

# 지하수 공개념화와 대표적 사례연구

오 준 곤<sup>1)</sup>

## I. 문제의 제기

1997년 지하수법이 전면개정되었다. 1997년 지하수법 개정의 취지는 “지하수의 무분별한 개발·이용으로 인한 지하수의 오염 및 고갈을 방지하기 위하여 지하수의 개발·이용을 신고제에서 허가제로 바꾸고 다른 법률에 의하여 지하수를 개발·이용하는 경우에도 원상복구를 명할 수 있게 하며, 지하수개발·이용시공업의 등록제를 신설하는 등 지하수의 보전·관리를 보다 철저히 하려는 것”이었다.<sup>2)</sup> 이는 한마디로 지하수에 관한 공개념의 강화로 요약될 수 있다.

이렇듯 공개념이 한 층 강화된 지하수법이 시행되기 시작한지 2년여가 지나갔음에도 불구하고 지하수에 관한 논의는 특히 지하수의 소유권을 중심으로 끊이지 아니하고 제기되고 있다. 그 이유는 지하수의 소유권을 비롯한 그 이용·개발에 관한 각종 권리에 대하여 우리나라의 헌법과 각종 법률 및 법규명령이 분명한 규정을 두고있지 아니하기 때문이다.

현재 우리나라에서 지하수소유권에 관한 논의는 주로 민법 제212조의 해석을 중심으로 사법적 차원에서 이루어지고 있다<sup>3)</sup>. 사법분야에서의 논쟁은 지하수가 토지소유권자의 소유라는 “사수론”과 공공의 소유라는 “공수론”으로 요약된다<sup>4)</sup>. 민법 제212조는 “토지의 소유권은 상하에 미친다”라고 규정하고 있을 뿐이다. 이 규정은 지하수 자체에 관하여는 아무런 언급을 하고 있지 아니하므로 지하수의 소유권에 관한 직접적 해석 근거로는 작용할 수 없다. 다만 지하수는 토지의 아래에 저장되거나 흐르고 있으므로 토지소유권의 범위에 포함될 수 있다는 소위 “사수론”의 근거로 받아들여질 수 있을 뿐이다.

그러나 사수론은 지하수의 특성을 무시한 것이라는 반론이 제기된다. 지하수는 그 특성상 수자원의 일부이다. 모든 수자원은 전체적으로 연결되어있으며 순환을 계속하는 자원

1) 법학박사, 한국법제연구원 연구위원, 성균관대학교 겸임교수(부동산법), 서울시의회 입법고문

2) 한국법제연구원, 대한민국 법률연혁집, 제24권, 401쪽 이하 참조

3) 지하수의 소유권에 관한 사법적 차원에서의 논의의 시작은 이호정, 원천의 소유 및 이용에 관한 고찰, 서울대학교 석사학위논문, 1961에서 찾아볼 수 있다.

4) 지하수에 관한 일본에서의 사수론과 공수론의 연혁 및 그 내용에 관하여는, 環境新聞社, 地下水問題 その解決法, 1999, 159쪽 이하

이라는 데 그 특징이 있다. 수자원은 저수 - 증발 - 응결 - 강수 - 지하침투 - 지하저수 및 지하유수 - 하천등으로의 유출 - 바다와 호수로의 저수 등의 수문순환과정을 거친다. 지하수는 특정한 토지에 부착되어있는 것이 아니라 흐르는 것이며 순환을 계속하는 것이라는 점에서 분명히 다른 특성이 있다. 이러한 점 때문에 지하수는 공공재이며 생명의 근원이라는 점이 강조되고 있다.<sup>5)</sup>

지하수가 공공재라는 위와 같은 특성에 착안하여 지하수의 공개념을 더 일층 강화하자는 의견이 설득력을 얻고 있다. 특히 지하수의 소유권을 토지소유권에서 완전히 구분하여 국가의 소유로 하자는 논의가 그 것이다. 그 이유는 최근들어 지하수의 개발 및 이용이 급격히 증가하고 있으며 그 오염이 가속화됨에 따라 국가적 수자원 전체의 측면에서 위기의식이 고조되고 있기 때문이다.

1999년 건설교통부 지하수조사연보에 따르면 1998년말 현재 우리나라에서 개발·이용되고 있는 관정수는 974천개소로서 지하수이용량은 연간 37억톤에 이르고 있으며, 이는 우리나라 전체 수자원이용량 310억톤의 12%, 연간 적정이용량 132억톤의 28%를 점하고 있다. 특히, 1994년 지하수법 시행이후 지하수이용량이 매년 3억톤씩 증가하고 전국 230개 시·군·구 중 19개 지역이 지하수 적정이용량 초과, 전국 지자체별로 시행된 수질검사 불합격율의 지속적 증가('95 : 2.1% → '97 : 7.0%) 등 지하수 장애현상이 급격히 악화되고 있다는 점 등이 제기되고 있다.

지하수의 공개념을 극대화하여 지하수를 국유화하자는 방안이 논의되는 지금, 지하수의 소유권에 관한 입법은 민법의 해석만으로 좌우되어서는 아니된다. 헌법상 소유권의 내용과 한계에 관한 고찰, 지하수법 등 각종 지하수행정에 관한 실정법의 고찰, 헌법재판소 및 대법원의 판례의 검토, 외국의 입법례의 검토 등을 통하여 다각적으로 이루어져야 한다.

---

5) 지하수의 특성 및 지하수에 관한 각종 자료는 건설교통부와 한국수자원공사에서 운영하는 인터넷 지하수전문 홈페이지 [wamis.kowaco.or.kr/gww/](http://wamis.kowaco.or.kr/gww/)에 상세히 수록되어 있다.

## II. 지하수의 공개념과 헌법

### 1. 헌법규정 검토의 필요성

지하수의 공개념 특히 지하수의 소유권 논쟁에 관하여 헌법규정의 검토가 필요한 이유는 입법자가 지하수법 등 일정한 법률의 제정 또는 개정을 통하여 “지하수의 소유권은 국유로 한다”고 선언할 수 있는가 라는 질문에서 유래한다.

이와 같은 지하수 소유권의 국유 선언은 토지소유권자가 지하수 부분에 대하여 종래 가지고 있다고 생각하였던 소유권 내지는 재산권을 전면적으로 박탈하는 결과를 가져오기 때문이다.

과연 이와 같은 입법이 현행 헌법의 해석상 가능한 것인가, 가능하다면 그 논거는 무엇인가, 또 불가능하다면 무슨 이유로 불가능하다는 해석이 가능한가가 검토될 필요가 있다.

### 2. 소유권에 관한 헌법규정의 내용 및 그 취지

소유권에 관하여 현행 헌법은 제23조에 규정하고 있다. 그 내용은 다음과 같은 요소로 이루어져 있다고 분석된다.

첫째, 모든 국민의 재산권은 보장된다.

둘째, 재산권의 내용과 한계는 법률로 정한다.

셋째, 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다.

넷째, 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한은 법률의 근거 하에서 가능하다. 이 경우 정당한 보상이 지급되어야 한다.

토지를 소유하고 있는 국민의 재산권은 보장된다. 그러나 토지소유권은 그 내용과 한계가 법률로 규정되어야 한다. 따라서 토지소유권의 한계로서의 지하수의 소유권에 관하여는 별도의 법률의 근거가 필요하다.

지표수인 하천에 관하여 현행 하천법은 “하천은 이를 국유로 한다”(제3조)고 명백히 규정하고 있다. 지하수는 지표수인 하천과 함께 수자원의 일부를 이루고 있으므로 “지하수는 이를 국유로 한다”는 규정을 지하수법 등 지하수 관련 “법률”에 직접 도입한다면 헌법상 문제가 없다는 해석이 일단은 가능해 보인다. 이에 관하여는 재산권의 내용을 정하는 법률의 한계에 관한 헌법 규정 및 다른 헌법규정과의 관련하여서 보다 상세히 검토되어야 할 것이다.

### 3. 지하자원 및 수자원에 관한 헌법규정

지하수는 수자원의 일부를 이루고 있으므로 지하수의 소유권에 관한 검토는 헌법상 재산권 규정 뿐만 아니라 지하자원 및 수자원에 관한 헌법규정의 검토가 함께 이루어져야 한다. 현행 헌법 제120조는 그 직접적 근거규정으로 작용한다. 이 규정은 다음과 같은 몇 가지 요소로 분석될 수 있다.

첫째, 국토와 자원은 국가의 보호를 받으며 국가의 계획적 관리의 대상이다.

둘째, 지하자원 및 수력 등은 국가가 법률로 그 채취·개발 또는 이용을 특허할 수 있는 대상이다.

모든 지하수는 지하에 부존되어 있는 수자원이므로 국가의 보호의 대상이며, 국가가 법률로 그 채취·개발 또는 이용을 특허할 수 있는 대상에 해당한다.

헌법 제120조에 근거하여 국가는 지하수법 등 관련 법률에 지하수의 채취·개발 및 이용에 관한 특허의 성격을 가지는 허가제를 도입할 수 있다. 현행 지하수법상의 지하수 허가제는 이와 같은 헌법 제120조에 근거한 것이므로 정당하다. 문제는 여기서 한 걸음 더 나아가서 “지하수는 국유로 한다”는 법률상의 선언이 가능한가 라는 것이다. 이 점은 법률제정의 한계에 관한 헌법규정과의 관련성이 검토되어야 한다.

### 4. 법률제정의 한계에 대한 헌법규정

국민의 자유와 권리를 제한하는 법률의 제정은 헌법상 일정한 한계를 가진다. 현행 헌법상 법률 제정의 한계에 관한 근거 규정은 헌법 제37조이다.

이 규정은 다음과 같은 몇 가지 요소로 분석될 수 있다.

첫째, 국민의 모든 자유와 권리는 법률으로써만 제한할 수 있다.

둘째, 법률로 제한하는 경우에도 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한한다.

셋째, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.

지하수의 공개념을 강화하는 법률, 특히 지하수의 소유권을 국유로 하는 법률 규정을 도입하고자 할 경우 헌법 제37조가 정한 요건을 충족하여야 한다. 특히 헌법 제37조에서 유래하는 헌법원칙으로서의 비례의 원칙 내지는 과잉금지의 원칙이 준수되어야 한다.<sup>6)</sup>

---

6) 비례의 원칙과 과잉금지의 원칙은 한국과 독일의 헌법재판소 결정례 및 학설상 같은 개념으로, 서로 혼동하여 사용될 수 있는 개념으로 받아들여지는 것이 일반적이다. Herzog, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Art. 20, Rdn. 73 ff.; Jarass/ Pjeroth,

헌법상 과잉금지의 원칙이라 함은 국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법활동을 함에 있어서 준수하여야 할 기본원칙 내지 입법활동의 한계를 의미하는 것으로서 국민의 기본권을 제한하려는 입법목적이 헌법 및 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 하고, 그 목적의 달성을 위하여 그 방법이 효과적이고 적절하여야 하며, 입법권자가 선택한 기본권 제한의 조치가 입법목적의 달성을 위하여 설사 적절하다고 할지라도 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 최소한도에 그치도록 하여야 하며, 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교 형량할 때 보호되는 공익이 더 커야 하는 것을 말한다.<sup>7)</sup>

수자원은 국민의 생명과 직결되는 자원이다. 이 수자원 중 지하수는 모든 수자원의 20% 이상을 점할 만큼 중요한 자원이다. 지하수의 오염 및 고갈은 지표수의 오염 및 고갈과 직결되며 결국 국민의 생명과 안전에 직접적인 영향을 미치게 된다. 따라서 수자원의 보호는 공공복리의 차원에서 뿐만 아니라 장차 수자원의 고갈상태를 대비할 때 국가 안전보장 및 질서유지의 차원에서도 중요한 의미를 띤다.<sup>8)</sup> 따라서 토지소유권자의 지하수의 채취·개발 또는 이용권 제한에 관한 법률 제정의 필요성 및 그 정당성은 헌법상 인정된다.

그러나 이와 같은 목적의 정당성이 인정된다 하더라도 모든 지하수를 국유로 선언하는 법률 규정의 도입이 지하수자원의 보호를 위하여 효과적이고 적절한 방법인가에 대한 검토가 있어야 한다. 지하수에 대한 국가의 규제는 현재 일정한 양 이상의 지하수 이용에 대한 허가제 및 신고제, 먹는샘물로 지하수를 이용하는 경우 수질개선부담금의 부과 등 다양한 수단과 방법이 채택되어 있다. 그러나 종래 지하수에 관하여 채택된 입법적 방법은 많은 부족함과 문제점을 드러내고 있는 것으로 분석되고 있다. 이러한 점에서 방법의 적절성이 거론된다.

지하수의 소유권을 국유로 선언하는 것은 궁극적으로 토지소유권자의 지하수에 대한 소유권을 전면적으로 부인하는 것이다. 이 점은 토지소유권의 본질적 내용을 침해하는 것은 아닌가, 특히 토지소유권자의 지하부분의 토지사용권에 대한 과잉침해가 아닌가라는

Grundgesetz, Art. 20, Rdn. 56 ff.

7) 헌법재판소 1995.10.26. 94 헌바 12 결정(판례월보 304호 79면). 비례의 원칙의 구체적 내용에 관하여는, 오준근, 행정절차법, 삼지원, 1998, 90쪽 이하 참조

8) “김광목, 바람직한 하천관리방향; 국토개발연구원 공청회 자료, 바람직한 하천관리를 위한 법·제도 개선방안, 1998.9.15. 1쪽” 이하에 따르면 “우리나라가 비록 강수량은 세계평균의 1.3배 이나 인구의 과밀로 1인당 강수량은 세계평균의 11%에 불과하고 년 강수량의 2/3가 하절기에 집중되어 국제기구에서 만성적인 물부족 국가로 분류되고 있다. 이러한 점에서 하천과 지하수를 비롯한 모든 수자원의 종합적 관리가 요구된다. 수자원의 종합적 관리의 필요성에 관하여는, 오준근, 수자원의 종합적 관리를 위한 하천관련법제 정비방안연구, 법제연구 제15호 (1998), 202쪽 이하 참조

의문이 제기될 수 있다.

따라서 지하수의 소유권을 국유로 선언하는 법률규정의 도입은 목적의 정당성은 인정되나, 그 수단 및 방법의 효율성, 피해의 최소성 및 법익의 균형성이라는 비례의 원칙과 완전히 부합되는가에 관하여 논란이 제기된다.

구체적인 논의는 지하수의 소유권 및 채취·개발 또는 이용권에 관한 각종 법률의 규정, 헌법재판소 및 대법원의 판례, 외국의 입법례를 두루 검토한 후 결론의 일환으로써 언급하고자 한다.

### Ⅲ. 지하수의 소유권 및 이용권에 관한 법률적 근거

#### 1. 토지소유권에 관한 민법 규정

지하수에 관하여 민법은 제212조, 211조와 제235조에 각각 다른 규정을 두고 있다.

첫째, 민법 제212조는 “토지소유권의 범위”라는 제목하에 “토지의 소유권은 정당한 이익있는 범위내에서 토지의 상하에 미친다”라고 규정하고 있다. 이 규정은 매우 애매하여 지하수의 이용을 둘러싸고 많은 논란을 불러일으키고 있다. 그 이유는 토지소유권이 미치는 정당한 범위가 불분명하기 때문이다.

둘째, 민법 제211조는 “소유자는 법률의 범위 내에서 그 소유물을 사용, 수익, 처분할 권리가 있다”고 선언하고 있다. 이 규정에 비추어볼 때, 지하수가 과연 토지소유권자의 소유물에 속할 수 있는 것인가의 문제가 제기된다.

셋째, 민법 제235조는 “공용수의 용수권”이라는 제목하에 “상린자는 그 공용에 속하는 원천이나 수도를 각 수요의 정도에 응하여 타인의 용수를 방해하지 아니하는 범위내에서 각각 용수할 권리가 있다”고 규정하고 있다. 또 제236조는 “용수장애의 공사와 손해배상, 원상복구”에 관하여 규정하면서 “필요한 용도나 수익이 있는 원천이나 수도가 타인의 건축 기타 공사로 인하여 단수, 감수, 기타 용도에 장애가 생긴 때에는 용수권자는 손해배상을 청구할 수 있다. 전항의 공사로 인하여 음료수 기타 상황상 필요한 용수에 장애가 있을 때에는 원상복구를 청구할 수 있다”고 규정하고 있다. 토지는 지적법에 따라 일정한 필지로 구획되고 분할되지만 이는 관념적인 것일 뿐, 실제로 물리적으로는 서로 하나의 땅덩이로서 연결되어 있다. 특히 지하에서는 서로 연결되어 수맥을 이루고 있기 때문에 지각의 일부로서 한곳에서 새로 지하수를 개발하여 이용하는 경우 다른 곳의 지하수가 고갈되거나 오염되는 사태가 얼마든지 발생할 수 있다. 이 경우에 대하여 민법은 손해배상 및

원상회복의 의무를 직접 규정한 것이라 할 수 있다. 이 규정은 궁극적으로 지하수는 공용에 속하는 것으로서 상권자는 그 이용권을 법률이 정하는 범위안에서 가지지만 타인의 이용권을 방해하여서는 아니된다는 것을 선언한 것이라는 해석도 가능하다.

## 2. 지하수에 관한 법률규정

### 가. 지하수법

지하수법은 지하수에 관한 기본법이다<sup>9)</sup>. 이는 지하수의 적절한 개발·이용과 효율적인 보전·관리에 관한 사항을 정함으로써 공공의 복리증진과 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 제정되었다(제1조).

지하수법에 따르면 국가는 지하수에 대한 효율적인 보전·관리를 통하여 모든 국민이 양질의 지하수를 이용할 수 있도록 지하수에 관한 종합적인 계획을 수립하고 합리적인 시책을 강구할 책무를 진다(제3조).

이 책무를 이행하기 위하여 건설교통부장관은 대통령령이 정하는 바에 따라 전국의 지하수에 대하여 부존특성 및 개발가능량등에 관한 기초적인 조사를 실시하여야 한다(제5조).

건설교통부장관은 ① 지하수의 부존특성 및 개발가능량, ② 지하수의 이용실태, ③ 지하수의 이용계획, ④ 지하수의 보전계획, ⑤ 기타 지하수의 관리에 관한 사항 등이 포함된 전국의 지하수관리기본계획(이하 "기본계획"이라 한다)을 수립하여야 한다(제6조).

지하수의 개발 및 이용은 원칙적으로 금지되어있다. 지하수를 개발·이용하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 바에 따라 미리 시장·군수의 허가를 받아야 한다(제7조). 다만 예외적으로 자연히 용출하는 지하수를 동력장치를 사용하지 아니하고 개발·이용하는 경우, 동력장치를 사용하지 아니하고 가정용 우물 또는 공동우물을 개발·이용하는 경우 등 경미한 개발·이용인 경우에는 허가를 받지 아니하고 자유롭게 이용할 수 있다.

시·도지사는 ① 지하수의 개발·이용으로 인한 지하수의 고갈, 지반의 침하 또는 지하수의 오염을 방지하기 위하여 필요한 지역, ② 지하수를 이용하는 하류지역과 수리적으로 서로 연결된 상류의 지하수함양지역, ③ 기타 지하수의 수량이나 수질의 보전에 필요한

---

9) 지하수에 관하여는 지하수법을 적용하되, 지하수의 조사, 개발·이용 및 보전·관리에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 그 법률이 정하는 바에 의한다(제4조). 지하수법은 제1장 총칙, 제2장 지하수의 조사 및 개발·이용, 제3장 지하수의 보전·관리, 제4장 지하수 개발·이용시공업, 제5장 지하수영향조사기관, 제6장 보칙, 제7장 벌칙 등 7개장 41개 조문으로 구성되어있다.

지역으로서 대통령령이 정하는 지역 등을 지하수보전구역으로 지정하거나 그 지정을 변경할 수 있다(제12조).

이 법 또는 다른 법률의 규정에 의한 허가·인가등을 받거나 신고를 하고 지하수를 개발·이용하는 자는 원상복구의 이행을 담보하기 위하여 이행보증금을 예치하여야 한다(제14조).

이 법 또는 다른 법률의 규정에 의한 허가·인가등을 받거나 신고를 하고 지하수를 개발·이용하는 자가 ① 이 법 또는 다른 법률의 규정에 의한 허가·인가등이 취소된 경우, ② 이 법 또는 다른 법률의 규정에 의한 허가·인가등에 의한 개발·이용기간이 만료된 경우, ③ 지하수의 개발·이용을 위하여 굴착한 장소에서 지하수가 채취되지 아니한 경우, ④ 소요수량이 확보되지 아니하거나 수질불량으로 지하수를 개발·이용할 수 없는 경우, ⑤ 지하수의 개발·이용을 종료한 경우에는 당해 지역을 원상복구하여야 한다(제15조).

시장·군수는 ① 이 법 또는 다른 법률의 규정에 의하여 지하수의 개발·이용에 관한 허가·인가 등을 받아야 하는 경우 이 허가·인가등을 받지 아니하고 지하수를 개발·이용하는 자, ② 이 법 또는 다른 법률의 규정에 의하여 지하수의 개발·이용에 관한 신고를 하여야 하는 경우 그 신고를 하지 아니하거나 허위로 신고하고 지하수를 개발·이용하는 자 등에 대하여 일정한 기간을 정하여 원상 복구를 명하여야 한다.

이 법 또는 다른 법률의 규정에 의하여 허가·인가 등을 받거나 신고를 하고 지하수를 개발·이용하는 자는 대통령령이 정하는 바에 따라 지하수오염방지를 위한 시설의 설치 등 필요한 조치를 하여야 한다(제16조).

제7조제1항 또는 제6항의 규정에 의한 허가 또는 변경허가를 받지 아니하거나 부정한 방법으로 허가 또는 변경허가를 받아 지하수를 개발·이용하는 자, 제15조의 규정에 의한 원상복구를 하지 아니하거나 원상복구명령을 이행하지 아니한 자, 제16조제2항의 규정에 의한 지하수오염방지명령에 위반한 자에게는 2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금이 부과된다(제37조).

#### 나. 지하수의 채취·이용·개발·관리에 관한 기타 법률

“지하수”라는 용어를 포괄하고 있는 법령은 먹는물관리법, 온천법, 농어촌정비법, 하천법, 수도법, 수질환경보전법, 제주도개발특별법 등 60여개에 달한다.

먹는물관리법은 지하수를 먹는샘물로 개발할 경우 허가를 받아야 하며 이 경우 개발업자에게 수질개선부담금을 부과할 수 있도록 규정하고 있다.(제28조)

온천법은 온천의 이용·개발에 대하여 허가제를 도입하고 온천공 보호지구안에서는 온천개발을 위한 허가를 받은 경우를 제외하고는 일반적인 지하수의 개발을 금지하고 있다



(제12조).

수도법은 지하수를 상수원의 일부로 규정하고 있다.

지하수의 채취·이용·개발 및 관리에 관하여 공개념을 가장 많이 도입하고 있는 법률로 제주도개발특별법을 들 수 있다. 이는 제주도에서 지하수를 용출시킬 목적으로 토지를 굴착하거나 지하수를 이용하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 도지사의 허가를 받아야 함을 규정한다(제25조). 다만 기존 지하수의 개발양·이용양·수질등에 현저한 영향을 줄 우려가 있다고 인정 되는 경우, 환경을 오염시키거나 자연생태계를 해할 우려가 있다고 인정되는 경우 및 지하수의 적정관리 또는 공공의 이용에 지장을 주는 등 공익을 해할 우려가 있다고 인정되는 경우에는 허가를 하여서는 아니된다(동조 제3항). 아울러 도지사는 지하수의 이용허가를 받고 지하수를 이용하는 자에 대하여는 원수대금을 부과·징수할 수 있으며, 원수대금을 지정된 기한까지 납부하지 아니하는 경우에는 지방세체납처분의 예에 의하여 이를 징수할 수 있음(동조 제4항 및 제5항)을 규정하고 있다.

제주도개발특별법은 모든 지하수의 굴착 및 이용에 관하여 허가제를 도입하고 있다는 점, 이 경우 원수대금의 징수를 규정하고 있다는 점에서 사실상 지하수를 제주도라는 지방자치단체의 소유로 규정하고 있다고 해석할 수 있다. 이와 같은 제주도개발특별법의 규정은 제주도내의 토지소유자의 토지소유권에 대한 본질적 침해에 해당하는가의 여부에 대한 논란을 불러일으킬 수 있다.

## IV. 지하수에 관한 법률적 분쟁과 판례의 입장

### 1. 지하수에 관한 헌법적 분쟁과 헌법재판소의 입장

지하수에 관한 헌법적 분쟁의 대표적인 예로서 먹는물관리법상 대한 수질개선부담금의 부과가 헌법에 위배되는가의 여부에 대한 분쟁을 들 수 있다.

헌법재판소 전원재판부는 1998. 12. 24. 98헌가1 구먹는물관리법 제28조 제1항 위헌제청 심판에서 먹는물관리법의 합헌을 선언하면서 지하수에 관하여 다음과 같이 언급하고 있다.

“최후의 수자원이라고 불리우는 지하수는 공공의 자원이고, 적절한 관리보전없이 고갈되고 마는 유한한 자원이다. 국가는 이와 같이 귀중한 지하수자원이 무분별한 개발행위로 고갈오염되는 것을 방지하기 위하여 지하수법과 먹는물관리법 등 관련법규를 통하여

지하수의 관리보전에 나서고 있다" "지하수는 자연자원으로서 유한한 공공재이고, 우리의 후손에까지 물려줘야 할 최후의 수자원이므로 그 보전과 관리를 위하여 국가는 강한 행정적 규제를 가할 수 있으며, 헌법 제120조가 지하자원의 채취개발 또는 이용에 관하여 특허제도까지도 예정하고 있다".

헌법재판소의 지하수에 대한 언급은 다음과 같이 분석될 수 있다.

첫째, 지하수는 공공의 자원이다.

둘째, 지하수는 국가의 관리보전이 필요한 자원이다. 그 이유는 적절한 관리보전 없이는 고갈되고 마는 유한한 자원이기 때문이다.

셋째, 국가는 지하수에 대하여 강한 행정적 규제를 가할 수 있다. 그 이유는 지하수는 자연자원으로서 유한한 공공재이며 후손에 까지 물려주어야 할 최후의 수자원이기 때문이다.

넷째, 지하수에 대한 강력한 행정규제의 근거로서 헌법 제120조를 원용하고 있다.

## 2. 대법원판례의 입장

지하수에 관한 민사상의 분쟁을 가장 잘 정리한 대표적인 대법원의 판례로서 1998. 4.28. 선고 97다48913판결(공사금지등가처분이의)<sup>10)</sup>을 들 수 있다.

이 판례의 주요내용은 다음과 같이 요약된다.

첫째, 토지의 소유권은 정당한 이익이 있는 범위 내에서 토지의 상하에 미치므로 토지 소유자는 법률의 제한 범위 내에서 그 소유 토지의 지표면 아래에 있는 지하수를 개발하여 이용할 수 있다 할 것이나, 소유권 방해제거예방청구권에 관한 민법 제214조의 규정과 용수장해로 인한 용수권자의 손해배상청구권 및 원상회복청구권에 관한 민법 제236조의 규정을 종합하여 보면, 어느 토지 소유자가 새로이 지하수 개발공사를 시행하여 설치한 취수공 등을 통하여 지하수를 취수함으로써 말미암아 그 이전부터 인근 토지 내의 원천에서 나오는 지하수를 이용하고 있는 인근 토지 소유자의 음료수 기타 생활상 필요한 용수에 장해가 생기거나 그 장해의 염려가 있는 때에는, 생활용수 방해를 정당화하는 사유가 없는 한 인근 토지 소유자는 그 생활용수 방해의 제거(원상회복)나 예방을 청구할 수 있다.

둘째, 토지 소유자의 새로운 원천의 개발 및 지하수 이용으로 인하여 기존의 원천에서 나오는 지하수를 이용하고 있던 인근 토지 소유자의 생활용수에 장해가 생긴다면, 그와

---

10) 판례공보 1998(상),1487 쪽 이하 참조

같은 생활방해가 사회통념상 일반적으로 수인할 정도를 넘어서지 않는다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 그 생활방해는 위법하다고 할 것이고, 토지 소유자가 지하수 개발에 대하여 관할 행정청으로부터 먹는물관리법에 의한 허가를 받았다는 사유만으로는 생활방해가 정당화된다고 할 수 없다.

셋째, 지하수 개발공사 자체만으로는 인근 토지 소유자의 생활용수에 장애가 생기지 않는다고 하더라도, 인근 토지 소유자는 지하수의 대량취수에 의한 생활방해의 예방을 위하여 필요한 한도 내에서 대량취수를 위한 지하수 개발공사의 중지를 구할 수 있다.

## V. 외국의 입법례

### 1. 외국의 입법례 검토의 필요성

지하수의 소유권을 국유로 선언하는 것이 헌법상 토지소유권의 본질적 내용을 침해하는 것인가에 대하여는 우리나라의 법률과 판례의 내용을 비추어볼 경우 분명한 해답이 제시되지 아니한다.

결국 이는 입법정책의 문제라는 해석이 가능하다.

지하수의 소유권과 관련한 입법정책의 수립을 위하여 외국의 입법례의 검토의 필요성이 제기된다. 그 이유는 국민의 생명과 직결된 수자원의 관리를 위하여 세계 각국이 각국의 실정에 따라 법률을 제정하여 운용하고 있으므로 그 비교법적인 검토를 통하여 우리나라의 입법에 참고가 되는 자료를 찾아낼 수 있기 때문이다.

외국의 입법례는 지하수에 관한 적극적 국유 선언을 하고 있는 입법례와 법의 해석에 맡기고 있는 입법례의 두가지 종류로 나누어 볼 수 있다.

### 2. 지하수에 관한 적극적 국유 선언을 하고 있는 입법례

지하수에 관하여 적극적인 국유선언을 하고 있는 입법례의 대표적인 경우로는 이스라엘의 입법례를 들 수 있다.

이스라엘의 수자원법은 “이스라엘내의 수원(Sources of water)은 공적재산(Property of the Public)이고 국가의 통제에 속한다(제1조). 여기서 말하는 수원은 하천, 샘, 호수 등 여하한 형태의 지표수와 지하수를 뜻한다(제2조). 개인은 수법의 규제하에서 물을 얻어서 사용할 수 있다(제3조). 개인은 토지를 갖고 있다고 해서 그 토지 안의 또는 토지를 관통

하거나 토지에 접근해 있는 수원을 소유할 권리를 갖는 것은 아니다(제4조). 개인은 수원을 고갈시키거나 악화시키지 않는 한 물을 획득하여 사용할 수 있다(제5조). 물을 사용할 수 있는 권리는 가정용, 농업용, 산업용, 노동-교통용-서비스용, 공중용의 4개지 중 어느 하나에 속해야 한다(제6조)” 등과 같이 규정하고 있다.

이스라엘은 세계에서 가장 물이 부족하면서도 물을 철저히 관리해서 관개 농업을 일으킬 정도로 수자원 정책에 성공한 나라로 꼽힌다. 그 이유 중의 하나는 수자원법이라는 법률을 통하여 이스라엘 수자원이 국가의 공적 재산임을 분명히 하고 철저한 공적 관리를 하고 있기 때문이다. 이스라엘 수법상 개인은 수법의 규제 하에서 수원을 고갈시키지 않는 한에서만 물을 사용할 수 있도록 하며 물의 공급이 부족한 경우에는 물 위원회는 수원채취를 감소시키기 위한 조치를 취할 수 있다. 또 물 부족 시에는 여유 분의 물을 갖고 있는 시설 소유자로 하여금 물이 부족한 곳으로 공급하도록 명령할 수 있도록 하고 있다. 뿐만 아니라 물 위원회의 허가가 없이는 자기의 소비 또는 타인에 공급할 목적으로 수원으로부터 물을 생산하거나 공급할 수도 없다. 따라서, 이스라엘은 물을 이용할 권리보다는 물을 관리할 국가의 책무와 권능이 주축을 이루고 있다. 그 외에도 이스라엘 수법은 제한급수 지역의 설정, 물의 인위적 재충전, 물 시설 관장, 물 위원회 등 물 관련 국가기관의 구성과 기능을 규정하고 있다.

독일의 연방수자원관리법은 보다 독특한 형태를 취하고 있다. 소유권과 관련하여 독일 연방수자원관리법의 특성은 다음과 같이 요약될 수 있다.

첫째, 지표수, 해안선의 수자원, 지하수를 모두 수자원의 범위에 포함시킨다.

둘째, 수자원에 관한 법원칙을 정립한다; 수자원은 자연자원(Naturhaushalt)의 본질적 구성부분(Bestandteil)이며 동물과 식물을 위한 생활공간으로서 보전되어야 한다. 수자원은 공공의 복리와 개별적 이용자의 이익이 조화되고, 그 생태적 기능에 대한 회피할 수 있는 침해가 방지되는 방법으로 이용되어야 한다. 모든 사람은 어느 수자원에 영향을 미칠 수 있는 조치를 함에 있어서, 수자원의 오염 또는 수자원의 특성에 대한 부정적 변경의 방지, 수자원관리의 원칙인 물아껴쓰기의 실현, 수자원의 공급능력 유지, 물흐름의 확대 및 촉진 방지등의 목적을 달성하기 위하여, 상황에 따라 요구되는 배려를 할 의무를 진다.

셋째, 수자원에 관하여 소유관계를 분명히 한다 ; “토지소유권은 이 법률 또는 각 주 수자원법률에 따라 허가 또는 승인이 요구되는 수자원의 이용에 관한 권리를 포함하지 아니한다”.

이스라엘, 독일 이외에도 중국은 헌법상 광맥, 수류, 삼림 등 자연자원은 모두 국가소유이고, 인민의 소유임을 선언하고 있으며, 이란의 수자원법은 지표, 지하를 포함하는 모든 물은 국가 재산이며 공공의 소유에 속한다고 규정하고 있다. 이와 유사하게 지하수의 소

유권을 국유 또는 공유로 함을 선언하고 있는 입법례로서 이탈리아, 러시아, 스위스, 콜롬비아 등을 들 수 있다.

지하수에 관한 적극적인 국유 선언을 하는 입법례의 특징은 지하수를 전체적인 수자원의 일부로 보고 수자원을 일체 국유로서 관리할 책임을 국가에게 부여하고 있다는 점이다.

### **3. 지하수의 소유권을 법 해석에 맡기고 있는 입법례**

지하수의 소유권을 국유로 선언하지 아니하고 있는 다른 나머지 국가의 입법례의 경우에는 지하수의 소유권에 관한 분명한 규정을 두지 아니하는 입법 경향을 보이고 있다. 이 경우 우리나라에서 발생하고 있는 문제점과 같은 현상이 발생한다. 즉 토지소유권은 일반적으로 토지의 상하에 미치므로, 토지의 하부를 흐르고 있는 지하수의 소유권에 관하여는 토지소유권의 일부로 볼 것인가를 놓고 법해석이 필요하게 된다. 따라서 이와 같은 입법례는 지하수의 소유권을 법 해석에 맡기고 있는 입법례라 분류할 수 있다.

이러한 입법례 하에서는 대개 토지의 소유권자가 그 지하를 흐르는 지하수를 관장하되, 다만 이웃의 용수를 방해하여서는 아니되고, 일정한 요건을 정하여 허가를 받거나 신고를 하도록 하는 등의 공적 제약이 가해진다.

이와 같은 입법형태를 취하고 있는 국가로 우리나라와 일본, 오스트리아, 영국, 우루과이, 칠레, 캐나다, 프랑스, 네덜란드 등을 들 수 있다.

< 표: 외국의 지하수소유권 관련제도 >

국 가 별	관 련 법	소유권의 성격	내 용
오스트리아	연방수법	토지소유권과 연관	민법에는 지하수의 소유권에 대한 특별한 규정이 없다. 수자원관리법에 의하면 지하수는 토지 소유자가 법이 허용하는 한도내에서 사용할 수 있다. 그러나 이미 기득권이 설정되어 제3자에게 이익을 주고 있는 토지는 해당되지 않는다고 명시되어 있으며, 지하수에 대한 재산권 행사는 공공이익에 한하도록 제한될 수 있다.
이탈리아	민법, 통일수법	공수와 비공수 분류	민법(1942년)의 규정에 의해 공공의 것이라 명기되어 있는 물은 국가에 속하고 공공용 재산을 구성하는 것으로 되어 있으며, 특히 지하수는 공수로 규정
스 페 인	수 법	토지소유권자에 우선	우선순위(식수, 농업용, 발전용, 공업용, 수산용, 선박용)
스 위 스	민법, 물이용법	공 수	지하를 흐르거나 정체되어 있는 지하수원에서 300 l/min 이상으로 취수하는 지하수는 공수이며, 그 이용은 국가의 권력에 속한다고 규정
터 키	연방 물관리법	공 수	소유토지내 유익한 이용
독 일	연방수자원 관리법	공 수	연방수자원관리법상 허가, 특허 등의 대상이 되는 지하수는 소유권의 대상이 될 수 없다고 명문으로 규정함. 지하수는 수자원의 일부로서 총체적으로 관리되며, 자유사용, 허가사용, 특허사용의 범위가 법률상 분명히 구분되어 있다.
이스라엘	수자원법	공 수	수자원법에 의하면 지하수를 포함한 수자원은 공유재산에 속하며, 주에서 관리하고 개인은 수자원법에 의하여 수자원을 이용할 수 있다. 제4조에 지하수는 토지 소유자의 권리에 속하지 않는다고 분명하게 명시되어 있다.
구 소련	(구)연방수법	공 수	모든 수자원은 국가의 배타적, 독점적 소유에 속한다고 규정(1970년)

<표 계속>

국 가 별	관 련 법	소유권의 성격	내 용
중 국	헌 법	국가 소유	광택, 수류, 삼림 등 자연자원은 모두 국가소유이고, 인민의 소유이다(1982년)
이 란	수자원법	공 수	지표, 지하를 포함하는 모든 물은 국가 재산이며 공공의 소유에 속한다고 규정(1968년)
콜롬비아	수자원법	공 수	모든 수자원(지표수, 지하수, 해수, 하수)를 동등한 적용 대상으로 하고 물에 대해서 양도할 수 없는 것으로 되어 사법의 성립을 배제(1974년)
영 국	수자원법	토지소유권과 관련	잉글랜드 및 웨일즈-영국의 관습법(common law)에 의하여 토지 소유권자는 그 토지의 모든 물에 대한 권리를 가졌으나, 1945년 수자원관리법 제6조 제14조(1947년 수자원관리법)에 의해 소유권 및 사용에 대하여 제한을 두게 되었다. 스콧트랜드-지하수의 소유권 및 사용에 대한 법적 조항은 없으나, 1946년 수자원 법 제3조에 의하면 지하수를 양수하는 데 있어 필요시되는 규정을 제정할 수 있는 권한이 주지사에게 있다. 에이레 - 지하수 사용에 대한 규정이나 입법이 되어 있지 않다.
미 국			지하수에 관한 법률은 확정적인 지하수류와 삼투수가 제정법 판례를 통해 구별되어 오고 있는데, 이것은 주마다 다르게 적용된다. 연안의 토지 소유자가 수리권을 갖는 연안권과 먼저 물을 사용한 자에게 우선적 사용권이 주어지는 전용권, 그리고 이것을 병용하여 사용하는 주가 있다.
일 본	민 법	토지소유권과 관련	소유권에 대한 특별한 언급은 없으나, 지하수의 이용에 대해서는 일반적으로 민법 제207조에 의해 토지 소유권에 부수하여 생각되고 있는 정도이다. 공업용수법과 건축물용 지하수 취취에 관한 법률에 의하여 정부령으로 정하는 지역내에서 지하수를 취취하고자 할 때에는 시·도·구·군지사의 허가를 받아야 한다.
오스트레일리아	지하수법	공 수	수자원이용과 통제에 대한 권리는 지하수법에 따라야 하며, 그 권한은 국왕에게 주어지고, 주수자원공급위원회(state rivers water supply commission)가 그 권리를 행사한다. 소유권(occupier)란 관정의 설치 및 확정에 대한 지하수 면허를 보유한 자, 폐기물의 지하처리의 규정을 준수하여 폐기물을 지하에 처리하는 자, 이상과 같은 면허소지자(licensee)가 없는 경우에는 해당 관정의 토지소유자 등을 말한다.

## VI. 지하수공개념과 입법정책

### 1. 지하수 국유선언과 입법정책의 관계

외국의 입법례를 검토할 때, 지하수의 소유권에 관하여는 크게 두가지의 경향이 발견된다. 하나는 모든 지하수의 소유권을 국유로 선언하고 지하수의 사용을 전체적으로 국가의 통제하에 두는 입법이며, 다른 하나는 지하수의 소유권에 관한 특별한 규정을 두지 아니함으로써 토지소유권과의 상관관계하에서 법의 해석 및 운용에 맡기는 입법례이다.

외국의 입법례 중 지하수를 전적으로 국가의 소유로 규정하는 입법례가 발견된다는 뜻은 이러한 입법이 지하수의 특성상 토지소유권의 본질적 침해에 해당하지 아니함을 간접적으로 증명하는 것이라 할 것이다.

우리나라의 경우에는 지하수의 소유권에 관하여 헌법 및 법률상 특별한 규정을 두고 있지 않다. 지금까지의 우리의 법제는 지하수의 소유권을 법의 해석에 맡기고 있는 경우라 할 수 있다. 지하수의 소유권에 관하여 법률이 특별한 규정을 두고 있지 아니하므로 토지소유권자에게 기본적인 지하수의 이용권을 부여하되, 다만 지하수법 등 법률상 허가제 등 제약이 가해지는 경우에는 그와 같은 제약에 따라야 하는 것이 지금까지의 우리 법제가 취한 방식이었다.

그러나 이와 같은 우리 입법의 방식은 그 개선을 요구받고 있다. 국제적으로 물부족 국가로 분류되어 있는 우리의 현실, 지하수의 수자원으로서의 중요성, 가속되고 있는 지하수에 대한 오염의 방지 등을 위하여 지하수에 대한 특단의 조치가 요청되고 있기 때문이다. 헌법재판소가 적절히 지적한 바와 같이 지하수는 자연자원으로서 유한한 공공재이고, 우리의 후손에까지 물려줘야 할 최후의 수자원이라는 점을 국가의 입법으로 분명히 하고 그 보전과 관리를 위한 보다 적극적인 입법적 조치가 필요하다는 점이 갈수록 강조되고 있는 것이다.

### 2. 지하수의 소유권에 대한 입법에 있어 고려할 사항

#### 가. 적극적인 지하수의 공개념 선언

헌법원칙인 비례의 원칙에 비추어볼 때 지하수가 공공재임을 법률적으로 선언하는 입법은 그 목적의 정당성이 인정된다. 여기서 한걸음 더 나아가서 지하수에 대한 특단의 조치로서 지하수의 소유권을 국유로 선언하는 입법이 주장되고 있으며 이러한 주장은 많은 사회적 호응을 얻고 있다. 위에서 언급한 바와 같이 지하수의 소유권을 국유로 정하는가의 여부는 국가의 입법정책의 문제이므로 우리나라에서 이를 채택한다 하더라도 헌법적



으로 아무런 문제가 없으리라 생각된다.

다만 지하수의 소유권을 국유로 확정하는 입법을 함에 있어 토지소유권자의 지하수에 대한 기득권과 필연적으로 충돌이 발생한다. 이 경우 토지소유자에 대한 피해를 최소화하는 방안, 지하수의 보전과 오염방지라는 국가의 이익과 토지소유자의 토지이용권이라는 법익간에 균형이 이루어질 수 있도록 법문을 가다듬는 노력이 필요하다. 즉 피해의 최소성 및 법익의 균형성을 훼손하여 헌법상의 과잉금지원칙의 위반으로서 위헌이 될 수 있는 소지를 남겨서는 아니된다.

지하수의 소유권에 대한 입법에 있어 국내입법으로서는 제주도개발특별법, 외국의 입법으로서는 독일의 연방수자원관리법의 입법례가 좋은 모델이 될 수 있으리라 생각된다.

지하수의 공개념을 법률상 적극적으로 선언하는 방안으로는 다음의 두가지의 방안을 생각할 수 있다.

제1안은 우리 헌법정신을 받아들여서 지하수의 공개념을 포괄적으로 선언하는 방식이다. 지하수법상 “지하수의 공개념”이라는 조문을 설정하고 “① 대한민국의 지하수는 국가가 보호의무를 지는 공적 자원이다. ② 토지소유자 또는 사용·수익권자가 그 지하에 부존된 지하수의 개발·이용행위, 또는 지하수에 영향을 미치는 굴착행위를 하고자 할 경우에는 이 법률의 제한을 받는다. ③ 지하에 대한 모든 굴착행위를 하는 자는 지하수의 수질 및 수량에 대한 위해성을 방지하거나 이를 최소화할 수 있는 조치를 우선적으로 강구하여야 한다”는 등의 내용을 도입하는 방안이 그 것이다. 이와 같은 입법은 현행 헌법의 정신에 부합되며, 헌법재판소도 그 결정예에서 확인한 바 있으므로 현행 법체계하에서 가장 무난하게 채택할 수 있는 방안이라 생각된다.

제2안은 지하수의 지하수의 소유권을 국유로 선언하되 이 경우 일정한 한계를 부여하는 일이다. 예컨대 독일의 입법에서 볼 수 있는 바와 같이 “이 법의 규정에 의하여 허가를 필요로 하는 지하수의 소유권은 국유로 한다”는 방식으로 지하수의 소유권 규정을 도입한다면 헌법적·법률적으로 특별한 문제를 발생시키지 아니하리라 생각된다.

#### 나. 지하수의 이용에 있어 허가제의 확대

지하수의 공개념 강화는 토지소유자의 지하수자원 사용에 대한 규제강화를 필연적으로 수반한다. 그 이유는 토지소유자가 지하에 대한 토지소유권을 행사할 수 있지만 지하수는 근본적으로 토지에 딸린 소유의 대상이 아니라는 점을 인식함이 요구되기 때문이다.

토지소유자가 토지소유권의 성질상 부득이한 경우를 제외하고, 의도적으로 지하수를 이용하고자 할 경우에는 원칙적으로 국가 및 지방자치단체의 허가 및 통제에 놓이도록 하는 입법이 필요하다. 이를 위한 입법에 있어서는 자유사용과 허가사용의 한계가 분명히 드러나도록 함이 요구된다.

현행 지하수법은 지하수 개발·이용에 있어서 자유사용, 허가사용 및 신고사용의 세 가지 제도를 운용하고 있다. 그러나 모든 지하수가 공적 자원이라는 점을 고려할 때, 신고사용제도는 폐지하는 것이 바람직하리라 생각된다. 신고제도는 “법령 등에서 행정청에 대하여 일정한 사항을 통지함으로써 의무가 끝나는 제도”이다. 신고절차는 일정한 행위를 행정청에 통지하기만 하면 허가의 경우에 수반되는 심사절차 뿐만아니라 등록의 경우에 나타나는 공적 장부의 등재절차도 거칠 필요 없이 통지행위 그 자체로서 바로 일반적 금지의 해제 및 법률효과의 완성을 이룩하는 절차이다.<sup>11)</sup> 지하수의 경우 국가 및 지방자치단체가 대수층과 수맥으로 연결된 지하수를 하나의 수자원으로 보존·관리하고자 할 경우 모든 의도적인 지하수의 이용에 대하여 사전에 심사하고 사후에 통제할 수 있어야 한다. 이러한 점에 비추어볼 때 신고제도는 의미가 없으므로 폐지되어야 할 것이다.

입법적인 대안으로서는 지하수의 사용을 자유사용과 허가사용으로 단순화하되, 자유사용의 폭을 최대한 좁히는 것이 바람직하리라 생각된다.

현행 지하수법이 규정하는 바와 같이 자연히 용출하는 지하수를 동력장치를 사용하지 아니하고 이용하는 경우에는 토지소유권과의 상관관계상 자유사용의 범위안에 남겨둘 수밖에 없다. 그 반면에 현행 지하수법이 규정하는 경우 중 가정용 및 공동으로 우물을 개발하여 이용하는 경우는 원칙적으로 허가사항으로 분류하여 지하수의 보존 및 관리의 폭을 넓히는 것이 공개념이 준수되는 지하수 입법이 되리라고 생각된다. 독일의 연방수자원관리법은 지하수의 이용권을 보다 세분하여 자유사용·허가사용 및 특허사용의 모델을 채택하고 있고 종래의 기득권자의 보호 규정을 두고 있다. 우리 나라의 입법에 있어서도 이와 같은 입법례에 대한 보다 깊은 검토가 요청된다.

#### 다. 지하수 개발·이용에 대한 부담금제도의 도입

지하수의 보편적인 공개념의 도입과 함께 검토되어야 하는 점은 모든 허가가 수반되는 지하수 자원의 개발 및 이용에 있어 적절한 부담금 체계를 도입하는 일이다.

위에서 먹는물관리법상의 수질개선부담금의 부과에 대한 헌법재판소의 결정례에서 본 바와 같이 지하수는 우리 국민의 가장 중요한 수자원으로서 그 보호가 시급하다. 그러나 먹는물의 발굴에 한해서만 수질개선부담금을 부과하는 것은 평등의 원칙에 어긋난다. 부담금의 부과는 모든 허가가 요구되는 지하수의 발굴·이용에 확대되어야 할 것이다.

현재 지하수에 대한 수질개선부담금의 부과체계는 먹는물관리법, 온천법, 제주도개발특별법이 각각 채택하고 있다. 먹는물관리법의 경우에는 환경부가, 온천법의 경우에는 행정자치부와 지방자치단체가, 제주도개발특별법의 경우에는 건설교통부 및 제주도가 법률의

---

11) 신고제도의 의의 및 그 내용에 관하여는, 오준근, 행정절차법, 삼지원, 1998, 440쪽 이하 참조

운용 및 부과·징수의 주체가 되어있다. 이렇게 다양한 행정주체가 관여하다보니 부과기준이 제각각이며, 부과대상이 되는 지하수공·온천공 등의 허가 및 관리체계도 제각각이 될 수 밖에 없다.

허가의 대상이 되는 모든 지하수를 통합적으로 관리하고, 이에 대한 부담금의 부과기준도 체계적으로 정비하는 입법적인 조치가 요구된다.

#### 라. 지하수기금의 설치

수질개선부담금 등 지하수이용에 대한 부담금의 부과체계의 확립과 더불어 검토되어야 할 점은 징수된 부담금에 대한 관리체계를 확립하는 일이다. 지금까지는 지하수의 보전 및 관리를 위한 아무런 기금이나 특별회계가 설치되지 아니하였으며 이러한 점은 문제점으로 지적되어왔다. 눈에 보이지 아니하는 지하수의 보전 및 관리는 편성되는 일반예산에서는 지금껏 소외되어왔다고 해도 지나친 말이 아니다. 이러한 점은 개선되어야 할 것이다.

개선을 위한 입법적 대안으로서 지하수기금을 설치하고 이 기금으로 지하수자원을 관리하며, 오염원을 제거하고, 지하수의 수질을 개선시키는 등 지하수의 보전 및 관리를 위한 재원이 충실히 확충·관리될 수 있도록 법적 장치를 마련할 것이 요구된다.