지역권] ① 용수승역지의 수량이 요역지 및 승역지의 수요에 부족한 때에는 그 수요 정도에 의하여 먼저 가용에 공급하고 다른 용도에 공급하여야 한다. 그러나 설정행위에 다른 약정이 있는 때에는 그 약정에 의한다. ② 승역지에 수개의 용수지역권이 설정된 때에는 후순위의 지역권자는 전순위의 지역권자의 용수를 방해하지 못한다.

낼 수도 있다. 이래저래 제297조는 용수요역지와 용수승역지를 말하고는 있지만, 용수지역권 자체에 대해서는 별 다르게 말해주는 것이 없다고 할 수 있다. 판례도 용수권(물 자체의 이용권)과 용수지역권(용수를 위한 지역권)을 구분하라고 하면서도 어떻게 구분된다고는 밝히고 있지 아니하다.⁸⁵⁾

그럼에도 불구하고 제297조 [용수지역권] 규정이 상린관계가 아닌 지역권 부분에 위치하고 있는 한, 일단은 동조를 지역권 측면에서 파악할 필요가 있다고 할 것이다.⁸⁶⁾ 용수지역권 조문이 다른 물에 관한 규정과는 달리 상린관계 부분이 아니라 지역권 부분에 위치하고 있는 것은, 어쨌든 입법자들이 용수지역권을 지역권의 한 종류로서 용수를 위한 지역권으로 다루고자 그러했던 것은 분명하다고 보아야 하지 않느냐는 것이다.⁸⁷⁾

이런 상황에서 이제 대부분의 물에 관한 규정이 속해 있는 상린관계 부분을 보자. 상린관계는 서로 이웃하는 토지 상호간의 이용을 조절할 것을 목적으로 하는 법률관계이다.⁸⁸⁾ 그렇다면 토지 소유자들 사이에 조절해야 할 것

85) 우리 판례는 개인 소유 지소(池沼)의 경우에 용수권의 시효취득 가능성을 부정하고 있다. 대판 1967.5.30. 66다1382; 대판 1965.5.25. 65다256 참조. 이에 비해 용수지역권의 시효취득 가능성은 부정하지 않고 있다. 대판 1977.5.24. 74다383 참조.

86) 하지만 우리 민법상 용수지역권을 용수를 위한 지역권으로 파악하는 것에 대해서 필자는 부정적이다. 이에 대해서는 이 글 아래 4. 물의 이용과 토지의 이용과 상린관계와 지역권 관계 부분을 참조하라.

87) 우리 민법 입법 과정상 용수지역권을 규정하고 있는 제297조는 의용민법 제285조가 별다른 심의 없이 통과된 것이다. 민의원 법제사법위원회 민법안심의소위원회, 『민법안심기록 상권』(대한민국 국회, 1957), 180면. 그런데 우리 민법 제297조는 일본 민법 제285조를 가져온 것이다. 일본 민법 상으로도 우리 민법과 마찬가지로 물에 관한 규정들이 주로 상린관계에 있고 용수지역권만 지역권 부분에 있다. 이와 관련하여 일본 민법 자료는 물에 관한 규정이 주로 상린관계에 있어야 할 이유를 분명히 하고 있지는 않지만, 용수지역권이 지역권 부분에 있어야 할 이유는 일부 밝히고 있다. 지역권은 당사자의 합의에 의해 설정되는 관계이므로 일본 민법 제285조의 용수지역권 조문은 당사자에 의한 합의의 존재를 예정하고 있다는 것이 그것이다. 정기웅, 『일본 메이지민법(물권편: 지역권 유치권)의 입법이유 분석』, 『민사법학』 제60호(한국민사법학회, 2012.09), 504면 참조. 中尾英俊 집필부분, 『第6章 地役權 §285 用水地役權』, 『注釋民法(7) 物權(2)』 初版 第9刷(有斐閣, 1968), 493면도 물의 이용을 둘러싸고 여러 이해관계자들 사이의 분쟁해결 측면을 말하고 있다. 즉, 물의 이용을 상린관계로 규율하는 것이 가능하다고 하더라도 이해 조절이 필요한 경우들 중에는 상린관계로 규율하기에 적당하지 않은 경우가 있을 수 있다. 예를 들어 A라는 용수권자와 B라는 용수권자가 상린자가 아닐 경우에 그들 사이의 이해는 상린관계로 조절하기 어렵게 된다. 이처럼 상린관계로 포괄되지 못하는 물의 이용을 둘러싼 이해 조절을 합의를 예정하는 지역권 법리를 빌어 하려는 것이 일본 민법 제285조에 용수지역권 규정이 마련된 이유라고 할 수 있다.

88) 김상용, 앞의 글, 283면.

중에 하나로 물이 있는 것이고, 이를 규율하는 규정들이 물에 관한 상린관계 규정들이 된다.

그런데 상린관계에 있는 물에 관한 규정들이 규율하는 바를 검토하기 위해서는 우선 토지와 물의 관계를 볼 필요가 있다. 토지와 물의 관계를 어떻게 보기에 물에 대한 상린관계 조율이 토지의 상린관계 부분에서 이루어지고 있는가를 알아야 하는 것이다.

2. 토지의 소유권과 물의 관계

우리 민법은 물에 관한 규정을 위해 독립된 한 부분을 마련해 놓고 있지 않다. 물에 대한 원칙적인 규정이 있는 것도 아니다. 규정 상황은 이러하지만 물의 중요성이 커지는 것에 비례하여 물의 재산권적 가치에 대한 인식이 점점 높아지고 있다. 이에 물의 소유권 인정 여부부터 살펴볼 필요가 있다.

민법이 자연 중에 자연스럽게 존재하는 물을 소유의 대상으로 삼고 있는지를 보면 민법은 긍정하는 것도 부정하는 것도 아니다. 그렇다고 일부러 애매한 태도를 취한 것도 아니며 보인다. 그저 입법 당시에 자연 상태의 물을 놓고 소유를 말할 생각을 하지 않았던 듯하다. 그 이유를 대부분의 국가들이 물을 소유할 대상으로 사고하기보다 이용하고 관리할 대상으로 사고하였던 것에서 찾을 수 있을 것이다. 그런데 물에 대한 이러한 사고는 그 자체로 물에 대한 소유를 부정하게 만드는 것은 아니다. 물과 결부되어 있는 토지가 물과 소유를 연결시키는 고리 역할을 하고 있기 때문이다. 지표수는 토지 위를 흐르고 지하수는 토지 속으로 흐르고 있으며, 강이나 하천은 토지 위에 토지 사이를 지나고, 샘물은 토지에서 용출되고 있으므로 토지의 소유를 말하는 것이 물의 소유까지 말하는 것일 수도 있는 것이다. 그런즉 우리 민법 입법 당시에 자연 상태의 물에 대해 소유를 따로 말하지 않는 것은 개인 소유의 토지 안에 토지와 더불어 존재하는 물에 대해 굳이 소유를 따로 말할 필요가 없어서 그러하였을 것이고, 국가 소유인 물은 물의 이용에 대해 말하면 되지 물의 소유를 말할 필요가 없어서 그러하였을 것이라고 추측하는 것

이 가능하다.⁸⁹⁾

그런 한편 물을 놓고 소유를 말할 때에는 물과 토지의 관계상 그 물이 지표수인지, 지하수인지, 샘물인지 등을 나누어 살펴보는 것이 효율적이다. 그리하여 먼저 지표수를 보면 지표수는 시각적 확인의 용이성으로 인해 수법 법리의 기본으로 되어 왔다.⁹⁰⁾ 지표수에 관련된 한 물의 소유와 물을 받치는 토지(河床, bed)의 소유는 구분된다. 우리나라 하천법도 이 소유를 구분하고 있다. 하천법 제4조는 하천을 구성하는 토지에 대해서는 사권을 행사할 수 없다고 하여, 해당 토지에 대한 사유 자체는 허용하고 있다. 하지만 하천 및 하천수에 대해서는 국가나 지방자치단체의 소유라고 분명히 하지 않고, ‘공적자원’이라고 하여 다소 애매한 표현을 사용하고 있다. 그럼에도 불구하고 하천 토지가 국유이거나 지방자치단체 소유인 경우에는 당연히, 그리고 하천 토지가 사유인 경우라고 하더라도 하천으로 지정된 경우에 물 부분은 개인의 소유가 아니게 된다. 하천의 물은 하천 토지의 소유가 누구에 있는가와 무관하게 개인의 소유가 아니라는 점에서 국가의 소유나 지방자치단체의 소유 혹은 공공의 공유인 셈이 되는 것이다.

이러한 지표수에 비해 물이 토지 속에서 흐르고 있는 지하수는 사정이 다소 다르다. 지하수는 토지의 구성부분인 면이 강하므로 지하수의 경우에는 물의 소유가 토지 소유와 연결되어 말해진다. 토지 소유권이 지상과 지하의 적절한 범위에 미치는 것에 지하수가 포함되는 것이다.⁹¹⁾ 이로 인해 지하수가 포함되어 있는 토지의 소유자에게 지하수에 대한 이용 및 처분상 자유가 부여되기도 한다.⁹²⁾ 그렇지만 지하수는 해당 토지하고만 연결되어 있는 것

89) 김상용, 앞의 글, 323면 이하. 김상용, 앞의 글, 324면은 하천이 공천인지 사천인지를 그 하천이 국유이나 사유이나에 따른 구분이 아니고, 특정 개인에게 해당 하천에 대한 배타적 지배나 소유권적 이용을 허용하여도 공공의 이해에 아무런 영향이 없는 것이 사천이라고 하고, 그 밖의 하천은 공천(公川)이라고 한다고 한다. 참고로, 김기수, 『민법상 수(水)에 관한 법률관계를 논함』, 『고시계』 제13권 12호(고시계사, 1968.12), 33면을 보면 물은 그 소유권자와 관계없이 공공주체에 의하여 공공 목적에 공용되는 한 공수(公水)라고 한다.

90) 구연창, 『민법상 물(水)에 관한 법리』, 『민사법학』 제7호(한국민사법학회, 1988.06), 97면.

91) 김재형, 『토지와 물: 지하수 이용권에 관한 방해배제청구권』, 『21세기 사법의 전개』(박영사, 2005.09), 115면.

92) 김상용, 앞의 글, 325면.

이 아니라, 인근 토지 및 원근 토지의 지하수하고도 밀접하게 연결되어 있다.⁹³⁾ 그리고 지하수 층이 지표수와 연결되어 있기도 하다.⁹⁴⁾ 그러므로 아무리 지하수라고 하더라도 해당 토지의 소유자에게 완전한 이용 및 처분상 자유를 주는 것은 적절하지 않게 된다. 그리하여 지하수법을 보면⁹⁵⁾ 제3조는 지하수를 하천수와 마찬가지로 ‘공적 자원’이라고 하고 있다. 법이 지하수의 소유권을 해당 토지의 소유권과 분리시켜 다루겠다고 명시적으로 선언하고 있는 것은 아니지만,⁹⁶⁾ 지하수의 개발 및 이용을 법으로 제한함으로써 지하수의 소유권을 토지 소유권에서 사실상 분리시키고 있는 것이다.⁹⁷⁾

나아가 샘물이나 우물은 지하수가 용출하는 물이므로 기본적으로 지하수법의 규율 대상이 된다. 즉 샘물이나 우물의 소유권도 해당 토지의 소유권과 분리되어 다루어지는 것이 원칙이다. 하지만 동력을 사용하지 않은 자연스러운 수준의 샘물이나 우물의 이용은 지하수 개발 이용을 위한 허가 사항에서 제외되어 있어 지하수법의 규율 대상인 의미가 별로 없다.⁹⁸⁾ 그 정도의 샘물이나 우물의 소유권은 사실상 토지 소유권의 내용에 속하게 되는 것이다.

저수지의 경우에는 그 규모를 나누어 큰 저수지는 연안 토지의 개인 소유와는 무관하게 국유 내지 지방자치단체의 소유로 다룬다. 이에 비해 개인 소유 토지 안의 작은 규모의 못이나 늪의 경우에는 그 하상과 인접 토지가 전부 동일한 소유자에 속한다면 토지 소유권의 내용에 속하는 것으로 다루어진다.⁹⁹⁾

93) 김재형, 앞의 글, 115면.

94) 윤양수, 「지하수의 공수성」, 『공법연구』 제33집 제2호(한국공법학회, 2005.02), 222면.

95) 우리나라 지하수법에 대해서는 윤철홍, 「지하수법의 문제점과 개선방향」, 『비교사법』 제8권 1호(상)(한국비교사법학회, 2001.06), 233면 이하를 참조하라.

96) 지하수를 토지의 구성 성분으로 보지 않는다고 하는 것은 법리적으로 지하수에 대한 권리를 토지의 소유권과 분리시키게 만든다. 하지만 지하수를 토지의 구성 성분으로 보지 않는다고 하는 것이 지하수가 국유라는 것과 필연적으로 연결되는 것은 아니다. 윤양수, 앞의 글, 226면 이하 참조. 지하수에 공개념을 도입하는 것에 대해서는 오준근, 「지하수 공개념 정착을 위한 입법정책 연구」, 『법제개선연구』 제6집(법제처, 2000.12), 288면 이하를 참조하라. 오준근, 앞의 글, 312면은 지하수를 국유로 하는 것은 결국 입법정책의 문제라고 보고 있다. 설령 어느 나라가 지하수의 사유를 인정한다고 하더라도 지하수에 재산권으로서의 절대적인 자유와 행사를 인정하는 입법례는 그 어디에서도 찾아볼 수 없기 때문에라도 그러하다고 한다.

97) 지하수법 제7조 참조.

98) 지하수법 제7조 제1항 제1-2호.

3. 물의 이용권과 토지의 위치

로마법에서 물은 공공의 소유이거나 국가의 소유인 것이 원칙이었다. 그런데 물이 공공의 소유라는 것은 결국 국가가 관리할 국가 소유라는 의미로 되었다. 그런 한편 공공의 소유라는 것은 역설적으로 그 누구의 소유도 아니라는 것 내지 아예 소유의 대상이 아니라는 것의 의미를 가지기도 하였다.¹⁰⁰⁾ 이에 비해 보통법 형성기의 영국법에서도 물은 국가의 소유인 것이 원칙이었다. 영국의 보통법이 형성될 당시 토지 자체가 국가의 소유인 것이 원칙이었으므로 물의 소유가 국가에 있는 것은 당연하였다. 그리고 이런 영국에서 물이 국가의 소유라는 것은 물은 공공의 이용을 위한 것이라는 의미를 가졌다.¹⁰¹⁾

그 결과 물은 로마법계에서도 영미법계에서도 소유를 말하기는 하되, 원칙적으로 소유의 대상이 아니라 이용의 대상으로 여겨졌다.¹⁰²⁾ 그리고 그와 더불어 물에 관한 법리가 물의 이용권 중심으로 전개되게 되었다.¹⁰³⁾

물의 이용권에 관한 법리에서 주요 개념은 연안권(riparian rights)과 전용권(appropriative rights)이다.¹⁰⁴⁾ 이 개념들은 미국에서 시작된 것은 아니지

99) 구연창, 앞의 글(각주 90), 111면.

100) Anthony Scott/ Georgina Coustalin, "The Evolution of Water Rights", 35 *Natural Resources J.* 821 (1995), p.837; Samuel C. Wiel, "Theories of Water Law", 27 *Harv. L. R.* 530 (1913-1914), p.530; F. S. Ruddy, "Res Nullius and Occupation in Roman and International Law", 36 *U. Mo. Kan. City L. R.* 274 (1968), p.277.

101) A. W. B. Simpson, *A History of the Land Law*, 2nd Ed. (Oxford Clarendon Press, 1986), p.1; Earl F. Murphy, "English Water Law Doctrine Before 1400", 1 *Am. J. Legal Hist.* 103 (1957), p.103.

102) 하지만 물은 그것을 이용하여 향유한다는 것 자체가 소유적 의미를 가지기는 한다. David B. Anderson, "Water Rights as Property in *Tulare v. United States*", 38 *McGeorge L. R.* 461 (2007), p.492; Melissa Kwaterski Scanlan, "The Evolution of the Public Trust Doctrine and the Degradation of Trust Resources: Courts, Trustees and Political Power in Wisconsin", 27 *Ecology Law Quarterly* 135 (2000), p.140.

103) 물의 이용권이라는 표현은 흔히 용수권 내지 수리권이라는 표현과 혼용되고 있다.

104) 이상돈, 『수리권 제도 개선에 관한 연구』, 『법조』 통권 제543호(법조협회, 2001.12), 55면 이하. 전용권은 우선사용권으로 번역하기도 한다. 박홍래, 『우리나라와 미국의 수법에 관한 비교 연구』, 『인권과 정의』 제348호(대한변호사협회, 2005.08), 78면. 연안권 주의와 전용권 주의는 각각 변형 형태 내지 복합 형태를 발생시켰다. 이상돈, 위의 글, 58면.

만, 미국에서 부각되었다. 미국은 넓다보니 한 나라 안에서 물이 부족하지 않은 지역에서는 연안권 법리가, 그에 비해 물이 부족한 지역에서는 전용권 법리가 전개되었다. 미국의 각 주는 독립된 주권을 가지므로 어느 주는 연안권 주의나 전용권 주의를 고수할 수 있었지만 관련 사건이 연방대법원으로 갈 경우 해당 주의를 고수할 수만은 없었다. 그래서 물의 이용에 관한 법리 사이에 대립이 치열해졌고, 결과적으로 물에 관한 법리가 미국에서 상대적으로 발달하게 되었다. 이러한 사정이 미국이 세계에서 차지하는 의미가 커지는 것과 맞물리면서 미국법적인 개념 및 논리 전개가 세계의 물에 관한 법리에 강하게 영향을 주게 되었다.¹⁰⁵⁾

그런즉 우리 민법상 물의 이용도 연안권 주의 또는 전용권 주의로 설명할 수 있다. 그래서 연안권 주의와 전용권 주의의 구체적인 내용을 다시 보면, 연안권 주의를 주로 물이 비교적 풍부한 지역에서 전개되었다. 토지마다 어느 근처에인가 물이 존재하므로 토지 소유권과 근처(연안)에 존재하는 물에 대한 용수권을 연결시켜 규율하였던 것이다. 이에 따르면 해당 토지의 소유자는 연안한 물을 이용하여야 하고, 연안한 곳이 아닌 다른 곳에서 물을 가져오거나 이용할 권리는 원칙적으로 인정되지 않았다. 그리고 이러한 연안권 주의 아래 토지의 소유자들은 자신의 물의 이용과 타인의 물의 이용 사이에서 합리적인 균형을 맞추어야 했다. 이러한 물의 합리적인 이용은 같은 물에 연안하고 있는 토지 소유자들 사이의 물의 이용 조절이라는 점에서 토지 소유자들 사이의 상린관계로 설명되기도 하였다. 이에 비해 전용권 주의를 주로 물이 부족한 지역이거나 광산업 등의 산업을 위하여 대량의 물이 필요한 지역에서 전개되었다.¹⁰⁶⁾ 그러한 지역에서 물을 적극적으로 필요로 했던 자

105) 미국에서 연안권 법리가 전개되기 시작한 것은 1825년경부터라고 한다. T. E. Lauer, "The Common Law Background of the Riparian Doctrine", 28-1 *Missouri L. R.* 60 (1963), p.107. 구연창, 「미국 및 한국의 용수권에 관한 비교연구 (1)」, 『한국법학원 월보』 제21호(한국법학원, 1973.03), 1면. 그런데 같은 나라라고 하더라도 물이 비교적 풍부한 지역과 부족한 지역 사이에 법리가 달리 전개되는 일은 미국법에서만 있는 것이 아니라 로마법에서도 있었다. 서로마에서는 인접 토지 소유자 사이에 빗물을 제어하는 우수방제소권이 상린관계와 무관하게 손해배상을 위한 제도였지만, 동로마에서는 빗물의 이용을 둘러싼 상린관계적인 요소를 가졌었다. 현승중/조규창, 『로마법』 (법문사, 1996), 588면.

106) 전자의 예가 미국의 서부이고, 후자의 예가 산업혁명 후의 영국이라고 할 수 있다.

들은 토지 소유권과 연결되어 존재하는 근처(연안)의 물에만 의존할 수는 없었다.¹⁰⁷⁾ 그들은 토지 소유권과 직접적으로 연결되지 않고도 물을 배타적으로 사용할 수 있는 권리를 확보하려 애를 썼다.¹⁰⁸⁾ 이러한 물 확보 노력이 물에 관한 우선적 사용권 부여로 화답된 것이 전용권 주의이다. 하지만 전용권 주의라고 하더라도 물의 이용에 한계는 있었고, 그 기본적인 한계는 연안권 주의에서와 비슷하게 물의 합리적인 이용이었다.¹⁰⁹⁾

이러한 미국법식 연안권 개념과 전용권 개념 및 주의 대립은 로마법에는 존재하지 않았다. 그럼에도 불구하고 로마법은 미국법식 개념으로 일종의 연안권 주의를 취하였다고 말해지는 것이 일반적이다.¹¹⁰⁾ 로마법상 물의 이용의 원칙은 물이 국가(공공)의 소유인 것을 전제로 토지의 소유자들이 용도에 부응하는 물을 인근(연안)의 강에서 끌어다 쓰는 것이었기 때문이다.

그런 한편 미국법식 연안권 개념이 실제로 로마법에서 온 것일 가능성도 있다. 경제 구조상 물이 상대적으로 중요한 의미를 가졌던 미국 남서부 지역은 미국이 되기 전에 프랑스와 스페인의 영토였다. 그런즉 이 지역에는 미국 법이 들어서기 전에 이미 로마법계 물 규정들이 자리 잡고 있었다.¹¹¹⁾ 물에

Scott/Coustalin, *ibid.*, p.848. 영국의 물 사정상 보통법상 원칙은 연안권 주의였다. 연안권 주의가 원칙이라고 할 때 전용권 주의를 예외에 해당하므로 전용권 주의를 성문법이나 특정 관례를 통해 전개되어야 했다. 김동건, 「미국의 수리권의 연구」, 법학박사학위청구논문(연세대학교, 2000), 61면. 미국에서 전용권 주의를 콜로라도 주의 헌법이 최초로 입법화하였다. R. H. Hess, "Arid-Land Water Rights in the United States", 16 *Colum. L. R.* 480 (1916), p.488. 그래서 전용권 주의를 Colorado Doctrine이라고 불리기도 한다. 김동건, 위의 글(각주 106), 66면.

107) Alice B. Preuss, "Western Irrigation Law a Devolution of the Law of Appropriation", 52 *Am. L. R.* 41 (1918), p.41f.; Hess, *ibid.*, p.480.

108) 전용권 주의 아래에서도 전용권 부여의 판단을 토지의 소유권과 연결시키는 일이 많기는 하지만 토지의 소유권이 용수권을 보장해주지는 않는다는 점에서 전용권 주의를 연안권 주의와 구분된다. Scott/Coustalin, *ibid.*, p.825.

109) Clifford W. Schulz/ Gregory S. Weber, "Changing Judicial Attitudes Towards Property Rights in California Water Resources: From Vested Rights to Utilitarian Reallocations", 19 *Pacific L. J.* 1031 (1988), p.1045.

110) 김동건, 앞의 글(각주 106), 30면. 이에 비해 로마법상 국유인 물의 이용 양태가 전용권적인 성격의 것이었다는 견해도 있다. 특히 대규모 농업을 위한 관개수로는 전용권적 성격이 강했다고 본다. 그런즉 연안권 개념의 기원만 로마법인 것이 아니라, 전용권 개념의 기원도 로마법이 된다. Samuel C. Wiel, "Running Water", 22 *Harv. L. R.* 190 (1908-1909), p.190f.; Preuss, *ibid.*, p.43 참조.

111) Althaus/Chambers/Hines, *ibid.*, p.11. Bernard K. Vetter, "Louisiana: The United State's Unique Connection to Roman Law", 39 *Loyola L. R.* 281 (1993), p.283.

대한 규정들의 관행 내지 관습 중시 성격상 이 지역들이 미국 영토로 된 후에도 로마법적 물 규정이 유지되게 된 것이다.¹¹²⁾ 그런데 이와 같은 미국법과 로마법 사이의 연결에 대해 일반론적 차원에서 그 연결이 너무 멀다고 이의를 제기할 수 있다. 하지만 그러한 이의를 수긍하더라도 미국 보통법과 영국 보통법의 연결성상 미국법과 로마법은 어차피 다시 연결되게 된다.¹¹³⁾ 영국 보통법이 연안권적인 구성을 하고 있었는데, 영국 보통법상 물 규정은 로마법의 영향을 받아 형성된 것이었기 때문이다.¹¹⁴⁾

그런 한편 경제 발전과 더불어 확산된 물에 대한 전용권 주의는 앞서 언급하였듯이 물의 이용권을 배타적으로 권리화하는 것을 바탕으로 한다. 그런데 배타적 권리는 소유권의 기본적인 특성이다. 그러므로 물의 이용권을 특정 개인에게 배타적 권리로 부여하는 것에 대해서는, 그것이 비록 물의 소유권을 특정 개인에게 부여하는 것에는 미치지 못한다고 하더라도, 그에 준할 만큼 강력한 정당화와 통제를 요구한다. 이에 많은 나라가 전용권 주의에 결부시킨 것이 허가제이다.¹¹⁵⁾ 그런데 이런 허가제는 전용권적 구성만을 위해서가 아니라 연안권적 구성을 보완하기 위해서도 활용되었다. 연안권적 구성이 물과 토지의 인접성이라고 할 때 연안권 논리만 가지고는 연안권을 가지는 자들 사이의 물에 이용에 정의와 형평성이 보장되는 것은 아니었기 때문이다.¹¹⁶⁾ 그리하여 결국 물의 이용권 체계는 대략 연안권과 전용권의 혼합에 허가제가 없어진 체계로 발달하게 되었다. 하지만 혼합체계라고 하더라도 연안권과 전용권의 어느 한쪽에 기초를 두므로 두 주의를 구분하는 것은 여전

112) Hans W. Baade, "Roman Law in the Water, Mineral and Public Land Law of the Southwestern United States", 40 *Am. J. Comp. L.* 865 (1992), p.865f. 연안권 개념의 기원은 로마법에 있는데 미국에서 연안권 개념이 뚜렷해진 것은 미국법이 직접 로마법을 계수하여서가 아니라, 미국법이 대표적인 로마법계 법의 하나인 1804년 프랑스 민법의 영향을 받게 되어서이다. Schulz/Weber, *ibid.*, p.1039.

113) Lauer, *ibid.*, p.64f.

114) Charles James Gale/ Thomas Henry Carson, *A Treatise on the Law of Easements*, 9th Ed. (Sweet&Maxwell, 1916), p.210; Lauer, *ibid.*, p.107.

115) 구연창, 『민법상 수법관계의 체계론적 고찰』, 『경희법학』 제20권 제1호(경희대학교 법학연구소, 1985), 26면, 각주 18.

116) De Wet, *ibid.*, p.35.

히 유효하다.¹¹⁷⁾

이렇게 물의 이용을 토지의 위치와 결부시켜 말할 때에 우리 민법은 연안권 주의에 해당한다. 제231조 공유하천용수권이 하천의 ‘연안’이라는 위치를 전제로 하는 것이 그 근거가 될 수 있다. 다음에서 살펴 볼 바 우리 민법상 물의 이용에 대한 규정들이 주로 상린관계에 있는 것도 우리 민법이 연안권 주의를 취하기 때문인 결과라고 할 수 있다. 우리 민법이 연안권 주의를 취하는 것과 물의 이용이 주로 물에 연안하여 토지를 상린한 상태로 소유하고 있는 자들 사이에서 문제로 되는 것이 맞물려 있는 것이다.¹¹⁸⁾

4. 물의 이용과 토지의 이용과 상린관계와 지역권 관계

로마법계 민법에서 물의 이용은 상린관계로 조절되기도 하고, 지역권 관계로 조절되기도 한다. 우리 민법이 상린관계로 조절되는 법의 예이고, 로마법 자체는 지역권 관계로 조절되는 법의 예라고 할 수 있다. 하지만 우리 민법상 물에 관한 규정은 지역권 부분에도 있다. 우리 민법이 물의 이용을 상린관계로 조절하고는 있지만, 제297조에 있는 용수지역권 규정으로 인해 지역권 관계로 조절도 병행하고 있다고 말할 여지가 있다.

그리하여 제297조를 다시 보면, 물이 승역지에 존재하고 그 승역지의 물을 승역지와 요역지가 각각 인수하여 이용하는 상황에 대한 조문이다. 그런데 물이 승역지에 존재하는 경우라고 하여, 승역지 소유자가 물을 소유하는 경우를 전제로 하는 것은 아니다. 제297조는 물의 원천이 승역지에 존재하여 그 물이 승역지 소유자의 소유인 경우에도 적용되고, 제3자의 토지나 공유하천에 있는 물이 일단 승역지로 인수되어 있는 경우에도 적용된다. 하지만 제297조는 제3자의 토지나 공유하천에 있는 물을 승역지와 요역지가 각각 수

117) 현재의 미국의 수법 법리는 여전히 연안권과 전용권 개념을 사용하고 있기는 하지만, 연안권과 전용권으로 의율되고 있지는 아니하다. 법적 규율은 기본적으로 허가제이다. 김동건, 앞의 글(각주 106), 34면, 43면.

118) 이에 비해 구연창, 앞의 글(각주 90), 99면은 우리 민법은 내용상으로는 오히려 전용권 주의에 가까운 특징을 가진다고 보고 있다.

로를 사용하여 인수해오되 그 수로가 모두 승역지를 지나가는 경우에는 적용되지 않는다.¹¹⁹⁾ 그 경우도 요역지 입장에서 보면 용수하기 위하여 인접한 타인의 토지로부터 편익을 얻는 상황이므로 용수지역권(용수를 위한 지역권)이라고 해야 하지만, 우리 민법은 그것을 용수지역권으로 인정하지 않는다. 그러므로 제297조는 물이 애초에 승역지 소유자의 것이었든 아니면 제3자의 토지나 공유하천에 있는 것이었든 현재 그 물이 승역지 토지 소유자의 지배 아래 있는 물이라는 상황적 특징을 가지는 물의 이용에 초점을 맞추어, 그러한 특징을 가지는 물을 이용할 우선적 순위를 정한 것이라고 할 수 있다. 그리고 그런 점에서 우리 민법에 유일한 용수지역권 조문은 용수를 위한 지역권에 초점을 맞춘 것이 아니라고 할 수 있다. 게다가 제297조가 내용으로 하고 있는 물 이용의 우선순위는 상린관계로 규율하는 상황에서도 필요하다. 는 점에서 제297조는 상린관계 부분으로 이동되어도 크게 이상하지 않다.

그렇다면 우리 민법은 물의 이용을 상린관계와 지역권 관계 양자를 통해 조율한다기보다, 기본적으로 상린관계를 통해 조절하는 셈이 된다. 이런 시각으로 우리 민법상 상린관계 부분에 있는 물에 관한 규정을 다시 보면, 물이 누구의 소유를 말하기 어렵게 존재하는 것에 관한 규정으로 자연유수의 승수 의무와 권리(제221조), 소통공사권(제222조), 저수 배수 인수를 위한 공작물에 대한 공사청구권(제223조), 처마물에 대한 시설의무(제225조), 여수소통권(제226조), 수류의 변경(제229조) 등이 있다. 이에 비해 법상 또는 사실상 국유인 물에 관한 규정들로는 공유하천용수권(제231조), 하류 연안의 용수권 보호(제232조), 공용수의 용수권(제235조) 등이 있다.¹²⁰⁾ 전자의 규정들은 물이 자연스럽게 존재하는 만큼 물의 흐름을 자연 그대로 두는 것을 원칙으로 삼는다. 그리하여 누군가가 자연스러움의 균형을 깬다면 그 균형으로 복구시킬 의무를 부담하게 된다. 이에 비해 후자의 규정들은 타인에게 방해나 손해를 가하지 않는 범위 내에서의 적극적인 물의 이용을 허용하는 것을 원칙으로

119) 박재운, 「제5장 지역권」, 『민법주해[VI]』(박영사, 1992), 142면 참조.

120) 각 규정에 대한 상세한 설명으로는 이기우, 「민법상 물(水)의 이용에 관한 권리」, 『토지법학』 제16호(한국토지법학회, 2000), 155면 이하를 참조하라.

삼는다. 그러므로 누군가가 자신의 물의 이용으로 타인에게 방해나 손해를 가하면 방해의 제거 및 손해배상을 할 의무를 부담하게 된다.

이처럼 물의 이용을 상린관계와 지역권 관계로 조절할 수 있다고 할 때 이제 우리 민법이 물의 이용을 상린관계로 조절하고 있는 것의 문제점을 보자. 이를 위해서는 지역권으로 조절하는 것의 장점을 볼 필요가 있다. 지역권 관계로 조절될 수 있는 물은 자연에 자연스럽게 흐르는 지표수나 우수, 또는 하천이나 강을 이루어 흐르는 우수, 그리고 개인 소유의 물을 모두 포함한다. 그리고 지역권 관계는 당사자들의 합의로 설정되는 것이 원칙이므로 물의 이용과 물을 위한 토지의 이용을 명확히 할 수 있다. 이러한 지역권 관계에 의한 물의 이용 조절은 당사자의 합의를 기초로 한다는 점에서 분쟁해결에도 효율적이다. 이에 비해 상린관계로 조절될 수 있는 물은 자연에 자연스럽게 흐르는 지표수나 우수, 또는 하천이나 강을 이루어 흐르는 우수 정도로 물의 범위가 상대적으로 좁다. 게다가 상린관계가 토지의 인접 상태에 의존하는 소극적인 관계인만큼 상대적으로 조절 내용이 명확하지 않고 분쟁해결에도 효율적이지 않다. 이것이 물의 이용을 상린관계로 조절하는 것의 일반적인 문제점이다.

그렇지만 우리 민법이 상린관계로 물의 이용을 조절한다고 할 때 문제는 무엇보다 상린관계로 조절되어야 할 것은 물의 이용이지, 물을 이용하기 위한 토지의 이용이 아니라는 데에 있다. 우리 민법상 상린관계는 토지의 상린 관계를 전제로 하고 있는데¹²¹⁾ 물의 상린관계까지 말하고 있는 상황이라는 것이다. 하지만 토지의 상린관계 규정은 해당 토지가 물을 포함하고 있다는 이유로 인접 토지 소유자가 토지를 넘어 그 물까지 이용하겠다고 주장할 근거 규정이 되지 못한다. 토지 사이에 상린관계가 인정되더라도 물을 이용하거나 물을 이용하기 위해 토지를 이용하려면 별도의 법률관계 형성이 필요한데, 토지의 상린관계로 물의 상린관계까지 다루느라 무리하는 것이 우리 현행 민법의 모습인 것이다.

121) 박재윤, 앞의 글, 283면, 322면.

5. 우리 민법상 공유하천용수권의 법적 성격

우리 민법 상린관계 부분에 물에 관한 규정들이 여러 개가 있지만 특히 공유하천용수권은 그 공법적 관련성으로 인해 법적 성격이 논의되어 왔다. 주된 논점은 공유하천용수권이 민법 제231조에 규정되어 있는 만큼 공유하천용수권에 독립된 물권성을 인정할 것인지 여부였다. 이에 대하여는 토지소유권으로부터 독립한 물권이라는 설과 토지소유자간의 용수조절을 위하여 인정된 일종의 상린권이라는 설이 있다.¹²²⁾ 그런데 상린권은 서로 이웃하는 토지 소유자 상호간 관계의 조절에서 권리적 측면이다. 따라서 주로 국가 소유인 공유하천의 물을 끌어와 이용하는 권리가 타인에 대한 권리로 설명될 수는 없다는 점에서 상린권설은 적당하지 않다. 공유하천에서 물을 끌어와 이용하는 상린자들 사이에 물의 이용을 놓고 상린관계가 문제되겠지만 공유하천용수권 자체가 상린자를 상대로 하는 상린권은 아닌 것이다. 이에 비해 토지소유권으로부터 독립한 물권이라는 설을 보자. 공유하천용수권이 의용 민법 시대에 관습으로¹²³⁾ 인정되어 오던 권리였다가¹²⁴⁾ 현행 민법 제정을

122) 김상용/정우형, 앞의 책, 379면; 김상용, 앞의 글, 337면; 김성수, 「수리권의 법적 근거와 한계」, 『토지공법연구』 제43집 제1호(한국토지공법학회, 2009.02), 346면 이하.

123) 윤태영, 「민법상 공유하천용수권에 대한 재해석」, 『중앙법학』 제8집 1호(중앙대학교 법학연구원, 2006.04), 435면 이하. 이때의 관습은 주로 우리나라의 산업 구조상 농업용수에 관한 관행을 의미하게 된다. 특기할 사항은 2015년의 자료에서조차 물의 이용에서 농업용수가 차지하는 비율이 상대적으로 높게 나타나고 있다는 사실이다. 국토교통부/K-Water, 『물과 미래(2015 세계 물의 날 자료집)』(국토교통부, 2015), 49면. 우리나라의 농업수리권, 특히 관행수리권에 대해서는 배성호, 「농업수리 주체의 기능적 분화와 농업수리권의 구조 서설」, 『법조』 통권 제674호(법조협회, 2012.11), 159면 이하를 참조하라. 민법상 관행수리권을 하천법도 인정하고 있는 것의 문제점에 대해서는 김상용·정우형, 앞의 책, 382면을 참조하라.

124) 박종찬, 앞의 글, 42면. 일본 민법상 물에 관한 규정과 우리 민법상 물에 관한 규정은 거의 비슷하다. 다만 일본 민법에는 우리 민법에는 있는 공유하천용수권 규정이 없다. 일본 민법전 소유권 부분 참조. 하지만 우리 민법상 공유하천용수권 규정이 관행수리권에 근거한 것이라고 할 때, 일본 민법은 아니지만 일본 (구)하천법이 관행수리권을 반영하였었다. 윤태영, 앞의 글(각주 123), 446면. 그런 한편 일본 민법이 공유하천용수권(관행수리권)을 민법 안에 규정하지 않은 것은 일본의 경우 하천법의 제정이 그만큼 빨랐기 때문이다. 민법이 제정된 1896년(明治 29년)에 하천법도 제정되었다. 이는 민법 입법작업을 할 때에 공유하천용수권(관행수리권)을 하천법 등의 특별법 분야로 내보냈다는 의미이다. 이것이 제3자인 우리가 보기에 민법에 있어야 할 규정이 (일본)민법에 없는 사정이다. 渡辺洋三 집필부분, 『後注(二) 水利權』, 『注釋民法(7) 物權(2)』 初版 第9刷(有斐閣, 1968), 598면 참조. 일본이 공유하천용수권(관행수리권) 문제를 특별법 분야로 내보냈어도 내용상 민법과의 관련성은 당연히 문제로 되었고 이로 인해 공권설, 사권설, 지역권설 등의, 오늘

계기로 민법 안에 들어왔으므로¹²⁵⁾ 독립된 물권이라고 생각할 여지가 없지 아니하다.¹²⁶⁾ 하지만 민법상 공유하천용수권 조문을 민법 제정 전의 관습상 권리를 계승한 조문으로 보는 한 공용하천용수권을 토지소유권으로부터 완전히 ‘독립한’ 권리라고 말하기는 힘들다.¹²⁷⁾ 공유하천용수권은 그것이 상권 권이든 아니든 민법상 토지의 상권관계 부분에 위치하고 있고, 그렇다면 해당 토지가 공유하천과 직접적으로 인접하지는 않더라도¹²⁸⁾ 공유하천을 이용할 지리적 연결성이 있는 상황에서 인정되는 권리라고 할 것이기 때문이다.¹²⁹⁾ 물론 공유하천용수권에 관한 조문인 제231조가 공유하천의 연안에서 농경을 하는 자 뿐만 아니라 공업을 경영하는 자까지 포함시키고 있어 토지와 하천의 지리적 연결성이 약화되어 있기는 하다. 그러나 그 공업의 경영은 해당 토지를 농경에 사용하는 모습의 한 변형이라고 할 수 있다. 공유하천용수권에서 해당 토지의 소유(또는 토지의 사용권한) 및 지리적 연결성은 여전히 중요한 고려요소인 것이다.

게다가 민법상 공유하천수를 이용하는 권리가 토지소유권으로부터 독립한 권리가 되기가 어려운 또 다른 이유가 있다. 오늘날 공유하천수를 이용할 수 있기 위해서는 하천법에 의거하여 국가의 허가를 받아야 하기 때문이다.¹³⁰⁾ 민법을 제정하던 시대와는 달리 오늘날에는 민법 만에 근거한 공유하천용수권의 성립이 불가능한 상태인 것이다.¹³¹⁾ 이러한 법상태는 공유하천용수권

날 우리나라에서 행해지고 있는 것과 비슷한 확실 대립이 일본 민법학상에 존재하였다. 渡辺洋三 집필부분, 앞의 글, 600면 이하 참조.

125) 구연창, 앞의 글(각주 105), 3면.

126) 참고로, 구연창, 앞의 글(각주 90), 103면은 우리 민법상 공유하천용수권이 명목상으로만 민법상 권리일 뿐, 그 성격은 민법 제정 이전과 마찬가지로 관습(관행)상 권리라고 보고 있다.

127) 이상돈, 앞의 글, 61면.

128) 구연창, 앞의 글(각주 105), 3면.

129) 이런 점에서 공유하천용수권을 미국의 물 이용에 관한 법리 중의 전용권의 한 예로 보는 것도 적당하지 않게 된다. 공유하천용수권을 전용권의 예로 보는 견해에 대해서는 구연창, 앞의 글(각주 90), 94면을 참조하라.

130) 하천법 제50조에 의거하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 국토교통부장관의 허가를 받아야 한다. 하천수 이용을 위한 허가에 대하여는 박균성, 『하천수 사용에 관한 공법적 연구』, 『토지공법연구』 제44집(한국토지공법학회, 2009.05), 111면 이하를 참조하라. 하천법에 대해서는 윤태영, 앞의 글(각주 123), 445면 이하를 참조하라.

131) 윤태영, 앞의 글(각주 123), 443면; 김상용/정우형, 앞의 책, 381면. 공유하천용수를 허가를 통해 이용해야 하는 것으로 법이 바뀐 이상 공유하천용수권의 성립요건 중에 상당한 기간에 걸쳐 반복

을 토지소유권으로부터 독립한 물권으로 보는 것만 어렵게 하는 것이 아니라, 사법적(민법적) 맥락의 권리로 그 성격을 말하는 것 자체를, 그러니까 공유하천용수권을 토지소유권으로부터 독립한 민법상 권리라고 성격부여 하는 것 자체를 어렵게 만든다. 국가의 허가를 받지 않으면 공유하천수를 이용할 수 없으므로, 공유하천용수권은 비록 민법에 규정되어 있더라도 공법적인 맥락의 권리로 그 성격을 말하는 것이 옳아보이게 되는 것이다.¹³²⁾

하지만 어떤 권리가 공법적인 맥락의 권리라고 하더라도 그것이 가지는 재산권으로서의 민법적 맥락을 부정할 것은 아니다.¹³³⁾ 공유하천용수권이 민법에 규정되어 있는 한 그 민법적 성격 및 재산권적 성격을 말해야 한다. 그렇게 볼 때 공유하천용수권에 대해 '특별법에 의해 인정된 독립된 물권'이라고 성격부여를 하는 것을 고려해 볼 수 있을 것이다. 우리 민법이 물권 법정주의를 취하고 있는 것에서 '법정'이 오로지 민법이나 관습법(판례법)만 가리키는 것은 아니므로, 공유하천용수권을 특별법에 의해 인정된 독립된 물권으로 자리매김 시켜볼 수 있는 것이다.¹³⁴⁾

그런데 그렇게 공유하천용수권에 사권적 성격과 공권적 성격을 모두 인정하는 것과 사권으로서의 특징, 즉 자유로운 재산권 양도가 반드시 결합하여야만 하는 것은 아니다. 물 이용권의 공권적 성격은 결국 물 이용이 국가에 의한 허가 등에 의한 관리 체계 아래 놓이는 것을 의미한다고 할 때 국가의 관리 아래 재산권의 양도를 허용하는 방법을 사용하거나 양수인에 재허가 등의 방법을 사용하여 공권적 성격과 사권적 성격을 조화시키는 것이 얼마든지 가능하다.¹³⁵⁾

계속적으로 인수하여 이용할 것이라는 요건은 이제 적극적인 요건이 아니라고 할 것이나, 고려요소로서의 역할은 계속될 것이다. 여전히 물 이용의 기득권적 성격이 법적으로 고려되고 있기 때문이다. 하천법 제34조 참조. 공유하천용수권의 성립요건에 대해서는 정우형, 『용수권 법리에 관한 재검토』, 『한양법학』 제27집(한양대학교 법학연구소, 2009.08), 465면을 참조하라.

132) 구연창, 앞의 글(각주 90), 104면; 김성수, 『물기본권에 관한 연구』, 『헌법판례연구』 제13권(한국헌법판례연구학회, 2012), 279면; 김성수, 앞의 글(각주 122), 350면 이하. 참고로 김성수, 앞의 글(각주 122), 356면은 민법상 공유하천용수권을 폐지할 것을 제안하고 있다.

133) 김성수, 위의 글(각주 132), 278면; 정우형, 앞의 글, 463면; 김동건, 『수리권제도: 하천의 수리권을 중심으로』, 『환경법연구』 제26권 2호(한국환경법학회, 2004.06), 58면.

134) 김동건, 위의 글(각주 133), 56면.

그런 한편 필자가 공유하천용수권의 법적 성격과 관련하여 상린권설을 취하지 않는다는 것과 무관하게, 상린권설이 물의 이용에 관한 로마법 이래 인정되어온 전통적인 견해라고 말해지고 있는 것에 대해 언급을 할 필요가 있다.¹³⁶⁾ 요는 로마법이 공유하천용수와 관련하여 상린권설적인 입장을 취하고 있지 않다는 것이다.¹³⁷⁾ 현대의 용어를 사용하여 표현할 때 로마법이 연안권 주의적인 입장을 취하기는 하였다. 물에 대한 국유(공공의 소유)를 전제로 사람들이 인접하여 위치하고 있는 물을 이용하도록 하는 것을 원칙으로 삼았다는 점에서 그러하다. 그럼에도 로마법이 상린권설적 입장이라는 오해가 나오는 것은 물이 물에 인접한 여러 토지 소유자들에 의해 이용되다보니 토지 소유자들 사이에 물의 이용에 대한 조절이 필요하면서 우리 시각에서 보면 상린관계에 해당해 보이는 로마법 규정들이 많이 보이기 때문이다. 그렇지만 이렇게 상린관계에 해당해 보이는 로마법 규정들은 엄밀히 따져 보면, 우리 입장에서 해당 규정들을 상린관계 규정이라고 보아서 그렇지, 로마법 입장에서 보면 해당 규정들은 용수와 관련된 지역권 규정에 해당한다. 로마 사람들은 물의 이용에 관한 규율을 그저 상린관계에 의존하지 않고, 권리와 의무 관계가 상대적으로 분명한 지역권 관계로 다스렸던 것이다.¹³⁸⁾

6. 우리 민법상 물에 관한 규정과 로마법상 물에 관한 규정

우리 민법이 독일 민법을 매개로 하는 로마법계 민법이라는 점에서 우리 민법상 물에 관한 규정의 기원을 로마법상 물에 관한 규정에서 찾아보는 작업이 가능하다. 하지만 두 법 사이에 공통적인 면을 발견하였다고 할 때 그것은 계수에 의한 영향 관계에서 비롯된 것이라기보다, 물이라는 것의 특성

135) 이는 물에 대한 권리가 공권적 성격의 것이라 하여 국가(정부)가 물의 재산권적 성격을 도외시하여서는 안 되는 이유로 된다.

136) 구연창, 앞의 글(각주 90), 106면; 이기우, 앞의 글(각주 120), 164면.

137) 그렇다면 법제사적으로 볼 때 우리 민법상 공유하천용수권 조문이 상린관계 규정 중에 있는 것이 전통적인 규정방식을 따른 것도 아니게 된다. 정우형, 앞의 글, 462면 참조.

138) 참고로 우리 민법 제231조 공유하천용수권의 법적 성격을 지역권 내지 지역권 유사의 권리로 보는 설도 있다. 구연창, 앞의 글(각주 90), 107면; 정우형, 앞의 글, 464면 참조.

그리고 물에 관한 규정이 관습 내지 관행적인 요소를 강하게 갖는다는 그런 공통성에서 비롯된 것일 가능성도 있다.¹³⁹⁾ 그러나 그렇다고 하여 우리 민법 다른 부분에는 존재하는 로마법적 영향을 물과 관련한 규정을 놓고는 일괄적으로 부정하는 것도 합리적이지는 않을 것이다. 그러므로 일단 비교를 하여 보자.

물을 수로를 가지고 흐르는 지표수, 수로를 가지지 않고 흘러 다니는 지표수, 지하수, 샘물, 우물 등으로 구분하는 것은 우리법과 로마법에서 공통적이다. 물 중에서 지표수를 중심에 놓으며, 지표수의 경우에 물과 물이 흐르는 토지의 소유를 구분하는 것도 공통적이다. 물을 규모 별로 구분하는 것도 공통적이다. 그러나 물의 구분에 관한 한 로마법상 구분이 우리 민법상 구분보다 훨씬 세분되어 있다. 우리의 현행 하천법, 소하천법, 수도법, 하수도법, 지하수법, 공유수면 관리 및 매립에 관한 법률, 연안관리법 등의 특별법으로 규율되고 있는 내용들이 이미 로마 민법(로마법대전)에 등장하여 있다.

물의 소유에 관한 한 일정 규모 이상의 물은 국유(공유)로 취급하는 있는 것도 우리 민법과 로마법에서 사실상 공통적이다. 엄밀히 말하면 우리 민법이 물이 국유라고 규정하고 있는 것은 아니지만 하천법 등의 관련법을 고려할 때에 실질적인 의미에서는 그러하다. 규모가 작은 물을 사유로 취급하거나 그 물의 개인적 이용을 문제로 삼지 않는 것도 공통적이다.¹⁴⁰⁾

물에 관한 규정들에서 대원칙을 보면 우리 민법이나 로마법이나 물의 자연스러운 흐름을 그대로 두어야 한다는 점 그리고 일방의 물의 이용은 타방의 물의 이용을 방해하거나 손해를 미치지 않아야 하는 합리적인 범위에서 이루어져야 한다는 점에서 공통적이다. 그리고 우리 민법이나 로마법이나 물의 용도에 따라 이용상 우선순위를 정하는 것을 인정하는 것도 공통적이다.¹⁴¹⁾

139) 박종찬, 앞의 글, 55면.

140) 물을 관리할 수 있는 유체물(예. 먹는 샘물)로 만들어 물을 소유와 거래의 객체로 삼는 것은 우리법과 로마법의 차이이기보다 기술의 발전에 따른 차이라고 할 것이다. *Wiel, ibid.*(각주 1), p.433.

141) 물의 이용에서 우선순위는 연안권 주의에도 전용권 주의에도 모두 존재한다. 우선순위의 전제와 우선순위의 결정 방식이 다를 뿐이다. 우리 민법 제297조; *Ware, ibid.*, p.94 참조. 구연창, 「미국 및 한국의 용수권에 관한 비교연구 (2)」, 『한국법학원 월보』 제22호(한국법학원, 1973.04), 4면에는 우리 관습상 논농사에서 물의 우선순위가 설명되어 있다.

이런 대강에서 공통적이라고 할 때 우리 민법상 물에 관한 규정과 로마법상 물에 관한 규정의 대응성을 보자. 우리 민법 제221조의 자연유수의 승수의무와 권리,¹⁴²⁾ 제222조의 소통공사권, 제223조의 저수 배수 인수를 위한 공작물에 대한 공사청구권은 모두 로마법에 비슷한 내용이 들어 있다. 우리 민법 제225조 처마물에 대한 시설의무의 경우에는 다소 다르다. 우리법은 처마의 물이 직접 낙하하지 않도록 시설을 하여야 하나 로마법은 우수관 시설을 하여도 되고 지역권 관계를 설정하여 직접 낙수시켜도 되는 권리를 확보하여도 된다. 그리하여 오히려 낙하당하는 토지소유자가 낙수 부분에 건물을 지으면 안 되는 의무를 부담할 수도 있다. 우리 민법 제226조의 여수소통권도 비슷한 내용이 로마법에 있다. 그러나 로마법상 여수소통권은 여수를 소통시키기 이전에 해당 토지로 유입되어 여수로 되는 물에 대한 통제를 수반한다는 점에서 차이가 있다. 우리 민법 제229조의 수류의 변경도 로마법의 경우가 우리법보다 상대적으로 엄하게 규제한 편이다. 그리고 우리 민법 제231조 이하의 공유하천용수권과 관련하여서도 로마법이 우리법보다 다양한 내용으로 규정을 두고 있다. 로마법이 공유하천(국유하천)의 이용을 다루면서 공로(도로)로서의 기능과 그와 관련한 개인의 권리 및 의무 차원의 규정들을 두고 있는 것도 우리법과 다른 면이다.¹⁴³⁾

이에 비해 물에 관한 규정들 중에 우리 민법보다 로마법에 훨씬 많은 것이 그렇게 물을 이용할 때에 관련을 맺게 되는 토지 소유자들 사이의 관계에 관한 것이다. 로마법은 이들 사이에 기본적으로 지역권 관계가 설정되어 있을 것을 전제로 삼고 있다. 타인의 물을 내가 이용하는 것도 지역권으로 설

142) 지표수를 자연 흐름 상태로 두는 것이 권리이며 의무인(natural flow rule) 로마법계와는 달리 영미법계에서는 그 물이 자신의 토지에 머무는 동안 토지 소유자는 그 흐름에 변경을 가할 권리가 있었다(common enemy doctrine). 하지만 지금은 영미법계에서도 합리적인 물 이용 원칙(reasonable use rule)에 따라 합리적인 수준에서 변경을 가할 수 있을 뿐이다. Rome G. Brown, "The Golden Rule as a Maxim of the Modern Law of Water Rights", 56 *American L. R.* 401 (1922), p.418. 참고로 영미법계에서는 로마법계의 natural flow rule을 civil law doctrine이라고 부르기도 한다. Donald V. Dobbins, "Surface Water Drainage", 36 *Notre Dame Lawyer* 518 (1960~1961), p.518f.; 구연창, 앞의 글(각주 90), 114면; 박홍래, 앞의 글, 84면 이하.

143) 항행할 수 있는 물은 도로(수로)로서 의미를 가지므로 항행할 수 없는 물과 적용 법리가 달라질 수밖에 없다. 박홍래, 앞의 글, 76면 참조.

정될 수가 있지만, 예를 들어 공공의 물을 끌어오는 수도를 타인의 토지의 지상이나 지하로 설치하는 것 등 물의 이용과 관련된 대부분을 지역권으로 설정될 관계로 보고 있다.

그런즉 물의 이용과 관련한 많은 규정이 우리 민법상 상린관계에 규정되어 있는 것에 비해 로마법은 지역권과 연결되어 있다는 점이 두 법 사이에 존재하는 큰 차이이다.¹⁴⁴⁾ 그런데 우리 민법이 로마법계 민법이라고 하더라도 로마법이 우리 민법과 같은 편제를 가지고 있는 것은 아니기에, 로마법이 과연 ‘지역권’ 부분에 물 규정을 두고 있는가를 볼 필요가 있겠다. 나아가 로마법이 ‘지역권’ 부분에 물 규정을 두고 있다고 하여 ‘상린관계’ 부분을 제쳐 놓고 ‘지역권’ 부분을 선택한 것인지를 볼 필요도 있다. 우리 민법이 여러 상린관계 규정을 두고 있어서 그렇지 정작 로마법은 여러 상린관계 규정을 두고 있지 않았을 수도 있기 때문이다.

그리하여 로마법대전을 전문검색하면 물에 관한 규정들은 학설회찬 제43권, 제39권, 제8권, 제41권 등에 상대적으로 많다. 그런데 로마법 연구에 표준적으로 사용하는 몸젠과 크뤼거(Mommsen/Krueger)의 로마법대전 편집본에조차 권 제목은 달려있지 않으므로 권 제목에서 물 관련 규정의 법리적 소속을 알기는 어렵다. 그래서 다시 장 제목으로 내려가 보면 제43권에는 강에 관하여(*de rivis*), 샘물에 관하여 (*de fonte*)라는 장(title) 제목들이 있다. 제39권에는 물과 우수방제(*de aqua et aquae pluviae arcendae*)에 관한 장 제목이 있다. 이에 비해 제8권은 여러 역권(*de servitutibus*)에 관한 장들 안

144) 로마법상 지역권은 편익을 위하여 타인의 물건을 이용하는 권리인 역권(*servitus*) 중의 하나이다. 역권은 그 편익이 특정 부동산의 편익을 위한 것인지 아니면 특정인의 편익을 위한 것인지에 따라 물역권(物役權 *servitus rerum*)과 인역권(人役權 *servitus personarum*)으로 나눈다. 그 물역권 중에 토지의 사용을 위한 지역권(*servitutes praediorum rusticorum*) 그리고 건설을 위한 건설역권(*servitutes praediorum urbanorum*) 등이 있었다. 그리고 인역권에는 (부동산, 동산)용익역권(*usufructus*), 사용역권(*usus*), 거주역권(*habitatio*) 등이 있었다. 최병조, 『로마법강의』(박영사, 1999), 426면; 현승중·조규창, 앞의 책, 604면 이하. 물이 인간의 생존에 필수적이라는 점에서 물 및 물을 품고 있는 토지의 이용에 대한 권리를 인역권적으로 볼 수도 있다. 김성기, 『용수권의 법적 성격』, 『사법논집』 제13집(법원도서관, 1982.12), 71면; 김상용·정우형, 앞의 책, 374면 참조. 로마법상 역권 전반에 대해서는 W. W. Buckland, “The Conception of Servitudes in Roman Law”, 44 *L. Q. R.* 426 (1928)을 참조하라.

에 물에 관한 규정들을 포함하고 있는 구조이고, 제41권은 물과 관련 있는 장 제목은 등장하지 않지만 재산권 보호를 위한 구제방법을 규정하고 있는 권으로 그 안에 물에 관한 규정 및 물과 관련한 특시명령이 규정되어 있는 구조이다. 이라고 보면 로마법이 지역권 부분에 물에 관한 규정을 많이 두고 있다고 말하기 힘들 수 있다. 하지만 그럼에도 불구하고 로마법은 우리법의 상린관계적 물 규정이 아닌 지역권 관계적 물 규정 구조를 취하고 있다고 말할 수 있다. 우리 민법상 상린관계에 있는 물 관련 규정과 비슷한 내용의 규정들 중 여러 개가 로마법상 지역권 부분에 들어있기 때문이다. 로마법상 물 관련 규정들 중이 지역권 부분에 가장 많이 들어 있는 것은 아닐지라도, 우리법과 연관을 가지는 로마법상 물 관련 규정은 어쨌거나 지역권 부분에 가장 많이 들어 있다는 것이다. 게다가 로마법상 지역권 부분이 아닌 장에 들어 있는 물 규정이 그렇다고 상린관계에 관한 규정인 것도 아니다. 물과 관련하여 비교적 많은 규정이 제43권 안에 들어 있는 것은 제43권이 대부분 로마법상 권리구제 방법 중에 특시명령(*interdictum*)에 관한 부분이기 때문이다. 물과 관련한 권리의 구제에 특시명령이 효율적이다 보니 제43권에 물에 관한 규정이 많은 것이다.¹⁴⁵⁾

그렇다면 로마법상으로는 과연 물과 관련하여 상린관계가 문제로 되지 않았을까를 보자. 이를 위해 우선 지역권이 어떤 제도인가를 다시 보면, 지역권은 한 토지를 다른 토지의 이용에 편익을 제공하기 위하여 이용하는 권리이다.¹⁴⁶⁾ 따라서 지역권은 그렇게 타인의 토지를 이용하는 것이 가능하다는 공

145) 물에 관한 구제를 위해 특시명령을 이용하는 것에 대해서는 Alewyn Burger, "Roman Water Law (part 1)", 2007 *J. S. Afr. L.* 72 (2007), p.88f.를 참조하라.

146) 지역권의 경우에는 물에 대한 법리가 물을 용익할 사람을 주체로 하여서가 아니라 토지를 주체로 하여 전개되는 면이 있다. 우리 민법 제291조를 보면 '지역권자는 일정한 목적을 위하여 타인의 토지를 자기 토지의 편익에 이용하는 권리가 있다'로 되어 있지만 이익(편익)을 누릴 지위가 권리라는 이익설적 입장에서 보면 이익(편익)을 누리는 주체로 표현되어 있는 것은 지역권자가 아니라 지역권자가 지배하고 있는 토지이고, 지역권자는 토지가 누리는 편익을 이용하는 자로 되어 있다. 따라서 제292조가 규정하고 있듯이 지역권은 지역권자의 지위에 부종하는 것이 아니라 요역지에 부종하게 된다. 박재윤, 앞의 글, 126면, 129면. 영미의 법학자들도 사람이 아닌 토지가 권리의 주체적이 되는 것에 대해 고민하였으나 더 나은 설명을 찾기 힘들었다고 합리화하고 있다. 올리버 웬델 홈즈 2세 지음, 임동진 옮김, 『보통법 (하)』(알토란, 2011), 238면 이하.

간관계인 인접성을 전제로 한다.¹⁴⁷⁾ 그러므로 토지를 통해 인접한 사람들 사이의 법률관계를 상린관계라고 할 때 지역권은 상린관계와 밀접한 관련을 가질 수밖에 없다. 하지만 우리법상 지역권은 타인의 소유권을 제한하여 자신의 물건적 지위를 만드는 타물권이고 제한물권이라는 점에서 소유자 사이의 소유권의 한계적 조절이라고 할 상린관계와 분명하게 구분되고 있다.¹⁴⁸⁾ 그렇다면 로마법상으로도 지역권과 상린관계는 밀접한 관련을 가졌을 텐데, 로마법은 그 둘을 얼마나 구분하였는가가 문제로 되게 된다.

그리하여 로마법을 보면 상린관계와 지역권을 구분하였던 것으로 보인다. 같은 물에 관한 상황이라도 상린하는 토지 사이에서 일어난 상황, 예를 들어 토지 사이에 빗물을¹⁴⁹⁾ 막는 시설로 독을 설치하였는데 빗물이 넘치면서 독이 무너져 일으키는 손해는 상린관계로 규율하였으며, 이에 대해서는 피해자에게 우수방제소권(雨水防除訴權 *actio aquae pluviae arcendae*)을 허용하거나 시설(독)의 철거와 토지의 원상회복을 목적으로 하는 폭력과 은비에 관한 특시명령(*interdictum quod vi aut clam*)을 허용하여 주었다.¹⁵⁰⁾ 이에 비해 물의 이용에 관한 한 로마법은 물과 연결되어 있는 토지의 상린성을 말하기에 앞서 지역권으로 규율하는 태도를 보이고 있다. 용수역권(*servitus aquarum*)은 통행권과 더불어 지역권의 대표적인 예였는데, 이에 는 인수역권(引水役權 *servitus aquam ducendi*), 급수역권(汲水役權 *servitus aquae haustus*), 수로역권(*servitus aquaeductus*), 가축급수권(*pecoris ad aquam appulsus*), 운항역권(*servitus navigandi*) 등이 해당하였다. 그리고 낙수역권(落水役權 *servitus stillicidii*)과 배수역권(排水役權 *servitus fluminis*) 등은 건설역권에 해당하였다.¹⁵¹⁾ 물의 이용을 이렇게 지역권으로 규율한다고 하는 것은 그 구제방법도 지역권과 결부되어 있다는 것을 의미하였다. 즉 지역권

147) 최병조, 앞의 책(각주 144), 432면.

148) 최병조, 앞의 책(각주 144), 425면, 414면 참조.

149) 로마법상 빗물로 인한 손해의 법리에 대해서는 Alan Rodger, "Roman Rain-Water", 38 *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 417 (1970), p.417f.를 참조하라.

150) 최병조, 『지진과 법: 로마법의 경우』, 『서울대학교 법학』 제52권 2호(서울대학교 법학연구소, 2011), 64면; 현승중·조규창, 앞의 책, 587면.

151) 최병조, 앞의 책(각주 144), 433면.

자가 지역권으로 허용되는 물을 이용하지 못하게 하면 물의 이용을 위한 요역지 소유자는 승역지 소유자나 기타 방해자를 상대로 역권인락소권(役權認諾訴權 *actio confessoria*)이라는 대물소권을 행사할 수 있었다. 만약 지역권이 존재하지 않는데도 지역권을 주장하면 승역지 소유자가 지역권의 존재를 주장하거나 자신의 부동산의 자유를 방해하는 자를 상대로 역권부인소권(役權不認訴權 *actio negatoria*)이라는 대물소권을 행사할 수 있었다.¹⁵²⁾ 혹은 앞으로 침해당할 염려가 있을 경우에는 장차 역권행사를 방해하지 않겠다는 위약벌의 담보문답계약(*cautio de amplius non turbando*)의 체결을 강제할 수 있었다. 그리고 또한 법무관에게 역권의 방해제거와 예방을 위한 각종의 특시명령(*interdictum*)들을 신청할 수 있었다.¹⁵³⁾

이처럼 로마법이 상린관계와 지역권 관계를 구분하였던 것으로 볼 때 그러나 로마법이 정확히 어떤 상린관계를 가졌었는지는 말하기 쉽지 않다. 상린(相隣)이라는 상황은 폭 넓게 존재하나 상린관계라는 범주 아래 구체화시켜두고 있는 것은 찾아보기 어렵기 때문이다. 이에 비해 지역권 관계는 앞서 서술하였듯이 비교적 상세히 규정되어 있다. 그런즉 토지의 인접성으로 인한 상린관계는 로마법에도 당연히 존재하였지만 로마법상 상린관계에서 중요한 관계는 지역권과 같은 독립된 관계로 다루어졌던 것으로 보인다.¹⁵⁴⁾ 로마법이 물 규정을 상린관계 부분에 둘 수 있는데도 굳이 지역권 부분에 둔 것이 아니라, 물을 둘러싼 관계가 중요하여 지역권 부분에서 다루고 있는 만큼 상린관계라는 포괄적인 관계로 다룰 필요가 없기 때문에 상린관계 부분에서 다루지 않고 있는 것이라고 볼 수 있다는 것이다.

그렇다면 지리적으로 인접한 토지의 소유자 또는 이용자 사이의 관계이고 물에 관한 관계라고 하더라도 그 규정이 상린관계에 위치하는 것과 지역권에 위치하는 것은 차이가 있게 된다. 그리고 그런 점에서 로마법에서 우리법의 상린관계에 있는 물 규정들과 비슷한 물 규정들이 상린관계 부분에 두루뭉술

152) 최병조, 앞의 책(각주 144), 434면.

153) 현승중·조규창, 앞의 책, 615면.

154) 현승중·조규창, 앞의 책, 587면 참조.

하게 남겨져 있지 않고 지역권 부분에 있었다는 것은 그만큼 로마법에서 물에 대한 권리가 독자적으로 권리화되어 다루어지고 있었다는 의미가 될 수 있다.

그런 한편 필자는 로마법상 물에 대한 규정을 정작 상린관계 부분에서 별로 찾아 볼 수 없었던 것의 근본적 원인을 로마법이 소유권을 충실하게 보호 하였던 것에서 찾을 수 있다고 생각한다. 어떤 개인의 토지에서 물이 어떻게 머물고 어떻게 흐르며 그가 그 물을 어떻게 활용하든 그것은 해당 토지 소유자에 달린 일이었다는 것이다. 그리고 그런 한에서 상린하고 있는 토지의 소유자는 아무리 이웃의 물로 인해 영향을 받더라도 그 이웃에 관여를 할 수 없었다는 것이다.¹⁵⁵⁾ 그런 체계라면 이웃의 물 이용 및 토지 이용에 관여를 할 수 있기 위해서는 그러한 관여를 꽤찮은 것으로 만들어주는 법률관계가 존재하든지 관련 법규정이 있어야 하게 된다. 이때에 당사자 사이에 그렇게 하여도 꽤찮게 만들어줄 법률관계가 지역권 관계가 되는 것이다. 그 결과 로마법상 물과 관련하여 당사자 사이를 조절하는 규정은 그것이 지역권 부분에 규정되어 있지 않더라도 기본적으로 지역권적인 성격을 갖게 되는 것이다.¹⁵⁶⁾

그렇다면 우리 민법이 로마법계라고 할 때 물에 관한 규정들이 지역권이 아니라 상린관계 부분에 있는 이유를 추측해 보자. 우선 독일 민법부터 시작 하면, 독일 민법의 상린관계 부분에 물에 대한 규정이 별로 없는 것을 입법적 불비로 보는 시각도 있는 것 같다.¹⁵⁷⁾ 하지만 독일 민법이 충실하게 계수한 로마법에 따르면 물에 관한 규정이 상린관계에 있지 아니하므로 별로 이상한 일이 아니다. 다만 독일 민법 역권 부분에도 물에 관한 규정은 별로 없

155) 현승중/조규창, 앞의 책, 587면.

156) Joshua Getzler, *A History of Water Rights at Common Law* (Oxford University Press, 2004), p.69. 이는 영국 보통법상으로도 그러하였다. Gale/Carson, *ibid.*, p.210.

157) 이기우, 「대륙법계의 상린관계 규정」, 『토지법의 이론과 실무』(법원사, 2005), 79면. 참고로, 우리 민법상 상린관계 규정은 상대적으로 관습에 의하는 면이 많지만 (제234조 참조), 그렇다고 하여 상린관계 규정이 관습에서 비롯된 규정들이라는 것은 아니다. 우리 민법 내 상린관계 규정은 민법 내의 다른 규정들과 마찬가지로 기본적으로 독일 민법의 영향을 받은 것이라고 한다. 엄영진, 「상린관계의 공사법적 관계」, 『월간고시』 제20권 2호(월간고시사, 1993), 53면. 그렇지만 독일 민법 상린관계 부분을 보면 우리 민법과는 달리 물에 관한 규정이 별로 없다.

는데, 이는 두 가지로 설명할 수 있다. 그 하나는 역권 부분의 토지의 편익에 물로 인한 편익이 당연히 포함되어 있다고 보는 것이다. 그리고 다른 하나는 독일의 경우에 물에 대한 규율을 주로 특별법에 맡겼고, 개인의 토지 소유권과 연결시키는 식으로 민법에 맡겨두고 있지는 않다는 사정이다. 독일이 민법을 제정하던 당시는 이미 산업혁명이 일어난 후로서 물에 대한 특별법적 취급이 당연하게 여겨진 시대였던 것이다.¹⁵⁸⁾ 이러한 독일 민법의 경우에 비해 프랑스 민법의 경우에는 소유권 부분에 물에 관한 규정들이 있다. 그렇다고 하여 이들이 상린관계 규정인 것은 아니다. 프랑스 민법 소유권 부분의 물에 관한 규정들은 물 보다는 물로 인한 토지 형성(沖積土 *alluvio*, 江中生島 *insula in flume nata*)과 그에 대한 소유권과 관련된 규정들이다.¹⁵⁹⁾ 그런 한편 프랑스 민법은 물의 이용에 관해서는 상린관계 부분이 아니라 역권 부분에 규정을 두고 있다.¹⁶⁰⁾ 프랑스 민법의 이러한 규정 태도는 독일 민법에 비해 상대적으로 로마법적이다.¹⁶¹⁾

이러한 독일 민법 및 프랑스 민법과 비교할 때, 물에 관한 규정들이 지역권이 아니라 상린관계 부분에 규정되어 있는 것이 바로 일본 민법이다. 일본 민법이 물에 관한 규정들을 지역권이 아니라 상린관계 부분에 둔 것의 이유는 분명하지 않다.¹⁶²⁾ 일본 민법이 모범으로 삼은 독일 민법에 물에 관한 규정이 별로 없다는 사실에 근거할 때 일본 민법의 입법자들이 물에 관한 규정을 민법에 둔다면 물의 존재 방식이나 물의 용도와 관련하여 토지 소유권 부분에 두는 것이 가장 자연스러울 것이라고 여겼을 것으로 추측이 될 뿐이다. 이러한 추측을 뒷받침하여 주는 것이 자연 유수에 관한 규정인 일본 민법 제214조(우리 민법 제221조에 해당)의 심의자료이다. 일본 민법 제214조 원안상 제2항이 있었고 그 제2항이 심의과정에서 삭제되었는데 그 이유

158) 김상용·정우형, 앞의 책, 368면.

159) 프랑스 민법 제556조~제563조 참조.

160) 프랑스 민법 제640조~제645조, 제681조 참조.

161) Ware, *ibid.*, p.20f.

162) 윤태영, 『일본 메이지민법(물권편: 소유권의 한계)의 입법이유』, 『민사법학』 제61호(한국민사법학회, 2012.12), 573면 이하 참조. 이에 비해 지역권 부분에는 물에 관한 규정이 상린관계로 보내진 것에 대한 직접적인 언급이 없다. 정기웅, 앞의 글, 497면 참조.

가 해당 항의 물에 관한 내용이 약정으로 설정되는 지역권에 관한 것이어서 상린관계 규정으로 두기에 적합하지 않다는 것이었다.¹⁶³⁾ 이는 일본의 입법자들이 로마법상 역권에 기원하는 규정들을 받아들일 때에 법정으로 인정되는 관계와 약정으로 인정되는 관계를 각각 소유권의 제한(상린관계)과 지역권 부분으로 보내려했던 것과 맞물려 있다.¹⁶⁴⁾ 상린관계라는 것을 법정으로 인정되는 관계로 정의할 것인가는 의문의 여지가 있고, 아이러니하게도 지역권에서 법정지역권의 역할이 커지기는 하였으나, 어쨌거나 일본 민법 입법자들의 애초의 설계는 그러하였다. 물이 토지와 연결되어 존재하고 물의 중요한 용처가 토지인 만큼 물의 이용에 관한 규정들을 약정 지역권 관계에 두기보다 법정 상린관계에 두는 것이 적합하다고 여겼던 것이다.¹⁶⁵⁾

일본 민법의 사정이 그러하였을 때 우리 민법의 사정 역시 그와 비슷하였을 것으로 추측할 수 있다. 우리 의용민법 및 현행 민법상 상린관계 부분에 있는 물 관련 규정이 일본 민법 제214조 이하의 물 관련 규정과 거의 동일하기 때문이다. 이러한 추측을 뒷받침해주는 것이 우리 민법안의견서 및 민법안심의록의 비교 고찰이다. 민법안의견서에 따르면 최 식 교수는 물에 관한 규정을 상린관계 부분에 둘 이유가 없음을 주장하고 있다.¹⁶⁶⁾ 그러면서 독일 법의 예에 따라 민법이 아닌 특별법(각 주법이라고 표현되고 있음)으로 취급하거나 통일적으로 취급할 것을 말하고 있다.¹⁶⁷⁾ 그가 이런 의견을 제시하였을 때에는 물에 관한 규정과 상린관계와 지역권 관계에 대한 인식이 있었을 것으로 짐작되지만, 그렇다고 그가 물에 관한 규정을 지역권 부분에 두는 것이 바람직하다고 여긴 것은 아니며 보인다. 이러한 민법안의견서에 비해 민법안심의록은 물에 관한 규정을 상린관계 부분에 두는 것 자체에 대해서 별

163) 윤태영, 위의 글(각주 162), 573면.

164) 정기웅, 앞의 글, 497면. 野村好弘 집필부분, 『第3章 所有權 第1節 所有權の限界』, 『注釋民法(7) 物權(2)』 初版 第9刷(有斐閣, 1968), 236면 이하 참조.

165) 이에 비해 물을 이용하는 사람들 사이의 관계가 상린관계로 규율될 수 없는 상황이 있다. 그리하여 물의 이용에 관한 규정을 민법에 둔다고 할 때 상린관계로 규율하는 것의 대안은 지역권 관계로 규율하는 것이었다. 일본 민법 제285조 용수지역권 규정이 그 예라고 할 수 있다. 中尾英俊 집필부분, 앞의 글, 493면 참조.

166) 민법안의견서, 90면 이하. 명순구, 『실록 대한민국 민법』 3(법문사, 2010), 131면 이하.

167) 민법안의견서, 91면.

다른 언급을 하고 있지 않다.¹⁶⁸⁾ 이러한 사정을 종합할 때 우리 민법이 물에 관한 규정을 상린관계 부분에 두고 있는 것이 우리의 물에 관한 관습이나 관행에 의한 것이라 보기는 어려울 것 같다. 비슷한 맥락에서, 우리 민법상 공유하천용수권 규정을 비롯하여 일본 민법과 다른 물에 관한 규정들이 정말로 우리의 물에 대한 관습과 관행을 중시하여 만들어진 규정인지에 대해서도 충분히 의문을 제기할 만하다.¹⁶⁹⁾

IV. 맺는 말

물은 사람들의 생존에 필수적이다. 그래서 물을 소유가 부정되는 대상으로 말하거나, 소유가 제한되는 대상으로 말하기도 한다.¹⁷⁰⁾ 그러나 세상의 모든 물이 생존에 소용되는 것은 아니다. 그래서 물을 소유의 대상으로 말하는 것이 설득력을 가지기도 한다. 하지만 물이 생존에 소용되는 경우가 아닌 경우조차 물은 사람들의 생존에 필수적일 수 있다. 물이 사람뿐만 아니라 사람이 사는 환경에 필수적일 때 그러하다. 그리고 물이 농업 활동이나 산업 활동에 이용되고 있는 경우에도 결국 물이 사람의 생계를 가능하게 만들어 준다는 점에서 그러한 물 또한 인간의 생존에 필수적인 것으로 된다.

이러한 사정상 사람들은 물의 개인 소유를 말하는 대신에 물의 공공성을

168) 최 식 교수의 주장은 받아들여지지 않았다. 명순구, 앞의 책, 133면.

169) 물의 이용권과 관련하여 우리 민법에 신설된 규정들은 제231조 공유하천용수권을 비롯하여 제 236조까지 주로 용수권에 관한 규정들이다. 제228조의 여수급여청구권도 신설된 규정이다. 제 218조 수도시설권도 신설된 규정이다. 민법안심의회, 138면 이하 참조. 그런데 일본 민법이 공유하천용수권 규정을 두지 않은 것은 앞서 서술하였듯이 공유하천을 용수할 민사적 상황이 존재하지 않아서가 아니라, 공유하천수의 전용을 민법이 아닌 특별법으로 다루기로 한 선택에 따른 것이었다. 그런즉 우리 민법에 공유하천용수권 규정과 함께 들어온 용수권 관련 내용들, 그리고 예를 들어 제228조 여수급여청구권 등의 개념들은 당연히 일본 민법에 존재한다. 渡辺洋三 집필부분, 앞의 글, 598면, 605면 이하; 윤태영, 앞의 글(각주 162), 579면; 윤태영, 앞의 글(각주 123), 446면 참조. 이에 일본 민법이 특별법으로 분리시킨 것을 우리 민법은 왜 민법 안으로 포함시켰는지 그 이유가 궁금해지는데, 우리 입법자료에 그 이유가 명확히 나타나 있지 않다. 공유하천에 관한 규정을 특별법으로 분리시키더라도 어차피 민사상 관련 문제가 발생하므로 차라리 민법 안으로 들여왔을 가능성을 생각해 볼 수 있다.

170) Anderson, *ibid.*, p.492; Scanlan, *ibid.*, p.140.

말하기도 한다. 하지만 물의 공공성을 말한다고 해서 개인이 물을 소유하거나 물과 관련하여 개인이 가지는 권리적 지위를 재산권화하는 것을 막기는 어렵다.¹⁷¹⁾ 물을 소유하거나 물에 대한 권리를 재산권화하는 것을 막기 어려운 데에는 물의 존재적 특성이 중요한 역할을 한다. 물이 자연 상태에서 주로 토지와 연결되어 존재하는 특성상 물을 물 자체로 말하는 것이 아니라 토지와 연결시켜 말하는 것을 기본으로 삼음으로써 토지가 재산권의 객체인 것처럼 물도 재산권의 객체로 되는 것이다. 우리 민법이 물이 개인 소유의 대상인지 아닌지를 명확히 하지 않으면서도 물에 대한 규정을 재산권 편에 두고 있는 것도 그러한 사정의 한 결과라고 할 것이다.

그런 한편 우리나라의 물에 대한 법체계는 공법과 사법을 통틀어 미비하고 불완전하다는 것이 학계 전반의 견해이다.¹⁷²⁾ 그런데다 물의 수요는 많고 공급은 부족한 편이다. 우리나라의 연평균 강수량은 1,274mm로 세계 평균 807mm의 1.6배이지만, 높은 인구밀도로 인해 1인당 연 강수량은 세계 평균 16,427m³에 비해 2,600m³에 머물고,¹⁷³⁾ 1인당 이용 가능한 수자원량도 세계 평균 16,427m³에 비해 1/6에 불과한 1,553m³에 머물러 물 부족 국가로 분류되고 있다.¹⁷⁴⁾ 이러한 현실에서 물에 대한 법체계의 정비가 절실히 요구되고 있다. 그리고 그 과정에서 민법에 있는 근래에는 잘 활용되지 않았던 물 규정에 대한 관심이 다시 높아지고 있다.

그런데 그렇게 돌아본 우리 민법상 물에 관한 규정들이 우리 경제가 농업에 의존하던 때에 만들어진 것임을 한계로 여기는 것과 관련해서는 유의할 바가 있다. 현재 우리나라 물의 용도는 농업용수가 159, 유지용수가 78, 생활용수가 75, 공업용수가 21의 비율로서 여전히 농업용수의 수요가 많다는 사실이다.¹⁷⁵⁾ 민법에 있는 물 규정을 여전히 농업용수에 맞추어 보아야만 한

171) 물에 관한 반공유의 비극(the tragedy of anticommon)은 생존을 위한 물 뿐만 아니라 물 시장을 놓고도 말할 수 있다. Stephen N. Betsen/ Peter J. Hill, "Water Markets As a Tragedy of the Anticommons", 33 *Wm. & Mary Envtl. L. & Pol'y R.* 723 (2009), p.727.

172) 구연창, 앞의 글(각주 90), 95면; 이상돈, 앞의 글, 63면 이하.

173) 1인당 강수량(m³/년) = 연평균 강수량 X 국토면적 / 인구수.

174) 국토교통부/K-Water, 앞의 책, 45면, 49면.

175) 이 비율의 합은 100%가 아니다. 국토교통부의 통계 중에서 해당 부분을 가져오면서 같이 통계된

다는 것이 아니라, 농업 경제를 전제로 만들어진 물 규정 그대로인 상태로도 현 상황에 맞추어 발전적 운용을 검토할 필요가 있다는 것이다. 게다가 공법과 사법을 통틀어 물에 대한 법체계를 새로 세울 계획이 있다면, 민법에 있는 물 규정 전반을 검토하여 민법 쪽 규정 개정을 위한 장기 연구를 이제라도 시작하여야 할 것이다. 물에 관한 재산법의 규정은 우리법이 가지는 소유에 관한 기본적인 관념을 필연적으로 반영하게 될 것이므로 쉽게 방향을 정할 수 있는 문제가 아니기 때문이다.

물에 관한 민법 영역에서의 연구는 설령 앞으로 우리나라의 물에 관한 규정들이 공법 차원의 특별법 위주로 재편되는 쪽으로 방향을 잡게 되더라도 마찬가지로 필요하다. 물은 개인적 소유의 대상이 아니라는 것을 원칙으로 삼게 되더라도, 물을 이용하는 개인적 이익 내지 지위는 이미 오래전부터, 로마법에서도, 재산권화되어 있으므로 민법이 물에 관하여 공법에 맡겨두기만 하고 아무런 규정을 두지 않는 것보다 관련 규정을 두는 것이 바람직할 것이기 때문이다. 게다가 물은 예나 지금이나 그리고 앞으로도 토지와 연결되어 존재하는 것이 일반적인 모습이라고 할 수 있다. 하지만 물은 토지와 연결되어 말해지는 순간 재산적 의미를 강하게 가지게 된다. 그런 만큼 토지를 규율하는 민법에 별도로 물을 규율하는 규정도 두어 토지에 대한 소유 내지 이용의 법리가 물에 대한 소유 내지 이용의 법리에 당연하게 결부되는 것을 막을 필요가 있다.

이런 점에서 로마법의 물에 관한 규정들은 시대적 차이에도 불구하고 참고할 가치가 있다. 개인의 소유권을 중시하였던 로마법이 물에 관한 한 공유(공유)를 원칙으로 삼으면서도 개인의 소유권(권리)과 조화를 도모했던 것과 관련하여 특히 그러하다. 로마법은 국가가 물을 소유하고 관리한다고 하여 물의 개인 재산권적인 성격을 전적으로 부정하지는 아니 하였으며, 물이 토지의 소유와 밀접한 관련이 있다고 하여 물에 대한 규율을 두루뭉술하게 토지 소유의 상린관계에 맡기지도 아니하였다. 로마법이 물의 이용에 개인 재

숫자들 중에 이 글의 주제와 직접적으로 관련이 없는 숫자를 제외하였기 때문이다. 국토교통부 /K-Water, 앞의 책, 53면의 통계 참조.

산권적 성격을 인정하였던 것과, 로마법이 개인들 사이의 물의 이용을 기본적으로 개인들 사이의 지역권적 관계로 다루었던 것 사이에 법리적 조화가 이루어져 있었던 것이다.

■ 참고문헌

- 구연창, 「민법상 물(水)에 관한 법리」, 『민사법학』 제7호, 한국민사법학회, 1988.06.
- _____, 「민법상 수법관계의 체계론적 고찰」, 『경희법학』 제20권 제1호, 경희대학교 법학연구소, 1985.
- _____, 「미국 및 한국의 용수권에 관한 비교연구 (1)/(2)」, 『한국법학원 월보』 제21호/제22호, 한국법학원, 1973.03/04.
- 국토교통부/K-Water, 『물과 미래 (2015 세계 물의 날 자료집)』, 국토교통부, 2015.
- 김기수, 「민법상 수(水)에 관한 법률관계를 논함」, 『고시계』 제13권 12호, 고시계사, 1968.12.
- 김동건, 「미국의 수리권의 연구」, 법학박사학위청구논문, 연세대학교, 2000.
- _____, 「수리권제도: 하천의 수리권을 중심으로」, 『환경법연구』 제26권 2호, 한국환경법학회, 2004.06.
- 김상용·정우형, 『토지법』 증보판, 법원사, 2004.
- 김상용, 「제3장 소유권 제1절 소유권의 한계」, 『민법주해[V]』, 박영사, 1992.
- 김성기, 「용수권의 법적 성격」, 『사법논집』 제13집, 법원도서관, 1982.12.
- 김성수, 「수리권의 법적 근거와 한계」, 『토지공법연구』 제43집 제1호, 한국토지공법학회, 2009.02.
- _____, 「물기본권에 관한 연구」, 『헌법판례연구』 제13권, 한국헌법판례연구학회, 2012.
- 김영희, 「영국법, 스코틀랜드법, 미국법, 그리고 로마법」, 『법사학연구』 제52집, 한국법사학회, 2015.10.
- 김재형, 「토지와 물: 지하수 이용권에 관한 방해배제청구권」, 『21세기 사법의 전개(송민최중영대법원장 재임기념논문집)』, 박영사, 2005.09.
- 명순구, 『실록 대한민국 민법 2』, 법문사, 2010.
- 민사법연구회, 『민법안의견서』, 일조각, 1957.
- 민의원 법제사법위원회 민법안심의소위원회, 『민법안심의록 상권』, 대한민국국회, 1957.
- 박균성, 「하천수 사용에 관한 공법적 연구」, 『토지공법연구』 제44집, 한국토지공법학회, 2009.05.
- 박재윤, 「제5장 지역권」, 『민법주해[VI]』, 박영사, 1992.
- 박종찬, 「수법에 관한 연구」, 『강원법학』 제23권, 강원대학교 법학연구소, 2006.12.
- 박홍래, 「우리나라와 미국의 수법에 관한 비교 연구」, 『인권과 정의』 제348호, 대한변호사협회, 2005.08.
- 배성호, 「농업수리 주체의 기능적 분화와 농업수리권의 구조 서설」, 『법조』 통권 제674호, 법조협회, 2012.11.

- 엄영진, 「상린관계의 공사법적 관계」, 『월간고시』 제20권 2호, 월간고시사, 1993.
- 오준근, 「지하수 공개념 정착을 위한 입법정책 연구」, 『법제개선연구』 제6집, 법제처, 2000.12.
- 윤양수, 「지하수의 공수성」, 『공법연구』 제33집 제2호, 한국공법학회, 2005.02.
- 윤철홍, 「지하수법의 문제점과 개선방향」, 『비교사법』 제8권 1호(상), 한국비교사법학회, 2001.06.
- 윤태영, 「일본 메이지민법(물권편: 소유권의 한계)의 입법이유」, 『민사법학』 제61호, 한국민사법학회, 2012.12.
- _____, 「민법상 공유하천용수권에 대한 재해석」, 『중앙법학』 제8집 1호, 중앙대학교 법학연구원, 2006.04.
- 이기우, 「대륙법계의 상린관계 규정」, 『토지법의 이론과 실무 (지엄이선영박사화갑기념논문집)』 (법원사, 2005).
- _____, 「민법상 물(水)의 이용에 관한 권리」, 『토지법학』 제16호, 한국토지법학회, 2000.
- 이상돈, 「수리권 제도 개선에 관한 연구」, 『법조』 통권 제543호, 법조협회, 2001.12.
- 정기웅, 「일본 메이지민법(물권편: 지역권 유치권)의 입법이유 분석」, 『민사법학』 제60호, 한국민사법학회, 2012.09.
- 정우형, 「용수권 법리에 관한 재검토」, 『한양법학』 제27집, 한양대학교 법학연구소, 2009.08.
- 최병조, 「지진과 법: 로마법의 경우」, 『서울대학교 법학』 제52권 2호, 서울대학교 법학연구소, 2011.
- _____, 『로마법강의』, 박영사, 1999.
- 현승중 · 조규창, 『로마법』, 법문사, 1996.
- 올리버 웬델 홈즈 2세 지음, 임동진 옮김, 『보통법 (하)』, 알토란, 2011.
- 渡辺洋三 집필부분, 「後注(二) 水利權」, 『注釋民法(7) 物權(2)』 初版 第9刷, 有斐閣, 1968.
- 野村好弘 집필부분, 「第3章 所有權 第1節 所有權の限界」, 『注釋民法(7) 物權(2)』 初版 第9刷, 有斐閣, 1968.
- 中尾英俊 집필부분, 「第6章 地役權 § 285 用水地役權」, 『注釋民法(7) 物權(2)』 初版 第9刷, 有斐閣, 1968.
- Helen F. Althaus/ Joan M. Chambers/ Patrick J. Hines, Public Trust Rights, U.S. Fish and Wildlife Service, GPO, 1978.
- David B. Anderson, “Water Rights as Property in *Tulare v. United States*”, 38 *McGeorge L. R.* 461, 2007.
- Hans W. Baade, “Roman Law in the Water, Mineral and Public Land Law of the Southwestern United States”, 40 *Am. J. Comp. L.* 865, 1992.
- Stephen N. Bretsen/ Peter J. Hill, “Water Markets As a Tragedy of the Anticommons”, 33 *Wm. & Mary Envtl. L. & Pol’y R.* 723, 2009.
- Rome G. Brown, “The Golden Rule as a Maxim of the Modern Law of Water Rights”, 56 *American L. R.* 401, 1922.
- W. W. Buckland, “The Conception of Servitudes in Roman Law”, 44 *L. Q. R.* 426, 1928.
- Alewyn Burger, “Roman Water Law (part 1/ part 2)”, 2007 *J. S. Afr. L.* 72 (2007)/ 2007

- J. S. Afr. L. 309, 2007.
- J. C. De Wet, "Hundred Years of Water Law", 1959 *Acta Juridica* 31, 1959.
- Donald V. Dobbins, "Surface Water Drainage", 36 *Notre Dame Lawyer* 518, 1960~1961.
- Charles James Gale/ Thomas Henry Carson, *A Treatise on the Law of Easements*, 9th Ed., Sweet&Maxwell, 1916.
- Joshua Getzler, *A History of Water Rights at Common Law*, Oxford University Press, 2004.
- R. H. Hess, "Arid-Land Water Rights in the United States", 16 *Colum. L. R.* 480, 1916.
- T. E. Lauer, "The Common Law Background of the Riparian Doctrine", 28-1 *Missouri L. R.* 60, 1963.
- Earl F. Murphy, "English Water Law Doctrine Before 1400", 1 *Am. J. Legal Hist.* 103, 1957.
- Alice B. Preuss, "Western Irrigation Law a Devolution of the Law of Appropriation", 52 *Am. L. R.* 41, 1918.
- Alan Rodger, "Roman Rain-Water", 38 *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 417, 1970.
- F. S. Ruddy, "Res Nullius and Occupation in Roman and International Law", 36 *U. Mo. Kan. City L. R.* 274, 1968.
- Melissa Kwaterski Scanlan, "The Evolution of the Public Trust Doctrine and the Degradation of Trust Resources: Courts, Trustees and Political Power in Wisconsin", 27 *Ecology Law Quarterly* 135, 2000.
- Clifford W. Schulz/ Gregory S. Weber, "Changing Judicial Attitudes Towards Property Rights in California Water Resources: From Vested Rights to Utilitarian Reallocations", 19 *Pacific L. J.* 1031, 1988.
- Samuel P. Scott (trans.), *The Civil Law*, AMS Edition, New York, 1973; original. Cincinnati, 1932.
- Anthony Scott/ Georgina Coustalin, "The Evolution of Water Rights", 35 *Natural Resources J.* 821, 1995.
- A. W. B. Simpson, *A History of the Land Law*, 2nd Ed., Oxford Clarendon Press, 1986.
- Andrew Stephenson, *Public Lands and Agrarian Laws of the Roman Republic*, Johns Hopkins Press, 1891(Create Space Independent Publishing Platform, 2015).
- Bernard K. Vetter, "Louisiana: The United State's Unique Connection to Roman Law", 39 *Loyola L. R.* 281, 1993.
- Eugene F. Ware, *Roman Water Law*, West Publishing Co., 1905.
- Alan Watson (trans.), *The Digest of Justinian*, University of Pennsylvania Press, 1985.
- Samuel C. Wiel, "Natural Communism: Air, Water, Oil, Sea, and Sea Shore", 47 *Harv. L. R.* 425, 1934.
- _____, "Theories of Water Law", 27 *Harv. L. R.* 530, 1913~1914.
- _____, "Running Water", 22 *Harv. L. R.* 190, 1908~1909.

<Abstract>

Roman Water Law and Water Provisions of the Korean Civil Code

Kim, Young Hee*

Water is essential for life. So many laws and acts around the world regulate that water is owned by public or by nation. In any case, no matter who it owns, water is for using by public. And the entitlement of using water inevitably has the attribute of the property right. Thus it is necessary for a society to have regulations for adjusting the water use between people, and then again, for adjusting the land ownership because water is wired with land. The Roman law, the historic model law of Korean Civil Code, therefore, had acknowledged and achieved harmony between the public character of water and the private character of water in land. In the private sector, the law took the structure of contractual easement relationship between the parties about the using the water and related land. In comparison, the Korean Civil Code does not express clearly either the public character nor the private character of water. It mainly depends on the social customs to solve the conflict of interests with relation to using the water and related land. In these days of importance of water, however, it would be proper to revise and put ground rules about the water on the Korean Civil Code.

* Associate Professor, Yonsei Law School

[Key Words] Water, Land, Adjacent Land Owner, Easement, Water Rights,
Riparian Right, Rights of Using Public River, Roman Law