

연구보고 2006-

자원고갈과 환경오염에 대비한 자연자원 관리법제(I)

전 재 경

자원고갈과 환경오염에 대비한
자연자원 관리법제(I)

A Legal Approach to Natural Resources
Management

연구자 : 전재경 연구위원
Chun, Jae-kyong

2006. 10. 31.

국문 요약

남아메리카 볼리비아는 2006년 노동절을 맞이하여 자국내 가스·석유산업의 국유화를 선언하였다[AP통신:2006.5.2]. 2006년 3월에는 베네수엘라가 광물자원국유화법을 시행하였다. 국유화 조치는 외국계 에너지 회사들의 재산권과 경영권을 접수하는 것을 의미한다. 볼리비아의 국유화 조치로 브라질과 스페인의 기업들이 큰 타격을 입을 전망이다. 베네수엘라는 32개 유전개발 사업에 대한 60%의 지분을 국영석유공사(PDVSA)가 확보하도록 명령하였고 이를 거부한 프랑스와 이탈리아의 에너지 회사를 추방하였다. 남미에서 전개되는 이러한 조치들은 자원민족주의로 이해되는 한편 신자유주의적 흐름에 대항하는 정책이라는 점에서 눈길을 끈다.

이러한 정치경제적 상황의 변화와 관련하여 법적으로 먼저 검토되어야 할 사항은 자연자원의 소유와 이용에서 누가 권리자인가의 여부이다. 남미의 국민들과 좌파정권들은 석유·가스와 같은 광물자원을 “국가소유”라고 선언하고 회수하였다. 물론 이러한 국유화 조치는 새로운 현상이 아니다. 사회주의 국가에서는 토지와 자연자원의 국유가 재산권의 기초이다. 한국의 건국헌법도 『자연자원 국유』의 원칙을 선언한 바 있다. 1948년의 건국헌법 제85조는 “광물 기타 지하자원·수산자원·수력과 경제상 이용할 수 있는 자연력은 국유로 한다. 공공필요에 의하여 일정한 기간 그 개발 또는 이용을 특허하거나 또는 특허를 취소함은 법률의 정하는 바에 의하여 행한다”고 선언하였다. 이러한 헌법취지에 따르면, 오늘날 남미의 국가들이 법률에 의하여 석유와 가스에 대한 국가의 특허를 취소하고 국가가 그 경영권을 접수한다고 하여 크게 놀랄 일은 아니다. 그러나 그럼에도 불구하고 남미 국가들의 자원국유화 조치가 WTO와 DDA로 표상되는 경제 세계화의 흐름을 거스르는 혁명적 조치로 인식되기에 충분하다.

6·25 전쟁을 경험한 한국 국민들은 1954년의 헌법개정을 통하여 “국유화” 규정을 삭제하고 자연자원에 대한 [국가] 특허의 원칙만을 남겼다 : “광물 기타 중요한 지하자원·수산자원·수력과 경제상 이용할 수 있는 자연력은 법률이 정하는 바에 의하여 일정한 기간 그 채취·개발 또는 이용을 특허할 수 있다(제85조).” 1954년 헌법의 자연자원 특허 규정은 1962년의 개정헌법(제112조), 1972년의 개정헌법(제117조), 1980년의 개정헌법(제121조) 및 1987년의 현행헌법(제120조)에 이르기까지, 그 조문들의 숫자만 바뀌었을 뿐, 토씨 하나 바뀌지 않고 그대로 유지되고 있다. 그렇다면, 헌법이 “국유화” 규정을 삭제한 이후 우리 나라의 자연자원은 누가 관리권자이며 누가 어떠한 법적 근거에 의하여 이를 이용할 수 있는가 그리고 자원특허의 법리가 적용되는 자연자원의 범주는 어디까지인가의 여부가 정립되어야 한다.

자연자원의 본질과 권리의 근거에 대한 규명과 함께, 자연자원의 이용에 혼란을 초래하게 만든 실정법 규정을 검토할 필요가 있다. 예컨대 물 관리 당국은 “하천은 이를 국유로 한다”고 선언한 하천법(제3조)을 근거로 강물에 대하여 배타적 권리를 행사한다. 이러한 법률관은 강물에 대한 상린관계와 관습상의 이용권을 규율하는 전통적인 민법의 원리와 상충된다. 현행 하천법은 “하천이라는 유수계통 즉 하드웨어를 점용하는 주체에게 유수의 사용권이 따라간다”는 법률관을 기초로 한다. 그러나 하천법은 명백히 하천 즉 유수계통을 국유로 선언하였을 뿐이고 그 안의 유수를 국유로 선언하지는 아니하였다. 자연적 유수는 배타적 소유권 또는 전속적 이용권의 대상이 될 수 없기 때문이다. 댐건설법이 유수에 관하여 명시적 태도를 취하지 아니함도 같은 이유 때문이다.

자연자원에 대한 경제적 개념과 법적 개념이 때로 일치하지 아니하고 소유의 법적 형식이 다의적이기 때문에 자연자원의 소유와 이용을 명료하게 개념짓기가 어렵다. 자연자원을 국가소유라고 규정한다면,

국가는 국가 성립과 동시에 그 이전부터 존재하던 다른 주체들의 자연자원에 대한 권리를 양수한다는 법적 선언이 필요한데 실제 이러한 선언은 그 실례를 찾기가 어렵다. 자연자원의 국가소유설은 1987년의 헌법규정과 일치하지 아니한다. 자연자원의 개발과 이용에 관한 일반 원칙을 규정한 1987년의 헌법(제120조제1항)은 자연자원에 대하여 (국가가) 특허할 수 있다고 규정하고 있으나 “국가가 특허할 수 있다”는 수권조항이 바로 국가소유의 법적 근거가 될 수는 없다.

천이성이 있어 특징이 어려운 자연자원은 이를 소유권의 대상으로 설정하기가 어렵다. 자연자원은 소유의 대상이 아니라 이용의 대상에 해당한다. 물론 채집·채취된 자연자원은 물론 정의의 일반원칙에 따라 소유권의 대상이 될 수 있다. 따라서 채집·채취 이전의 자연자원을 민법적 개념에 입각하여 좁은 의미의 공유물로 파악하거나 이를 비판함은 부적절하다. 자연자원을 소유의 관념으로 접근함은 근대 민법의 사고에는 어울리나 자연자원은 민법의 범주를 넘는다. 자연자원에 대한 국가의 특허는 국가소유권의 표현이 아니라 국가관리권의 표현이다. 국가는 자연자원의 소유자가 아니더라도 “공공”의 이익을 대변하는 관리자로서 자연자원을 관리할 수 있다(1987년의 헌법 제120조제2항, 참조).

한국의 헌법정신에 의하면, 자연자원은 공공(public)의 소유이다. 그러나 “공공의 소유”에서는 소유권의 관념이 추상화되고 분배와 이용의 관념이 구체화된다. 즉, 자연자원에서는 그 소유권은 이념적 기초로만 작용할 뿐이다. 자연자원의 소유권자는 그 자연자원을 재산으로서 사용·수익할 수 있으나 처분이 제한된다. 자연자원에 대한 국가의 관리권도 이 한계를 벗어날 수 없다. 그러나 국가는 헌법에 기초하여 자연자원의 분배와 이용에 대한 최종적·실질적 지배권을 행사할 수 있다. 그렇다면, 석유와 가스에 대한 남미 국가들의 혁명적 조치는 자연자원 자체를 국가소유로 되돌린 조치라기 보다는 다국적 기

업들이 장악한 석유와 가스 사업에 대하여 국가가 실질적 지배권을 회수한 조치라고 이해할 수 있다.

이러한 논리적 구조 때문에 언론들은 남미의 경영권 회수조치를 두고 “석유와 가스의 국유화”라고 표현하지 않고 석유·가스 “산업의 국유화”(nationalization of industry)라고 표현한다. 그러나 남미 국가들의 혁명적 조치는, 더 엄밀하게 말하자면, 석유·가스 산업에 대한 경영권의 양수(takeover) 또는 자연자원에 대한 지배력의 회복(retaking absolute control of natural resources)이라고 표현할 수 있다. 즉, 남미 국가들의 석유·가스 산업에 대한 경영권 회복조치는 자원 “국유화”라는 개념보다는 자원관리의 “국영화”라고 이해할 수 있다. 베네수엘라나 볼리비아는 최근의 국영화에 즈음하여 일정한 자연자원의 관리를 기업이나 민간에 특허하지 아니하고 국가[국영기업]가 직접 경영하겠다는 의지를 표명하였다고 새길 수 있다.

정부가 자연자원의 관리권을 시장으로부터 넘겨받겠다고 하여 갈등이 종식된다고 단정하기는 어렵다. 자연자원의 경영과 관리에 관하여서는 종래 두 가지 상반된 접근방법이 존재한다. 효율을 추구하는 시장 기구가 실패할 경우에 형평을 지향하는 정부 기구가 등장하고 다시 정부의 실패가 일어날 때 시장이 나선다는 순환구조가 그것이다. 물론, 남미의 국영화 조치는 시장의 실패가 있었기 때문에 정부가 나섰다기보다는 “외세[외국계 기업들의 지배]에 대한 자국민들의 반격”이라는 역학관계가 더 크게 작용하였다. 그럼에도 불구하고 자연자원의 관리를 둘러싸고 여러 주체들간에 갈등이 빈발하는 상황에서 초래된 남미 국가들의 국영화 조치는 의도적으로 방치되었던 자원관리 원칙을 반추하는 계기가 될 수 있다.

자연자원의 관리를 둘러싼 사회경제적 갈등은 국가[정부]와 시장[기업]이 주거나 받거나 한다고 하여 모두 해결될 수는 없다. 자연자원에

는 법[국가]과 경제[시장]의 논리[規範]를 넘어 어느 일면으로 힘[實力]의 논리가 작용한다. 이러한 역학관계의 축에는 정부와 기업 뿐만 아니라 외세와 지역공동체(community)가 공존한다. 자연자원 시장에 외세가 깊이 개입할 경우에는 전쟁이 발발한다. 서남아시아[Middle-east]의 전쟁을 보면, 자연자원에 대한 실질적 지배를 확보하기 위하여 국가안보의 논리가 원용되고 있음을 알 수 있다. 석유와 가스처럼 국제적 거래의 대상인 자연자원에 대하여서는 국가[형평]와 시장[효율]의 논리가 후퇴하고 힘의 논리가 우선한다. 수자원·산림자원·수산자원 등에서도 같은 맥락이 존재한다. 모든 자연자원을 국가나 시장의 논리에 기초하여 관리하려는 사고방식은 법현실과 동떨어진다. 자연자원의 관리권을 공동체에 되돌려 줄 수 있도록 실정법이 여지를 남겨야 할 것이다.

2005년의 자연환경보전법과 2005년의 자연공원법이 서로 연계하여 「자발적 협약」(VA)을 기초로 국립공원내 지역주민들에 대한 산림자원 채취권을 인정하였음은 공동체에 의한 자원관리를 향한 획기적인 변화의 시작이다. 자연공원법의 적용범위를 다른 공원구역에도 확대시키는 한편 적용 대상 자연자원의 종류도 점진적으로 확장시켜야 할 것이다. 이러한 변화의 추세는 자연자원과 관련된 국토·환경 등의 법제 전반에 반영되어야 한다. 공간계획을 규율하는 국토계획이용법과 산지관리법 및 백두대간보호법 등의 변화가 필요하다. 해양부문에서는 수산업법 내지 (가칭)수산자원관리법의 변화가 필요하다.

* 핵심어 : 자연자원, 물, 산림자원, 수산자원, 특허, 공동체, 자발적 협약, 연극모델

ABSTRACT

To make a local community manage well their natural resources, Korea current legal system should mitigate the existing mandatory order which requires the restriction of the use thereof. The duty to protect and cooperate relating to natural resources of government, local community, and people therein under present statutes is not legal norm but a mere bill of ethics. The existing administrative plan does not require a party to participate in the plan, but this abstractive plan should to be changed into the multilateral agreement which establishes concretely the reciprocal rights and obligations. The incentive system should be enacted in order to secure an implementation of the multi-lateral agreement (e.g, the permission of gathering forests products). The government should grant a status of master[starring person] to the residents by changing the resident's status from supervisee to supervisor.

Reflecting the experience at protected areas, changeover of the positive law is necessary for the purpose of setting folk law system operational in protected areas. There are possibilities of giving legal recognition to the village efforts through many existing and proposed laws and policies, which need to be seriously explored. In the absence of statutory recognition, the sustainability of the initiative depends very heavily upon various informal support structures, such as, outside individuals, sympathetic officers and dedicated village members. Major changes in any of these could affect the character of the initiative.

Recent cases in Korea of "the Management Contract for the Biological Diversity" based on the Natural Environment Conservation Act and "The Forests Management Agreement in National Parks" between the Ministry of Environment and the Korea Forest Service suggest that the self-regulating model can substitute for the mandatory-order. Although the new legislative instrument such as the Fundamental Act on the Restriction of Land Use of 2005 may be required in order to change the whole management model at the protected areas, we may consider an alternative plan that each governmental agency provides a delegation clause and guidance clause relating to natural resources within each fundamental law under the jurisdiction of each agency, such as the Fundamental Act on National Land of 2003, the Fundamental Act on Environmental Policy of 1990, and the Fundamental Act on Mountains of 2001, because abrupt and innovative legislation may be a burden on the administrative agency and stakeholders. If this alternative access will be well accomplished, we can expect that the self-regulating model will be widely disseminated in many related laws.

It is also necessary to integrate several aspects of "play model" which comprises of a self-regulation theory on the basis of folk law and new social contract theory on the basis of the local community. To have the play model be effective and to secure an implementation, the new social contract about natural resources is to be engaged. However, we carefully review how the play model is accepted in the current legal system. The legislators and administrative offices may hesitate to accept this self-regulating agreement model because the mandatory order has been a

basic principle for a long time. But the government should maintain "only the minimum of the mandatory order" under the current legal system, and has to provide delegation of authority to local community which can mitigate the prohibition and administrative order applied to natural resources within the community voluntary agreement order.

* Key words : natural resources, water, forest resources, fishery resources, license, community, voluntary agreement, play model

목 차

국 문 요 약	3
ABSTRACT	9
제 1 장 서 론	17
1. 연구배경	17
2. 연구목적	20
3. 연구범위	24
4. 연구방법	31
제 2 장 관련 법제 및 정책의 구조	41
1. 자연자원 법제의 구조	41
2. 산림자원 법제 및 정책	46
3. 해양자원 법제 및 정책	49
4. 물 관련 법제 및 정책	51
5. 지하자원 법제 및 정책	56
6. 관습법의 기능과 적용	57
제 3 장 자연자원의 관리현황	61
1. 시장기구에 의한 관리	61
2. 정부기구에 의한 관리	70

3. 공동체에 의한 관리	79
4. 복합적 방식에 의한 관리	92
제 4 장 자연자원의 성질과 특허	101
1. 자연자원의 본질	101
2. 자원자원의 특허	107
3. 공공신탁법리	114
4. 전통적 이용권	118
5. 원시어로의 부활	123
제 5 장 자율적 관리 모델의 발전방향	127
1. 정부와 시장의 실패	127
2. 명령통제형 관리 모델의 한계	131
3. 관련 법률간의 대화	133
4. 자연자원의 가치평가	134
5. 산림자원 관리모델	140
6. 수산자원 관리모델	143
7. 물 관리 모델	156
8. 자율적 관리모델의 구조와 원리	162
제 6 장 결 론	169
1. 법률의 헌법적합성	169
2. 전통지식의 활용과 이용권의 보장	170

3. 공동체와 관습법의 복원	171
4. 자연자원에 대한 손해배상의 제도화	174
5. 관련 정책 및 법제의 발전방향	175
▣ 참고 문헌	179

제 1 장 서 론

1. 연구배경

(1) 자원관리와 법의 기능

석유·천연가스 등의 지하자원, 물, 산림자원, 수산자원, 유전자원 기타의 자연자원(natural resources)은 세계적으로 공유재(common goods)에 관한 경제논리만으로 풀기 어려운 양상을 보인다. 석유와 천연가스등은 국제적 시장기구에 의하여 관리되지만, 여러 전쟁들의 배경에는 에너지 주도권이 도사리고 있음을 감안하면, 『규범에 의한 관리』보다는 『힘에 의한 지배』가 우선함을 알 수 있다. 국내적으로는 물과 수산자원을 둘러싼 갈등이 경향 각지에서 빈발한다. 이러한 갈등은 법이 없어서 발생하는 것이 아니다. 우리 헌법은 자연자원에 대한 국가관리 원칙을 선언한다. 모든 자연자원은 법의 그물로 촘촘히 싸여 있다. 법이 자연자원의 관리를 포기하지 아니하는 한, 이 영역에서 법체계의 한계상황에 주목하고 대안을 모색함으로써, 법의 실효성을 증진시킬 필요가 절실하다.

자원고갈과 환경오염이 심화되면서 유한한 자연자원을 어떻게 이용할 것인가의 여부가 관건으로 대두된다. “자연자원”은 토지를 제외한 지하자원과 수자원, 수산자원, 산림자원으로서 사적 재산권의 대상으로 될 수 있을지라도 그 공공성 때문에 공적관리가 필요하다. 물 값을 둘러싼 각지의 갈등과 물건화된 면허어업권의 사점화 현상 등은 이들 자연자원의 본질과 한계 그리고 관리방안 등에 관한 법리 대응이 부족하였기 때문이다. 최근에 정부는 물관리기본법(안)·수산자원관리법(안)등 주요 자연자원에 관한 법제화 사업을 추진하고 있어 기본 법리의 제공이 필요하다.

(2) 실정법의 혼선

현행 헌법(1987년)에 따르면, 광물 기타 중요한 지하자원·수산자원·수력과 경제상 이용할 수 있는 자연력은 특허의 대상으로서(제120조제1항), 국가의 보호를 받고 국가는 국토와 자원의 균형있는 개발 및 이용을 위하여 필요한 계획을 수립한다(동조 제2항). 그러나 자연자원 국유의 원칙을 선언하였던 1948년의 제헌헌법의 전통이 아직도 여러 실정법들에 남아 자연자원의 관리에 관한 계획수립 및 정책집행 과정에서 많은 혼선이 빚어지고 있는 실정이다.

물의 분배와 이용 水利權에 관한 종래의 법제는 물에 대한 권리와 그 한계가 정의(justice)의 원칙에 합당하게 설계되지 못하였다. 물은 정부가 국가의 이름으로 자원특허권을 행사하기 이전부터 관습법에 의하여 (지역)공동체가 이용하여 왔으며 자원관리에 대한 「정부의 실패」를 계기로 시장기구에 의한 조절이 필요하기 때문에 국가와 공동체 그리고 시장의 협업이 필수적이다. 그럼에도 현행 물관리 법제는 정부에 대하여 우월적 지위를 부여하고 공동체의 영역을 과도하게 위축시켰으며 시장에 의한 자동조절 기능을 원천적으로 봉쇄하였다.

(3) 사회경제적 갈등의 빈발

종래의 자연자원법리가 계속 통용될 경우에 자연자원의 배분과 이용에 관한 갈등이 계속될 것이다. 수자원과 수산자원 그리고 공유수면등의 보전과 이용이 그 대표적 사례에 속한다. 하천의 우수계통을 국유로 선언한 하천법의 영향을 받아 수자원을 국유로 보려는 입장이 강하고 어업자원을 포함한 수산자원도 특허를 둘러싸고 혼선을 빚을 것으로 예상된다. 또한 갯벌을 포함하는 공유수면은 여전히 “공유”가 아닌 국유로 운용되어 정부나 공기업 또는 개발사업자들에 의한 간척이 계속될 것으로 전망된다. 이러한 현상은 물의 배분 및 이용 그리

고 수산·산림·광물자원 등의 관리에서 두드러진다. 자연자원의 공공성을 기초로 한 법률관계의 정립이 필요하다.

- * **사례1.** 수자원공사와 춘천시는 종종 물 값을 다룬다. 춘천시는 소양호 아래에서 수돗물을 취수하고 있는데 수자원공사는 이 물이 소양호에서 방류된 물이기 때문에 댐관리자로서 물 값을 받아야 한다고 주장한다. 춘천시는 소양호 건설이전부터 같은 장소에서 취수하였는데 댐 건설이후 물 값을 내라는 요구는 부당하다며 물값을 계속 요구할 경우에 소양호 위쪽 소양강 상류에 취수전용 댐을 건설하겠다고 반박하고 있다.
- * **사례2.** 일부 토목 기술자들은 하천법상 하천[流水系統]이 국유이기 때문에 그 안을 흐르는 물[流水]이 국유라고 생각한다. 또 국가(건설교통부)로부터 건설허가를 받아 댐을 건설한 사업자[한국전력 또는 수자원공사]는 국가로부터 건설허가를 받을 때 국유의 강물을 처분할 수 있는 권리도 같이 부여받은 것으로 보아야 하기 때문에 사업자가 댐 안에 고여 있는 물[貯水]을 임의로 처분할 수 있다고 주장한다. 댐하류의 주민들은 하천의 생태계 보호와 농업등에 필요한 최저유지수량을 방류하여야 한다고 주장한다.
- * **사례3.** 공유수면인 갯벌은 현행 수산업법상 국유에 해당한다. 그러나 갯벌에서의 조개잡이는 같은 법에서 “관습상 입어권”으로 보호받고 있었다. 농업기반공사는 새만금 간척사업을 시행하면서 인근에서 조개잡이 등으로 생계를 유지하던 어민들에게 갯벌 조개잡이 소득 3년치에 상당하는 보상금(2,100만원내외)을 지급하고 어민들의 입어권을 박탈하였다. 이 보상에는 당시 군에 복무하던 마을 청년들이나 학생(미성년자)들이 포함되지 아니하였다.
- * **사례4.** 국유림인 지리산[삼신봉] 기슭에서 나무를 잘라 솥을 굽거나 웅기를 만들고 고로쇠 나무등의 수액과 버섯등의 임산물을 채취하여 생계를 꾸리던 주민들은 산림법이 제정되면서 벌목이 제한되었고 자연환경보전법이 제정되면서 임산물의 채취가 제한되었다. 그후 임산물 채취는 부분적으로 허용되었으나 벌목은 여전히 제한되고 있다. 산을 내려와 생계를 꾸릴 자신이 없는 주민들은 산림보호와 생태계보전으로 인하여 그들의 생계가 제한된 데 대하여 정부가 대책을 세워줄 것을 요구하였다.

(4) 물관리기본법안의 한계

정부(환경부·건설교통부 공동)는 2006년 8월에 물관리기본법(안)을 입법예고하였다. 이 기본법안은 물의 공공성(제5조)을 기초로 「물관리

기본계획』(제8조)과 「유역별 물관리계획』(제9조)을 수립하고 국가물관리위원회(제12조)의 관할 아래 유역별 관리(제16조)와 통합관리(제17조)를 추구한다. 같은 법안은 물의 분배와 이용에 관한 구체적인 내용으로서 균형배분(제18조)과 수요관리(제19조) 및 비용부담의 원칙(제20조)을 규정한다. 이해관계자 상호간의 물관리협정(제24조)도 기대할만하다. 이러한 원칙과 수단들은 물에 대한 관할권을 정립하고 행정계획과 관리수단 등을 확보하는데 이바지할 것으로 기대되지만 물의 분배와 이용에 관한 종래의 숙제들을 풀기에는 부족하다.

2. 연구목적

우리 나라의 자연자원은 대부분 국가의 이름으로 정부기구들이 자원관리계획과 명령통제형의 규제수단들에 의하여 관리되었다. 종래의 법제는 광물 뿐만 아니라 석유와 가스까지도 정부관리의 원칙을 고수하였다. 그러나 석유와 가스처럼 국제적 거래의 대상인 자연자원은 시장의 논리에 따라 관리되고 있다. 경우에 따라서는 국가[형평]와 시장[효율]의 논리가 후퇴하고 힘의 논리가 우선한다. 전통적으로 많은 부분이 마을공동체에 의하여 관리되었던 수자원·산림자원·수산자원은 근대국가의 출현과 더불어 정부기구에 의한 관리가 채택되었지만 실력에 의한 지배가 여전히 문제된다.

(1) 주요쟁점

모든 자연자원을 국가나 시장의 논리에 기초하여 관리하려는 사고방식은 법 현실과 동떨어진다. 자연자원에 대한 정치경제학적 역학관계와 법의식 그리고 해당 자연자원의 법적 성질 등을 고려하여 “각자에게 그의 것을”이라는 정의의 일반원칙에 따라, 시장기구에 맡길 것과 정부기구에 맡길 것 그리고 공동체 영역에 맡길 것 등을 구분하고 이에 따라 관련 법제들을 정비하는 기본방향을 모색하여야 한다. 아

올리 각 부문에 걸쳐서도 다음의 관점들에 유의하여야 한다.

- * **공동체 부문** : 토착민들의 권리존중과 빈곤의 극복을 위한 정책적 노력은 세계적인 경향이다. 각종 보호구역(protected area)에서 전통적인 생활방식에 의하여 생계를 유지하는 주민들(indigenous people)의 관습법(customary law)상의 자유와 권리를 배려한다.
- * **수산자원 부문** : 수산업법 등을 정비하여 수산자원의 공유 재산권성을 회복한다. 어장면허권의 영속화 현상 내지 양식업의 면허 등에 의하여 수산자원이 사유재산처럼 운용되는 사태를 지양한다.
- * **산림자원 부문** : 산림법등을 정비하여 산림자원을 임업의 관점에서 재산으로 파악하는 법률관을 극복하고 산림자원의 공익적 기능을 부각시켜 공공복리를 위한 산림자원의 보전을 도모한다.
- * **수자원 부문** : 물을 기업자의 임의로 관리하는 하천법과 댐건설촉진법의 법률관을 수정한다. 전통적인 민법상의 자연유수 이용권 등을 원용하고 수리권에 관한 원칙을 정립한다.
- * **지하자원 부문** : 광물, 석유와 가스, 석탄 등의 지하자원은 종래 관련 법률들이 국가관리의 원칙을 선언하고 이에 관한 개발 또는 지원계획 등을 갖추고 있지만 그간의 국제정치적 경험이나 법집행 사례에 비추어 정부기구에 의한 관리로 보기 어려운 자연자원에 대하여서는 시장기구에 의한 관리방식을 제안한다.

(2) 장기 연구과제

자연자원의 법적과제를 풀기 위하여서는 장기간 다면적 조사연구가 필요하다. 우선 자연자원을 둘러싼 갈등이 왜 빈발하는가에 관한 구조적 성찰이 필요하다. 여기에는 “국가와 시장이 자연자원 시장을 분할·독점하려는 시도나 경험은 없었는가”, “자연자원을 규율하는 법의 외연을 관습법의 세계에까지 확장할 수 있는가”, 또 “실정법으로 규율하기에 부적절한 영역까지 실정법의 세계에 포섭하려는 의도는 없었는가”라는 고찰이 포함된다. 근대국가는 자연자원에 관한 국가관리권을 선언하였지만, 사회계약론에서 보는 바와 같이, 국가관리권은 그 역사적 권원과 법리적 정당성에서 약점을 안고 있다.

다음에 자연자원의 분배와 이용이 이루어지는 국가와 시장 그리고 공동체(community)¹⁾ 사이에 어떠한 역할분담 또는 조정이 필요한가에 관한 성찰이 필요하다. 자연자원은 국가·시장·공동체의 어느 한 주체에 의하여 독점·배타적으로 관리될 수 없다. 이 문제와 관련하여서는 “부적절한 주체에 과도한 권한이 배분된 것은 아닌가” 또는 “독점될 수 없는 자연자원을 어느 한 주체에게 독점시킨 것은 아닌가” 등에 관한 고찰이 필요하다. 국가가 최고의 관리권자로 등장하기 이전에 자연자원은 이미 시장 또는 공동체와 같은 주체들에 의하여 이용되고 있었기 때문이다.

그 다음에 자연자원의 관리를 규율하는 규범 상호간의 정합성이 분석·도모되어야 한다. 자연자원의 관리와 관련하여 『국가』는 실정법을 규범으로 삼고 『시장』은 수요법칙과 최적배분의 원칙 등 경제원리에 의하여 움직이며 『공동체』는 관습법 질서를 존중한다. 실정법은 『형평(equity)』을, 경제원리는 『효율(efficiency)』을 그리고 관습법은 『전통(tradition)』을 추구한다. 이 이념들은 서로 조화를 이룰 수도 있지만 때로 갈등을 야기한다. 모든 자연자원을 하나의 규범으로 재단할 수 없기 때문에 종류와 특성에 적절한 규범을 찾는 노력이 필요하다.

자연자원의 관리 틀(패러다임)은 각국의 정치·경제적 역학관계와 사회·문화적 여건에 따라 결정된다. 우리 나라의 법제는 자연자원 관리에 관한 전통적 관습질서를 근대적 법질서로 대체하였지만, 두 질서의 토양은 서로 다르다. 또 국가와 시장은 서로를 불신할 수 있다. 그리고 한국 사회는 개화기 이후 근대화를 거치면서 각종 공동체

1) 공동체(community)의 법적과제는 보호구역(protected area)에서도 주요한 테마이다. 보호구역은 토지이용과 자연자원관리의 양면에서 연구소재를 제공한다. 이 연구에서는, 보호구역에서의 법리전개와 마찬가지로, 공동체의 자율과 관습질서에 의한 자연자원관리 모델을 제시함으로써 『국가(법) - 시장(경제원리) - 공동체(관습)』의 분업과 협업이라는 패러다임을 제시한다. 보호구역의 패러다임 변화에 관한 선행연구로는, 전재경, 보호구역 관리실태 및 법제정비 방안 연구 (한국법제연구원 : 2005), 참조

와 관습질서들이 다수 파괴되었다. 국가와 시장에 의한 관리가 적절하지 아니하면서도 이를 갈음할 공동체가 없는 경우들이 있다. 파괴된 공동체가 복원되거나 새로운 공동체가 형성될 수 있도록 여건을 조성하는 법적지원이 필요하다.

(3) 단기 연구과제 : 2006년

이 연구는 장기과제들을 염두에 두지만 제1차적으로는 단기과제에 치중한다. 우선 현행 법제가 자연자원 관리에 적합하게 짜여져 있는가에 관한 진단이 선행되어야 한다. 또 어떠한 자원이 어떠한 틀로 관리되고 있는가를 분석하고 그 틀이 잘 작동되고 있는가를 분석하여야 한다. 이 관리 틀은 실정법의 그것에 국한되지 아니한다. 다음에 자연자원의 관리를 규율하는 전통적 이용관계를 기초로 하는 관습(법) 질서를 규명하여야 한다. 만약 실정법적 틀이 자원관리의 원리 및 방법과 동떨어져 있다면 관리 틀을 바꾸는 방향을 모색하여야 한다.

관리 틀의 개선을 위하여 먼저 관리 권원의 정당성에 관한 분석이 필요하다. 정당성 고찰은 자연자원을 둘러싼 국가와 시장 그리고 공동체의 권한배분이 적절한가에 관한 법사학적·법문화적 접근이 필요하다. 자연자원에 대한 국가의 권능에 내재적 한계를 설정한 헌법의 취지를 구체화하고 자연자원을 규율하는 실정법들을 헌법정신에 적합하게 재구성하는 작업이 수행되어야 한다. 관습법이 통용될 수 있는 길을 실정법에 마련하여야 한다.

자연자원의 관리를 주체별로 재편하기 위하여서는 국가나 시장을 갈음하는 공동체가 선행되어야 한다. 자연자원을 이용하는 공동체가 어떤 형태로 존재하고 기능하는가 그리고 그 공동체에서 통용되는 관습(법)의 효력과 존재에 관한 고찰이 필요하다. 아울러 자연자원의 이용이 침해되었을 경우에 그 손해를 회복할 수 있는 장치가 있어야 한다. 관리가능한 자연자원은 경제재의 범주에 속하기 때문이다.

3. 연구범위

(1) 자연자원의 범주

경제적 관점에서 자연자원은 세 가지 형태의 재화(goods)로 나뉘어진다. 사유재(private goods)와 공공재(public goods) 그리고 공유재(common goods)가 그것이다. 이 연구에서는 사유재와 공유재를 연구대상으로 삼는다. 공공재는 외부효과가 발생하는 경우들이 있지만 우리 나라의 현행 법제는 공공재를 오염통제법의 대상으로 규율할 뿐, 자원관리의 대상으로 파악하지 아니한다.

사유재는 목재·석탄 또는 골재와 같이 포획·채집 또는 관리가 가능하여 재산권을 설정하기 쉬운 재화를 말한다. 사유재는 특정성(completeness)과 배타성(exclusivity) 그리고 양도성(transferability)을 특징으로 한다.²⁾

공공재는 공기·햇빛 또는 바람과 같이 소유가 곤란하고 따라서 거래도 어려운 재화[自由財]를 말한다. 공공재는 가격산정이 잘 되지 아니하여 과소비를 유발한다. 공공재는 그 획득에 비용이 요구되지 아니하지만 외부효과(externalities)는 발생한다. 아울러 공공재의 과소비는 경관이나 토지이용을 저해하기 때문에 사회적 비용(social cost)을 발생시킨다. 이 사회적 비용이 외부효과에 해당한다.

공유재는 석유·가스 또는 물과 같이 천이성(migratory)이 있어 자연상태에서는 재산권의 설정이 곤란하여 포획·채집을 요하는 재화를 말한다. 포획·채취를 요하고 배타성이 없다는 속성 때문에 공유재에서는 하딩이 말하는 이른바 “공유지의 비극”(tragedy of the commons) 이³⁾ 발생한다. 공유재에 해당하는 자연자원은 시장의 수요에 따라 이

2) Jan G. Laitos, *Natural Resources Law*, Hornbook Series (West Group, St. Paul, Minn., 2002), p. 2

3) 공유재에 대하여서는 실제 “無主物 先占”과 같은 현상이 빚어진다.

용되지 아니하고 과소비(또는 낭비)를 초래한다는 점에서 “비극”을 낳는다. 이에 따라 석유나 가스 등을 관리하는 국가의 실정법들은 ‘先占의 法理’(rule of capture)에 의하여 야기되는 낭비의 문제를 해결하기 위하여 규제를 관리수단으로 구사한다.⁴⁾

(2) 선행연구 결과분석

자연자원과 관련하여 선행연구결과들이 상당수 있다. 즉 산림자원연구(서울대학교)·수산자원연구(수산개발원·부경대학교)·수자원연구(수자원공사)등 관련 연구물이 다수 존재한다. 선행 연구물들은 현황 분석과 정책개발의 주력에 그쳐 정책을 집행하는 수단으로서의 법적 장치의 기능과 그 한계 및 개선방안의 제시가 없다.

구 분	선행연구와의 차별성		
	연구목적	연구방법	주요 연구내용
주요 선행 연구	1 -과제명 : 지속가능한 수자원개발을 위한 수자원 정책개발 -연구 : 과기부(2004) -연구목적 : 물 배분	- 문헌연구 - 기술개발을 위한 과 제연구 - 실태분석	-물 배분 현황과 문제점 -외국제도의 국내적용 가능성 -물 배분 관련 법제도 개선방향
	2 -과제명 : 수산업법상 어업자원 관 리제도의 개선에 관한 입법론적 연구[海洋大박 사논문] -연구 : 차철표(1998)	- 문헌연구 - 집행사례분석 - 비교법연구	-허가어업제도 고찰 -총허용어획량규제 -어업자원관리방법
	3 -과제명 : 세계산림녹화 성공 및 실패사례 분석 [산리청 위탁과제] -연구자 : 서울대학교 농업 생명과학연구원(2004)	- 문헌연구 - 실태조사 - 외국사례비교연구	-임업의 변천과정 -산림녹화 성공 및 실패 패요인 분석 -지속가능한 산림자원 관리를 위한 정책방안

4) Jan G. Laitos, *op.cit.*, p.4

<p>본 연구</p>	<p>-자연자원의 보전과 이용을 둘러싼 갈등의 예방·완화 -자연자원 관련 기본법들의 추진에 대비한 법리 제시</p>	<p>-실태분석(정책) -비교연구(외국) -정책연구(대안)</p>	<p>-자연자원본질규명 -공유재산관리법리 -자원관리모델개발 : 연극모델</p>
-------------	--	--	---

선행 연구결과들은 자연자원 관리와 관련하여 기존의 정부 관리 모델 자체의 변경에 대한 관심이 부족하다. 정부와 시장 그리고 공동체 상의 간의 역할분담과 이를 위한 법제의 변화에 관한 접근은 없다. 그러나 산림자원을 연구하는 전문가들은 관습법까지는 아니더라도 마을공동체 자체 규칙에 의하여 관리되는 숲이 잘 보전된다는 경험을 피력한다. 이러한 傳聞 경험들은 이 연구의 동인으로 작용하였다.

국제인류민속학연맹(IUAES)의⁵⁾ 『慣習法과 法多元主義委員會』는 2006년 6월 29일부터 7월 2일까지 인도네시아 서부자바의 Depok에서 “법, 권력 및 문화 : 국제·국가 및 지방 차원에서 법다원주의의 전개”를 주제로 한 제15차 국제총회를 열었다. 이 위원회는 또 2006년 6월 24일부터 27일까지 서부자바의 Ciawi/Bogor에서 같은 주제로 제7차 국제과정을 개설하였다. 이 총회와 과정은 인도네시아대학교의 법학교수회와 『여성 및 성 연구본부』(the Center for Women and Gender's Studies), HuMa(공동체와 생태계에 기초한 법 개혁협회), 『관개·토지·수자원 및 개발 연구본부』(PSI-SDALP UNAND) 및 서부 수마트라 Padang의 안다라스(Andalas)대학교가 공동으로 주최하였다.

5) 國際人類民俗學聯盟(the International Union of Anthropological and Ethnological Sciences : IUAES)은 1978년에 慣習法과 法多元主義委員會(the Commission on Folk Law and Legal Pluralism)를 설치하였다. 세계 각지에서 성문법과 관습법(folk law) 및 국제법의 이론과 실무에 관심이 있는 약400여명의 법률가, 인류학자 기타 사회과학자들 뿐만 아니라 NGO활동가와 정책입안자들이 이 위원회에 가담하였다. 이 위원회는 법률의 다각적 상호작용에서 비롯하는 이론 및 실무상의 관점들을 조명함으로써 관습법과 법적 다원주의에 관한 지식과 이해를 촉진시킴을 주된 목적으로 삼는다.

『관습법과 법다원주의위원회』가 개최한 제15차 국제총회(2006)의 제5 심포지움은 “자연자원, 재산이론 및 법적 다원주의: 동남아시아 비교 연구”를 소주제로 다룬다. 모두 여섯 개의 패널로 구성된 이 심포지움에서는 ①재산이론과 법적 다원주의 ②지적재산과 유전자원(genetic resources) ③자연자원과 환경상의 권리·형평과 정의 ④지역적 및 토착적 자연자원 관리체계의 최근 발전 ⑤자연자원 관리상의 갈등 및 분쟁해결 ⑥위기 이후의 女性性(gender)과 자연자원 보유권(tenure) : 동남아시아와 다른 지역들의 교훈을 분석한다.⁶⁾

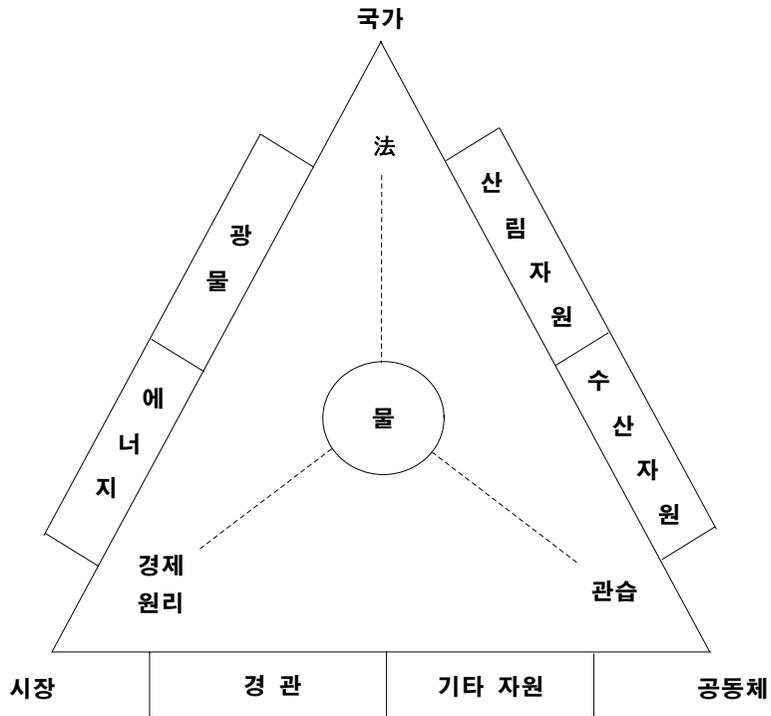
(3) 장기 연구범위

근대국가가 자연자원에 대한 권원을 취득한 정치적 계기와 법적 근거가 취약하다. 우리 나라의 현행 법제도 이러한 한계로부터 자유롭지 못하다. 大韓帝國은 산림자원·수산자원 등의 분야에서 日本國의 주장을 받아들여 전통적 이용질서를 포기하고 일본인들의 자원채취권을 합법화시키는 국가관리 체계를 도입하였고 이는 日帝 식민시대에 더욱 공고해졌다. 大韓民國 정부수립 이후에는 관습법상 인정되던 入會權·入漁權등이 국가관리권의 강화로 점차 쇠퇴하였다. 1948년의 건국헌법은 자연자원을 國家所有로 선언함으로써 이후의 실정법 질서형성에 결정적인 영향을 미쳤고 이러한 전통은 국유 조항을 삭제한 1954년의 헌법 개정 이후에도 면면히 승계되었다. 우리의 근대화는 자연자원의 관리에 관한 한 反법리적·非합리적 과정을 밟았다. 자원관리의 틀을 정립하기 위하여서는 역사적 분석이 선행되어야 한다.

6) 국제인류민속학연맹(IUAES)의 『관습법과 법다원주의위원회』는 그 동안 학문상 및 실무상의 활동에서 관습법과 법적 다원주의와 관련된 문제들에 당면한 학자들과 실무가들의 역량형성에 이바지함을 목적으로 법적 다원주의의 관점에서 협치(governance), 자원권(resource rights), 인권 그리고 사회적·경제 및 정치적 발전 등을 주제로 6개의 국제과정을 조직하였다.

근대화는 실정법 질서의 동요이외에 각종 공동체의 해체와 그 내부의 관습(법) 질서의 문란을 초래하였다. 도입 목적이 투명하지 못한 근대식 부동산 등기체제를 강제하고 이 과정에서 지역·친족 공동체의 기초를 이루고 있었던 이른바 “總有”라고 일컬어지는 공동소유 재산들이 사유화되거나 명의신탁 등을 기화로 횡령되는 사태들이 속출하였다. 식민시대 공동재산의 일실은 식민정책의 영향과 함께 각종 공동체들을 급속히 와해시키는 결과를 초래하였다. 대한민국 정부 수립이후에도 부동산등기특별조치법의 제정이 되풀이되면서 공동재산의 일실이 지속되었고 1960년대의 山村 철거정책과 1970년대의 새마을운동 등은 이러한 경향을 가속화시켰다. 근대화와 더불어 진행된 공동체 해체과정에 대한 성찰은 자연자원 관리상의 난맥을 이해하고 대안을 모색하는데 도움이 될 것이다.

공동체와 관습(법)은 불가분의 관계이다. 공동체 있는 곳에 관습이 있다. 그러나 관습(법)은 공동체의 쇠퇴와 더불어 점차 소실되었다. 관습(법)에 대한 실정법의 배타적 태도는 이러한 경향을 가일층 촉진시켰다. 전통사회는 물의 분배와 이용, 산림자원 및 수산자원의 채취 등과 관련하여 자원의 종류와 풍토에 적합한 관습들을 보유하고 1958년의 民法은 이에 관한 物權關係를 부분적으로 용인하는 규정을 두었지만, 이후의 하천법과 산림·수산 관계법들은 이를 배척하였다. 이러한 실정법 중심의 자원관리 체계는 사회주의 체제 또는 고립적 경제 체제에서는 통용될 수 있었으나 WTO로 표상되는 개방적 경쟁체제에서는 변화가 불가피하다. 경쟁질서에 부적합한 자연자원을 공동체 관할로 되돌리고 싶어도 이를 수용할 공동체들이 존재하지 아니한다. 인위적으로 공동체를 만들어도 그 내부질서를 규율할 관습이 존재하지 아니한다. 공동체의 복원과 함께 자연자원을 둘러싼 관습질서에 대한 조사와 분석 그리고 그 부활의 가능성에 관한 성찰이 요청된다.



(4) 단기 연구범위 : 2006년

장기적인 연구범위들을 전제로 우선 자연자원을 규율하는 실정법들의 구조와 한계에 관한 분석이 이루어져야 한다. 1948년 헌법의 국유조항의 취지를 아직도 계승하고 있는 실정법들이 존속한다면 이는 1954년 개정헌법 이후의 헌법체계에 반하기 때문에 자원의 종류별로 실증적 검토가 이루어져야 한다. 이 연구는 후속연구를 지향하지만 단기적 연구범위에 국한한다.

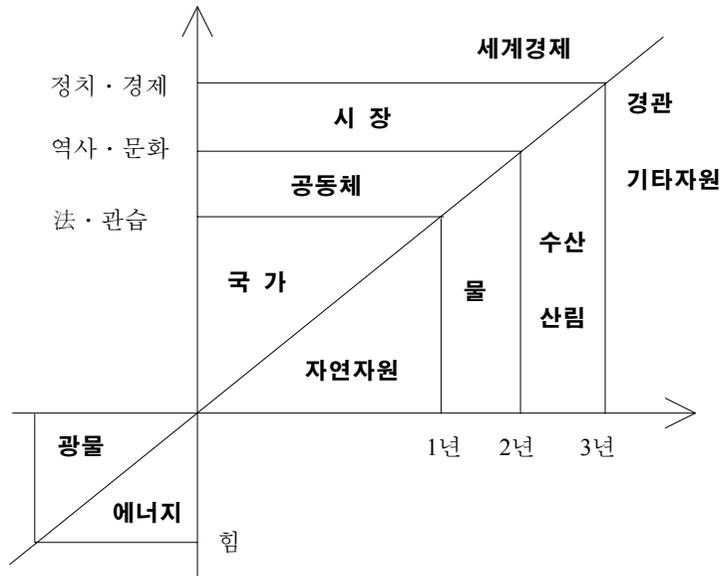
이 연구에서는 헌법의 규정에 기초하여 자연자원의 범주를 설정하고 석유·석탄·천연가스·골재 기타 광물자원을 포함하는 지하자원

에 관한 실정법과 물의 분배 및 이용에 관한 실정법 그리고 산림자원과 수산자원의 채취에 관한 실정법을 살펴보고 같은 법률들에 기초한 관리실태를 분석한다. 이러한 분석을 통하여 어떠한 법률들이 어떠한 질서[국가·시장 또는 공동체]에 적합한가를 알 수 있을 것이다.

자연자원에 관한 궁극적인 관할권을 국가가 행사하는 법적근거와 구조에 관한 성찰 못지않게 국가의 자원 관리권 그 자체의 본질과 특성 그리고 한계를 분석하는 작업이 이루어져야 한다.⁷⁾ 실정법들은 자원특허와 발명특허를 구분하기 위하여 “면허”라는 용어를 즐겨 쓰지만 면허는 자격 또는 기능 등의 부여에도 사용되고 있다. 특허를 “허가”라는 용어로 표현하기도 한다. 이러한 혼용은 특허의 본질과 한계를 흐트러뜨리는 결과를 빚는다. 특허와 허가의 개념·요건 및 효과 등에 관한 이론정리가 필요하다.

자연자원은 어느 한 경제주체에 의하여 독점·배타적으로 관리되기 어렵기 때문에 대체적으로 국가와 시장 그리고 공동체 상호간의 협업과 분업이 전제되어야 한다. 자연자원의 종류와 본질에 따라 자연독점을 허용하는 자원 관련법이 있을 수 있고 경쟁질서에 맡기는 자원 관련법이 있을 수 있다. 천이성이 있는 자연자원의 관리는 국가와 시장 그리고 공동체의 협력을 요한다. 자원에 따라서는 전통질서[관습]에 맡기는 편이 더 효율적인 경우도 있다. 그러나 관습은 잘 기록되지 않으며 또 법원의 확인을 받지 아니하면 법적 확신을 주기 어렵기 때문에 실증성이 약하다. 공동체 모델을 뒷받침할 수 있는 관습의 채록과 정리가 단기적·부분적으로나마 이루어져야 한다.

7) 1987년의 헌법은 종전의 헌법들과 마찬가지로 자원특허를 규정하고 있지만 실정법들은 자원채취에 대한 “면허”와 “허가”라는 용어들을 구사하고 있어 개념사의 혼란을 야기한다.



4. 연구방법

이 연구는 공동체와 관습질서에 비중을 두지만 “협업이 필요하다”는 관점에서 실정법과 경제원리 등에 기초한 연구방법을 배척하지 아니한다. 자연자원의 종류와 특성에 따라서는 경제적 접근과 계약법적 법리의 검토가 필요하다. 관습법의 기능과 지위에 관한 방법론적 고찰도 수반되어야 한다. 아울러 실증주의적 관점에서 공동체와 관습질서에 대한 실태조사가 뒤따라야 할 것이다.

(1) 재산권론과 시장도구

실정법에 의한 국가의 자연자원관리에 문제를 제기하고 대안을 모색하려는 노력은 관습질서에 기초한 공동체 이론의 전유물은 아니다. 시장주의자들은 재산권이론과 시장도구를 통하여서도 규제와 명령에

의존하는 『정부의 실패』를 보정할 수 있다고 믿는다.

자유시장적 환경주의(Free Market Environmentalism)는 공유재산의 비극(the tragedy of the commons)을 해결하는 고전적 해법으로서 사적재산권(private property rights)에 의존하고자 한다. 이 입장에서는 재화의 분배에 관한 한 시장이 정부규제보다 더 좋은 장치라는 신념을 바탕으로 가능한 많은 자연자원들을 사유화시키고자 노력한다. 오염배출권 거래체계의 경우에는 재산권에 의존하는 것이 효과적임이 입증되었다.⁸⁾ 그러나 이 이론에는 약점도 있다. 많은 자연자원들은 쉽게 상품화시키기가 어렵다. 어떤 자원배분 체계는 특정 집단의 비용을 다른 집단의 편익으로 돌려버리는 경우도 있다. 또한 사유화가 사회적으로 가장 이익이 되게 토지를 이용하는 방법이라는 확신도 부족하다.⁹⁾

환경법 집행의 비용을 감소시키고 정부개입의 정도를 줄이려는 노력의 일환으로 경제적 수단 및 시장도구(market instrument)들에 대한 관심이 늘고 있다. 조세나 입장료 또는 비용부담은 시장도구의 예에 속한다. 이러한 시장도구들은 자율규제에 기초한 이용을 초래한다는 점에서 매력적이다. 배출권 거래제나 신용제(credit)는 인기가 오르고 있는 시장도구이다. 비용이나 세금들이 정확하게 설정된다면 이러한 도구들은 외부효과(externalities)를 내부화시키고 행태를 변화시키는 직접적인 유인책을 제공함으로써 환경적 이익과 경제적 이익을 제휴시킨다.¹⁰⁾

(2) 계약법 원리

시장주의적 자원관리는 명령통제형 규제법이 아닌 계약법에 의하여 뒷받침된다. 당사자들이 자연자원 또는 에너지를 주제로 하는 계약을

8) James Salzman and Barton H. Thompson, Jr., *Environmental Law and Policy* (Foundation Press : 2003), p.43

9) *Ibid.*, p.44

10) *Ibid.*, p.45

체결할 경우에 대개 전통적인 계약 법리들이 적용된다. 법적으로 구속력이 있는 합의가 성립되기 위하여서는 공공정책과 반하지 아니하는 약인(consideration)에 의하여 뒷받침되는 확실한 조건들을 내용으로 하는 청약과 승낙이 존재하여야 한다. 예컨대, 광업상의 이익을 양도하는 문건들에 대하여서는 일반적인 계약법리들이 적용된다.¹¹⁾ 다른 계약에 있어서와 마찬가지로 자연자원을 다루는 합의는 계약 체결자가 양호하고 시장에 내놓을 만한 권원(title)을 제공할 수 있는 시간적 여유를 가져야 한다.¹²⁾ 당해 계약이 매매계약이라면 상법이 적용된다. 관습법은 석유와 가스, 석탄, 광물, 목재, 물 또는 토지를 다루는 계약의 틀로서는 부적절하다.

일부의 자연자원에 관하여서는, 자원과 그 시장의 특성에 따라 계약 형태가 다르다.¹³⁾ 예컨대, 천연가스 시장은 “지급조건부 인도”(take or pay)라는 계약방식을 사용한다. 이는 구매자가 외상으로 일정량의 가스를 가져갈 수 있도록 보장하되 만약 가져가지 아니하더라도 그 가격을 지급할 의무를 부담하는 방식이다.¹⁴⁾ 석유와 가스시장은 조광계약(farmout agreement)으로 지칭되는 계약방식을 사용한다. 특정 광구에서 석유와 가스를 시추하거나 탐사하는 댓가로 일정 면적에 해당하는 광업이익을 할당하는 계약을 말한다.¹⁵⁾ 대부분의 서구 국가들에서는 물이 지나가는 토지와 무관하게 수리권(water right)이 매매될 수 있기 때문에¹⁶⁾, 토지매매 계약은 그 토지상의 유수이용권(appurtenant water right)이 함께 이전하는가의 여부를 반드시 특정하여야 한다.¹⁷⁾

11) Heiner v. S.J.Groves & Sons Co.(1990)

12) Wolken v. Wade(1987)

13) Jan G. Laitos, *op.cit.*, p.31

14) Falcon Petroleum Co. v. Panhandle Eastern Pipeline Co.(1990)

15) W & W Oil Co. v. Capps(1990)

16) Navajo Dev.Co. v. Sanderson(1982)

17) Sun vineyards, Inc. v. Luna County Wine Dev.Corp(1988)

(3) 관습법 원리

이 연구에서는 실정법에 의한 자연자원의 관리뿐만 아니라 관습법에 의하여 규율되는 자연자원을 연구대상으로 삼는다. 관습법은 실정법에 대한 보충적 지위를 가지고 있을 뿐만 아니라 관습법이 적용되는 자연자원 영역이 현실적으로 존재하기 때문이다. 한편 실정법중 경쟁법 또는 계약법에 의하여 규율되는 자연자원은 이 연구의 핵심대상이 아니다. 공동체와 관습법에 의한 자연자원 관리 시스템과 비교하는데 필요한 한도내에서 실정법을 언급한다.

이 연구에서는 자연자원을 관할하는 실정법의 태도에 주목하는 한편 정치경제적 역학관계와 사회문화적 관습을 존중하여 자연자원 관리실태를 조사한다. 따라서 해당 자연자원의 관리실태를 중시하고 이를 기초로 실정법과 관습법이 조화를 이루고 시장과 정부 그리고 공동체가 상생할 수 있는 관리방식을 고찰한다.

재산 관습법은 자연자원에 관한 사용·수익 또는 처분권을 주장하려는 사람들에게 중요한 의미가 있다.¹⁸⁾ 재산 관습법상의 규범들은 구체적 시장관계를 창설한다. 자연자원을 둘러싼 “시장관계”란 체계화된 교환기구(exchange mechanism)를 의미한다. 물론 관습법이 적용되는 시장은 경쟁시장이 아니다. 공동체에 의하여 운영되는 마당 즉 『場』에 가까운 개념으로 볼 수 있다. 경쟁이 제한되는 자연자원 마당에서는 실정법과 관습법이 서로 역할을 분담한다. 재산 관습규범들은 교환을 구체화시키는 사람들 사이의 법률관계를 정립한다. 아울러 이 관습규범들은 자연자원에 관한 법집행 권한을 행사하는 정부와의 교

18) Panel 1 (Property Theories and Legal Pluralism), Symposium V : the XVth International Congress (Depok, Indonesia, June 29 - July 2, 2006), by the Commission on Folk Law and Legal Pluralism (under the International Union of Anthropological and Ethnological Sciences)

환을 뒷받침한다.¹⁹⁾

(4) 실태조사

실태조사는 산림자원과 수산자원에 주력한다. 이 부문은 이 연구에서 주목하는 공동체에 의한 자율관리의 가능성이 가장 현저하고 또 현행 실정법도 역사적으로 또 점진적으로 이를 수용하고 있기 때문이다. 조사지역으로서는 선행연구결과등을 고려하여 지리산[산림자원]과 흑산도[수산자원]를 택하였다.

1) 지리산·백운산 : 산림자원

① 지리산 수액채취 관습조사

- 조사장소1 : 서울대학술림구역(해발850m): “하늘 아래 첫 동네”
- 조사일자 : 2006년 2월 18일 / 3월 1일
- 제 보 자 : 김용순氏(71세)
1960년대 입산(전화 061 782 7688)
전남 구례군 산동면 좌사리 심원마을 3번지
- 조사장소2 : 직전마을
- 조사일자 : 2006년 3월 11일
- 제 보 자 : 강만석(70세)
토지면 내동리 직전마을 1156-3
7대째 거주/유일한 토지 소유자(전화 061 782 7897)
정무열(75세)
직전마을 1155번지(전화 061 782 0527)
200주 관리·22년前 부산에서 入村후 계속 거주

19) Jan G. Laitos, *op.cit.*, p.30

② 백운산 수액채취 관습조사

- 조사장소3 : 전남 구례군 간전면 중대리 중한치 마을
- 조사일자 : 2006년 3월 12일
- 제 보 자 : 박홍숙(58세)
구례 간전 중대리 837번지(전화 061 782 3404)
황덕재(47세)
중대리 443번지(전화 061 783 1551)
이장 역임 / 중한치 약수 회장
松園 李康漢(78세)
중대리 509번지(011 620 6392)
칭학동 훈장

2) 흑산도·홍도 : 수산자원

① 흑산도 수산물 채취 관습조사

- 조사지역 : 흑산군도중 다물도·대둔도
- 조사기간 : 2006년 4월28일~30일 / 2006년 6월2일~4일
- 조 사 자 : 황은주(생명회의)·이정미(푸른생협)
- 제 보 자 : 多物島머어촌계·김동윤(흑산수협 대의원)
- 조사방법 : 제보자면담 및 증언채록
- 조사항목
마을 자치규범 [洞法]
어장·해물에 대한 권리의무 관계
사라져 가는 관습·생성중인 관행

② 홍도 수산물 채취 관습조사

- 조사지역 : 전남 신안군 흑산면 홍도리

제1장 서론

- 지역특성
해상국립공원 구역내
어촌계 조직 해양관광형 어촌
- 조사항목 : 국립공원 구역내 수산자원 경계표시 및 채취방법
- 채취수산물
동물 : 전복·소라·해삼
식물 : 미역·김·툇
- 조사자
황은주·황영순(생명회의)
- 제보자
이용기 (1958년생)
주소 : 흑산면 홍도 1구 73번지 (전화 : 016 651 3761)
경력 : 어촌계장 역임
최경남 (1963년생)
주소 : 흑산면 홍도1구 116번지(전화 061 246 2600)
경력 : 흑산수협 대의원
- 조사자문
채희영 박사(국립공원관리공단 다도해해상서부사무소)
박종길 연구원(다도해해상서부사무소)
홍길표 연구원(다도해해상서부사무소)

(5) 비교법연구 : 사례연구

- 기본이론 : 자연자원시장론(문헌연구 : Prof. Laitos / James Salzman and Barton H. Thompson, Jr.)
- 미국 : 인디언 부족 등(인터뷰 : Dr. Bengston)
- 인도네시아 : 시르나 레스미(원고 : Latipah Hendarti)
- 기타 제3세계 국가 : 세계자연보전연맹 회의록(정리 : 전재경)

(6) 연구협력 : 공동조사·인터뷰·워크숍

- 한국법제연구원/서울대학교 산림생태경제연구실, 서울대학교 남부 학술림 구역 지리산·백운산 수액채취 현황조사(2006.3)
- 한국법제연구원/국립공원관리공단(다도해해상서부사무소), 홍도해상국립공원 구역 해산물 채취 경계표시 조사(2006.5)
- 전재경, 『지속가능한 국토이용방안 : 해외전문가 인터뷰』 國土(국토연구원 : 2006.10)
- 한국법제연구원, 『환경친화적 국토·해양의 개발·이용방안』 (서울대학교 : 2006.10.30)

제 2 장 관련 법제 및 정책의 구조

1. 자연자원 법제의 구조

(1) 자연자원 법제의 기본체계

자연자원 시장은 경제적으로 가치가 있는 자연자원을 탐사, 소유, 개발, 이용, 이전, 판매, 구입 또는 보호하려는 여러 당사자들로 구성된다. 다른 시장에서의 경우와 마찬가지로, 자연자원시장은 법적으로 실효성이 있는 규칙들이 없는 상태에서는 효율적으로 작동되지 아니한다. 자연자원시장이 법으로부터 자유롭다면, 소유권을 설정하고 거래를 이행하고 당사자들 사이의 분쟁을 해결하거나 자연자원의 개발에 수반하는 외부효과로서의 사회적 비용을 내재화시킬 수 있는 장치들이 기능하지 못할 것이다.

자연자원시장을 조정하거나 조직하고 적용규범을 창설하는 법제는 헌법·법률·명령(regulation)·관습법(common law)의 네 가지로 구성된다.²⁰⁾ 관습법의 가장 보편적인 법원은 판례이다. 판례가 형성되지 아니한 법률관계에서는 당해 공동체의 ‘관습’ 또는 ‘관행’이 규범으로 기능할 수 있다.

(2) 헌법정신의 변화

자연자원의 법적 성격을 정립하고 응용하기 위하여서는 헌법적 고찰이 선행되어야 한다.²¹⁾ 자연자원의 관리와 관련된 우리 헌법 규정은 “지속가능한 발전”의 이념을 구현하기에 적합하게 구성되어 있다.

20) Jan G. Laitos, *op.cit.*, p.23

21) 환경정책상의 憲法的 爭點들에 관한 상론은, James Salzman and Barton H. Thompson, Jr., *op.cit.*, p.59 이하, 참조

현행 1987년의 헌법[제9장 경제]은 국토 및 자연자원의 관리와 관련하여 국토와 자원의 균형있는 개발과 이용을 위하여 필요한 계획을 수립할 의무를 국가에 지웠고(헌법 제120조제2항), 국토의 효율적이고 균형있는 이용·개발과 보전을 위하여 필요한 제한과 의무를 국가가 과할 수 있음을 선언하였다(헌법 제122조).

성장이 좋이라는 추론은 지속가능발전이념과 배치된다.²²⁾ “균형있는 개발과 이용”(헌법 제120조제2항) 및 “효율적이고 균형있는 이용·개발과 보전”(헌법 제122조)의 이념은 국제 환경법상의 “지속가능발전” 이념과 맥락을 같이 한다고 새길 수 있다. 헌법이 선언한 “균형”이란 “형평성”(equity)의 다른 표현이다. 우리 헌법은 국토 및 자연자원의 관리에서 “시장”을 통한 효율과 “정부”를 통한 형평을 동시에 추구할 것을 명한다.

< 자연자원 관리에 관한 헌법규정의 변천 >

- 1948년의 건국헌법 제85조(자연자원의 국유·특허) 광물 기타 지하 자원·수산자원·수력과 경제상 이용할 수 있는 자연력은 국유로 한다. 공공필요에 의하여 일정한 기간 그 개발 또는 이용을 특허하거나 또는 특허를 취소함은 법률의 정하는 바에 의하여 행한다.
- 1954년의 헌법 제85조(자연자원의 특허) 광물 기타 중요한 지하 자원·수산자원·수력과 경제상 이용할 수 있는 자연력은 법률이 정하는 바에 의하여 일정한 기간 그 채취·개발 또는 이용을 특허할 수 있다.
- 1962년의 헌법 제112조(자연자원의 특허) 1954년의 헌법(제85조: 자연자원의 특허) 규정과 동일

22) James Salzman and Barton H. Thompson, Jr., *op. cit.*, p.24

- 1972년의 헌법 제117조(국토·자연자원의 관리) ①광물 기타 중요한 지하자원·수산자원·수력과 경제상 이용할 수 있는 자연력은 법률이 정하는 바에 의하여 일정한 기간 그 채취·개발 또는 이용을 특허할 수 있다. ②국토와 자원은 국가의 보호를 받으며 국가는 그 균형있는 개발과 이용을 위한 계획을 수립한다.
- 1980년의 헌법 제121조(국토·자연자원의 관리) ①광물 기타 중요한 지하자원·수산자원·수력과 경제상 이용할 수 있는 자연력은 법률이 정하는 바에 의하여 일정한 기간 그 채취·개발 또는 이용을 특허할 수 있다. ②국토와 자원은 국가의 보호를 받으며 국가는 그 균형있는 개발과 이용을 위하여 필요한 계획을 수립한다.
- 1987년의 헌법 제120조(국토·자연자원의 관리) : 1980년의 헌법(제121조: 국토·자연자원의 관리) 규정과 동일

상기 1987년 헌법 제120조는 국토와 자원의 균형있는 개발 이외에 자연력에 대한 특허의 원칙을 선언한다(동조제1항). 1948년의 건국헌법은 자연력을 “국유”로 선언하였지만 1954년의 헌법은 “국유” 규정을 삭제하고 “특허” 원칙만을 남겼다. 자연자원의 개발과 이용에 대하여 국가가 법률을 제정하고 관련 계획들을 수립·운영하는 헌법적 근거는 현행 헌법 제120조제1항이 규정하는 “특허주의” 원칙이다. 다수의 실정법들은 헌법상 자연자원의 특허를 “면허” 또는 “허가”로 표현하고 있어 법리상 “특허”와 법실무상 “허가”가 종종 혼동되지만 양자는 서로 다른 법리이다. 자연자원에 대한 국가 관할의 법적 체계는 헌법상 특허의 법리에 정초시켜야 할 것이다.

<자연·자원 관련 특허와 허가의 비교>

※	특 허	허 가
개 념	특정인을 위하여 권리·능력·포괄적 법률관계 기타 법상의 힘을 설정하는 행정행위	상대적인 일반적 금지를 특정의 경우에 특정 상대방에게 해제하여 적법하게 일정한 행위를 할 수 있게 하는 처분
유 형 성 질 효 과 용 레	형성적 행위 [자유]재량행위 법상의 힘을 부여 실제 허가·인가·면허와 혼용	명령적 행위 기속행위 금지의 해제 허가·인가·면허·등록과 혼용

※	특 허	허 가
예 시	공유수면의 매립면허 : 공유수면매립법 제9조 하천유수 사용의 허가 : 하천법 제33조제1항 해저광물채취권의 허가 : 해저광물자원개발법 제15조 어업의 면허 : 수산업법 제8조	공유수면의 점·사용허가 : 공유수면관리법 제5조 샘물개발허가 : 먹는물관리법 제9조 식품제조업의 허가 : 식품위생법 제22조 건강기능식품제조업의 허가 : 건강기능식품법 제5조

(3) 헌법해석론

6·25 전쟁을 경험한 한국 국민들은 1954년의 헌법개정을 통하여 “국유화” 규정을 삭제하고 자연자원에 대한 [국가] 특허의 원칙만을 남겼다 : “광물 기타 중요한 지하자원·수산자원·수력과 경제상 이용할 수 있는 자연력은 법률이 정하는 바에 의하여 일정한 기간 그 채취·개발 또는 이용을 특허할 수 있다(제85조).” 1954년 헌법의 자연자원 특허 규정은 1962년의 개정헌법(제112조), 1972년의 개정헌법(제117조), 1980년의 개정헌법(제121조) 및 1987년의 현행헌법(제120조)에 이르기까지, 그 조문들의 숫자만 바뀌었을 뿐, 토씨 하나 바뀌지 않고 그대로 유지되고 있다. 그렇다면, 헌법이 “국유화” 규정을 삭제하였다

면, 한국의 자연자원은 과연 누구의 것인가 그리고 헌법이 규정한 특허의 법리가 적용되는 자연자원의 범주는 어디까지인가의 여부가 문제된다.

자연자원에 관한 권리의 본질을 규명하기 위하여, 자연자원의 이용에 혼란을 초래하게 만든 실정법 규정을 검토할 필요가 있다. 행정청은 경우에 따라 공익보다 관료적 자기이익(self-interest)에 비추어 행동할 수도 있다.²³⁾ 건설교통부 또는 수자원공사는 “하천은 이를 국유로 한다”고 선언한 하천법(제3조 본문)을 근거로 강물에 대하여 배타적 권리를 행사한다. 이러한 법률관은 강물에 대한 상린관계와 관습상의 이용권을 규율하는 전통적인 민법의 원리와 상충된다. 하천법이 강물의 배분 및 이용관계를 규율하지 아니함은 두 가지의 추론을 가능하게 한다. 현행 하천법은 “하천이라는 유수계통 즉 하드웨어를 점용하는 주체에게 유수의 사용권이 부수한다”는 법률관을 기초로 한다. 그러나 이러한 추론은 성립되기 어렵다. 하천법은 명백히 하천 즉 유수계통을 국유로 선언하였을 뿐이고 그 안의 유수를 국유로 선언하지는 아니하였다. 자연적 유수는 배타적 소유권 또는 전속적 이용권의 대상이 될 수 없기 때문이다. 댐건설법이 유수에 관하여 명시적 태도를 취하지 아니함도 같은 이유 때문이다.

천이성이 있어 특정이 어려운 자연자원은 이를 소유권의 대상으로 설정하기가 어렵다. 자연자원은 소유의 대상이 아니라 이용의 대상에 해당한다. 물론 채집·채취된 자연자원은 물론 정의의 일반원칙에 따라 소유권의 대상이 될 수 있다. 따라서 채집·채취 이전의 자연자원을 민법적 개념에 입각하여 좁은 의미의 공유물로 파악하거나 이를 비판함은 부적절하다. 자연자원을 소유의 관념으로 접근함은 근대 민법의 사고에는 어울리나 자연자원은 민법의 범주를 넘는다. 자연자원

23) *Ibid.*, p.55

에 대한 국가의 특허는 국가소유권의 표현이 아니라 국가관리권의 표현이다. 국가는 자연자원의 소유자가 아니더라도 “공공”의 이익을 대변하는 관리자로서 자연자원을 관리할 수 있다(1987년의 헌법 제120조제2항, 참조).

2. 산림자원 법제 및 정책

산림에는 바이오매스(식물이나 미생물 등을 에너지원으로 이용하는 생물체)와 다양한 생물들이 존재한다. 산림은 식량, 연료 건축 자재, 섬유로 쓰이는 자원이며, 생물다양성을 유지하는 데에 중요한 역할을 한다. 산림은 물과 공기 정화에도 중요하며, 탄소 격리(전력 생산이나 각종 산업활동을 통해 나오는 이산화탄소를 직접 모아 탄산염 등 적당한 담체나 지하의 특정 공간에 저장하는 것), 토양의 안정화, 그리고 관광산업과도 관련이 있다.(Williams 1994,1990) 한 개인이 안식처와 연료를 얻기 위해서는 4분의 3헥타르씩의 산림이 필요한 것으로 추정된다.(Lund and Iremonger 1998) 지구상에는 다양한 종류의 산림이 존재한다. 산림의 종류는 기후와 지형에 따라, 상록수와 낙엽수, 침엽수와 활엽수 등으로 분류된다.²⁴⁾

(1) 법제의 골격

산림자원을 직접적으로 규율하는 법률로서는 2001년의 산림기본법과 2005년의 산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률이 있다. 산림기본법은 산림정책의 기본이 되는 사항을 정하여 산림의 다양한 기능을 증진하고 임업의 발전을 도모함으로써 국민의 삶의 질 향상과 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 한다(제1조). 산림자원조성

24) OUR PLANET 『우리의 지구』 제25호 “One Planet Many People” (UNEP한국위원회 : 2006.7), 참조

관리법은 산림자원의 조성 및 관리를 통하여 산림의 다양한 기능을 발휘하게 하고 산림의 지속가능한 보전과 이용을 도모함으로써 국토의 보전, 국가경제의 발전 및 국민의 삶의 질 향상에 이바지함을 목적으로 한다(제1조).²⁵⁾

(2) 산림자원의 조성

세계 산림의 약12퍼센트는 보호를 받는다. 그러나 이러한 산림 보호가 전 세계의 산림에 대해 균형적으로 이뤄지고 있는 것은 아니다. 북 아메리카와 유럽의 산림이 20헥타르씩 특별 보호 구역으로 지정될 때, 한 때는 접근조차 할 수 없었던 아시아, 남 아메리카, 아프리카, 옛 소련의 자연산림이 1헥타르씩 손실되고 있는 실정이다.(Sohngen et al.1998) 생태학적으로 의미 있는 기간 동안 산림이 얼마나 잘 보호되고 있는가 하는 문제 역시 중요한 사항이다. 역사적으로 보면 인간은 산림을 다른 목적으로 사용하기 위해서 계속해서 변환시켰다.

2001년의 산림기본법은 산림자원의 조성을 국가 및 지방자치단체의 책무로 규정한다. 즉 국가 및 지방자치단체는 지속가능한 산림경영을 위하여 지역적 특성을 고려한 조림·육림등의 산림자원 조성시책을 수립·시행하여야 한다(산림기본법 제16조제1항). 국가 및 지방자치단체는 우량한 종자와 묘목의 공급등 산림자원의 질을 높이기 위하여 필요한 시책을 수립·시행하여야 한다(산림기본법 제16조제2항).

(3) 임산물의 지속가능한 이용

우리 나라의 산림의 대부분은 개인 또는 영리법인들에 의하여 소유되어 있다. 그러함에도 불구하고 우리나라 국민대다수는 산림을 공유

25) 2005년의 『산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률』은 1980년의 산림법의 대체입법이다.

자산으로 인식하고 있다. 이러한 국민들의 인식은 한국갤럽이 산림청의 의뢰로 조사한 국민들의 산림에 대한 인식조사의 결과(한국갤럽 1997)에서 잘 나타나 있다. 이에 의하면, 국민의 대다수가 산림의 공익적 기능을 인정하고 있고, 이에 대한 국가정책의 배려를 희망하고 있다. 이러한 산림의 공익적 기능에 대한 국민적 인식은 임업연구원이 조사하여 발표한 산림의 공익적 가치에 대한 평가에도 잘 반영되어 나타나고 있다.(김재준 외, 1994)

산림의 공익적 기능에는 여러 가지가 있다. 그 중에서도 수자원의 함양과 수질 정화기능은 수도권을 비롯한 인구집중지역이 위치한 4대강(한강, 금강, 영산강, 섬진강)지역의 상수원보호구역을 확대 지정하면서 이 지역의 많은 산림이 수도법에 의한 시업 제한을 받게 되었다. 수도법에 의한 상수원보호지역의 수변지역(강으로부터 5Km 이내)은 원칙적으로 보안림으로 지정한다는 것이 정부의 산림정책이다.(윤여창, 2005)

산림의 지속가능한 이용과 보전을 위해서는 지역주민의 삶의 질의 향상에 산림자원이 지속적으로 기여할 수 있어야 한다. 전통적으로 임업정책이 목재생산을 중시함으로써 지역주민들이 이용하는 비목재임산물과 서비스의 가치를 평가 절하하는 경우가 있었다. 이러한 비목재임산물과 서비스에 대한 상대적 소홀은 임업정책에 대한 지지도를 낮게 하는 하나의 요인이 된다. 우리나라의 경우 2003년을 기준으로 목재생산(용재, 톱밥, 연료)의 경제적 가치는 임업총생산에서 10% 정도에 불과하고 나머지는 대부분 조경수목생산, 수실, 버섯, 산나물 등의 생산가치이다(산림청 2004). 최근 지속가능한 산림자원의 관리와 지방화정책의 추진에 따라 산림자원을 산촌 진흥을 위해 목재뿐만 아니라 비목재임산물과 서비스의 지속가능한 이용이 중요한 정책과제로 부상하고 있다.

3. 해양자원 법제 및 정책

(1) 해양자원

2002년의 해양수산발전기본법은 21세기 해양국가 실현에 필요한 정책추진 근거를 마련하기 위하여 해양수산분야의 제반 정책(수산·어업자원관리, 해양개발, 해양환경, 연안관리, 해양안전, 해운, 항만, 국제협력)을 종합·조정할 수 있는 해양수산부의 기본법으로서 제정되었다. 2002년의 해양수산발전기본법은 해양이라는 공간과 해양관련 자원, 활동 내지 산업을 모두 “해양”이라는 말로 망라할 것을 염두에 두지만 실제 응용이 그에 미치지 못한다. 해양수산발전기본법은 “개념”정의 부분을 제외하고는 법 명칭부터 그리고 여러 영역에 걸쳐 해양과 수산을 중심축으로 구성되어 있다.

해양수산발전기본법(제3조)이 규정하는 “해양자원”(제2호)은 생물자원외에 광물·에너지·관광·공간 등을 열거하고 있지만 그 실질을 분석해 보면 해양생물자원 즉 수산자원 내지 어업자원이 핵심임을 알 수 있다. 광물과 에너지 그리고 관광의 개발 및 이용과 관련하여서는 조사·연구 및 관련기술개발을 해양수산부가 맡는다. 법은 해양이라는 “공간자원”을 해양자원(제3조제2호)에 포함시키고 있지만 물리적 공간으로서의 해양공간자원은 개념상 “해양”(제3조제1호) 자체와 중첩된다.

해양수산발전기본법은 종래 수산자원 내지 어업자원을 “해양생물자원”이라는 개념으로 표현한다. 해양생물자원의 상위개념으로서 해양자원을 설정한다. 해양과 해양자원 그리고 해양산업은 2002년의 기본법의 3대 기본틀을 형성한다(제2조의 기본이념, 참조). 수산업(제25조)과 수산기술개발(제26조)을 규율하는 해양산업(제3절)에 조응하여 해양자원(제2절)의 영역에서도 수산자원을 포함하는 해양생물자원의 보전과 관리에 관한 규율이 필요하다.

(2) 수산자원

종래의 수산자원 관련법제는 내수면어업법, 배타적경제수역에서의외국인어업등에대한주권적권리의행사에관한법률, 수산물품질관리법, 수산업법, 수산업협동조합법, 어업자원보호법, 어업협정체결에따른어업인등의지원및수산업발전특별법, 어항법 및 낚시어선업법 등을 망라한다.

1953년 9월에 제정된 수산업법(법률 제295호 상공부 소관)은 수산업에 관한 기본제도를 정하고 수면의 통합적 이용으로 어민의 권익과 수산자원을 보호함을 목적으로 하였다. 공공수면이 아닌 수면²⁶⁾에는 별단의 규정이 없는 한 이 법이 적용되지 아니하였다(제3조제1항). 공공수면이 아닌 수면[사유수면]이 공공수면과 연결하여 일체가 되었을 때에는 이 법을 적용하였다(제3조제2항). 면허어업은 지방장관의 면허사항으로 하고(제8조), 허가어업은 주무부장관의 허가사항으로 정하였다(제11조). 어업의 면허기간은 5년 내지 10년 이내로 하였고 어업권은 물권으로 하여 토지에 대한 규정을 준용하되 질권의 목적은 될 수 없도록 하였다(제24조). 1953년의 법은 조선어업령(다만, 제6장은 수산업협동조합법의 시행시까지 존속) 및 어업에관한임시조치법을 폐지하였다.

1971년의 수산업법개정법은 새로운 어구·어업방법 또는 어장의 개발, 원양어업세력의 신장과 해외진출, 수족자원보호등을 위한 내수면어업의 중요성 등으로 인한 허가어업과 원양어업 및 내수면어업에 관한 장을 신설하였다. 이어 1995년의 개정법은 양식어업을 종전에는 제1종양식어업, 제2종양식어업으로 구분하던 것을 앞으로는 양식대상품종별로 해조류양식어업, 패류양식어업, 어류등양식어업 및 복합양식어업으로 구분하고, 공동어장의 효율적인 관리를 위하여 공동어업을

26) 1953년의 수산업법에서 “공공수면이 아닌 수면”이라 함은 사유수면을 말한다. 同法 제4조(어업과 私有水面), 참조

자연산 패류등의 채취를 목적으로 하는 마을어업과 양식을 목적으로 하는 협동양식업으로 변경하였다.

4. 물 관련 법제 및 정책

(1) 하천법

하천 구역에 관한 현행법은 치수와 오염통제에 관한 시스템으로 일관한다. 수자원의 안정적인 확보와 관리를 위한 수자원장기종합계획(10년단위)의 수립과 변경(하천법 제11조) 그리고 이에 근거하여 하천구역의 홍수예방과 홍수발생시 피해를 최소화시키기 위한 하천구역종합치수계획(10년단위)의 수립과 변경(하천법 제11조의2)은 치수 시스템에 불과하다. 하천법(제13조)은 지방1급 및 2급 하천중 경계하천의 관리를 위하여 시·도지사의 협의에 의하여 그 관리방법을 따로 정할 수 있고 협의가 성립되지 아니할 경우 건설교통부장관에게 재정을 신청할 수 있다고 규정하고 있다. 그러나 이 협의와 재정의 실효성은 의문이다. 아울러 건설교통부장관의 관리에 속하는 국가하천에 관하여서는 하천유지유량에 관한 고시(하천법 제20조)이외에 다른 예방장치가 없다.

하천에 관한 비용과 수익에 관한 규정들은 하드웨어 중심이다. 즉 하천법은 하천공사, 하천의 유지·관리 등에 관한 비용과 하천으로부터 생기는 수익을 규율한다(하천법 제47조). 하천관리위원회(하천법 제60조)는 수자원계획 및 구역계획의 수립 및 변경에 관한 사항외에 하천의 건천화 방지에 관한 사항등(하천법 제61조제1항제1호)을 관장하고 유수사용분쟁에 대한 심사·조정(동항제2호)을 관장한다. 그러나 수자원계획 또는 구역계획의 실효성이 확보되어 있지 아니하고 물 시장의 미비로 하천관리위원회의 기능이 떨어진다.

(2) 댐건설법

1999년의 댐건설및주변지역지원등에관한법률은 댐건설예정지역안에서의 행위제한(댐건설법 제6조)을 규정함으로써 물오염의 통제에 관하여 나름대로의 장치를 갖추고 있음에 비하여, 상류지역과 하류지역의 물 자원의 이용과 배분에 관하여서는, 경제적 접근을 외면하고 있다. 댐건설장기계획(댐건설법 제4조)이나 기본계획(댐건설법 제7조)체계는 물이 경제재이며 따라서 ‘시장’에 의한 거래가 필요하다는 원리를 완전히 무시하고 있다. 댐건설법은 댐사용권을 물권으로 보고(댐건설법 제29조), 다목적댐의 건설로 인하여 현저한 이익을 받는 자에 대한 수익자부담금(댐건설법 제23조)은 알고 있으면서 그 반대의 경우 즉 댐 건설과 사용으로 인하여 현저한 피해를 보는 자에 대한 배려가 없어 형평을 잃고 있다. 댐건설법은 댐건설을 촉진하기 위한 18가지의 특례(제9조: 다른 법률에 의한 인·허가 등의 의제)조항을 두고 이에 대한 반대급부로 댐건설지역주민에 대한 지원책(제3장 제39조 이하)을 규정하고 있으나 이러한 단선적 접근방법으로서는 자연자원을 둘러싼 갈등을 예방하거나 해소할 수 없다. 물 자원의 이용과 배분에 있어서는 국가라고 할지라도 우월적인 지위에서 공권력을 행사할 수 없다.

(3) 5대강 특별법

한강수계상수원수질개선및주민지원등에관한법률(1999년법), 영산강·섬진강수계물관리및주민지원등에관한법률(2002년법), 금강수계물관리및주민지원등에관한법률(2002년법) 및 낙동강수계물관리및주민지원등에관한법률(2002년법)등 이른바 5대강 특별법들은 작은 강들을 포섭하지 못하고 하천생태계 자체에 주목하지 못하며 수변구역의 관리를 통한 오염통제에 비중을 두는 한편 수질환경보전법등에 규정되어 있는 오

염총량관리제를 도입하였다는 등의 측면에서 구조적 한계를 안고 있으나, 공간관리를 통한 오염통제를 시도하고 시장원리[물이용부담금·과징금]를 원용하며 유인책[토지매수·주민지원등]과 억제책을 함께 구사한다는 측면에서 긍정적인 기능을 수행할 것이다.

1999년의 한강수계법은 크게 세 가지 부문으로 이루어졌다. 첫째, 오염통제 부문에서 수변구역제도(제2장)를 두고 오염총량관리제(제3장)를 규율하는 한편 수질개선사업(제13조)을 관장하고 청소등 수질개선명령(제28조)을 내린다. 둘째, 이용 부문에서 토지·시설매수제(제7조) 및 주민지원사업(제4장)을 실시하고 물이용부담금을 부과·징수한다(제19조). 셋째, 환경행정 부문에서 각종 인허가를 의제하고(제15조) 수질개선특별회계(제16조)와 한강수계관리기금(제20조) 및 한강수계관리위원회(제24조)를 설치하는 한편 위반행위에 대한 벌칙(제8장)을 규정한다.

강물의 이용관계에 관하여 5대강 특별법들은 비슷한 접근을 취한다. 1999년의 한강수계법은 물이용자들에 대하여 수익자부담의 원칙을 적용시켰다. 수도사업자는 주민지원사업 및 수질개선사업등의 재원조성을 위하여 대통령령이 정하는 공공수역으로부터 취수된 원수를 직접 또는 정수하여 공급받는 최종 수요자에게 물사용량에 비례한 부담금[물이용부담금]을 대통령령이 정하는 바에 따라 부과·징수하여 한강수계관리기금(제20조)에 납입하여야 한다. 다만, 대통령령이 정하는 공공수역으로부터 취수하는 전용수도의 설치자는 자기가 취수하는 물의 양에 따른 물이용부담금을 대통령령이 정하는 바에 따라 한강수계관리기금에 납입하여야 한다(제19조제1항).

한강수계법에 의하면, 수도사업자(수도법 제3조제11호 및 제19호)는 대통령령이 정하는 바에 따라 취수량, 공급량, 손실률 등 물이용부담금의 산정 및 예측에 필요한 자료를 한강수계관리위원회(제24조)에 제출하여야 한다(제19조제2항). 수도사업자는 물이용부담금의 납부의무자가 물이용부담금을 납부하지 아니하는 경우에는 지방세체납처분의

예에 의하여 이를 징수할 수 있다(제19조제4항). 환경부장관은 전용수도의 설치자가 물이용부담금을 한강수계관리기금에 납입하지 아니하는 경우에는 국세채납처분의 예에 의하여 이를 징수할 수 있다(제19조제5항). 환경부장관은 징수한 물이용부담금을 한강수계관리기금에 납입하여야 한다(제19조제6항). 2001년1월의 개정법은 물이용부담금의 부과·징수에 따른 경비를 한강수계관리기금에서 지출할 수 있도록 수권하였다(제22조제6호의2).

(4) 지하수법

지하수법은 지하수의 개발과 이용을 원칙적으로 허가사항으로 규정한다. 즉 지하수를 개발·이용하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 바에 따라 미리 시장·군수의 허가를 받아야 한다(법 제7조제1항 본문). 그러나 (1)자연히 흘러나오는 지하수 또는 다른 법률의 규정에 의한 허가·인가 등을 받거나 신고를 하고 시행하는 사업 등으로 인하여 부수적으로 발생하는 지하수를 이용하는 경우 (2)동력장치를 사용하지 아니하고 가정용 우물 또는 공동우물을 개발·이용하는 경우 (3)제13조제1항제1호의 규정에 의한 허가를 받은 경우에는 허가를 받지 아니한다(법 제7조제1항 단서).

지하수의 개발과 이용을 목적으로 허가를 신청하고자 하는 자는 제27조의 규정에 의한 지하수영향조사기관이 실시하는 지하수영향조사를 받은 후 지하수영향조사기관이 작성한 지하수영향조사서를 제출하여야 하며, 시장·군수는 대통령령이 정하는 바에 따라 지하수영향조사서를 심사하여 그 결과를 허가내용에 반영하여야 한다. 이 경우 시장·군수는 기본계획 및 지역관리계획을 고려하여 심사하여야 한다(법 제7조제2항).

지하수의 개발과 이용은 직접적인 규제 대상이 될 수도 있다. 즉 시장·군수는 (1)지하수의 채취로 인하여 인근지역의 수원의 고갈 또는 지반의 침하를 가져올 우려가 있거나 주변시설물의 안전을 해할 우려가

있는 경우 (2)지하수를 오염시키거나 자연생태계를 해할 우려가 있는 경우 (3)지하수의 적정관리 또는 『국토의 계획 및 이용에 관한 법률』에 따른 도시관리계획 그 밖에 공공사업에 지장을 줄 우려가 있는 경우 (4)기타 지하수의 보전을 위하여 필요하다고 인정되는 경우로서 대통령이 정하는 경우에는 허가를 하지 아니하거나 취수량을 제한할 수 있다(법 제7조제3항). 지하수의 개발·이용을 목적으로 하는 허가에는 조건이 붙을 수도 있다. 즉 시장·군수는 제1항의 규정에 의하여 허가를 함에 있어서 특히 지하수의 보전을 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 준공검사를 받을 것을 조건으로 할 수 있다(법 제7조제5항).

(5) 민 법

자연자원으로서의 물은 소유의 대상이 아니라 이용의 대상이다. 전통적인 민법(1956년의 법)은 한편으로 물을 이용할 수 있는 권리 즉 이용권을 부여하고 다른 한편으로 타인의 이용권을 용인하여야 할 의무 즉 상린관계를 설정한다. 전통적인 농업사회를 연혁적 배경으로 삼는 민법은 물의 분배와 이용 즉 수리권을 시장기구에 맡기지 아니하고 공동체에 맡겼다.

민법의 수리권 질서는 1961년의 하천법과 1966년의 특정다목적댐법의 출현으로 와해되었다. 하천법의 발효로 수리권에 관한 한 하천법의 체계가 상위규범이 되고 민법 규범의 체계가 이에 종속되는 구조로 변모되었다. 1999년의 『댐건설 및 주변지역 지원등에 관한 법률』(이하 “댐건설법”이라 한다)은 특정다목적댐법의 취지와 법률관계를 승계하였다.

대한민국 정부수립후 민법과 하천법은 5년의 입법시차를 두고 제정되었지만, 두 법률이 안고 있는 역사적 배경과 법리적 기초는 아주 다르다. 민법의 수리권 규정은 전근대 농업사회의 관습법을 기초로 공동체의 이웃[相隣]관계를 규율함을 목표로 한다. 이에 비하여 하천

법은 근대 산업사회의 국가정책을 기초로 경제개발계획을 원활하게 수행함을 목표로 한다.

민법은 국가를 모르던 시대에 생성되었으나 근대화와 더불어 (지역)공동체가 후퇴하면서 법집행 기반이 약화되었다. 민법이 규정하는 수리권을 규율하는 관습법을 지탱할 수 있는 사회경제적 실체가 희미해졌다. 오늘날 민법 상린관계[水利權] 규정들은 적용대상을 많이 잃었다. 저수지나 보의 수리권도 민법에 의하여 규율되기보다 농촌공사의 약관들에 의하여 규율된다.

하천법은 공동체가 사라진 시대의 산물이다. 하천유수(댐의 “저수”를 포함한다. 이하 같다)는 “기득”수리권 또는 “관행”수리권으로 일컬어지는 민법[慣習法]상의 수리권에 의하여 일부 제한되기는 하지만 원칙적으로 하천법이 관할한다. 하천 관리자로서의 정부[지자체를 포함한다]는 공동체를 갈음하여 하천유수를 독점적으로 분배한다.

정부기구는 (지역)공동체를 갈음하여 물의 분배질서를 배타적으로 관할하지만, 수자원의 고갈과 정부의 실패 등으로 인하여 자원의 최적배분을 실현시키지 못한다. 공급 중심의 계획체계는 수요를 충족시키지 못하며 정부기구들의 경영능력은 여건변화에 유연하게 적응하지 못한다. 수자원에 대하여 시장기구에 의한 수요관리가 긴요함에도 정부기구 중심의 물 관리 체계는 시장기구의 작동을 가로막고 있다.

5. 지하자원 법제 및 정책

(1) 광업법

광업법은 광물자원을 합리적으로 개발함으로써 국가산업의 발달을 도모하기 위하여 광업에 관한 기본적 제도를 규정함을 목적으로 한다(제1조). 광업법은 광업권과 조광권의 기본을 규정한다. 석탄산업법은 석탄에 대한 광업권과 조광권의 근거를 광업법에서 구한다(제2조제6호).

(2) 석유 및 석유대체연료사업법

석유 및 석유대체연료사업법은 석유수급 상황에 관한 예측을 중시한다. 산업자원부장관은 국가 전체의 안정적인 석유수급을 위하여 대통령령이 정하는 바에 따라, ①석유의 수요량 ②석유의 생산량 및 수출·수입량 ③석유정제시설의 처리능력 ④그 밖에 석유의 수급에 영향을 미치는 중요사항을 고려하여, 매년 당해 연도 이후 5년간의 석유수급 상황에 관한 예측을 하여야 한다(제3조).

(3) 골재채취법

골재채취법은 골재의 원활한 수급과 골재채취에 따른 재해를 예방하기 위하여 골재의 수급계획, 골재채취업의 등록등 골재채취에 관한 기본적인 사항을 정함으로써 골재자원의 효율적인 이용과 국민경제발전에 이바지함을 목적으로 한다(제1조). “채취”라 함은 골재를 캐거나 들어내는 등 자연상태로부터 분리해내는 것을 말한다(제2조제1호의2). “골재채취업”이라 함은 영리를 목적으로 골재를 채취·선별·세척 또는 파쇄하는 사업을 말한다(제2조제2호).

6. 관습법의 기능과 적용

(1) 자연자원 관습법의 기능

20세기말까지 많은 자연자원과 에너지 관련 법률들은 규제적인 제정법의 형식을 취하였다. 그럼에도 불구하고 불법행위, 재산권 및 계약의 영역에서 관습법은 여전히 중요한 역할을 수행하였다.²⁷⁾ 이러한 관습법상의 규범들은 자연자원 시장에서 소유권을 설정하고 법적 이

27) Jan G. Laitos, *op.cit.*, p.24

익을 거래하거나, 어느 시장참여자의 행위가 다른 참여자에게 영향을 미칠 경우에 빚어지는 다툼들을 조정하기를 원하는 사람들에게 특별히 유익하였다. 관습법은 자원시장에서 기선(baseline)을 설정한다. 자연자원 시장은 이러한 규칙들이 없이는 작동될 수 없다. 자연자원시장에서 관습법을 원용하는 행위자들은 개인·법인·공공기관을 불문하고 사적 당사자(private party)로서 활동하는 경향을 보인다. 국가나 지방자치단체가 자연자원을 소유하거나 특허하는 경우에도 행정기관은 사적 당사자가 관련된 관습법상의 쟁송(in a common law action)에서 원고나 피고가 될 수 있다.²⁸⁾

(2) 관습법의 보충적 지위

실정법(형식적 법률 및 이에 기초한 명령)들은 관습법에서 승인한 권리를 폐지할 수 있다.²⁹⁾ 그러나 해당 실정법이 대체적인 구제수단으로서 관습법적 구제를 규정하는 경우에는 관습법 소송이 제정법을 능가할 수 있다.³⁰⁾ 주민들이 관습법에 근거하여 임산물이나 수산물 등을 채취·포획할 수 있는 권리는 실정법상 지역권(servitude)으로 인정될 수 있다.

(3) 공중권 우선주의

자연자원에 대한 실정법에 근거하지 아니한 공중의 권리(이하 “공중권”이라 한다)들은 때때로 사적 소유권들보다 우월한 지위를 차지한

28) *Ibid.*

29) 이러한 제정법 우월주의의 원칙은 英美法系에서도 마찬가지이다. 예컨대, *Hull v. Sun Refining and Marketing Co.*(1989) ; *Cunningham v. Anchor Hocking Corp.*(1990) ; *Papas v. Upjohn Co.*(1991) ; *Elliot v. United States Fish and Wildlife Serv.*(1991), 참조

30) 韓國 民法 제185조 및 제224조, 참조. 美國 판례로서는 *State of New York v. Shore Realty Corp.*(1985) ; *Cascade Energy and Metals Corp. v. Banks*(1990) ; *Pan Eastern Exploration Co. v. Hufo Oils*(1988), 참조

다. 관습법 자체에 근거하는 이러한 제약은 사적 권리들이 ①일정한 수로들의 표면[水面]의 이용 ②특정한 수체(waterbody) 아래에 있는 토지의 소유권 ③사유지를 가로질러 물에 접근할 수 있는 권리[地役權] 등을 포함하는 상급 공중권(superior public rights)에 종속될 수 있음을 요구한다.³¹⁾ 이러한 관습법상의 권리들은 이른바 ‘공공신탁이론’(public trust doctrine)에 의하여서도 뒷받침된다.

(4) 관습법의 적용

관습법은 비규제적인 관례·관습을 이용하여 다른 당사자들과 법률관계를 설정하고자 하는 당사자들에게 유용하다. 관습법의 최고의 장점은 분권적 특성(decentralized nature)이다. 이로 인하여 관습법은 공법적 규범이 존재하지 아니할 경우에 당사자들에게 수용 가능한 행위 규범을 만들어 내고 적용함을 허용한다. 전형적으로 관습법 관계는 사후적으로는 불법행위법(tort law)에 의하여 규율되고 사전적으로는 재산법(property law)과 계약법(contract law)에 의하여 규율된다.³²⁾

(5) 관습법상 불법행위 법리의 환경보전 기능

관습법에 기초한 불법행위 소송은 법적인 의무를 위반한 결과로서 법익을 침해한 피고에게 법적책임을 묻고자 하는 원고에 의하여 제기된다. 성공할 경우에 원고의 침해는 손해배상청구 또는 중지명령에 의하여 구제된다. 자연자원 영역에서 흔히 볼 수 있는 양상은 불법적 침입 또는 재산적 손해를 원인으로 하는 소송이다. 불법행위 소송은 환경쟁송에서 이용될 가능성도 있다. 그러나 환경침해를 구제하기 위한 수단으로서 불법행위 법리를 이용할 경우에는 보호법익이 빈약하

31) Jan G. Laitos, *op.cit.*, p.25

32) Jan G. Laitos, *op.cit.*, p.28

다는 어려움이 따른다. 아울러 관습법상 불법행위 소송은 또는 환경침해의 특성으로 인한 약점들을 안고 있다. 특히 침해에 대한 책임을 부담하는 피고가 불분명하고, 야기된 해악으로 인하여 건강상 불리한 효과가 입증될 때까지 오랜 시간이 소요되며, 경제적 소인보다는 심미적 또는 심리적인 소인이 많다는 문제들이 약점으로 작용한다.³³⁾ 그러나 이러한 장애에도 불구하고 관습법은 여전히 환경질을 향상시키는 데 중요한 역할을 수행한다. 환경적으로 왜곡된 관계에 처해 있는 당사자들에게 실정법 체계가 적절한 보상을 제공할 수 없을 경우에 관습법의 적용은 특별히 인기가 있다.³⁴⁾ 미국 판례법상의 환경침해에 대한 불법행위책임(tort liability)의 법리는 과실책임(negligence)³⁵⁾ 및 무과실책임(strict liability)³⁶⁾을 주요 요소를 다루며, 불법행위와 상린관계를 구분하는 우리나라의 민법체계와 달리, 생활방해(nuisance)³⁷⁾를 포함한다.

33) 고의적인 정서적 고통의 가해를 소인으로 하는 사례는 *English v. General Electric Co.*(1990) ; 핵발전소의 재가동이 심리에 미치는 부정적 효과를 다루는 소송으로서는 *Metropolitan Edison Co. v. P.A.N.E* (1983) ; 환경오염으로 인한 질병위험의 증가에 대한 두려움을 소인으로 하는 사례는 *Ayers v. Jackson Tp.*(1987), 참조

34) Jan G. Laitos, *op.cit.*, p.29

35) *Philip Morris, Inc. v. Emerson*(1988)

36) *Sterling v. Velsicol Chemical Corp.*(1986)

37) *Prah v. Maretti*(1982)

제 3 장 자연자원의 관리현황

경제활동 주체들은 법이나 제도를 수단으로 하여 자연자원을 관리한다. 이 연구가 지향하는 관리모델의 변화는 경제주체 상호간의 분업과 협업을 염두에 두기 때문에 이 장에서는 경제주체들이 어떠한 방식으로 자연자원을 관리하는가를 살펴본다.

1. 시장기구에 의한 관리

시장기구에 의하여 관리된다고 볼 수 있는 자연자원으로서는 광물과 석탄 그리고 석유와 가스를 들 수 있다. 우리 실정법에서는 헌법정신에 따라 이러한 자연자원들을 모두 정부기구에 의하여 관리되는 것으로 규정하고 있다. 그러나 정부기구가 특허한다고 하여 이 범주의 자연자원들이 정부기구에 의하여 관리된다고 보기는 어렵다.³⁸⁾ 정부가 관리계획등을 통하여 과도하게 개입하지 아니하고 해당 자연자원의 수급을 시장에 맡겨 놓을 경우에 그 자연자원은 시장기구에 의하여 관리된다고 보아야 할 것이다. 석유와 같이 다국적 기업을 포함한 국제적 정치경제의 역학관계에 의하여 좌우되는 자연자원의 경우에는 국내 실정법에서 어떻게 규정하고 있는가의 여부와 상관없이 시장기구에 의하여 관리된다고 볼 수 있다.

(1) 대상자원

1) 광 물

광업법은 법정광물제를 채택한다. 광업법에서 “광물”이라 함은 금광 · 은광 · 백김광 · 동광 · 연광 · 아연광 · 창연광 · 석광 · 안티모니광 ·

38) 세계화 속에서 자연자원 시장과 법률의 관계에 관한 논의는, Symposium II : the X Vth International Congress(Depok, Indonesia, June 29 - July 2, 2006), by the Commission on Folk Law and Legal Pluralism, IUAES, 참조

수은광 · 철광 · 크롬철광 · 티탄철광 · 유화철광 · 망간광 · 니켈광 · 코발트광 · 텅그스텐광 · 모리브덴광 · 비소광 · 인광 · 붕소광 · 보키사이트 · 마그네사이트 · 석탄 · 흑연 · 김강석 · 석유(천연핏치 및 가연성 천연가스를 포함한다) · 운모(견운모 및 질석을 포함한다) · 석면 · 유황 · 석고 · 납석 · 활석 · 남정석 · 홍주석(규선석을 포함한다) · 형석 · 명반석 · 중정석 · 하석 · 규조토 · 장석 · 비석 · 사문석 · 규회석 · 수정 · 연옥 · 고령토(도석 · 벤토나이트 · 산성백토 · 와목점토 · 목절점토 및 반토혈암을 포함한다) · 석회석(백운석 및 코quina를 포함한다) · 사김 · 사철 · 사석 · 규석 · 규사 · 우라늄광 · 리튬광 · 카드미늄광 · 세륨광 · 토륨광 · 베리륨광 · 탄탈륨광 · 니오비움광 · 질코늄광 · 바나듐광 기타 희유원소를 함유하는 토석으로서 대통령령이 정하는 것을 말한다(제3조제1항). 광물의 폐광 또는 광채로서 토지와 부합되어 있는 것은 이를 광물로 본다(동조제2항).

2) 석 탄

광업법은 석탄을 범정광물로 분류한다. 그러나 석탄은 종래 에너지 원으로서 비중 때문에 일반 광물과 별도로 관리되었다. 석탄산업을 건전하게 육성 · 발전시키고 석탄 및 석탄가공제품의 수급안정과 유통의 원활을 기하며 탄광지역의 진흥사업을 원활히 추진하기 위하여 석탄산업법이 제정되었다.

3) 석유와 가스

석유와 천연가스는 흔히 함께 매장되어 있기 때문에 석유 및 석유 대체연료사업법은 천연가스를 석유에 포함시킨다. 동법에서 “석유”라 함은 원유 · 천연가스(액화한 것을 포함한다) 및 석유제품을 말한다(제2조제1호). “석유제품”이라 함은 휘발유 · 등유 · 경유 · 중유 · 윤활유와 이에 준하는 탄화수소유 및 석유가스(액화한 것을 포함한다. 이하 같

다)로서 대통령령이 정하는 것을 말한다(동조제2호). 이에 비하여 해저 광물자원개발법은 석유와 천연가스를 합하여 “해저광물”로 정의한다(제1조).

(2) 국가의 권능

광업법은 광물에 대한 국가의 권능을 규정한다. 국가는 미채굴 광물에 대하여 이를 채굴하고 취득할 권리를 부여할 권능을 갖는다(제2조). 미채굴 광물은 광업권의 설정 없이는 이를 채굴할 수 없다(제7조). 광업법에서 “광업권”이라 함은 등록을 한 일정한 토지의 구역(이하 “광구”라 한다)에서 등록을 한 광물과 이와 동일광상중에 부존하는 다른 광물을 채굴 및 취득하는 권리를 말한다(제5조제1항). “조광권”이라 함은 설정행위에 의하여 타인의 광구에서 광업권의 목적으로 되어있는 광물을 채굴 및 취득하는 권리를 말한다(제5조제2항). 광구안에서 광업권 또는 조광권에 의하지 아니하고 토지로부터 분리된 광물은 그 광업권자 또는 조광권자의 소유로 한다(제8조제1항). 광구외에서 토지로부터 분리된 광물은 그 취득자의 소유로 한다(제8조제2항).

석탄산업법은 석탄산업장기계획을 운용한다. 산업자원부장관은 석탄산업의 합리적인 발전과 석탄 및 석탄가공제품의 수급안정 및 탄광지역진흥을 위하여 석탄산업에 관한 장기적이며 종합적인 계획[“석탄산업장기계획”이라 한다]을 수립하여야 한다(제3조제1항). 석탄산업장기계획에는 ①발전용 석탄등 석탄수급의 장기전망 및 기본정책방향 ②석탄자원의 합리적 개발에 관한 사항 ③석탄산업의 지원·육성 및 폐광정리에 관한 사항 ④광산보안·광해방지 및 기술개발에 관한 사항 ⑤탄광지역진흥사업의 추진에 관한 사항 ⑥기타 석탄산업의 합리화를 위하여 필요한 사항이 포함된다(동조제2항).

석유에 관한 광업권에 대하여는 제13조, 제14조, 제17조, 제18조, 제19조(제66조의 규정에서 준용하는 경우를 포함한다), 제21조, 제23조,

제24조, 제26조 내지 제29조, 제29조의2, 제31조 내지 제33조, 제34조 (제66조의 규정에서 동조제1항을 준용하는 경우를 포함한다), 제35조 (제66조의 규정에서 준용하는 경우를 포함한다), 제36조(제66조의 규정에서 준용하는 경우를 포함한다), 제40조 내지 제42조, 제43조제1항 제2호·제3호 및 동조제3항, 제44조, 제45조, 제46조(제66조의 규정에서 준용하는 경우를 포함한다), 제47조(제66조의 규정에서 준용하는 경우를 포함한다), 제47조의2(제66조의 규정에서 준용하는 경우를 포함한다), 제48조, 제49조(제66조의 규정에서 준용하는 경우를 포함한다), 제50조, 제53조, 제54조, 제56조 내지 제59조, 제61조 내지 제65조의 규정은 이를 적용하지 아니한다(제11조의2제3항)³⁹⁾.

(3) 법률관계

광업법은 광업권의 존속기간을 제한한다. 즉, 광업권의 존속기간은 25년을 초과할 수 없다(제14조제1항). 광업권자는 광업권의 존속기간 만료 전에 산업자원부장관의 허가를 받아 광업권의 존속기간을 연장할 수 있다. 이 경우, 매차의 연장기간은 25년이내로 한다(제14조제2항). 한편 광업권에 기초한 조광권의 설정이 허용된다. 동일한 광업권에는 광업법 제35조제1항 또는 제55조제1항 단서의 경우를 제외하고는 2 이상의 조광권을 설정할 수 없다(제56조제1항).

조광권은 물권으로 하고 이 법에서 따로 정한 경우를 제외하고는 부동산에 관한 민법 기타 법령의 규정을 준용한다(제52조제1항). 조광권은 상속 기타 일반승계의 목적으로 하는 이외에는 권리의 목적으로

39) 해저광물자원개발법 제5조, 제7조 내지 제16조, 제18조, 제20조, 제21조, 제26조, 제31조, 제32조, 제32조의2, 제34조의 규정은 석유에 관한 광업권의 경우에 이를 준용한다. 이 경우 “해저조광권”은 “조광권”으로, “해저조광권자”는 “조광권자”로, “해저광물”은 “석유”로, “해저구역도”는 “구역도”로, “해저조광구”는 “조광구”로, “해저광물채취계획서”는 “석유채취계획서”로, “해저광업원부”는 “광업원부”로, “해저석유탐사”는 “석유탐사”로 본다(광업법 제11조의2제4항).

할 수 없다(제52조제1항). 조광권의 존속기간은 그 광업권의 존속기간과 같다. 광업권자와 조광권자가 되고자 하는 자 사이의 협의에 의한 경우에는 그러하지 아니하다(제54조제1항). 광업권자 또는 조광권자는 조광기간의 연장이 필요한 때에는 조광권의 존속기간 만료전에 산업자원부장관의 인가를 받아 그 기간을 연장할 수 있다(제54조제2항).

광업권은 그 처분이 현저히 제한된다. 광업권자 또는 조광권자는 어떠한 이유로서도 광업권 또는 조광권을 타인에게 행사하게 할 수 없다. 다만, 광업권에 조광권을 설정하는 경우에는 그러하지 아니하다(제11조). 광업권은 물권으로 하고 이 법에서 따로 정한 경우를 제외하고는 부동산에 관한 민법 기타 법령의 규정을 준용한다(제12조제1항). 광업권은 광업의 합리적 개발이나 다른 공익과의 조절을 위하여 이 법이 규정하는 바에 따라 이를 제한할 수 있다(제12조제2항). 광업권은 상속·양도·조광권 또는 저당권의 설정·채납처분이나 강제집행 이외에는 권리의 목적으로 할 수 없다(제13조).

광업법은 석유에 관한 광업권에 대한 특례를 규정한다. 즉, 석유에 관한 광업권은 정부만이 가질 수 있다(제11조의2제1항). 산업자원부장관은 석유를 채굴하고 취득하고자 하는 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 석유에 관한 광업권을 등록하여야 한다(제11조의2제2항).

해저광물자원개발법은 해저광업권과 해저조광권을 규율한다. “해저광업권”이라 함은 해저광물개발구역내에서 등록한 일정한 해저의 구역[해저광구]에서 해저광물을 탐사·채취 및 취득하는 권리를 말한다(제2조제3호). “해저조광권”이라 함은 설정행위에 의하여 국가소유인 해저광구에서 해저광물을 탐사·채취 및 취득하는 권리를 말한다(제2조제4호).

해저광업권은 석유광업권과 마찬가지로 국가만이 가질 수 있다(해저광물자원개발법 제4조제1항). 해저광물자원개발법은 조광권을 허용

한다. 해저조광권은 탐사권 및 채취권의 2종으로 한다(제5조). 해저조광권은 산업자원부장관의 인가를 받아 양도하는 외에 다른 권리의 목적으로 할 수 없다(제6조제1항).

(4) 관리실태

1) 광업개발계획등

광업법은 광업개발계획을 운용한다. 산업자원부장관은 광업의 안전 성장과 종합적인 광업개발육성을 위하여 필요하다고 인정할 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 광업개발계획 및 연차실행계획을 수립·공고할 수 있다(제101조제1항). 한편 정부는 광업의 개발을 촉진시키고 광해방지사업을 지원할 수 있다. 정부는 광업의 개발촉진 및 광해방지를 위하여 대통령령이 정하는 바에 의하여 예산의 범위 안에서 ①중요광물자원의 탐광사업에 대한 보조 또는 융자 ②중요광물자원개발에 필요한 시설에 대한 보조 또는 융자 ③광산(폐광된 광산을 포함한다)의 광해방지 및 복구사업에 대한 보조 또는 융자 ④국가지질 또는 광물자원의 조사사업 및 광물자원관련 기술개발사업에 대한 출연을 할 수 있다(제102조제1항).

2) 국영광업

광업법은 국영광업을 운영한다. 국영광업은 산업자원부장관이 주관한다(제78조). 국영광업은 따로 정하는 법률에 의하여 설립된 법인으로 하여금 경영하게 할 수 있다(제79조). 국영광업 법인에 대하여는 私人 즉 대한민국국민(대한민국의 법률에 의하여 설립된 법인을 포함한다)의 출자를 허용한다. 다만, 정부는 자본금의 과반액을 출자하여야 한다(제80조).

3) 시장기구에 의한 보완

코스타리카 환경 및 에너지부 장관인 Carlos Rodriguez는, PA의 본질적인 가치 외에, 코스타리카 내의 보호구역(PA)들이 용수와 에너지 발생, 그리고 자연환경을 해치지 않는 범위 내에서의 관광여행을 포함하여 매우 중요한 경제적 서비스를 제공하였다는 것을 주목하였다. 그는 보전에 필요한 자금조성을 위하여 교육과 시장 메커니즘이 필요함을 강조하였다. 브라질 아마조나 주지사 Eduardo Braga를 대리한 Virgilio Viana는 인구의 대다수가 도시 지역에 살고 있다는 관점에서 보호구역(PA) 관리에 대하여 언급하면서, 개발도상국가들에서의 보호구역 설정과 관리에 필요한 자금조성을 요구하였다.⁴⁰⁾

4) 석유산업 국유화

남아메리카 볼리비아의 모랄레스 대통령은, AP통신의 보도(2006.5.2)에 따르면, 5월1일 노동절을 맞이하여 볼리비아내 가스·석유산업의 국유화를 선언하였다. 2006년 3월에는 베네수엘라가 광물자원국유화법을 시행하였다. 국유화 조치는 외국계 에너지 회사들의 재산권과 경영권을 접수하는 것을 의미한다. 모랄레스 대통령은 외국계 석유회사들이 지분을 장악한 56개 석유·가스전 및 정유시설에 국영에너지회사(YPFB) 기술자와 군대를 보내서 시설접수를 명령하였다. 외국계 회사에 대하여서는 6개월내에 시설통제권을 넘기는 새로운 계약에 서명하거나 볼리비아를 떠날 것을 요구하였다. 이러한 조치로 브라질 기업 페트로브라스와 스페인 기업 렉솔이 큰 타격을 입을 것이다. 베네수엘라의 차베스 대통령은 32개 유전개발 사업에 대한 60%의 지분

40) The 5th World Park Congress(WPC)(2003): *WPC HIGHLIGHTS* ; TUESDAY, 9 SEPTEMBER 2003

을 국영석유공사(PDVSA)가 확보하도록 명령하였고 이를 거부한 프랑스와 이탈리아의 에너지 회사를 추방하였다. 남미에서 전개되는 이러한 급진적 조치들은 자원민족주의로 이해되는 한편 신자유주의적 흐름에 대항한 좌파정책이라는 점에서 주의를 끈다.

(5) 전망과 과제

1) 자연자원관리 부문에서 시장의 실패

환경정책상의 기구들을 조정하는 시장과 국가를 합성하는 새로운 거래(new deal)는 문제를 안고 있다. 경제성장에 의존하는 시장자본주의는 (여러 가지 변수들이 수반하여) 생태학적 제약을 자본주의적 정치경제에 통합시키는 것을 가로막기 때문이다. 점증하는 물질적 풍요가 없다면 자본주의는 분배불평등에 직면하고 고용을 정체시키며 정치적 소요를 수반한다. 시장은 사람들이 원하는 대로 재화와 서비스를 거래하고 교환하도록 허용하기 때문에 자유를 약속하지만 이는 오로지 성장을 통하여서만 가능하기 때문에 시장은 시장이 낳는 사회적 부정의와 경제적 불평등을 위장한다. 만약 불안정한 성장에 대한 생태학적 제약이 존재한다면 성장은 어느 시점에선가 안정적 국가경제에 굴복하고 만다.(Bosselmann & Richardson, 1999:5) 가격기구가 희소자원들을 대체할 수 있다는 주장이 있지만(Simon, 1990 : 67 - 77), 생물권의 동화능력(assimilitative capacity)을 대체할 수 있는 것은 아직 없다. 현실 세계에서는 물질에 기초한 무한정 성장은 엔트로피의 증가 그리고 이와 병행하는 환경질 저하 없이는 불가능하게 보인다.(Bosselmann & Richardson, 1999 : 6)

시장체제의 분권화 특성은 공동재화에 대한 접근과 그 이용에 관한 또는 대기나 대양과 같은 자원들에 대한 공개접근에 관한 부수적인 문제들을 낳는다. 사적 이익에 이중하는 이기적인 행위주체들은 제3

자 또는 가격을 매길 수 없는 환경자산들에 대한 손해를 무시하는 경향이 있다. 하딩(Hardin)의 ‘공용지의 비극’(tragedy of the commons)과 올선(Olson)의 ‘집단행동의 논리’(logic of collective action)는 이기(self-interest)가 낳는 문제들에 관한 고전적인 견해이다. ‘모두에게 개방되어 있는’(open to all) 하딩의 목장에서는 금전적 이익은 각자가 직접적으로 받으며 과다방목에 따른 생태적 비용은 흩어져 있고 분담하기 때문에 합리적인 개별 농부들은 방목량을 더 많이 늘려야 할 유인(incentive)을 가진다.(Hardin, 1968:1243) 올선은 게임이론의 개념을 원용하여 다음과 같이 주장한다 : “무임승차자(free rider)의 존재는 개인이 집단재화(collective good)로부터 배척될 수 없다면 자발적으로 기여하여야 할 유인이 거의 없음을 의미한다”.(Bosselmann & Richardson,1999:6) 이러한 양태들은 자원이용에 관한 정부규제의 증대에서부터, 가능한 공공재산의 사유화를 통한 민간부문의 역할증대에 이르기까지, 다양하고 상충적인 해결책들을 낳는다.(McCay,1987:5)

2) 산업국유화

남미의 국민들과 좌파정권들은 국제정치상의 부담을 각오하면서 석유·가스와 같은 광물자원을 “국가소유”라고 선언하고 회수하였다. 물론 이러한 국유화 조치는 새로운 현상이 아니다. 사회주의 국가에서는 토지와 자연자원의 국유가 재산권의 기초이다. 한국의 건국헌법도 『자연자원 국유』의 원칙을 선언한 바 있다. 1948년의 건국헌법 제85조는 “광물 기타 지하자원·수산자원·수력과 경제상 이용할 수 있는 자연력은 국유로 한다. 공공필요에 의하여 일정한 기간 그 개발 또는 이용을 특허하거나 또는 특허를 취소함은 법률의 정하는 바에 의하여 행한다”고 선언하였다. 이러한 헌법취지에 따른다면, 오늘날 남미의 국가들이 법률에 의하여 석유와 가스에 대한 국가의 특허를 취소하고 국가가 그 경영권을 접수한다고 하여 크게 놀랄 일은 아니다. 그러나 그럼에

도 불구하고 남미 국가들의 자원국유화 조치가 WTO와 DDA로 표상되는 경제 세계화의 흐름을 거스르는 혁명적 조치로 인식된다.

2. 정부기구에 의한 관리

정부가 만들었지만 해결할 수 없는 환경적·사회적 문제들이 정부에 이관되었기 때문에(Dryzek in O'Connor,1994:179), 시장 자본주의(market capitalism)의 전개는 사회적 저항을 제어하고 생태적 손해중 최악의 경우들을 최소화시키기 위한 규제적·행정적 시스템들의 발전과 밀접하게 연계되었다. 규제의 주요방식들은 다음과 같다(Bosselmann & Richardson, 1999:6):

- 자원이용과 환경보호를 위한 체계(frameworks)를 설계하기
- 시장진입과 퇴출에 제약 가하기(예: 자원이용자들에 대한 허가부여)
- 생산방법에 관한 지시(specifications)(예: 오염통제기술)
- 제공되는 생산물의 품질에 관한 통제(예: 소비자보호입법)

규제의 형태는 특정한 형태의 시장실패를 처리하도록 고안된다. 그러나 규제의 엄격성과 비효율성에 대한 비판들은, 질곡에 갇힌 경제 성장과 계속되는 생태적 손해의 증거들과 맞물려, 시장과 국가운영을 유기적으로 결합시키려는 새로운 정책수단들의 실험을 선호한다.

(1) 대상자원

1) 어 류

1987년의 헌법(제120조제1항)은 “수산자원”을 특허 대상으로 열거한다. 수산업법은 “수산동식물”을 어업의 대상으로서 설정한다(제2조제2호). 명시적인 개념정의는 없다. 수산자원보호령은 ‘수산자원’을 “수중에서 서식하는 동식물로서 인류사회에 유익한 것”이라고 규정한다(제

2조제1호). 수산업법제는 수산동식물 내지 수산자원을 세분하여 규율하지 아니하기 때문에 수산동식물 내지 수산자원중 어느 종류가 정부기구의 관리에 맡겨져 있는가를 특정하기가 쉽지 아니하다. 수산동식물중 “해조류”로 표상되는 수산식물과 패류의 채취는 대체적으로 면허어업 또는 신고어업의 대상으로서 공동체[어촌계]에 의하여 관리되는 경우가 많다. 이에 비하여 어류는 대체적으로 허가어업(수산업법 제41조) 또는 자원보호(수산자원보호령 제3조)의 대상으로서 정부의 엄격한 통제를 받는다.

2) 목 재

산림 관련 법률들은 산림자원이 무엇인가에 관하여 적극적인 규정을 두고 있지 아니하다.⁴¹⁾ 넓은 의미의 “산림자원”은 전통적인 임산물 이외에⁴²⁾ 자연경관과 생태계 및 야생동식물 그리고 수자원등 공공재로서의 성격[공익적 기능]을 지니는 자연자원을 포함한다. 현행 산림산림자원조성관리법은 산림자원을 “산림에 있거나 산림에서 생육하고 있는 수목·초본류·이끼류·버섯류 등의 생물자원, 토석·물 등의 무생물자원과 산림휴양 및 경관자원 등 국가경제 및 국민생활에 유용한 것”으로 정의한다(제2조제2호).

여기에서 “산림”이라 함은 (가)집단적으로 생육하고 있는 입목·죽과 그 토지 (나)집단적으로 생육한 입목·죽이 일시 상실된 토지 (다) 입목·죽의 집단적 생육에 사용하게 된 토지 (라)임도 (마)가목 내지 다목의 토지안에 있는 암석지·소택지를 말하고 농지(초지를 포함한

41) 2002년의 산지관리법은 대체산림자원조성비(제19조)를 규정하지만, 산림자원 내지 대체산림자원의 개념에 관한 언급이 없다. 동법시행령 및 시행규칙도 마찬가지이다.

42) 산림기본법은 제10조(산림자원 및 임산물 수급에 관한 장기전망) 및 제11조(산림기본계획의 수립·시행)에서 “산림자원”과 “임산물”을 별개의 용어로 규정함으로써 산림자원을 넓은 의미로 파악한다.

다)·주택지·도로 기타 대통령령이 정하는 토지와 입목·죽은 제외한다(산림자원조성관리법 제2조제1호). “임산물”이라 함은 목재·수목·낙엽·토석 등 산림에서 생산되는 산물 그 밖에 조경수·분재수 등 대통령령이 정하는 것을 말한다(산림자원조성관리법 제2조제4호).

3) 골재

“골재”라 함은 하천·산림·공유수면 기타 지상·지하등에 부존되어 있는 암석(쇄석용에 한한다)·모래 또는 자갈로서 건설공사의 기초재료로 쓰이는 것을 말한다(골재채취법 제2조제1호). 골재는 광업법에 의한 모래 형태로서도 채취가 이루어진다. 광업법이 규정한 법정광물(제3조)중 “규사”는 모래에서 추출하기 때문에 광업권에 의한 허가(제7조)를 받아 모래를 채취하고 이를 골재로 사용할 수도 있다.

(2) 법률관계

1) 총허용 어획량의 관리

수산업법은 어업·어구 종류 마다의 관리를 기본으로 하며, 수산자원에 주목하는 경우에 동일한 수산자원을 포획·채취하는 어업의 종류를 관리하는 행정청은 해양수산부장관에서부터 시·도지사를 거쳐 시장·군수·구청장에까지 이른다. 따라서 특정의 수산자원에 주목하여 어획노력량의 삭감을 행하는 경우에 관리 주체가 상이함을 초월하여 복수의 어업·어구의 종류에 따라 일체적인 어획노력량의 삭감을 행할 필요가 있기 때문에 해양수산부장관이 일괄하여 어획노력량을 관리하는 제도가 필요하게 된다.⁴³⁾ 우리 나라의 수산업법은 이러한

43) 일본에서는 『해양생물자원의 보존 및 관리에 관한 법률의 일부를 개정하는 법률』을 2001년 6월 29일에 공포(2001년 11월 1일 시행)하여 총허용어획량 제도에 추가하여 새롭게 어획노력량의 총량관리제도(TAE: Total Allowable Effort 어획노력가능량제도)가 창설되었다.

변화에 당면하여 종래 총허용어획량 제도(제54조의2)를 도입하였다. 수산자원보호령은 이를 받아 총허용어획량의 결정(제27조의2) 내지 총어용어획량의 관리(제27조의3)를 규정하였다. 이어 총허용어획량의 관리에 관한 규칙은 지도단속(제10조), 배분량의 할당(제12조), 포획량등의 공포(제9조) 및 포획·채취실적보고(제15조)등을 규정하였다. 그러나 이러한 하위법령 체계로 수산업법 체계에 의한 어획량을 관리한다는 것은 입법체계상 곤란하다.

2) 어획노력량의 관리

어획노력량의 관리의 일환으로 현행 수산업법은 허가정수등의 결정(제54조)을 규정한다. 수산업법(제52조)의 어업조정명령은 선복량의 제한을 포함하고 수산자원보호령(제23조의3)도 어선의 선복량을 제한한다. 그러나 수산업법상의 허가정수는 그 실효성에 의문이 제기되고 있다. 수산업법과 수산자원보호령에 의한 선복량 제한은 근해어업을 대상으로 할 뿐 2004년 12월말까지 연안어업에 효력이 미치지 못하였다. 또한 현행 법제는 어획노력량을 형성하는 기관출력이나 어구의 규모(크기와 사용량)를 제한하는 적당한 수단을 갖추고 있지 못하였다. 해양수산부는 차선책으로 어업허가및신고등에관한규칙을 개정하여 2005년 7월 1일부터 선복량, 기관출력 및 어구의 규모등에 관한 제한을 실시한다. 그러나 상위법률의 정비 없이 해당 규칙의 개정을 통한 규제는 근원적인 한계를 안고 있다.

3) 산림의 경영

2005년의 산림자원조성관리법은 산림과학기술 기본계획체계를 도입하였다.⁴⁴⁾ 산림청장은 산림자원의 보존기술, 산림의 경영관리 및 임

44) 1980년의 산림법은 산림자원관리지침을 규정하였다. 산림청장은 산림자원의 효율적인 관리를 위하여 관계행정기관의 장과 협의하여 농림부령이 정하는 바에 따라

산물 이용기술 등 산림 관련 기술의 연구개발을 촉진하기 위하여 대통령령이 정하는 바에 따라 산림과학기술기본계획을 10년 단위로 수립·시행하여야 한다(제34조제1항). 산림청장은 산림자원의 조성·육성 및 관리에 관한 기술의 연구개발을 위하여 소속 연구기관으로 하여금 대학·산업체·지방자치단체 등과 공동연구를 수행하게 할 수 있다(동조제2항).

한편 산림자원조성관리법은 산림경영 계획체계를 도입하였다. 지방자치단체의 장은 대통령령이 정하는 바에 따라 소유하고 있는 공유림 별로 산림경영계획을 10년 단위로 수립하고, 그 계획에 따라 산림을 경영하여야 한다(산림자원조성관리법 제13조제1항). 지방자치단체의 장 외의 공유림 소유자 또는 사유림 소유자[정당한 權原에 의하여 사용 또는 수익할 수 있는 자를 포함한다. 이하 같다]는 농림부령이 정하는 바에 따라 향후 10년간의 경영계획이 포함된 산림경영계획서를 작성하여 시장·군수·구청장에게 인가를 신청할 수 있다(동조제2항). 국가 또는 지방자치단체는 산림경영계획을 인가받은 산림소유자에게 비용의 지원과 비용·경영지도 등의 지원과 세제·금리상의 우대조치를 할 수 있다(동조제6항). 산림경영계획의 인가를 받은 산림소유자는 해당 산림경영계획을 실행하여야 한다(제14조제1항).

(3) 관리실태

1) 허가어업의 체계

1953년 이래 수산업법은 “면허어업”을 어장과 어업권의 중심에 놓음으로써 면허어업인들에게 과도한 권리의식을 심어주고 새로운 세대들의 “어장” 진입을 가로막는 반면에, 허가어업과 신고어업을 “어장”이라는 공간과 “어업권”이라는 권리의 범주에서 제외시킴으로써 허가

산림의 기능별로 산림자원관리지침을 작성하였다(법 제16조의3 제1항).

어업과 신고어업에 종사하는 어업인들의 권리와 의무를 규범논리적으로 규율하기 어렵게 만들었다. 아울러 종래 허가어업을 어선 운영자의 활동범위나 경영능력과 관계없이 해양수산부장관 허가어업, 시도지사 허가어업 및 구획어업으로만 구분함으로써 200해리 시대에 부적합한 어업 체계를 유지하고 있다.

2) 어업경영의 악화

국내 수산업의 현황을 살펴보면, 주변수역의 수산자원은 과잉어획과 해양환경의 악화로부터 전반적으로 낮은 수준에 처해 있으며, 어업생산은 감소추세를 보인다.⁴⁵⁾ 또한 어업인의 감소·고령화의 진행이 현저하고 장래에 걸쳐 주변수역의 수산자원을 지속적으로 이용하고 국민에게 안정적인 수산물을 공급하기 위한 물적·인적 기반이 나날이 약화되고 있다. 이 점은 일본의 경우에도 사정이 비슷하다.⁴⁶⁾ 또한 금융자유화·국제화 등 한국경제의 구조조정이 진행되는 가운데에 있어 한국 어업은 고비용화가 초래되어 국제경쟁력이 저하되고 있고, 과거의 과잉투자과 오랜 경기부진의 영향등으로 인하여 어업의 경영상황은 악화되고 있다.

3) 임산물의 사용제한

산림청장은 임산물의 품질향상 및 유통질서를 확립하기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 임산물의 종류별로 규격 또는 품질을 정하여 이를 고시할 수 있다(제39조제1항). 산림청장은 임산물의 수급조절, 유통질서 확립 및 안전성 확보를 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 대통령령이 정하는 임산물의 유통·생산 또는 사용을 제한할 수 있다.

45) 한국수산회, □□수산자원회복계획 초안작성을 위한 Working Group 운영□□, (해양수산부 : 2004.12), p.1

46) 金田禎之, □□漁業法のここが知りたい□□, (東京都, 成山堂 : 2003), p.201

이 경우 미리 제한사유 및 제한내용을 고시하여야 한다(제40조제1항).

4) 임업생산지원⁴⁷⁾

한국 정부에서는 국내산 목재의 자급률을 높이고 국내임업인의 경제활동을 지원하기 위하여 조림, 육림, 유통 및 가공 분야의 사업비의 일부를 보조해줌으로써 임업의 활성화를 기함으로써 임업의 공익기능을 증진하는 정책을 추진하고 있다. 이러한 임업에 대한 정부의 보조금 정책은 효율적이지 못한 경우가 있다. 즉 목재 및 기타 임산물의 생산자에 대한 재정지원이 사회적 효용극대화를 저해하는 방향으로 배분되는 경우가 있다. 예컨대, 밤을 생산하여 일본에 수출하고자 하는 밤 생산 농가의 조림비용을 국가가 지원함으로써 공익서비스기능이 높은 임분을 제거하고 생물다양성이 낮고 탄소저장량이 낮은 밤나무 산림농장으로 토지이용을 전용하는데 정부가 지원해주는 것은 산주들의 이익은 제고될 수 있으나, 사회 전체적 공익을 저하시키는 결과를 초래한다.

5) 골재관리의 일원화

골재채취법은 골재자원조사를 명하고 골재수급계획을 운용한다. 건설교통부장관은 대통령령이 정하는 바에 의하여 전국의 골재자원조사를 실시하고 그 결과를 관계행정기관의 장에게 통보하여야 한다(제4조제1항). “골재자원조사”라 함은 지질조사·물리탐사·시추탐사등을 통한 골재자원의 부존위치·부존량·심도·표토량·부존구조등에 관한 조사와 골재채취대상지역의 토지이용상태·수송여건 등 입지 및 개발여건에 관한 조사를 말한다(제2조제4호). 건설교통부장관은 5년마다 ①골재의 장기수요전망 ②골재의 장기공급대책 ③골재원별 개발방향 ④기타 골재수급에 관한 사항이 포함된 골재수급기본계획을 수립·시행한다(제

47) 윤여창, “산림자원의 정치경제문제”, 『산림사회교육교재』(서울대학교:2005), 참조

5조제1항). 연도별 골재수급계획도 실시된다. 시·도지사는 매년 10월 31일까지 다음연도의 골재수급계획을 작성하여 건설교통부장관에게 제출한다(다만, 2 이상의 시·도에 걸쳐 골재수급계획이 필요한 경우에는 해당 시·도지사는 서로 협의하여 광역단위의 골재수급계획을 수립한다)(제6조제1항). 건설교통부장관은 골재수급계획을 총괄·조정한 후 매년 12월 31일까지 다음 연도의 골재수급계획을 수립하고 이를 관계중앙행정기관의 장 및 시·도지사에게 통보한다(제6조제2항). 각 중앙행정기관의 장은 소관사업중 골재가 소요되는 사업에 있어서는 그 사업계획을 대통령령이 정하는 바에 의하여 건설교통부장관에게 통보한다(제6조제3항).

(4) 전망과 과제

1) 어업자원의 조정

1991년의 「어업허가 및 신고 등에 관한 규칙」 제10조는 어업허가의 우선순위를 규정하였다. 허가의 정수가 있는 어업등[시·도별로 허가의 정수가 있는 어업 또는 보호령 제17조제2항의 규정에 의하여 허가가 제한되는 어업 : 규칙 제5조제2항 참조]은 동종어업의 허가를 신청하는 자 등에게 우선하여 허가하였고(제1항), 선순위자들이 어업의 허가신청을 하지 아니하는 경우에는 당해 어업의 경영 경험이 있는 자 등에게 차순위로 허가하였다(제2항). 해상종묘생산어업의 허가신청 수면이 경합되는 경우에는 별도의 기준을 적용하였다(제3항). 차순위자들 사이에 동순위의 신청이 있는 경우에는 관할 행정관청이 지역적 여건 등을 참작하여 정하는 세부지침에 따라 순위를 결정하였다(제4항). 그러나 이 규정(규칙 제10조)은 행정규제 완화조치의 일환으로 1999년 10월에 폐지되었다. 그러나 공공의 이익을 해치는 어업인에게 불이익을 주고 법질서를 잘 지키는 어업인을 배려하기 위하여 수산업법 시행

령 등에 우선순위에 관한 합리적 운용기준이 마련되어야 할 것이다.

시·도지사 허가어업(법 제41조제2항)의 경우에 섬 주민들의 이익을 보호하기 위하여 - 섬 주위에 다른 지역 어선들이 입어하지 못하게 하기 위하여 - 수산업법에 어업의 종류별로 조업구역을 세분화하거나 (가칭)주민조업수역을 설정하는 방안이 어업인들 사이에서 대두되고 있다. 이해관계자들의 의견수렴에 상당한 기간이 필요하지만, 공동체예 기반을 둔 수산자원의 관리라는 차원에서 적극적인 검토가 필요하다.

2) 산림자원의 가치변화

산림자원의 가치가 빠르고 중요한 변화의 시기를 거치고 있다. 목재 생산에 대한 정부주도의 육성과 규제정책은 여러 부문에서 도전을 받고 있다. 일부 사람들은 산림관리자(Forest Manager)에 의해 변화하는 다양한 책임과 가치가 중요한 도전으로 직면되는 산림관리(managing forest)에 대하여 여러 가지 주장들을 편다. 산림자원의 공익적 기능 그리고 숲의 이용을 둘러싼 이해관계자들의 가치(forest stakeholder value)가 어떻게 변화할 것인지, 그리고 이러한 변화가 산림경영과 산림정책의 건전한 의사결정에 암시하는 것이 무엇인지에 대한 심층 이해를 필요로 한다(Benston,2006).

산림관리자들과 정책입안자들은 생물물리학(biophysical)과 사회환경(social environment)에 대한 감시와 접근을 필요로 한다. 환경에 대한 감시를 통하여, 우리는 변화하는 조건과 자연환경 및 사회의 요구에 책임 있는 의사결정을 할 수 있다. 생물물리학적 환경에 대한 감시(monitors)는 부단히 진보하여 왔다. 설문조사(survey)와 같은 전통적인 사회 환경에 대한 감시방법은 속도가 늦고 비용이 많이 드는 단점이 있다. 그리고 때때로 그 조사결과가 필요할 때보다 늦게 수집되는 경향이 있다. 따라서 사회정보(social information)를 개발하고 시스템을 감시(monitors)하는데 혁신적인 접근이 필요하다(Benston,2006).

3. 공동체에 의한 관리

(1) 대상자원

1) 수액·산나물·버섯·꿀

종래의 산림자원은 곧 임산물을 의미하였고 임산물은 목재가 주종이었다. 목재는 정부기구에 의한 관리대상이었다. 정부기구는 수액·산나물·버섯·꿀과 같이 목재가 아닌 임산물에 대하여서도 그 채취를 허가하는 방식을 취하였다. 그러나 이러한 관리방식은 여러 면에서 비효율적이며 때로는 권리침해적이었다. 최근의 자연환경보전법과 자연공원법은 정부기구 중심의 접근에 대하여 일대 수정을 가하였다.

2) 해조류·패류

수산자원중 해조류와 전복·소라등의 패류 그리고 해삼과 같은 수산동물은 전통적으로 어촌공동체[漁村契] 또는 어민들 개인의 자율에 맡겨져 포획채취되었다. 근대 수산업법(1953년의 법)은 공유수면을 국가관리 아래 두고 모든 수산자원에 대하여 엄격한 정부관리를 실시한다는 원칙을 선언하였으나, 이는 어선을 이용한 허가어업 부문에서 실현되었을 뿐, 해조류와 패류등을 중심으로 한 면허어업 부문에서는 달성되지 아니하였다.

(2) 법률관계

1) 공동체론

왈쩌(Walzer)는 정의의 개념을 사회적 맥락과 동떨어져 이해하려는 자유주의자들의 방법론을 거부하고 정의와 부정의(injustice)의 기준은

사회적 재화가 분배되는 영역에 의하여 도출되고 정당화된다고 판단한다. 그는 사회적이고 경제적인 관계보다는 재화 그 자체의 성격과, 그것에 가치가 부여되고 분배되는 문화적 맥락에 주목한다.

왈쩌의 공동체주의가 자유주의-신보수주의적이라면, 영(Young)은 포스트모던니즘에 기초한 공동체주의를 표방한다. 그에 의하면, 기존의 사회정의론은 주로 물질적 재화나 서비스의 공정한 분배에만 국한됨으로써, 정치적 결정과정이나 사회적 노동분업 그리고 문화 속에서 어떻게 사람들이 지배되고 억압되는가의 문제를 놓친다. 공동체주의적 정의론은 환경적 부담의 역사적 생산과정에 대한 관심을 가질 것을 요구한다.

절차적 평등은 단순히 배분과정에 참여하는 것에 그치지 않는다 [Cutter, 1995]. 절차적 평등은 분배되어야 할 환경적 부담이 생산되는 것을 결정하는 단계에서부터 참여함으로써 자기결정과 자기발전을 실현함을 의미한다.⁴⁸⁾ 환경정의(environmental justice)를 “절차적 정의”의 개념으로 이해하면 자유와 평등을 동시에 포괄할 수 있어 자유로운 개인에게 생태적 책임을 물을 수 있는 객관적 근거가 존재한다.[이상현,2000:64]

자연 자원 이용과 관리가 지속가능하려면 보호 지역 근처에 사는 지역 공동체의 의사가 존중되어야 한다. 생태계 관리에 대한 인지로 부터 지역 공동체는 그들이 수 천 년 동안 살아온 곳의 생태계 시스템이 자리를 잡는데 도움을 주었다. 그들은 생태계로부터 분리된 것이 아니라 생태계의 일부로서 자리매김 해왔다. 따라서 지역 공동체

48) 분배적 환경정의론에서 정의롭지 못한 사례가 절차적 환경정의론에서는 정의로울 수도 있다. 환경이 쾌적한 지역에서 쓰레기 소각장을 건설을 반대하는 경우와 살기 어려운 지역에서 비행장 건설을 찬성하는 경우가 있다면, 전자는 지역이기주의로서 그리고 후자는 환경인식부족으로서 다 같이 부정의하다는 평가를 받을 수도 있다. 그러나 절차적 정의의 관점에서 본다면 이 사례들은 “지역의 자기결정”이라는 점에서 환경정의가 어느 정도 실현된다.

는 인근 자연 자원의 이용과 관리에 관한 의사 결정에 있어서 높은 목소리를 내야 한다(Bengston,2006).

2) 공동어업

어업권에 대하여 전면적인 국가관리를 선언한 1953년의 수산업법은 그 제40조(입어의 관행)제2항에서 “공동어업의 어업권자는 종래의 관행에 의하여 그 어업장에서 어업하는 자의 入漁를 거절할 수 없다”고 규정함으로써 관습상 입어권의 지위를 확인하였다. 그러나 입어권은 점차 제한되었다. 1990년의 수산업법 제2조(정의)제7호는 “...공동어업권이 설정되기 전부터 당해 수면에서 계속적으로 수산동식물을 포획·채취하여 온 사실이 대다수 사람들에게 인정되는 자중 대통령령이 정하는 바에 의하여 어업권원부에 등록된 자”를 입어자로 정의함으로써, 공동어업권 설정 이후의 관행의 생성 가능성을 부인하고 어업권원부에 등록되지 아니한 어민을 배제하였다.⁴⁹⁾ 이러한 입법은 “입어권을 둘러싼 보상시비의 재발을 확일적으로 방지할 수 있다”는 기업이익 및 행정상의 편의를 증진시킨다. 그러나 동시에 이러한 입법은 어민들의 생래적 권리를 박탈한다. 해변에 거주하는 모든 어민과 그 후손들은 ‘어업권원부상의 등록’이라는 행정적 요건과 관계 없이 해변의 주민이라는 자격만으로 당연히 입어할 수 있는 권리[自然資源權]를 보유한다.⁵⁰⁾ 공동생산·공동분배가 이루어지는 어촌(예컨대, 흑산 다물도)에서는 실제 입어권이 불필요하며, 개별포획·채취가 행해

49) 1990년의 수산업법 부칙 제11조(입어자에 관한 경과조치)제2항은 “이 법 시행 당시 공동어업의 어장안에서 입어관행이 있는 것으로 인정되는 자로서 종전의 규정에 의하여 어업권원부에 입어자로 등록하지 아니한 자는 이 법 시행일로부터 2년 이내에 제16조의 규정에 의하여 어업권원부에 등록을 한 경우에 한하여 입어자로 본다”고 규정함으로써 관행생성 가능성을 배척하는 태도를 더 한층 강화시켰다.

50) 실정법상 어업권원부상의 등록은 ‘마을어업’(1990년의 수산업법 제8조제1항제7호·제9조)의 어업권자와 입어권자의 갈등을 예방하려는 목적을 넘어 ‘매립등에 따른 보상문제’를 해결하는 데 이용되어서는 아니된다.

지는 어촌(예컨대, 부안 계화도)에서는 입어권에 맞서는 마을어업이 존재하지 않는다.⁵¹⁾ 실정법상의 규제를 풀어 어민들에게 입어권을 되돌려 주어야 할 것이다.

(3) 관리실태

1) 습지보호구역 방치⁵²⁾

연안습지[갯벌]의 생명체들에게 가장 큰 위협은 드넓은 갯벌을 한꺼번에 흙으로 덮어버리는 간척이다. 하지만 갯벌에 대한 무지와 생명 존중 의식 없이 갯벌체험이란 이름으로 포장돼 무분별하게 펼쳐지는 갯벌 나들이 또한 갯벌을 병들게 하는 한 요인이 되고 있다. “사람들이 갯벌에 많이 들어가 밟고 다니는 것이 반복되면 갯벌 바닥이 점차 딱딱하게 다져지면서 퇴적물과 바닷물 사이의 물질 교환이 어려워지고 산소공급이 차단되어 저서생물의 생존이 어렵게 된다”(인하대 생명해양과학부 홍재상 교수,2005). 체험학습이나 관광 목적으로 개방된 갯벌 등에서 이와 같은 답압의 영향은 자연 회복이 이뤄질 틈도 없이 누적되어 심각한 상태이다. “대중들에게 갯벌이 놀이터가 아니라는 점을 적극 홍보하는 한편 생태적인 갯벌체험을 위한 지침[가이드라인]을 서둘러 마련하여야 할 것이다”(환경운동연합 김경원 팀장,2005).

2) 협동양식어장의 경영권

현행 협동양식어업과 마을어업을 포함하는 종전의 공동어장은 자연산 관리에 한정함으로써 1995년 개정법 당시 생산량이 일반 어장의

51) 새만금지구의 계화도 인근처럼 어업장(갯벌)이 광대한 곳에서는 마을어업이 존재 하더라도 그 어업장과 입어권자들의 어업장이 서로 경합할 여지가 근소하다. 어민 들이 자율적으로 결정할 영역까지 국가가 관리함은 불필요한 행정규제에 불과하다.

52) 한겨레신문 2005. 6. 29 : “갯벌 체험에 ‘갯벌’ 죽어간다”, 참조

10%에 그쳤다. 어촌계들은 공동어장의 채취권을 “빈매”로 넘기고 생산량의 10% 정도에 해당하는 댓가를 받음으로써 어장 경영능력의 한계를 보였다. 어구는 주로 갈쿠리[형망] 정도가 이용되었다. 이에 따라 양식이 가능한 수면에서는 양식업을 영위할 수 있도록 하기 위하여 “협동양식어장”을 조성하였다. 그러나 현재 어촌계에서 경영하는 협동양식어장들은 실효성이 현저히 저하되었다.

3) 면허어업의 허가어업화

일부 면허어업을 허가어업으로 전환시키는 방안이 필요하다. 해조류 양식어업과 패류양식어업이 그 예에 해당한다. 해조류와 패류 양식어업은 2004년말 현재 97개 수협에 의하여 경영될 뿐 어촌계나 개인들에 의하여 경영되는 사례가 없다. 특히 해조류양식어업의 경우에 대단위 수역을 대상으로 하는 허가어업으로 전환시켜도 무방할 것이다. 현재 허가어업으로 분류되어 있는 해상종묘생산어업을 참고할 수 있을 것이다. 수협이 어민들에 의하여 자주적으로 운영될 수 있도록 유도하고 수협에 양식생산량 조절과 품질관리 기능을 맡기는 방식이 도입되어야 할 것이다.

(4) 어장이 없는 어촌계

1) 공유지의 비극

경기도 시흥군에 소재하는 오이도어촌계는 개발사업과 관련된 각종 제한에 묶여 어업의 자유가 극도로 제한된 상태에 있다. 그 결과 오이도 앞의 갯벌은 “주인”(관리인)이 없어짐으로 인하여 외지인과 관광객들의 남획으로 갯벌이 파괴되고 생물자원이 고갈되고 있다. 오이도어촌계가 비법인어촌계로 전환하고 어촌계원들이 면허어업권을 보유

하고 있지 못하기 때문에 오이도 갯벌은 무주공해로 변모되었다. 어촌계원들은 어로와 관계 없이 갯벌을 관리하고 싶어하지만 무슨 권한으로 간섭하느냐는 항의에 적절히 대응할 수단이 없어 갯벌 관리에 손을 놓고 있는 실정이다.⁵³⁾

시화호 인근의 오이도 어민들은 바닷가에 살지만 “어장이 없는 어민”이라고 볼 수 있다. 기존의 어장들이 각종 개발사업으로 인하여 어업권이 상실되거나 제한당하였기 때문이다. 오이도 어민들이 받은 어업권 보상은 그 기간이 너무 짧은 반면에 그 제한은 반영구적이다. 이러한 구조는 법적 형평이라는 측면에서 문제된다. 개발사업이 진행 중인 어장은 그 법적 지위가 불안정하기 때문에 관계 당국은 한정어업면허라는 제도를 안출하였다. 오이도 어민들은 전래의 자유로운 어업에서 제한적인 어로의 권리를 얻기 위하여 다각도로 노력하고 있으나 그들의 희망은 좀처럼 이루어지지 않고 있다.

2) 조개채취

조개채취에 있어서 가구당 상한선을 넘는 채취량은 어촌계에서 수거하여 어촌계의 수입으로 잡았다. 어촌계장의 보수도 조업사정에 따라 달라졌다. 제보자 박영홍 어촌계장의 진술에 의하면, 초과채취와 어촌계장의 보수등으로 인하여 회계의 투명성에 대한 시비가 잦았다. 역대 어촌계의 임원들은 어촌계 회계의 공개를 꺼려 어촌계들의 조업 상황 및 회계내용을 기록한 장부들이 많이 일실되었다. 개인별 채취가 허용된 소라의 거래와 관련하여서는 잡음이 더러 있었다. 어민들은 외지 시장정보에 어두웠기 때문에 상인들이 가격을 조작하는 사례가 가끔 발생하였다.

53) 오이도 현지조사는 2003년에 이루어졌다. 이하에서는 다음의 선행연구 결과를 발췌정리: 전재경, 해양보전을 위한 공유수면 매립법제 개선방안 (한국법제연구원:2003년), 제6장

3) 마을어업 약사

1953년의 수산업법은 마을 주민들이 일정한 수면을 전용하여 조개류를 채포하는 어업을 “공동어업”으로 분류하고 이를 면허어업의 일종으로 규율하였다(제8조제1항제6호): 공동어업의 면허는 일정한 지역 내에 거주하는 어업자의 어업경영상 공동이익을 증진하기 위하여 필요한 때에 한하여 발부하고(제10조), 공익상 필요한 경우에 제한 또는 조건을 붙일 수 있다(제15조). 오이도어촌계는 1953년의 수산업법(제8조)에 기하여 반월만안의 어장에 대한 전속적 어업권을 인정받았다.

입어권과 어업권이 소멸되기 전까지 오이도어촌계는 연간 단위로 경기도지사로부터 제1종 공동어업[마을어업] 면허장을 발부받아 조업에 임하였다. 1985년에 박상만 어촌계장 명의로 발부받은 어업면허장에 의하면⁵⁴⁾, 당시 오이도 어촌계[계원 291명]는 시흥군 군자면 정왕6리 오이도 지선 32만 평방미터를 어장[별지도면]으로 설정하고⁵⁵⁾, 호미를 이용하여 1년간 가무락·동죽·백합 기타의 패류를 채포할 수 있는 어업권을 부여받았다. 이 면허처분은 매월 생산실적을 다음 달 5일까지 관할 군수에게 보고할 것과 면허처분일로부터 30일 이내에 어장의 표지를 설치할 것을 조건으로 설정하였다. 이 공동어업면허[경기 제 125호]는 수산업법 제14조제2항에 의하여 그 면허기간이 10년[1986·6·7~1996·6·6]으로 연장되었다.⁵⁶⁾

어촌계가 출범한 이래 어촌계원들은 갯벌[어장]에 드나들 수 있는 “출입증”[사진첨부]을 어촌계장으로부터 발급받아 지참하고 다녔다. 1990년

54) 1985년 6월 7일 경기도 등록 : 면허번호 제125호

55) 별지도면으로 작성된 □□수면의 위치와 구역도□□(1986)에 의하면, 오이도어촌계의 어장은 현재 시화호 방조제로 가로막힌 반월만 안쪽에 걸쳐 5각형의 구역으로 설정되었다.

56) 1986년 4월 28일자 오이도어촌계장 박상만 앞으로 발부된 경기도지사의 지령서, 참조

대 중반에 발급된 출입증의 이면에 기재된 주의사항에 의하면, 어촌계원은 이 출입증을 다른 사람에게 양도할 수 없으며 공동어장내에서도 지정된 통로에만 출입할 수 있다. 어촌계에 의한 공동어업이외에 오이도의 주민들은 개인적으로 같은 수산업법에 의하여 신고어업(제 23조)을 인정받았다.⁵⁷⁾ 이에 따라 오이도 어민들은 시흥군수로부터 “어업감찰”을 발급받아 공동어업 활동외에 추가로 개인적인 조개잡이에 종사하였다.⁵⁸⁾

4) 어업보상

1987년에 시화호안의 면허어업에 대하여 어촌계 명의로 보상을 받았다. 어촌계원인 가구들은 6백만원씩의 보상금을 받았다. 당시 안산 중앙동의 23평형 아파트가 8백만원이었다. 군인·경찰관등 외지에서 전입은 일부 세대들도 “부인”들 명의로 4백만원씩의 보상금을 받았다. 1992년에는 한국가스공사에서 운영하는 LNG기지 건설로 인한 생물피해보상을 어촌계 각 가구당 5백만원씩 받았다. 2003년 6월에서는 10년간 끌어 오던 관행어업 보상금에 관한 재판이 끝나서 갯벌에서 2년치의 맨손어업 수익에 상당하는 5백여만원의 보상금이 분배되었다.

오이도 어민들에 대한 어업보상과 관련하여 종래 어업인의 정년에 관한 논쟁들이 제기되곤 하였다. 어업보상 대상자를 줄이기 위하여 그간에 매립 사업자 또는 개발 사업자측은 어민들에 대하여 일반근로

57) 1953년의 수산업법 제23조는 1975년의 수산업법에 의하여 제22조(신고어업)로 개정되었다.

58) 1983년에 정우화 어민(1935년생)이 받은 1년 짜리 어업감찰증에 의하면, 오이도 어민들은 시흥군 군자면 일원을 조업구역으로 하여 낚지, 가무락, 동죽, 맛 기타 패류를 개별적으로 채취할 수 있는 권리를 보유하고 있었다. 어업의 종류는 신고어업에 해당하고 어구의 명칭은 도수어업[맨손어업]이다.

자들에 해당하는 정년을 적용하여야 한다고 주장한다. 그러나, 현장 답사를 통하여 알 수 있는 바와 같이, 오이도 갯벌에서는 70세 이상의 고령자들도 조개를 잡거나 조개가공 공장에서 조개를 까는 노동에 종사한다.

5) 어살 관행

서해안의 어살은 독살에서부터 그물 또는 밧 등 여러 가지 형태를 보인다. 전통적으로 오이도에서는 싸리나무로 만든 어살이 어구로 쓰였다. 지금은 그물을 어살로 쓰고 있다. 물론 이 그물어살도 항계내에 위치하고 있어 제재대상이다. 종전에 어살을 보관하는 움막을 “살막”이라고 불렀다. 오이도에는 “윗살막”, “가운데살막” 및 “아랫살막”의 세 살막이 있었다. 최근에 오이도 앞 바다의 갯벌에서 싸리나무로 만든 어살들이 출토되었다.

6) 어로현황

작은 동력 어선을 가진 오이도의 어민들은 주로 낚시어선 어업에 종사한다. 어민들이 관심을 가지는 꽃게잡이는 실정법상의 제제를 받는다. 그러나 어민들은 꽃게 철을 맞이하여 오이도 앞 바다의 항계내 갯벌과 바닷물이 만나는 곳에 그물들을 친다. 어민들은 이 곳의 어로가 실정법에 반하는 줄을 알면서도 그냥 잡을 수 밖에 없다고 말한다.

현재 오이도 앞의 갯벌은 어업권등이 소멸된 상태이기 때문에 어촌계가 이를 관리할 수 없다. 외지인들이나 관광객들에 의한 무단채취가 많이 행해지고 있다. 오이도 어촌계는 종래 호미를 이용하여 조개를 캐던 마을어업[제1종 공동어업] 분야에서 한정면허를 받으려고 여러 차례 시도하였으나 한정면허의 종료후 발생할 지도 모르는 민원을 우려하는 사업권자들의 반대로 뜻을 이루지 못하고 있다.

7) 어촌계 운영

어촌계에 가입하기 위하여서는 가입신청서를 작성·제출하여야 한다. 어촌계원은 어촌계규약[정관]을 준수할 의무를 진다. 오이도 선착장을 이용하는 선주들도 어촌계에 가입하지만 임의적이다. 오이도에서 활동하는 어선들은 모두 150척이다.⁵⁹⁾ 오이도 어촌계원들은 각 수산업협동조합 단위로 전국적으로 통일된 양식에 따라 일정액을 어촌계에 출자하고 출자증권을 발부받았다. 이 출자증권은 양도가 가능하되 양도할 경우에는 수협조합장에게 “양수도승인신청서”를⁶⁰⁾ 제출하여 조합장의 승인을 받아야 한다. 오이도어촌계원들은 현재 각자 50만원 내외의 출자액을 보유하고 있으며 출자증서는 통장형태로 발급되어 계원들이 관리한다.

어촌계 회의 때에는 50여명 정도의 계원들이 모인다. 비상근 어촌계장과 상근 사무원 1명이 사무를 처리하고 있는 오이도어촌계가 맡고 있는 사무는 총무업무, 계원사무, 어로사무 및 환경사무로 대별된다. 총무업무로서는 인사관리(수협임원선출관여·어촌계장선거·총대의원선임), 공문서수발, 민원해소[보상분쟁·갯벌매립반대·한정어업면허] 및 건물관리가 있다. 계원사무로서는 계원명부작성, 굴양식관리, 계원출입증발급, 입어실적확인, 출자금관리, 어선출입항신고지원 및 선박현황파악 등이 있다. 거래사무로서는 조개류출하집계, 중매약정서관리 및 위탁판매집계 등이 있다. 환경사무로서는 불가사리수거, 패총감시, (명예)해양오염감시 및 선착장관리 등이 있다.

59) 이중 50여척은 비어촌계원들의 소유이다. 선주가 되면 모두 수협에 가입한다. 수협회원이 아니면 면세유를 공급받지 못하기 때문이다.

60) 웅진군 수협이 제작하여 1990년대까지 사용한 『양수도승인신청서』의 기재사항은 양도출자증권번호와 액면, 양도사유, 양도인과 양수인의 주소와 이름 및 신청일자 등이다.

오이도어촌계는 1993년 이래 어업권을 보유하지 아니한 어촌계로 되었지만, 자기의 재산을 보유하는 특별한 양태를 보인다. 새로 빌딩을 신축하여 2003년 5월에 개소식을 가진 오이도어촌계는 비법인 어촌계임에도 ‘어촌계’ 명의로 빌딩을 소유·관리한다. 오이도어촌계 대표 박영홍 명의로 수자원공사와 건물부지를 사들였고 시흥시의 건축대장과 법원등기부에도 역시 같은 명의로 등재되어 있다. 건축 당시 시가 2억원에 상당하는 건물부지(72평)는 기증을 받았다.

(5) 미국의 인디언 공동체

자연 자원 관리에 있어 국가 정부와 지역 공동체 사이에는 긴장이 있기 마련이다. 정부는 자연 자원 관리에 관해 과학적 지식과 전문 기술을 가지고 있고 자연 자원 관리와 보호를 폭넓은 안목으로 바라볼 수 있다. 하지만 그것은 어디까지나 지역 공동체의 이익보다는 국가의 공동의 선을 위함이다. 미국의 인디언 부족 같은 민속 공동체나 토착주민들은 수 세기 동안 자연 자원을 지속가능하게 이용해 온 전통생태지식을 가지고 있다. 하지만 불행하게도 세계 곳곳의 토착주민 공동체가 갖고 있던 전통 생태 지식 대부분이 현대화의 물결로 인해 사라지고 말았다. 그렇다 해도 지역공동체는 전통 생태 지식 없이도 자연 자원을 지속가능하게 관리할 수 있는 능력을 가지고 있다. 그들 삶의 질과 생계 방편이 지속가능한 자원의 이용과 관리와 밀접하게 연결되어있기 때문이다.

미국의 지역 공동체는 그들이 속한 사회 안에 있는 자연 자원 관리와 공유지에 대한 의사 결정에 있어 큰 목소리를 내왔다. 한편 정부 자연 자원 관련 기관에서는 계획과 관리에 있어서 다양한 협동과 지역에 근거한 접근 방식으로 대응했다. 즉 정부와 지역 사회 사이에 자연 자원에 대한 책임과 책무를 공유해 왔다. 이렇게 하기 위해서는

오랜 시간이 필요하고, 가끔은 시간 소비적이며 값비싼 비용을 치러야만 한다. 민주주의 사회에서 자연 자원을 계획하고 의사를 결정할 때 지역공동체의 의사가 존중되어야 한다. 이는 민속 공동체나 조상으로부터 물려받은 땅에서 오랫동안 책무를 가져온 토착 그룹의 경우에 더 더욱 그렇다. 그러나 이때 반드시 국가의 이익과 전체 국가 공공의 선에 의해서 균형을 유지해해야 한다. 인디언 부족의 땅은 미국의 인디언 부족에 의해 자율적으로 관리되었으며, 이는 자가 규제에 특별한 예라고 할 수 있다.

(6) 전망과 과제

1) 수산자원의 법적성질

수산동식물의 법적 성질과 이를 포획·채취하는 행위의 한계는 수면의 공공성을 바탕으로 해석하여야 할 것이다. “공공의 수면”에 서식(회유를 포함한다)하는 수산동식물은 무주물이거나 사유재산이 아니라 공공용물이라고 보아야 할 것이다. 수산동식물을 무주물이라고 볼 경우에는 민법상 “선점”의 법리가 적용되기 때문에, 누구나 아무런 간섭을 받지 않고 각자의 능력에 따라 이를 포획·채취할 수 있다. 그러나 1987년의 헌법(제120조)은 수산자원을 “일정한 기간 그 채취·개발 또는 이용을 특허할 수 있다”고 선언함으로써 수산자원의 국유의 원칙을 포기하는 한편 공공성을 확인하였다.⁶¹⁾ 수산자원 내지 수산동식

61) 1948년의 건국헌법(제85조)은 “광물 기타 지하자원·수산자원·수력과 경제상 이용할 수 있는 자연력은 국유로 한다. 공공필요에 의하여 일정한 기간 그 개발 또는 이용을 특허하거나 또는 특허를 취소함은 법률의 정하는 바에 의하여 행한다”고 선언함으로써 “수산자원”이 “국유물”임을 명시하였다. 그러나 1954년의 헌법(제85조)은 종래의 “국유” 조항을 삭제하고 “광물 기타 중요한 지하자원·수산자원·수력과 경제상 이용할 수 있는 자연력은 법률이 정하는 바에 의하여 일정한 기간 그 채취·개발 또는 이용을 특허할 수 있다”고만 규정함으로써 수산자원등에 대한 법률관을 바꾸었다.

물은 “공공용물”이기 때문에 국가가 그 채취·개발 또는 이용을 특허한다. 만약 수산자원을 국유물로 해석할 경우에는 국가가 그 임의에 따라 어업인들로부터 수산동식물의 포획·채취권을 박탈하거나 제한할 수 있다는 결론이 빚어진다. 또한 실정법이 관습법상의 입어권을 수용하는 구조를 설명할 수도 없다.

2) 어업권의 물권성

우리 나라 수산업법(제15조제2항)은 일본 어업법[제23조 : “어업권은 물권으로 보며, 토지에 관한 규정을 준용한다”]과 마찬가지로 “어업권을 물권으로 하고 … 민법중 토지에 관한 규정을 준용한다”고 규정하고 있어 어업권의 효력에 관하여 많은 오해를 빚는다. 그러나 어업권의 내용은 어장이라는 특정수면에 있어 일정한 내용의 어업을 영위하는 권리로서 일반의 유체물을 직접·배타적으로 지배하는 “물권”과는 엄밀한 의미에서 구별되어야 하기 때문에 일본 어업법(제23조)은 “(물권으로) 본다”라고 규정한다. 우리 나라 수산업법(제15조)은 “(물권으로) 한다”고 규정하고 있어 이를 “물권이다”로 새기려는 입장도 있다. 그러나 “물권으로 한다”는 표현은 “물권으로 본다”는 표현과 같은 취지이다. “물권”으로 보아 생기는 어업권의 효력으로서의 우선 어업권의 내용인 일정한 이익의 향수를 방해하는 행위에 대하여 물권적 청구권이 있다. “물권적 청구권”이란 반환청구권, 방해배제청구권, 방해예방청구권의 3가지를 내용으로 한다. 그 가운데 반환청구권은 소유권의 어떠한 物을 빼앗긴 경우 반환을 청구하여 돌려받는 권리이고 어업권의 경우는 物이 아니기 때문에 이를 생각할 여지는 없다. 방해배제청구권은 어업권을 침해한 경우에 침해를 중지하도록 청구하는 권리, 방해예방청구권은 이후 침해하지 않도록 조치를 강구하도록 청구하는 권리이다.

4. 복합적 방식에 의한 관리

(1) 대상자원

1) 산림자원

임업을 영위하는 사업자인 임업인은 이윤의 극대화를 지향한다. 임업의 생산물이 “맑은 물 함양”이라는 산림서비스라고 하면 물 1톤을 더 저장할 수 있도록 산림을 관리하는 수자원보전목적의 임업을 행하도록 하려면 그에 소요되는 한계비용을 수자원이용자가 보상해 주어야 그러한 임업을 수행할 것이다. 만약 이러한 맑은 물을 더 함양할 수 있는 숲을 조성하고 관리하는 데 소요되는 비용을 사회가 지불하지 않으면 산주(임업의 주체)는 수자원함양 임업을 포기하고, 수입이 가능한 목재생산이나 휴양지개발과 같은 다른 형태의 임업에 치중하게 될 것이다.

이러한 논리는 수자원함양 이외의 다른 공익적 산림 서비스에도 마찬가지로 적용된다. 즉, 멸종위기의 종을 보전하기 위한 생물다양성 보전을 위한 숲으로 육성하고 보전하는 임업이나, 기후변화협약의 이행을 위한 탄소고정효과가 큰 숲으로 육성하는 등의 임업을 상정할 수 있다. 이들 다른 목적을 위한 임업을 진흥하는 데는 이러한 목적의 산물의 공급에 따르는 비용을 사회[수익자]가 부담하여 임업의 비용을 보상할 경우에 활성화될 수 있다.

2) 물

소유권절대와 자기책임원리를 강조하는 근대법제는 어떠한 자연자원조건간에 누군가의 이름으로 관리할 것을 요구한다. 이러한 법률관

에 따라 강과 호소는 국유로 규정되어 있다. 국유라는 말은 “국가가 강에 대한 사용·수익·처분권을 행사한다”는 뜻이다. 강이 국유라는 관념은 강을 흐르는 물[강물]도 국유로 간주하는 경향이 있다. 강물이 국유라면 국가 또는 그 위탁을 받은 사업자는 그 누구의 방해도 받지 아니하고 댐을 건설하고 물을 임의로 취수·배분할 수 있을 것이다.



만약 강물이나 호소가 국유가 아니라면 누가 강물에 대하여 어떠한 권리를 가질 것인가의 여부가 문제된다. 현행 하천법과 댐건설촉진법은 강물이 국유라고 명문으로 규정하지는 아니하였지만 국가 또는 그 수탁사업자는 강물에 대하여 독점적·배타적 권리를 행사할 수 있다. 그러나 이러한 법률관은 강물에 대한 상린관계와 관습상의 이용권을 규율하는 전통적인 민법의 원리와 상충된다.

(2) 법률관계

1) 자연환경보전법

2005년의 자연환경보전법은 생태·경관보전지역안에서 자연생태 또는 자연경관의 훼손행위를 금지하면서(제15조) 몇 가지 예외를 규정한다. 첫째, 자연공원법에 의하여 지정된 공원구역 또는 문화재보호법에 의한 문화재(보호구역을 포함한다)가 포함된 경우에는 자연공원법 또는 문화재보호법이 정하는 바에 의한다(제15조제1항 단서). 둘째, 생태·경관보전지역안에 거주하는 주민의 생활양식의 유지 또는 생활향상을 위하여 필요하거나 생태·경관보전지역 지정 당시에 실시하던 영농행위를 지속하기 위하여 필요한 행위로서 대통령령이 정하는 행위를 하는 경우에는 그에 따른다(제15조제2항제3호). 이에 따라 자연환경보전법시행령은 “생태계보전지역 또는 그 인근지역에 거주하는 지역주민과 당해 토지 및 공유수면의 소유자·점유자 및 관리인의 행위로서 생태적으로 지속가능하다고 인정되는 농사, 어로행위, 수산물 채취행위, 버섯·산나물 등의 채취행위 및 이에 준하는 행위를 말한다”고 규정함으로써 행위제한을 완화시킨다(제24조).

2) 자연공원법

2005년의 자연공원법은 자연공원내 공원자연보존지구의 행위기준을 정하면서 몇 가지 예외를 규정하였다(제18조제2항). “자연환경지구에서 자연보존지구로 변경된 지역 중 환경부령이 정하는 대상지역·허용기준에 따라 공원관리청과 거주민(공원구역 안에 거주하는 자로서 주민등록이 되어 있는 자를 말한다)간에 자발적 협약을 체결하여 행하는 임산물의 채취행위”에 대하여서는 환경부령으로 달리 정할 수 있도록 허용하였다(제18조제2항제1호 ‘사’목). 이에 따라 자연공원법시

행규칙(제6조제4항)은 별표[1의2]로 임산물 채취 대상지역·허용기준을 다음과 같이 규정하였다.



1. 대상지역 : 2001년 국립공원 용도지구 조정에 의하여 자연환경지구에서 자연보존지구로 변경된 지역중 거주민이 자연보존지구로 변경되기 이전부터 임산물을 채취하여 온 지역으로 채취 대상지역 및 면적은 아래와 같다.

구 분	대 상 지 역	면적(km ²)
지리산국립공원 심원지구	전남 구례군 산동면 좌사리 산110-2번지 내	0.29
지리산국립공원 달궁지구	전북 남원시 산내면 덕동리 산215-16번지 내	0.23
내장산국립공원 남창지구	전남 장성군 북하면 신성리 산25번지 내	0.20

2. 허용기준 : (가) 채취가 허용되는 임산물의 종류는 고로쇠 수액에 한한다. (나) 채취할 수 있는 자는 2001년 자연환경지구에서 자연

보존지구로 변경되기 이전부터 고로쇠 수액을 채취하여 온 거주민으로 한다.

3) 민 법

현행 하천법과 댐건설법은 시장과 관계 없이 계획에 의한 물관리 방식을 취한다. 수리관계나 시장경제원리와 무관하게 또 물 시장을 상정하지 아니하고 정부 계획에 의한 물관리 방식을 취하고 있다. 물 자원의 이용과 배분에 관하여서는 전통적인 민법[慣習法]의 원리를 원용하여야 할 것이다. 민법은 물의 분배와 이용에 관하여 일단의 기준들을 규정하고 있으나 전통적인 불문법[관습법]이 있는 경우에 그 관습을 우선적으로 적용한다.

- 자연유수의 승수(承水) 의무와 권리 : 토지소유자는 이웃 토지로부터 자연히 흘러오는 물[流水]을 막지 못한다(민법 제221조제1항). 고지 소유자는 이웃 저지에 자연히 흘러내리는 이웃 저지에서 필요한 물을 자기의 정당한 사용범위를 넘어서 막지 못한다(민법 제221조제2항).
- 수류의 변경[관습우선] : 구거(溝渠:pipe) 기타 수류지의 소유자는 대안(對岸)의 토지가 타인의 소유인 때에는 그 수로나 수류의 폭을 변경하지 못한다(민법 제229조제1항). 兩岸의 토지가 수류지 소유자의 소유인 때에는 소유자는 수로와 수류의 폭을 변경할 수 있다. 그러나 하류는 자연의 수로와 일치하도록 하여야 한다(민법 제229조제2항). 수류의 변경에 관하여 다른 관습이 있으면 그 관습에 의한다(민법 제229조제3항).
- 둑(堰:dam)의 설치와 이용 : 수류지의 소유자가 둑을 설치할 필요가 있는 때에는 그 둑을 대안에 접촉하게 할 수 있다. 그러나 이로 인한 손해를 보상하여야 한다(민법 제230조제1항). 대안의

소유자는 수류지의 일부가 자기소유인 때에는 그 독을 사용할 수 있다. 그러나 그 이익을 받는 비율로 독의 설치 및 보존의 비용을 분담하여야 한다(민법 제230조제2항).

- 공유하천용수권 : 공유하천의 연안에서 농업이나 공업을 경영하는 자는 이에 이용하기 위하여 타인의 용수를 방해하지 아니하는 범위내에서 필요한 인수를 할 수 있다(민법 제231조제1항). 이 경우 인수에 필요한 공작물을 설치할 수 있다(민법 제231조제2항). 공유하천용수에 관하여 다른 관습이 있으면 그 관습에 의한다(민법 제234조).
- 하류연안의 용수권 보호 : 공유하천에서의 인수나 공작물로 인하여 하류연안의 용수권을 방해하는 때에는 그 용수권자는 방해의 제거 및 손해의 배상을 청구할 수 있다(민법 제232조). 농업 또는 공업의 경영에 이용하는 수로 기타 공작물의 소유자나 몽리자의 특별승계인은 그 용수에 관한 전소유자나 수익자[蒙利者]의 권리의무를 승계한다(민법 제233조). 하류연안의 용수권보호에 관하여 다른 관습이 있으면 그 관습에 의한다(민법 제234조).
- 공용수의 용수권 : 서로 이웃하는 사람들[相隣者]은 그 공용에 속하는 원천(源泉)이나 수도를 각 수요의 정도에 응하여 타인의 용수를 방해하지 아니하는 범위내에서 각각 용수할 권리가 있다(민법 제235조).

(3) 관리실태

1) 마을숲

한국의 마을들에 조성되었던 마을숲이 사라지고 있다. 김인애(서울대학교대학원:2005)의 조사에 따르면, 조사대상 마을숲 17개중 6개가

소멸되었는데, 그 원인을 살펴보면 洞契와 같은 마을공동체의 마을숲을 관리하는 조직의 소멸이나 도시화 등으로 인한 토지 기회비용의 증가 및 토지소유권의 변동[總有에서 國有나 公有 또는 私有로 전환] 그리고 洞祭와 같은 마을숲과 관련된 전통문화의 상실 등이 마을숲의 상실을 가져오는 요인이다.

2) 임산물채취

국립공원 내의 산림에서 임산물을 채취하여 생활하여온 원주민의 임산물 채취를 포함하여 국립공원에서의 임산물 채취를 원천적으로 금지하여야 한다는 주장이 제기되고 있다. 국립공원을 지키는 시민의 모임은 국립공원내의 산림에서 자라는 고로쇠나무에서 채취하는 수액의 채취를 금지하여야 한다고 주장한다. 이는 국립공원에서는 원주민의 전통적 토지이용관행 및 이에 관한 권리 보다는 원생자연을 보호하는데 우선순위를 두었던 미국의 국립공원 제도적 틀을 본받고, 국립공원을 생물다양성 보전의 기지로 삼아야 한다는 뜻으로 이해할 수 있다.

국립공원과 같은 보호지역 내 또는 인근에서 살아왔던 사람들의 지속가능한 토지이용관행과 그 전통적 권리를 존중하는 것이 자연자원의 지속가능성을 담보하고, 사회적 약자인 산촌 원주민을 보호하는 것이 정의로운 사회의 원칙이라고 주장하는 사람들도 있다. 이 두 가지 주장은 서로 배치되는 이해집단의 이해를 대변하는 것으로 이해할 수도 있다. 즉 보호지역 이외의 지역에 사는 사람들이 국립공원과 같은 지역에 존재하는 원생자연을 있는 (사회가) 그대로 보호함으로써 그들의 국립공원의 직간접적(휴양목적의 탐방, 심미적 또는 심리적 가치 등) 이용가능성(미래 또는 현재)을 담보하고자 하는 이해와 현실적 삶을 영위하는 원주민의 생존의 이해가 충돌하고 있다.⁶²⁾

62) 윤여창, 『산림자원의 정치경제문제』, □□산림사회교육교재□□(서울대학교 : 2005)

3) 산림관습⁶³⁾

인도네시아는 다양성으로 유명한데 인류학적 측면에서는 400여개 부족에 500개의 언어를 사용하고 있으며 생태적으로는 40개 이상의 생태계 유형을 가지고 있다. 이러한 문화적·생태적 다양성은 그곳에 생활하고 있는 주민들과 분리하여 생각할 수 없다. AMAN은⁶⁴⁾ 인도네시아 전체 인구중 3천만~5천만의 인구가 전통적으로 산림자원에 의지하여 생활하는 토착민 (indigenous people)이라고 추정하였다. AMAN이 정의한 토착민(Masyarakat Adat)의 의미는 “전통적/관습적 경계안에서 공동체를 형성하여 생활하는 동일한 조상을 가진 사람들로서 전통적인 관습법에 따르는 통치권과 생활을 감독하는 지도조직을 갖추고 있다”(AMAN's Congress, 1999). 토착민은 산림자원 파괴를 막기 위한 강한 의지를 가지고 있다. 이러한 의지는 조상으로부터 물려받은 권리에 대한 믿음과 산림자원의 관리가 식량, 의료, 식수, 건축재료로서 생계를 보장한다는 사실에서 기인한다. 이미 외부의 경제 시스템과 연계되어 있는 토착민들에게 있어 산림은 자녀를 교육시키고 세금을 내고 자동차를 사고 생필품을 구입하기 위한 근원이다.

4) 전망과 과제

산림자원의 공익적 서비스 기능이 강조되고 있다.⁶⁵⁾ 임업은 목재, 버섯, 야생동물 등의 동식물자원의 생산뿐만 아니라, 국토보전(홍수 및 토사유출방지), 맑은 공기와 물의 공급, 동식물의 서식처보호, 도시민의 휴양처제공, 아름다운 경치보전, 기후변화완화 등의 산림의 공익

63) Latipah Hendarti, “인도네시아 자바섬 서부지역의 카사부한(Kasepuhan) 사례” (서울대학교:2005), 참조

64) AMAN is the Alliance of Indigenous People of the Archipelago (Aliansi Masyarakat Adat Nusantara :1999)

65) 이에 관한 입론은 윤여창, 『산림자원의 정치경제문제』, 전개서

적 기능을 제고할 수 있다. 공익기능이 잘 발휘될 수 있도록 숲을 조성하고, 보호 관리하는 일[이를 공익 임업이라고 부른다]은⁶⁶⁾ 이를 위하여 희생되는 사적 이익[이를 기회비용이라고 부른다]의 보상이 없이는 위축되기 쉽다. 따라서 공익임업을 위해 발생하는 기회비용에 대한 보상이 원활하게 이루어질 수 있는 제도적 장치가 마련되어야 한다. 임업에 대한 보조금제도도 이러한 취지에서 마련된 것이다. 환경부에서 실시하고 있는 환경보호지역에 대한 협약관리제도도 이러한 제도의 한 형태라고 생각할 수 있다.

산림의 소유자가 그 산림의 개발 또는 이용을 제한 당함으로써 입는 피해는 공익을 목적으로 한 적법한 원인에 의하여 발생하는 것이기 때문에 손실보상의 법률관계가 성립한다. 산림의 소유자는 산림 이용 등의 제한에 의하여 손실을 입지만 부당이득이나 불법행위의 관계가 발생하지는 아니한다. 산림의 제한과 수자원 함양 등으로 제3자 또는 국민 일반이 얻는 이익은 일종의 반사적 이익에 해당한다. 반사적 이익을 얻는 당사자들에 대하여서는 손실보상이나 손해배상 또는 구상권의 법리가 적용되지 아니한다. 공익을 이유로 산림 소유자등에 대한 산림의 개발 또는 이용의 제한과 그로 인한 손실은 공익을 이유로 한 특별한 희생에 해당하기 때문에 일반 민사상의 법리가 아닌 자연자원 관리상의 법률관계가 적용되어야 할 것이다.

66) 목재생산, 버섯생산, 짐승사육 및 사냥, 상업적 휴양림조성 등을 목적으로 하는 임업은 개인의 이익을 위하여 숲을 조성하고 이용하는 일(이를 私益 林業)이라고 부른다.

제 4 장 자연자원의 성질과 특허

1. 자연자원의 본질

1) 법사학적 고찰

자연자원은 누구의 것인가? 소유(ownership)에 관하여서는, ①자원 자체, ②어구·어법, ③바다[漁場]라는 3가지 요인으로 구별하여 고려하여야 한다.(秋道, 1994e). 자원 자체의 소유에 대한 논의는 파푸아뉴기니 포남 섬에서 조사한 캐리어Carrier에 의해 가다랭이·참다랑어, 송어, 정어리 등이 특정 쿠란에 의해 소유되는 예가 제시되어 있다(Carrier, 1980, 1987). 인간에 의해 포획되기 전부터 자유유영하는 특정자원이 소유된다고 하는 사례는 지금까지 보고 된 예가 거의 없다. 캐리어(Carrier)가 지적하는 예는 현 시점에서는 어획 후의 우선적인 분배관행으로 생각해 두기로 한다. 어구·어법의 소유관계에 대해서는 개인에 의한 경우에서 가족, 특정의 소집단과 쿠란에 의한 경우, 왕과 특정계급에 의해 소유되는 경우에 이르기까지 다양한 예가 있다(Sudo, 1984).

어장의 소유는 육상의 토지제도land tenure와 대비시켜 sea tenure이라는 범주로서 다루어졌다(Alexander 1976 ; Cordell, 1977, 1989; Crocombe, 1987). 해면의 소유 형태에는 뒤에 언급하는 하나의 사회에서 서로 복잡하게 얽힌 권리관계가 정해져 있는 것이 보통이고 연구상, 가장 중요한 테마로 되어 있다(河野, 1962 ; 西村, 1979 ; Polunin, 1985). 그리고 권리상의 소유de jure와 사실상의 소유de facto를 구별하는 논의(Carrier, 1980)와 사유, 公有 내지는 共有, 그리고 국유라는 구별에 관한 논의(McCayand Acheson, 1987 ; Ostrom, 1990)가 이루어져 왔다.⁶⁷⁾

67) 秋道智彌, 前掲書 : pp.273~274

전근대 사회에서는, 토지·산림·원야·하천 등에 대한 각각의 『物』의 성질·효용에 따라, 또 각각의 주체에 따라, 한정된 다른 내용의 권리가 성립되었으며(예컨대, 경지에 대해서는, 甲은 경작할 권리와 그에 따르는 지대 지급 의무를 지니며, 乙은 경작자로부터 지대를 받을 권리를 지닌다), 그리고 이들의 권리는 말하자면 병렬적으로, 넓은 의미에서의 『소유』로 불리고 있다(예컨대, 지대징수권자는 상급소유권 ‘Obereigentum’ 혹은 직접소유권 ‘dominium directum’을 지니고, 지대를 지불하는 경작권자는 하급소유권 ‘Untereigentum’ 혹은 이용적 소유권 ‘dominium utile’을 가진다).⁶⁸⁾ 따라서, 하나의 『物』 위에 중첩하여 몇 개의 『소유권』이 성립할 수 있고, 이것은 현대의 『사적 소유권』제도에 있어서는 하나의 물건상에서는 전포괄적인 지배를 내용으로 하는 단 하나의 『소유권』 밖에 성립할 수 없는 것과 비교할 때, 매우 특징적이다.

유럽에서는 적어도 1609년 이후 문서와 법에 의한 제도화가 두드러진다. 유럽세계에서는 적어도 1609년에 Grotius에 의하여 해양자유의 원칙(Mare Liberum)이 선언된 이후 바다의 자원은 본래 누구의 것도 아닌 공유재산이라고 하는 인식이 일반화되어 있었다. 1635년에는 Selden이 고대 로마에 수역(水域)이 사유화되어 있었던 예를 인용하여 해양자유의 원칙은 자원고갈을 불러 일으킨다고 하는 반론을 제기하였다. 그러나 Grotius의 학설은 그 후 유럽의 주류를 형성하였다.⁶⁹⁾

일본 각지에는 적어도 근세 이후 관습에 따른 어업제도가 존속해 왔다(三野瓶, 1981). 현재, 어업법에서 정해져 있는 공동어업권 어업의 형태도 메이지시대와 더욱 오래된 근세·중세의 어장 이용에까지 거슬러 올라가서 생각할 수 있는 경우가 있다(Ruddle and Akimichi, 1989). 전국에 산재하는 방대한 양의 포방문서(浦方文書)와 어장 이용

68) 川島武宜, 日本人の法意識(岩波新書 A43 : 1967・1990), p.64

69) 秋道智彌, 海洋人類學 : p.260

을 둘러싼 분쟁기록은 어업권을 둘러싼 긴 역사가 일본에 존재해 왔다는 것을 증명하고 있다. 일본에서는 ‘연안해안은 마을 소유, 먼바다는 공동입어’가 18세기 법령에 있는 것처럼 바다는 마을 소유의 연안해역과 공동입어를 원칙으로 하는 공동이용 관행이 확립되어 있었다. 거기에다 문서와 법으로 정비되어 제도화가 두드러진다.⁷⁰⁾

자연자원에 대한 경제적 개념과 법적 개념이 때로 일치하지 아니하고 소유의 법적 형식이 다의적이기 때문에 자연자원의 소유와 이용을 명료하게 개념짓기가 어렵다. 자연자원을 국가소유라고 규정한다면, 국가는 국가 성립과 동시에 그 이전부터 존재하던 다른 주체들의 수산자원에 대한 권리를 양수한다는 법적 선언이 필요한데 실제 이러한 선언은 그 실례를 찾기가 어렵다. 수산자원의 국가소유설은 1987년의 헌법규정과 일치하지 아니한다. 자연자원의 개발과 이용에 관한 일반 원칙을 규정한 1987년의 헌법(제120조제1항)은 수산자원에 대하여 국가가 특허할 수 있다고 규정하고 있으나 “국가가 특허할 수 있다”는 수권조항이 바로 국가소유의 법적 근거가 될 수는 없다.

현행 헌법에서 규정하는 “공공복리”(1987년의 헌법 제23조제2항·제37조제2항) 또는 “공공필요”(헌법 제23조제3항)의 개념 속에 내포되어 있는 “공공”(公共)이라 함은 집합명사로서의 “국민” 일반을 지향한다고 보아야 할 것이다. 자연자원은 배타적 지배의 객체가 되기 어렵기 때문에 소유권의 대상으로 규정할 수 없으며 따라서 이를 국유로 파악하거나 민법 또는 행정법상의 공유의 대상으로 파악할 수 없다. 대부분의 자연자원은 경제학적으로는 공유재(common goods)에 해당하지만 경제학에서 의미하는 공유와 민법·행정법에서 의미하는 공유는 다른 개념이다. 채집·채취 이전의 자연자원은 - “공유물”과의 혼선을 피하기 위하여 그리고 소유의 객체가 아님을 명확하게 하기 위하여 - “공공용물”로 표현하여야 할 것이다.

70) 秋道智彌, 前掲書 : p.259

2) 법경제학적 고찰

물, 공기, 토양 등 제반 자연자원 내지는 생태자원은 공중(public)이 소유하는 자원으로 보아야 할 것이다. 즉, 자연자원의 다양한 소유형태인 공유재(common), 자유접근재(open access), 공동체자산(community), 및 사유재산(private ownership)은 모두 공중이 소유한 자원이다. 이를 공중이 국가에 신탁한다는 공공신탁원리를 도입한다면, 국가에는 자연자원 관리에 대한 수탁의무가 지워지고 국가는 가해자에 대해 손해배상의 권리를 갖게 된다. 결국, 국가는 자연자원의 관리자이자 손해배상 청구자가 된다(최미희, 2005).

자연자원에 대한 재산권 설정이 모호한 결과 현행 제도에서는 환경오염에 따른 사적 재산권과 신체의 피해만을 손해배상의 대상으로 하는(환경정책기본법) 한계에 처해 있다. 그러다 보니 자연자원의 다양한 소유형태인 공유재(common), 자유접근재(open access), 공동체자산(community)은 그 손해배상의 대상에서 누락되고 있다. 각종 환경오염이 야기하는 자연자원 피해를 최소화함과 동시에 자연자원의 지탱가능성을 보장하기 위해서는 자연자원을 손해배상의 대상으로 명시할 필요가 있다. 예컨대, 갯벌의 간척 시 자연자원인 갯벌을 부득이하게 소멸시킬 수밖에 없는 상황에 처한 경우, 동 사업이 야기하거나 야기할 가능성이 있는 재산적 피해에 대해서는 현행법상 손실보상의 대상이지만 갯벌의 공익적 가치는 보상의 대상이 아니므로 현 제도가 갯벌 보전의 유인을 제공하지 못함하고 있다. 향후 손실보상의 범위에 생태적 손해(발생하거나 발생할 가능성이 있는 손해)를 포함시키도록 할 필요가 있다.

뿐만 아니라 손해배상액 평가 및 배상방법과 관련한 지침서를 마련하도록 할 필요가 있다. 미국의 경우 NOAA에서는 평가에 관한 다양한

지침서를 개발하여 사전평가(preassessment), 피해평가(injury assessment), 복원(restoration), 보상 방식(compensation formulas), 및 국가환경정책법 준수(NEPA compliance)에 대한 초안으로 이용토록 하고 있는데, 이러한 방식의 적용가능성 검토를 통하여 우리 여건에 알맞은 평가지침서의 고안을 요한다.

3) 植民時代의 遺産

① 日・韓通漁協定

우리나라가 주권국가로서 근대식 어업 법제를 시행하기 이전에 일본식 어업법제가 우리나라의 공유수면에 통용되었다. 大韓帝國과 日本國은 1908년 10월 13일에 다음과 같은 요지의 『日・韓 通漁에 관한 協定』을 체결하였다 : ①日本國 臣民은 沿海・江灣・河川 및 湖池에서 韓國 臣民은 日本國의 沿海・江灣・河川 및 湖池에서 어업을 영위할 수 있다 ②兩國의 일반 臣民으로서 다른 일방의 版圖內에서 어업을 행하는 자는 그 어업을 영위하는 곳에서 시행하는 법률을 준수하여야 한다 ③韓國의 어업에 관한 법규 중 司法裁判所의 직권에 속한 사항은 日本國 臣民에 대해서는 당해 일본관청에서 이를 집행한다 ④明治 22년 11월 13일에 조인한 韓・日 兩國 通漁規則 기타 兩國의 通漁에 관한 協定은 모두 이를 폐지한다.

② 大韓帝國의 漁業法

1908년 11월 11일의 大韓帝國 『어업법』(법률 제29호/시행 1909.4.1)은 우리 나라 최초의 근대식 수산업법에 해당한다. 이 법은 『어업』을 “영리의 목적으로 수산동식물을 채포 또는 양식하는 업”(제1조)으로 규정하고 어업제도를 면허어업, 허가어업 및 신고어업으로 구분하는 한편 어업을 국가관리로 규율하였다. 이 법은 이전에 한국과 일본 간

에 체결되었던 어업에 관한 협약들은 폐지하는 대신에 1908년 10월의 『日·韓 通漁에 관한 協定』을 수용하였다. 그 결과 일본인들은 별도의 출어절차 없이 한국인과 동등한 자격으로 한국 연안 및 내수면에서 자유롭게 어업을 할 수 있게 되었다. 또한 일본인들은 어업면허(제 2조)를 취득함으로써 어업권어업[양식업을 포함한다]도 경영할 수 있게 되었다.

③ 漁業令과 漁業取締規則

韓日合邦으로 인하여 한국의 어업법 질서는 다시 변화를 겪었다. 1911년 6월 3일에 조선총독부에 의하여 공포된 어업령(1912.4.1시행)은 일본의 明治 漁業法⁷¹⁾을 답습하였다. 이 영에서는 어업조합 설립규정들을 신설하여 어촌어업을 어민들의 집합체를 통하여 관리하고자 하였다. 또한 어업령의 위임을 받아 제정된 漁業取締規則(1911.6.3. 조선총독부령 제68호)은 수산동식물의 번식보호와 어업질서 유지를 목적으로 특정어업의 금지구역과 금어기·정치망의 보호구역 등을 규정하였다. 1929년 1월 26일에는 『조선어업령』(1930년 시행)이 제정되어⁷²⁾ 舊어업령을 대체하였다.

④ 入漁慣行

1929년의 朝鮮漁業令에서는 “전용어업의 어업권자는 종래의 관행에 의하여 그 어장에서 어업을 하는 자의 입어를 거절할 수 없다”(제 25조)고 규정하여 入漁慣行을 보호하였다. 아울러 입어자가 입어료 지급을 해태한 때에는 그 지급을 마칠 때까지 어업권자는 입어를 정지시킬 수 있으며, 입어자가 계속하여 3년 이상 입어료의 지급을 해태

71) 明治 漁業法은 1910년 4월에 제정 공포되어 1911년 4월부터 시행되었다.

72) 1929년의 朝鮮漁業令은 어업 침해로 인한 손실에 대하여 보상 규정(제61조)을 도입함으로써 진일보된 모습을 선보이기도 하였다.

한 때에는 어업권자는 그 입어를 거부할 수 있다(제28조).

2. 자원자원의 특허

(1) 자원특허의 의의

특허에는 과학기술특허와 자원자원특허가 있다. 즉 새로운 고안의 발명 또는 기술적 창작물등에 대하여서는 특허법·실용신안법등을 적용한다. 이에 비하여 헌법(제120조)이 규율하는 광물, 천연자원이나 관리가능한 자연력등에 대하여서는 광업법·하천법등 각각의 해당 법률들을 적용한다. 자원자원의 개발에 관한 면허는 앞에서 언급한 바와 같이 강화상 특허에 해당한다. 특허라 함은 특정인을 위하여 권리·능력·포괄적 법률관계 기타 법상의 힘을 설정하는 행정행위이다.⁷³⁾

법령상 반드시 “특허”라는 용어를 사용하여 규정하고 있는 것은 아니며, 실질적으로 특허에 해당하지만 허가·인가·면허 등의 용어를 사용하는 경우도 적지 않다. 이러한 경우로서는 광업법상의 광업허가, 수산업법·내수면어업개발촉진법상의 어업면허⁷⁴⁾, 토지수용법상의 사업인정, 하천법상의 하천점용허가, 공유수면매립법상의 공유수면매립면허⁷⁵⁾, 여객자동차운수사업법에 의한 자동차운수사업면허⁷⁶⁾, 지방재정법상의 행정재산의 사용·수익에 대한 허가⁷⁷⁾ 등이다.

73) 특허의 개념을 세분하여, i) 새로운 권리를 설정하는 행위(예: 공기업의 특허, 공물 사용권의 특허, 토지수용권의 설정, 광업허가, 어업면허 등), ii)능력을 설정하는 행위(공법인을 설립하는 행위), iii)포괄적인 법률관계를 설정하는 행위(공무원의 임명, 입학허가, 귀화허가 등)으로 나누고, 이 중에서 i)새로운 권리를 설정하는 행위를 협의의 특허(Konzession)라고 하기도 한다: 정하중, 행정법총론, 법문사, 2002,221면.

74) 대판 1999.5.14, 98다14030.

75) 대판 1979.8.28, 79누74.

76) 대판 1997.1.21,95누12491.

77) 대판 1998.2.27,97누1105: “공유재산의 관리청이 행정재산의 사용·수익에 대한 허가는 순전히 사경제주체로서 행하는 사법상의 행위가 아니라 관리청이 공권력을 가진 우월적 지위에서 행하는 행정처분으로서 특정인에게 행정재산을 사용할 수

특허의 운용은 자연자원의 성질에 따라 약간씩 다르다. 자연자원중 산림자원[나무]에 대하여서는 허가주의를 적용한다. 현행법상 나무[立木]는 특정 및 공시가 가능하기 때문에 분리이전에는 독립된 부동산으로 취급된다. 나무에 대하여서는 산림보전을 위하여 벌목을 일반적으로 금지하고 특정한 경우에 벌목을 허가한다. 한편, 물은 자연상태에서 취수[분리]하기 이전에는 그 대상을 특정하기 곤란하며 따라서 독립된 재산권을 설정할 수가 없다. 따라서 자연상태의 물은 소유의 대상이 될 수 없고 이용의 대상일 뿐이다.

(2) 자원특허의 성질

특허의 성질에 관하여 재량행위 내지 자유재량행위로 보는 것이 관례⁷⁸⁾·다수설이다.⁷⁹⁾ 특허는 특정인에게 법상의 힘을 부여하는 행위이기 때문에 일정한 사유가 존재하는 때에는 특허를 행하도록 법령에 규정되어 있는 경우를 제외하고는 재량행위 내지 자유재량행위라고 한다.⁸⁰⁾

한편, 특허는 형성적 행위의 일종으로 보는 것이 통설이다. 명령적 행위와 형성적 행위가 서로 접근하여 허가와 특허가 상대화하는 경향이 있지만, 허가과 특허는 다음과 같은 차이가 있다.

- 허가가 신청 없이도 행하여질 수 있음에 반하여 특허는 반드시 신청을 요한다.

있는 권리를 설정하여 주는 강학상 특허에 해당한다.”

78) 대판 1979.8.28. 선고 79누74 판결: “공유수면매립면허와 같은 기속적 행정행위가 아닌 재량적 행정행위에 있어서는, 법령상의 근거가 없다고 하더라도 거기에 부관을 붙일 것인가의 여부는 당해 행정청의 재량에 속한다고 할 것이다.”; 대판 1997. 1. 21. 선고 95누12941 판결.

79) 김철용, 행정법 I, 박영사, 2000, 145면.

80) 예컨대 광업법 제19조 내지 제24조, 수산업법 제13조가 이에 해당한다. 물론 이러한 다수설의 견해에 대하여 확일적으로 말할 수 없다는 유력한 비판이 있다: 상계서, 145면.

- 허가가 불특정 다수인에 대하여도 행하여질 수 있음에 반하여 특허는 반드시 특정인에 대하여 행하여진다.
- 다수설이 허가를 기속행위 내지 기속재량행위로 봄에 반하여 특허는 재량행위 내지 자유재량행위로 본다.
- 허가의 효과는 언제나 금지의 해제라는 공법적인 것에 반하여 특허의 효과는 공권의 설정이라는 공법적인 것과 사권의 설정이라는 사법적인 것이 있다.
- 허가를 받은 자가 누리는 사실상의 일정한 독점적 이익이 아직도 반사적 이익으로 보는 경향이 강함에 반하여 특허를 받은 자가 누리는 이익은 법상의 힘으로서의 권리 이익이다.
- 허가를 받은 자에 대한 감독이 소극적임에 반하여 특허를 받은 자에 대한 감독은 적극적이다.
- 허가를 받은 자에 대하여는 특전이 없음에 반하여 특허를 받은 자에 대하여는 일정한 특전이 부여되는 경우가 있다.

특허는 인가와와는 성질상 법적 행위·법률행위적 행정행위·형성적 행위이고, 절차상 신청을 전제로 하며, 처분의 형식에 의하고, 행위의 유효요건이라는 점에서 동일하다. 그러나 특허는 직접 상대방을 위한 행위이지만 인가는 타인을 위한 행위이고, 특허는 상대방에게 권리를 발생시키지만 인가는 사인이 의욕하는 법적 효과를 완성시켜 준다는 점에서 차이가 있다.⁸¹⁾

(3) 자원특허의 효과

특허는 특정인에게 권리 기타 법상의 힘을 설정한다. 설정되는 권리는 공권인 것이 보통이나 광업허가로 설정되는 광업권과 같이 사권이 경우도 있다. 인적 특허의 효과는 일신전속으로 移轉性이 인정되지

81) 상계서, 209면.

아니하나, 물적 특허의 효과는 물적 사정에 변경이 없는 한 이전성이 인정된다.⁸²⁾ 특허를 인정한 당해 법률의 개정 또는 다른 법령에 의하여 제한 또는 금지되는 사유로 특허기간의 갱신이 거절된 경우, 이 불허가처분으로 인한 손실보상에 대하여 판례는 소극적이다.⁸³⁾ 특허에 대한 부관의 유효성이 인정된다.⁸⁴⁾ 특허의 기준 설정에 관한 재량도 인정된다.⁸⁵⁾ 일부 자원에 대하여서는 물권설정이 가능하다. 예컨대, 광업법상 광업권은 매장량/부존위치등이 비교적 명확하기 때문에 저장권의 대상이 된다(제13조). 파생적 권리인 조광권은 담보설정이 허용되지 아니한다(제52조제2항). 수산업법상 어촌계 또는 지구별조합의 어업권은 담보가 금지된다(제19조). 개인 어업권에 대하여서는 민법상 “질권”규정이 적용되지 아니한다(제15조제3항).

(4) 자원특허의 내용

1) 광업

광업권설정의 출원은 광업법에 의하여 규율된다. 광업권의 설정을 받고자 하는 자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 산업자원부장관에게 출원하여 그 허가를 받아야 한다(제17조제1항). 동일한 구역에서 2

82) 김철용, 전게서, 147면.

83) 대법원 1999. 5. 14. 선고 98다14030 판결 : “해당 수면이 다른 법령에 의하여 어업행위가 제한 또는 금지되는 사유로 내수면어업개발촉진법에 의한 어업면허에 대한 면허기간의 갱신이 거절되었다는 사정만으로 같은 법 제81조 제1항 제1호를 준용 또는 유추적용하여 어업면허권자에게 손실보상청구권을 인정할 수는 없다.”

84) 대법원 1979.8.28. 선고 79누74 판결 (매립공사준공인가유보처분취소) [집27(2)행 130,공1979.11.1.(619),12197] : “기속적 행정행위가 아닌 재량적 행정행위에 있어서는, 법령상의 근거가 없다고 하더라도 거기에 부관을 붙일 것인가의 여부는 당해 행정청의 재량에 속한다고 할 것이다.”

85) 대법원 1997. 1. 21. 선고 95누12941 판결 (개인택시운송사업면허제외처분취소) [공1997.3.1.(29),658] : “...면허는 특정인에게 특정한 권리를 설정하는 행위로서 법령에 특별한 규정이 없으면 행정청의 재량에 속하고, 그 면허를 위하여 정하여진 순위...기준을 설정하는 것도 행정청의 재량에 속한다.”

종 이상의 광물을 채굴 및 취득하고자 할 때에는 각종의 광물마다 제 1항의 규정에 의한 출원을 하여야 한다. 다만, 동일광상 중에 부존하는 2종이상의 광물을 채굴 및 취득하고자 할 때에는 그러하지 아니하다(제17조제3항).

정부는 공익상 이유등으로 광업권을 설정하지 아니할 수 있다. 산업자원부장관은 광업권설정의 출원구역의 광물채굴이 공익을 해한다고 인정되거나 산업자원부장관이 정하여 고시하는 광종별 광체의 규모 및 품위에 미달되는 때에는 광업권의 설정을 허가하지 아니한다(제29조제1항). 산업자원부장관은 제39조제7항의 규정에 의한 구역안에 있어서 광업이 국가중요건설사업에 지장이 있다고 인정할 때에는 광업권설정의 출원구역을 감소하여 허가하거나 광업권설정을 허가하지 아니할 수 있다(제29조제2항).

조건부허가가 있을 수 있다. 산업자원부장관은 광업권설정을 허가함에 있어서 광업의 합리적 개발 또는 다른 공익을 고려함이 필요하다고 인정하는 때에는 일정한 조건을 붙여 허가할 수 있다(제29조의2). 공익상 이유에 의한 취소처분도 인정된다. 산업자원부장관은 광업이 공익을 해한다고 인정할 때에는 광업권의 취소 또는 광구의 감소처분을 하여야 한다(제39조제1항). 산업자원부장관은 국가중요건설사업지 또는 그 인접지역안의 광업권이나 광물의 채굴이 국가중요건설사업에 지장을 초래한다고 인정할 때에는 광업권의 취소 또는 당해 지역안의 광구의 감소처분을 할 수 있다(제39조제2항). 이 경우에 손실보상이 주어진다(제39조제3항 및 제4항).

2) 조 광

동일한 광업권에는 광업법 제35조제1항 또는 제55조제1항 단서의 경우를 제외하고는 2 이상의 조광권을 설정할 수 없다(제56조제1항). 조광권을 설정하고자 할 때에는 조광권자가 되고자 하는 자와 광업권

자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 산업자원부장관의 인가를 받아야 한다(제57조제1항). 광업권자가 광구의 감소·분할·합병·폐업 또는 등록을 한 광종의 감소의 출원을 하고자 할 때에는 조광권자의 동의를 얻어야 한다(제58조).

3) 해저조광

해저광물자원개발법은 탐사권 및 채취권을 “해저조광권”으로 규정한다(제5조). 탐사권을 설정하고자 하는 자는 산업자원부장관에 출원하여 그 허가를 받아야 한다(제12조제1항). 탐사권의 존속기간은 탐사권의 설정일로부터 10년을 초과할 수 없다. 다만, 불가항력으로 인하여 해저광물의 탐사가 불가능하였을 때에는 산업자원부장관의 허가를 받아 그에 상당하는 기간 이를 연장할 수 있다(제9조).

탐사권자는 해저조광구에서 탐사한 결과 경제적인 가치가 있는 광상을 발견하였을 때에는 탐사권의 존속기간만료 3월전까지 채취권의 설정을 산업자원부장관에게 출원하여 그 허가를 받아야 한다(제14조제1항). 채취권의 존속기간은 채취권의 설정일로부터 30년을 초과할 수 없다(제10조제1항). 이 존속기간은 산업자원부장관의 허가를 받아 5년씩 2차에 한하여 연장할 수 있다. 다만, 불가항력으로 인하여 해저광물의 생산이 불가능하였을 때에는 산업자원부장관의 허가를 받아 그에 상당하는 기간 이를 연장할 수 있다(제10조제2항).

채취권설정은 해저광물의 경제적 가치와 당사자의 경영능력을 기준으로 허가된다. 산업자원부장관은 채취권의 출원이 있을 때에는 출원인이 탐사기간중 성실히 탐사업무를 수행하였고 발견된 해저광물이 경제적 가치가 있으며 채취업무를 충분히 수행할 수 있다고 인정될 경우에 한하여 이를 허가한다(제15조제1항). 조건부 허가가 가능하다. 산업자원부장관은 탐사권설정이나 채취권설정에 대한 허가에는 조건과 부담을 붙일 수 있다(제16조).

4) 골재채취

골재채취는 허가대상이다. 골재를 채취하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 관할 시장·군수 또는 구청장(배타적경제수역법 제2조의 규정에 의한 배타적경제수역에서의 골재채취 및 제34조의 규정에 의한 골재채취단지에서의 골재채취의 경우에는 건설교통부장관을 말한다)의 허가를 받아야 한다(제22조제1항 본문). 다만, (1)다른 법령에 의하여 시행하는 사업에 따라 부수적으로 골재를 채취하는 경우 또는 (2)긴급을 요하는 재해복구와 군사시설, 마을단위의 공익사업 및 이에 준하는 경우로서 대통령령이 정하는 범위안에서 골재를 채취하는 경우에는 허가를 받지 아니한다.

골재를 채취하고자 하는 구역이 광업권설정구역과 중복되는 경우 골재채취의 허가를 받고자 하는 자는 광업권자 또는 조광권자의 동의를 얻어야 한다. 다만, 산업자원부장관이 인정하는 전문조사기관의 조사결과 광물채굴이 경제적 가치기준에 미달하거나 광물채굴과 골재채취가 작업상 서로 지장이 없다고 판명되어 산업자원부장관의 승인을 얻은 경우에는 그러하지 아니하다(제22조제2항).

시장·군수 또는 구청장은 골재채취의 허가를 받고자 하는 구역이 제22조의2의 규정에 의한 골재채취금지구역 또는 다른 법령에 의하여 골재채취가 금지된 구역에 해당하는 경우, 국토 및 자연의 보전, 문화재 및 국방시설등 국가의 중요한 시설의 보호, 수질오염의 방지 기타 공익상 필요에 의하여 대통령령이 정하는 구역에 해당하는 경우에는 허가를 하여서는 아니 된다(제22조제3항).

(5) 특허의 상대성

특허에 의한 권리와 허가에 의한 권리는 점차 상대화된다. 예컨대, 면허가 아닌 허가의 대상이 되는 어로활동이라고 하여 권리성이 부정

될 수 없다. 면허어업과 허가어업의 주된 차이는 어로방법·어종 및 장소성(placity)이다. 어로방법의 차이는 허가의 권리성을 부인하는 기준으로 작용하기 어렵다. 환경규제의 목적이 아니라면 어종이 다르다고 하여 권리의 존부에 차등을 두기는 어렵다. 장소성에 따라 법률상 보호법익이 있다 없다고 보는 것도 무리가 있다. 허가어업의 경우에는 장소성이 약화되기 때문에 면허어업에서 인정되는 배타적 지배권이 인정되기 어렵지만 그렇다고 하여 보호받을 법익이 사라지는 것은 아니다. 요컨대, 면허와 허가를 구분짓는 결정적 기준은 존재하지 아니하며 허가의 대상이라고 하여 권리성이 부정될 수도 없다.

실정법은 면허·인가·허가·신고 등의 법률용어를 그 본질개념에 따라 정치하게 구분하여 쓰지 아니한다. 어업권의 범주에 어업면허만 포함시키고 어업허가 내지 어업신고에 대하여서는 권리성을 명확하게 규정하지 아니함은 실제 어민들이 허가어업이나 신고어업에 대하여 가지고 있는 기대이익을 충분히 설명하지 못하고 있다. 생각컨대, “면허어업권”과 “허가어업권”은 물권성의 여부 즉 권리의 강약·광협에서 차이가 난다. 또한 특정 어업권에 대한 물권성의 존부 및 민법상 토지 관련 규정들의 준용은 입법정책적인 선택일 뿐 해당 권리의 연혁이나 본질과 직접적인 관련이 없다. 변화된 실체[사회경제관계]를 반영하기 위하여 어업에 관한 자유와 권리의 근본적 재조명이 필요하다.

3. 공공신탁법리

“자연은 조상으로부터 물려 받은 것이 아니라 미래세대로부터 신탁 받았다”는 고대 인도의 철학사상과 맥락을 같이하고 미국 판례법에서 비약적 발전을 이룩한 공공신탁법리는 자연자원 관리의 주요한 원칙으로 기능한다. 역사적으로 각국의 법률이나 관습은 일정한 자원을 사적 소유의 대상으로 삼을 수 없는 주민 모두의 소유에 해당하는 공공의 재산(public commons)으로 간주하였다. 이러한 관념은 전통적인

공공신탁의 핵심을 형성한다. 유스티니아누스의 『로마법대전』에 의하면, “해양과 바닷가는 유수 및 공기와 마찬가지로 자연의 법률(res communes : law of nature)에 의하여 배타적인 사적 소유의 대상으로 될 수 없다”.⁸⁶⁾ 이후 유럽 각국들의 법전이나 관습들은 이 원칙을 재천명하였다. 미국에서는 1787년의 政令(the Northwest Ordinance)이 이 공리(axiom)를 구체화시켜 “미시시피 강의 항행 가능한 물은 공공의 통로(common highway)이며 합중국 시민들에게 영원히 무료이다”라는 취지를 선언하였다.⁸⁷⁾ 19세기 후반 美國 연방대법원의 판례이론은 환경자원의 공공성과 정부의 후견의무를 선언하고 있다 : “자연자원중 어떠한 것은 공동체의 존속과 번영에 필수불가결하므로 그 소유자는 국민 일반의 이익을 위하여 이 재산을 보전하여야 할 수탁자로서의 의무를 진다. 이러한 신탁자원은 국민 일반의 이익을 위하여 그 소유자에게 신탁되어 있다.” 따라서 공공신탁에 종속하는 사유재산권은 엄격한 제한을 받는다. 정부도 전체 국민의 이익과 관련된 재산 위에 형성된 신탁관계를 포기할 수 없다. 정부가 신탁재산의 사용과 관리를 전적으로 개인의 손에 넘김은 그 신탁관계를 포기하는 것이다.

(1) 선도적 판례

미국 연방 및 주정부는 水路규제권한에서 파생하는 擬似재산권적인 권한을 가지고 있다. 이 권한은 收用條項에 의하여 공격받을 가능성이 있는 연안 및 습지대의 정부규제를 정당화하는 것으로 환경법에 있어서는 중요한 의미를 가지는 것이다. 주차원에서는 이 擬似財産權은 이른바 公共信託의 원리에 의하여 규정되고 있다.⁸⁸⁾ 공공신탁 원리에 대한 대표적인 판례로서는 Illinois Central Railroad Co. v. Illinois,

86) J. Inst. 2.1.1

87) James Salzman and Barton H. Thompson, Jr., *op.cit.*, pp.240 ~ 241

88) Roger W.Findley and Daniel A.Farber, *Environmental Law* in a nutshell, 3rd. ed.(Westing Publishing Co.,1992), pp.292~296

148 U.S. 387(1893)을 들 수 있다. 1869년 일리노이州議會는 철도회사에게 미시건湖底 토지의 底地權을 부여하였다(이 법안이 상정된 때에는 당해 토지는 시카고시에 양도하기로 되어 있었으나 성립 전에 어떠한 이유로 양수인이 철도회사로 변경되었다). 4년 후에 주는 이 법률을 폐지하였다. 일리노이주는 이어 그 湖底 토지의 소유권을 확인하기 위한 소송을 제기하였다. 1869년법은, 아래에서 판시한 바와 같이, 동법에 근거하여 주가 토지를 보유하게 된 근거가 되는 공공신탁의 원리에 반하기 때문에 무효이다.

“주가 미시건호의 항해가능 수역하의 토지의 권리를 보유하고 있다고 하는 것은 …… 이미 실시한 바와 같다. 그 권리는 필연적으로 당해 토지가 사용되고 있는 동안 그 위의 수역의 규제를 수반한다 …… 이는 주민이 수역에서 항행할 있고, 또한 당해 수역에서의 통상이나 어업을 사인의 방해나 개입을 받음이 없이 행할 자유를 가지는 것이기 때문에 주민으로부터 신탁을 받아 보유하고 있는 권리이다 …… 이 신탁은 공공을 위하여 주에 위탁된 것이며, 주민이 권익을 향유하는 재산을 단지 운영·관리를 하는 것에 의해서만 그 의무를 완수하는 것이며, 당해 재산권의 양도에 의하여 그 의무가 방기되어서는 아니되는 것이다. 이 신탁을 위한 주의 관리권은 공공의 이익을 증진하는 목적에 사용되거나 또는 잔여토지나 수역에서의 공공의 이익에 큰 장애를 주지 않는 한도에서 처분할 수 있는 구획을 제외하고는 방기할 수 없다.”

(2) 법리의 발전

공공신탁이론의 발전은 캘리포니아의 다음의 세 판례에서 살펴볼 수 있다. 1928년의 *Boone v. Kingsbury*, 206 Cal.148, 273 P.797 (1928), cert.denied 280 U.S. 517(1929)에서 캘리포니아의 주고등법원은 조수의 영향을 받는 바다쪽에서의 석유굴삭을 인정하는 법률을 지지하였다.

법원에 의하면 이와 같은 개발은 공공의 이익에 합치하는 것이며, 따라서 공공신탁의 정당한 행사인 것이다. 또한 법원은 방치되어 이용되고 있지 않는 토지를 유용한 목적을 위하여 전용하도록 시민에게 권장하는 것이 공공의 이익에 합치한다는 것을 강조하였다. 법원은 이와 같은 미이용지의 예로써 溫水濕地에 관한 과거의 판례를 예시하였다.

그러나 1971년에 이르러 주 법원의 자세는 완전히 변화하였다. 법원은 *Marks v. Whitney*, 6 Cal.3d 251, 98 Cal.Rptr.790, 491 P.2d 373(1971)에서 공공신탁이론에 훨씬 넓은 의미를 부여하였다. 법원은 신탁을 운영하는 때에 주는 전통적인 토지이용의 종류에 구속되지 아니한다고 하였다. 그리고 주는 그것에 의하여 그 토지가 “과학적 연구를 위한 생태계, 자유로운 공간 및 鳥類와 해양생물에 식량과 거처를 제공하고, 그 지역의 분위기와 경관에 긍정적인 영향을 주는 환경으로써” 역할을 할 수 있도록 토지를 자연의 상태로 보존할 필요성을 인정할 수 있다. 그 결과 법원은 조수의 영향을 받는 토지의 매립·개발을 금지하기 위하여 인접지의 소유자는 소송을 제기할 수 있다고 판시하였다. 법원은 토지가 주의 사전승인을 얻거나 또는 사전승인을 얻지 않고 간척되었다하더라도 간척과 사전승인 그 자체로 공공신탁이 종료되거나 또는 문제를 무의미하게 하는 것은 아니기 때문에 소송을 제기할 수 있다고 하였다.

이후, 주법원은 *National Audubon Society v. Suprrior Court of Alpine County*, 33 Cal. 3d 419, 189 Cal. Rptr.346, 658 p.2d 709 (1983)에서 공공신탁이론에 의하여 수역의 先利用權(prior appropriation)이 제한되며, 따라서 로스앤젤레스는 호수를 완전히 간척하는 결과가 되는 것과 같은 수역이용권을 자동적으로 가지는 것으로 해석되지는 않는다고 하였다. 서부의 여러 주에서 선이용권이 거의 성역으로 되는 있다는 것을 고려할 때 이는 주목할 만한 공공신탁이론의 확장이다.

(3) 법리의 현대화

공공신탁이론은 사유지의 개발을 규제하기 위하여 이용된 유일한 재산법상의 개념은 아니다. 오래곤州的 최고법원은 海岸沿의 토지에 울타리(fence)를 설치하는 것은 오랜 관습에서 파생한 공중의 재산권을 침해하는 것이라고 판시하였다(State ex rel. Thornton v. Hay, 254 Or.584, 462 P.2d 671(1969)). 이와 같은 의견 또는 공공신탁을 적용한 의견을 단순히 수용법의 적용을 면하기 위한 기술적인 방편으로만 보아서는 아니된다. 오히려 이는 재산법 및 수용법의 기술성을 현대생활의 현실에 적응시키기 위한 노력으로 보아야 할 것이다. 사실문제로써 어떤 종류의 행위는 오랜 기간 향수되어온 공공의 이익에 관한 것이고 따라서 광범위한 정부규제에 따르는 것을 합리적으로 예견하지 않으면 아니되는 것이다. 장기간의 공공수로에 대한 공적 규제를 전제로 하면 공공수로에 대한 법적 권리를 주장하는 개인은 그 재산의 무제한적 이용에 대한 확고한 기대를 가지고 있다고는 주장할 수 없다. 이와 같이 수용법이 보호하고자 하는 어떤 종류의 확고한 기대는 어떤 문맥에서는 생기지 않는 것이다.

4. 전통적 이용권

(1) 수액의 채취

서울대학교 남부연습림 백운산 및 지리산 지역은 오래전부터 주민들에 의하여 고로쇠나무 수액을 채취하는 관행이 유지되어 왔다. 이 지방의 경우 경칩을 전후하여 2월말부터 3월 중순까지 15~20일 가량 수액 생산이 지속되고, 이 시기에 집중적으로 고로쇠나무 수액의 음용이 이루어지고 있다. 고로쇠나무 수액은 지역 주민들의 봄철 소득

에 크게 기여하고 있으며, 서울대학교측도 수액 채취를 허가하면서 일정한 수수료를 징수하고 있다(이경준 등 1997).

고로쇠나무는 목재로 사용되기도 하나, 수액을 채취하여 보신용으로 음용하고 있다. 고로쇠나무와 같은 단풍나무 수액의 음용은 우리나라 뿐만 아니라, 북미주의 동북부(미국과 캐나다)지역과 일본, 중국, 러시아 등에서도 널리 이용되고 있다. 특히 미국과 캐나다에서는 단풍나무수액을 감미자원으로 개발, 산업화하여 단풍나무물엿과 단풍나무사탕으로 이용하고 있는데 특히 사탕단풍나무로부터 수액을 채취하여 농축시켜 maple syrup으로 판매함으로써 이 지역의 농가 소득원으로 중요한 몫을 차지하고 있다.

(2) 목재의 이용⁸⁹⁾

인도네시아 할리문 지역에 사는 카사부한 사람들은 그들의 산림을 세 가지로 분류하여 관리한다. 그들은 산림을 “르엥”(leuweung)이라 부른다. 산림관리에 관한 그들의 관습은 할리문 지역민들에게 있어 후세를 위한 지속가능한 산림관리를 하는데 있어 효과적인 장치이다.

- 르엥 띠띠뻘(Leuweung Titipan): 이 지역은 인간이 간섭해서는 안 되는 지역이다. 띠띠뻘은 외부의 위협으로부터 보호되어야 하는 조상이나 신으로부터 맡겨진 어떤 것을 의미한다. 보통 띠띠뻘은 고지대나 산꼭대기에 위치한다. 카사부한인들에게 띠띠뻘은 단지 보호해야 하는 지역이 아니라 절대적으로 자연적으로 보존되고 외부의 접촉이 없어야 하는 지역이다. 이 지역은 높은 생물다양성과 수자원 함양, 생태계 균형의 중심역할을 하게 된다. 띠띠뻘은 ‘출입금지’표시로 그 경계를 알 수 있는데 이는 인간은 띠띠뻘에서 살아가는 생물의 하나로 간주하지 않는다는 의미이기도 하다.

89) Latipah Hendarti, *Ibid.*

- 르엥 뚜뚜뵤(Leuweung Tutupan): 이 지역은 필요한 경우에 한해서 활용할 수 있는 예비지역이다. 뚜뚜뵤(tutupan)은 출입문과 같이 '지나갈 수 있는, 접근이 가능한, 접근할 수 없는' 이란 뜻을 가지고 있다. 카사부한은 이 지역은 '따나 아위산'(tanah awisan)이라 부르는데, '아위산'에 대하여 "kabendon"(저주받는)이라는 생각을 가지고 있다. 뚜뚜뵤는 산의 중간부분에 위치하는데 인간은 생계를 위해 목재나 비목재 임산물을 채취하기 위하여 들어갈 수 있다. 대표적으로 활용되는 임산물에는 뿔감이나 건축자재, 라탄, 다마, 과일, 튜버, 약용식물, 티슈 등이 있다. 또한, 이 지역에서는 잘려진 나무는 즉시 새로 심게 된다.
- 르엥 가라뵤(Leuweung Garapan): 이 지역은 농경이나 혼농임업 등으로 자유롭게 이용할 수 있는 곳이다. 지역경계는 압바에 의해 결정된다. 밭경작은 경작지를 돌아가면서 사용하며 최소 3년이 지나야 다시 돌아오게 된다. 후마 스랑(Huma serang: '신성한 후마')과 같은 특정지역의 경우 동일한 벼 품종을 연속해서 경작할 수가 없다.

(3) 공동어업권

유럽에서는 적어도 1609년이후 문서와 법에 의한 수산자원의 제도화가 두드러진다. 유럽세계에서는 적어도 1609년에 Grotius에 의하여 해양자유의 원칙(Mare Liberum)이 선언된 이후 바다의 자원은 본래 누구의 것도 아닌 공유재산이라고 하는 인식이 일반화되어 있었다. 1635년에는 Selden이 고대 로마에 水域이 사유화되어 있었던 예를 인용하여 해양자유의 원칙은 자원고갈을 불러 일으킨다고 하는 반론을 제기하였다. 그러나 Grotius의 학설은 그 후 유럽의 주류를 형성하였다.⁹⁰⁾

90) 秋道智彌, 海洋人類學(서울, 민속원 : 2005), p.260

일본 각지에는 적어도 근세 이후 관습에 따른 어업제도가 존속해 왔다(三野瓶, 1981). 현재, 어업법에서 정해져 있는 공동어업권 어업의 형태도 메이지시대와 더욱 오래된 근세·중세의 어장 이용에까지 거슬러 올라가서 생각할 수 있는 경우가 있다(Ruddle and Akimichi, 1989). 전국에 산재하는 방대한 양의 浦方文書와 어장 이용을 둘러싼 분쟁기록은 어업권을 둘러싼 긴 역사가 일본에 존재해 왔다는 것을 증명하고 있다. 일본에서는 ‘연안해안은 마을 소유, 먼바다는 공동입어’가 18세기 법령에 있는 것처럼 바다는 마을 소유의 연안해역과 공동입어를 원칙으로 하는 공동이용 관행이 확립되어 있었다. 거기에다 문서와 법으로 정비되어 제도화가 두드러진다.⁹¹⁾

(4) 마을단위의 관습

인도네시아 동부에는 다양한 관습과 이용의 관행이 발달해 있다. 그 중에서 바다의 이용에 관한 관습은 “사시”(Sasi)라고 부른다(Cooley, 1962). 사시는 본래 ‘목격하다’는 의미로 연안의 자원과 육상의 자원 이용을 공동체 전체에서 규제하는 역할을 가지고 있다(Bailey and Zeuner, 1992). 사시의 대상이 되는 것은 연안자원의 해삼, 조개, 야광패 등의 저서성 자원과 전갱이와 능성어 등의 어류이다. 한편, 육상의 자원에 대해서도 사시가 적용된다. 예를 들면 그 중에는 코코야자, 아몬드, 레몬 등의 수목과 바다제비둥지, 극락조가 서식하는 수목 등이 포함된다. 인도네시아 사례에서는 저서성 자원뿐만 아니고 어류와 육상의 수목, 조류에 대해서도 적용되는 자원관리에 대하여 고찰할 수 있다. 따라서 인도네시아 사례에서는 저서성 자원뿐만 아니고 어류와 육상의 수목, 조류에 대해서도 적용되는 자원관리에 대하여 고찰할 수 있다. 사시의 특징은 이용 규제의 대상이 되는 자원의 종류와 그 규제방법과 시기 등이 촌락별로 독립해서 정해진다는 점이다. 즉 사

91) 秋道智彌, 前掲書 : p.259

시는 마을별로 독자적인 내용을 가지고 있다. 사시의 관행이 보이는 것은 대체로 인도네시아 동부 일원의 몰루카 제도와 이리안·자야 일 부이고 사시의 대상이 되는 자원의 종류가 마을별 혹은 지역별로 다 르고 그 운용방법도 다양하다.⁹²⁾

(5) 국립공원의 이용

공유지에 대한 입장료는 공공 정책의 효율성과 형평성 사이의 어떤 것을 취하고 어떤 것을 버릴까를 결정해야 하는 기본적인 문제를 야 기한다. 특히 국립공원은 공유지에 대한 전통적 이용과 정부관리가 마찰을 빚는 영역이다. 입장료는 국립공원을 관리하는데 필요한 수입 을 올리기 위해 가장 효과적인 방법이다. 대부분이 사람들이 공원을 이용하고 공원에서 직접 이익을 얻는 사람들이 마땅히 비용을 지불해 야 한다고 생각한다. 이를 ‘사용자 지불 원칙’이라 부른다. 하지만 입 장료는 저소득 그룹에게 불공평하게 작용할 수 있다. 저소득 그룹이 공원을 즐길 기회를 박탈하기 때문이다. 미국의 한 연구 결과에서는 사용자 요금이 폭넓게 받아들여지지만, 입장료는 사실상 저소득층이 자원 소비를 통한 휴양의 기회를 줄인다고 말하고 있다.⁹³⁾

국립공원의 입장료가 폐지된다면, 세수입을 통해 공원을 관리하고 유지하는 데 필요한 비용을 해결해야 한다. 만약 공원 관리 비용을 해결하지 못한다면 해당 공원의 환경을 악화시키는 결과를 초래할 것 이다. 국립공원의 입장료가 폐지되지 않는다면 저소득층의 입장료 부 담을 누그러뜨리는 데 필요한 정책을 법으로 정해야 할 것이다. 저소 득층 방문객을 대상으로 특정한 날을 정해 무료입장이나 원래 가격보 다 낮게 입장료를 받는 것이 하나의 예가 될 수 있겠다.

92) 秋道智彌, 海洋人類學 : p.266~267

93) T. and Stevens, T. 2000. Do user fees exclude low income people from resource based recreation? *Journal of Leisure Research* 32(3):341-357

5. 원시어로의 부활

(1) 어살의 이해

“어살”(지역에 따라 어살은 “돌살” 또는 “독살”로 불리기도 한다)의 정확한 족보는 함정 어구류 중에서 장벽 함정류에 속한다. 한국식 분류법에 따를 경우에도 어살은 함정어구에 속한다.⁹⁴⁾ 어살은 만이나 해안의 彎曲部에서 고기의 경로를 차단하거나 막기 위해 돌담을 쌓은 것이다. 이것은 조석간만의 차가 커서, 물이 썰면 밑바닥까지 드러나는 서해안의 조간대 갯벌에서 주로 이루어졌다. 그렇다면 어살, 그리고 魚梁의 여러 관계부터 살펴볼 필요가 있다. 돌살과 어살, 어량은 자주 혼동되어 쓰기도 하고 때로는 같은 뜻을 지니기 때문이다.⁹⁵⁾



94) 근년의 한국 현대어법에서는 ‘상업성이 전혀 없는’ 돌살은 제외하고 있다. 함정 어구류 안에 ①은신함정류, ②울타리류, ③가두리그물류, ④기계적 함정류, ⑤통발류, ⑥고리테그물류, ⑦어살류, ⑧낙말류 등으로 구분하였다. ⑦어살류(Weirs) 안에는 참나무 말목과 그물을 이용한 어전, 그리고 남해안의 죽방렴을 포함시켰다(국립수산과학원, □□한국어구도감□□, 2002).

95) 주장현, □□돌살□□(들녘 : 2006), p.205

(2) 어살의 역사

어살은 고대사회로부터 현재에 이르기까지 오랜 전통을 지닌 고기잡이 방법이다. 조수간만의 차가 크고 오목하게 들어간 포구에 대나무나 싸리나무, 돌멩이 따위로 보를 막아서 고기를 잡던 어로방식이다. 밀물에 밀려온 고기들이 썰물이 빠져나가면서 그 안에 갇히게 되는 원리를 이용한 것이다.

고대부터 연근해에서 고기잡이에 낚시·그물·작살 따위가 사용된 게 분명하나 그에 못지않게 어살도 중요한 도구였다. 어살에는 돌로 막은 독살(돌살, 돌발), 대나무로 만든 죽살 따위의 다양한 종류가 있으며 바닷물 속에 대나무나 갈대발을 세워 물고기를 잡는 방법도 어살의 일종이다.

서해안 일대의 어살은 본디 “독살”이었다가 나중에 대나무나 싸리나무로 바뀐 것으로 전해진다. 진산리 개천과 몽산포 앞바다 그리고 양잠리와 달산리 광천이마에 1960년대 초까지 어살이 있었다.[남면지, 2006: 486]

(3) 어 법

예부터 바다를 이용하여 살아온 조상들은 오랫동안 원시적인 방법으로 어패류를 채취하며 살아왔다. 때문에 대량으로 포획하거나 치어까지 잡는 일이 자연적으로 제어되어 왔기에 철따라 바닷가에는 각종 어패류가 밀려들었다. 하지만 1960년대부터 문화와 문명의 발달이 가속도로 밀려들자 해양자원은 고갈되어 갔으며 할 수 없이 대안으로 양식사업이나 외국에서 수입함으로써 부족분을 충당하고 있는 실정이다. 돌을 쌓아 고기를 잡는 독살로부터 댕가지나 싸리나무를 엮어 만든 죽살 그리고 점차 그물을 이용하여 대량 포획하는 시설들로 변천을 가져왔다.[남면지, 2006: 489]

(4) 어살의 소유와 운영

어살은 공동체적 소유관행에 못지 않게 개인적 소유관행도 만만치 않았다. 조선시대 대부분의 미역바위[簗田]들이 그러하였듯이⁹⁶⁾, 어살에서도 공동체적 이용과 개인적 소유가 뒤섞여 있다. 어살의 보수 및 어획물 분배 관행에서도 공동체성과 개인성이 혼재하는 양상을 보인다. 공동체적으로 운영하는 경우에는 마을민이 합심하여 도와주고 나중에 고기가 많이 들면 고기를 얻어가는 방식도 있다. 대개의 어살은 1년에 1번씩 대대적인 보수를 해야 한다. 겨울에 ‘놀’이 심하니까 많이 무너지게 마련이며, 봄이 되면 고기들이 ‘난동할 때’이므로 보수해 준다. 서천 장포리 돌살의 경우, 개인소유로 이어진다. 다만 돌살이 위치한 할미섬 주위는 마을에서 공동으로 관리하는 천혜의 자연 굴밭으로 어촌계 공동구역이다. 공동구역 안에 독자적인 개인적 권한이 관습적으로 이어지고 있다. 관행적으로 이루어지는 공동어장에 관해서는 마을공동체의 공동이용이 적용되고, 전통적으로 개인적으로 이루어지던 개별 어살에 관해서는 개인의 권한이 인정되는 복합적인 상태이다.

96) 전재경·이종길, □□어촌사회의 법률관계□□, 한국법제연구원, 1997, p.255.

제 5 장 자율적 관리 모델의 발전방향

自律的 管理란 타율 즉, 법과 같은 외부적 강제질서에 의하지 아니한 관리를 의미한다. 이 장에서는 경제원리에 기초한 시장기구에 의한 자연자원의 관리 또는 관습질서에 기초한 공동체에 의한 자연자원의 관리를 “자율적 관리”로 단정하고, 실정법에 의한 명령통제형의 타율적 관리모델의 한계를 넘어 자율적 관리로 나아갈 수 있는 가능성과 경로를 모색한다.

1. 정부와 시장의 실패

자연자원관리 영역에서 “공유지의 비극”으로 인한 시장의 실패가 발생하면 이를 보정하기 위한 장치로서 정부규제를 강화시킨다. 명령통제형 관리 시스템의 비효율로 인하여 다시 “정부의 실패”가 발생할 경우에 규제완화를 통한 시장기구를 확대시킨다. 남미나 서남아시아의 사례에서 알 수 있는 바와 같이 경쟁법이나 계약법에 의하여 규율되는 자연자원 영역은 이미 시장이 아닌 힘의 논리가 작용한다. 보호구역이나 물관리를 둘러싼 도처의 갈등들은 정부의 실패를 시사한다.

(1) 원주민 공동체와의 협약 : 캐나다

北아메리카 인디언들의 토지와 자연자원이용에 관한 자유와 권리를 규율하는 캐나다의 실정법 사례들은 자연자원을 둘러싼 경제주체 상호간의 역할분담 가능성을 시사한다. 캐나다는 인디언들의 공동체와 토지이용 및 석유·가스에 관하여 3개의 실정법을 제정·운용한다.⁹⁷⁾ 이 법률들에서 캐나다 정부는 인디언들의 자유와 권리에 관한 정체성

97) Canada Indian Act (R.S.1985, c. I-5), Indian Lands Agreement(1986)Act(1988, c.39) 및 Indian Oil and Gas Act (R.S., 1985,c. I-7)

과 한계를 설정하지만 구체적인 생활관계들에 대하여서는 부족들의 전통과 재량에 맡긴다.

1985년의 캐나다 인디언법(Indian Act)은 인디언들의 자격(신분)과 공유지 그리고 상속·유언·후견·재정·금융 등의 생활관계를 규율하는 한편 조직체의 구성과 운영을 규율한다. 이 법은 공유지(reserve)의 현상을 변경하지 아니하는 범위 내에서 토지의 이용을 허용한다. 공유지 안에서의 생산과 매매 또는 교환은 감독청(superintendent)의 문서에 의한 승인을 요한다(제32조제1항). 주무장관은 명령(order)으로 이러한 감독체계를 면제할 수 있다(제32조제2항). 누구든지 주무장관의 허가장 없이는 공유지 안의 광물이나 돌·모래·흙 또는 나무·묘목·관목·건초 등을 제거하지 못한다(제93조).

1985년의 인디언법은 공동체의 구성원 자격(membership)을 공동체의 자율규칙에 맡긴다(제10조). 공동체를 떠나는 인디언은 공동체에 부여되는 토지나 금전상의 이익을 향유하지 못한다(제16조제2항). 인디언법과 조약에 의하여 설정되는 공동체의 편익에 이바지하기 위하여 공유지는 국가에 속하며 수상(the Governor in Council)은 공유지의 목적과 용도를 결정할 수 있다(제18조제1항). 인디언법은 공동체(band)의 편익을 위한 공유지(reserve)의 소유와 이용을 규제한다. 공유지내 토지의 소유와 점유 그리고 이용 등에 관하여서는 주무 장관의 인증서를 받아야 한다(제20조). 그 이전의 문서 등에 의한 공유지에 대한 모든 권원은 무효이다(제28조). 공유지들에 대하여서는 압류(seizure)를 허용하지 아니한다(제29조). 공유지는 그 권원이 완전히 국가 앞으로 양도되기 이전에는 이를 매각하거나 거래의 대상으로 삼을 수 없다(제37조).

인디언 관할 구역내의 일반토지와 자연자원의 이용에 관하여서는, 1988년의 『인디언 토지협정(1986)법』 [the Indian Lands Agreement(1986)Act]에 의하여 규율된다. 이 협정법은 인디언의 이해관계가 걸려 있는 토지

와 그 안의 자연자원의 이용에 관하여 캐나다정부와 온타리오정부가 체결한 협정(agreement)⁹⁸⁾ 및 캐나다정부·온타리오정부·인디언공동체가 체결한 1986년의 특별협정(specific agreement)⁹⁹⁾에 의하여 규율된다. 1924년의 협정을 승계한 1986년의 『인디언 토지협정』은 토지·광물·수력 또는 자연자원의 분배·이용·이전 또는 처분에 대하여 적용된다.¹⁰⁰⁾ 인디언 토지내의 석유와 가스에 관하여서는 1985년의 『인디언 석유 및 가스법』과 1995년의 『인디언 석유 및 가스 규정』이 적용된다. 『인디언석유가스법』은 개발사업자로 하여금 이해관계가 있는 인디언 공동체들을 수익자로 하고 국가를 수탁자로 하는 로얄티를 출연하도록 규정하고¹⁰¹⁾, 정부와 인디언 공동체들은 별도의 계약에 의하

98) §2(agreement), Indian Lands Agreement(1986)Act of 1988 : "agreement" means the agreement between the Government of Canada and the Government of Ontario set out in the schedule.

99) §2(specific agreement), Indian Lands Agreement(1986)Act of 1988 : "*specific agreement*" means a specific agreement referred to in the agreement, entered into by the Government of Canada, the Government of Ontario and a band of Indians or group of bands of Indians pursuant to the agreement.

100) §3 of the 1986 Indian Lands Agreement, Schedule to the Indian Lands Agreement(1986) Act : "*A specific agreement may be entered into with respect to any matter or question relating to lands or natural resources, including any of the following: (a)any matter dealt with in the 1924 Agreement; (b)administration and control; (c)the exercise, allocation or transfer or disposal of any interests in lands or natural resources; (d)minerals, mineral rights and royalties, and the disposition or taxation of any of them; (e)hydro powers; (f)disposition of lands or natural resources; (g)consequences of extinction or enfranchisement of a band; (h)disposition of any monies; (i)the non-applicability of any section or sections of the 1924 Agreement; (j)any other provision required for the implementation of a specific agreement.*"

101) §4(1)(royalties) of the Indian Oil and Gas Act of 1985 : "*Notwithstanding any term or condition in any grant, lease, permit, licence or other disposition or any provision in any regulation respecting oil or gas or both oil and gas or the terms and conditions of any agreement respecting royalties in relation to oil or gas or both oil and gas, whether granted, issued, made or entered into before or after December 20, 1974, but subject to subsection (2), all oil and gas obtained from Indian lands after April 22, 1977 is subject to the payment to Her Majesty in right of Canada, in trust for the Indian bands concerned, of the royalties prescribed from time to time by the regulations.*"

여 이 로얄티를 증감할 수 있도록 허용한다.¹⁰²⁾

(2) 강 유역의 갈등 : 아마존¹⁰³⁾

브라질 아마존 유역의 토착민조정기구의 조정관인 Sebastio Manchinery와 Otimio Castillo는 세계공원총회(제5차)에서¹⁰⁴⁾ 아마존 유역의 점령과 개발로 인하여 야기된 분쟁을 개관하였다. 그는 고유한 권리(indigenous rights)에 대한 정부적 차원의 인정; 공동관리(co-management)와 참여; 이행 계획의 실행과 관련 국제 환경 기구; 그리고 파괴적인 채취 활동의 금지를 요구하였다.

정부가 자연자원의 관리권을 시장으로부터 넘겨받겠다고 하여 갈등이 증식된다고 단정하기는 어렵다. 자연자원의 경영과 관리에 관하여서는 종래 두 가지 상반된 접근방법이 존재한다. 효율을 추구하는 시장 기구가 실패할 경우에 형평을 지향하는 정부 기구가 등장하고 다시 정부의 실패가 일어날 때 시장이 나선다는 순환구조가 그것이다. 물론, 남미의 국영화 조치는 시장의 실패가 있었기 때문에 정부가 나섰다기보다는 “외세[외국계 기업들의 지배]에 대한 자국민들의 반격”이라는 역학관계가 더 크게 작용하였다. 그럼에도 불구하고 자연자원의 관리를 둘러싸고 여러 주체들간에 갈등이 빈발하는 상황에서 초래

102) §4(2)(special agreement) of the Indian Oil and Gas Act of 1985 : *"The Minister may, with the approval of the council of the band concerned, enter into a special agreement with any person for a reduction or an increase, or a variation in the basis of calculation of royalties payable under subsection (1) of §4"*.

103) The 5th World Park Congress(WPC)(2003): *WPC HIGHLIGHTS* ; WEDNESDAY, 10 SEPTEMBER 2003

104) 2003년 9월 8일부터 17일까지 남아프리카공화국 더번(Durban)에서 개최된 제5차 세계공원총회(World Park Congress)는 보호구역(protected area)에 관한 종래의 이론들을 검증하고 각지에서의 새로운 창안과 실험 결과들을 공유하고자 하였다. 국제보전연맹은 보호구역들의 현황을 조사하고 진전과 후퇴를 평가하며 보호구역들에 대한 다음 10년 동안의 진로를 결정하기 위하여 10년 단위로 총회를 조직한다. 2003년도 세계공원총회의 핵심주제는 “경계를 초월하는 혜택들”(Benefits beyond Boundaries)이었다.

된 남미 국가들의 국영화 조치는 의도적으로 방치되었던 자원관리 원칙을 반추하는 계기가 될 수 있다.

(3) 실정법에 의한 관습의 배제 : 인도네시아¹⁰⁵⁾

인도네시아 토착민들은 자연자원을 지속가능하게 관리하는데 효과적인 전통지식을 가지고 있다. 이러한 전통지식은 다양한 산림관리 활동과 마을마다 가지고 있는 관습법의 근간이 되고 있다. 인도네시아에서 관습법(Hukum Adat)¹⁰⁶⁾ 토착민과 산림 생태계의 관계를 지속가능하게 감독하고 연계하며 보호한다. 이러한 산림관리와 관련된 관습법은 네덜란드 식민지 시대부터 다양한 법과 정책에 의해 체계적으로 파괴되었으며 신법체계[New Order Regime: 1960년대 이후 수하르토 집권기]에서도 계속되었다. 다른 식민정부와 마찬가지로 네덜란드 행정부도 인도네시아를 정책적·경제적 차원에서 지역을 분할하였으며 분할된 지역은 다양한 형태의 행정조직에 의해 관리되었다. 역사적으로 농지는 개인소유나 공동소유로 관리되어 왔었는데 식민지 통치자는 일방적으로 휴경지를 산림지역으로 조정하고 이에 대한 배타적 관할권을 주장함으로써 지역 지배력을 강화하였다. 이러한 조치는 산림자원관리에서 관습법을 소외시키는 결과를 빚었다.

2. 명령통제형 관리 모델의 한계

(1) 자발적 협약

제5차 세계공원총회(2003)에 참석한 많은 발표자들이나 토론자들은 보호구역(PA)에 관한 한 중앙 정부 중심의 실정법들이 제 기능을 충

105) Latipah Hendarti, *Ibid.*

106) 인도네시아의 Adat는 “관습, 전통, 방법” 등의 뜻을 가진 사회적 규범을 뜻하는데 사회적으로 받아들여 질 수 있는 행동의 기준이 된다.

분히 발휘하지 못한다는 점에 주목하고 자연자원에 대한 보전 또는 이용의 문제를 관습법(customary law)과 자발적 협약(VA)을 매개로 풀어나가야 한다는 데에 의견의 일치를 보았다. 환경문제와 관련하여 경향 각지에서 대형 개발사업과 관련된 사회적 갈등이 고조되는 상황에서 실정법을 고집하지 않는 유연한 접근경험들은 타산지석이 될 수 있을 것으로 보인다.

(2) 보호구역내의 자원관리¹⁰⁷⁾

제5차 세계공원총회(2003)에서 “보호구역의 관리개선 문제”를 다룬 워크숍은 지역공동체에 대하여 보전에 관한 권한을 부여하는 것이 보호구역(PA) 관리 개선의 핵심임을 확인하였다. 같은 회의는 보호구역에 관한 관습법과 최근의 법구조와 관련된 경험들을 살펴보고, 또한 소유권과 토지반환 사안에 대해서도 논의하였다. 점점 더 많은 수의 보호구역이 지역공동체, 사적 운영자, 그리고 비정부기구들에 의해 직접적으로 혹은 그들과 협력하여 관리되어짐에 따라, 보호구역을 관리하는 행정청은 많은 관여자들 중 하나로 더욱 고립되어 가고 있다.

(3) 인도네시아 헌법규정¹⁰⁸⁾

인도네시아에서는 독립이후, 토착민의 권리가 법적으로 승인되고 보장되었다.¹⁰⁹⁾ 세부시행을 위한 구체적 입법은 없었지만 이러한 헌법규정은 토착민 공동체를 인도네시아 내에서 중요한 위치에 올려 놓았

107) The 5th World Park Congress(WPC)(2003):*WORKSHOP STREAM III: GOVERNANCE OF PROTECTED AREAS ; NEW WAYS OF WORKING TOGETHER, SEPTEMBER 11-13, 2003*

108) Latipah Hendarti, *Ibid.*

109) 인도네시아 1945년 제2차 개정 건국헌법 제4장 제18B조제2항 : “국가는 인도네시아의 사법 체제하에서 인도네시아의 단일국가 원칙과 국가 발전에 부합하는 한 관습법 공동체와 그들이 가지고 있는 전통적 권리를 인정하고 존중한다”, 참조

다. 토착민은 그들 스스로를 관리하고 관습법을 지지할 수 있는 헌법적 기반을 가지게 되었다. 인권측면에서는 제2차 개정 건국헌법 제5장 제28I조제3항이 “문화적 동질성과 전통 공동체의 권리는 시대의 문명과 조화되어 존중된다”는 내용을 규정함으로써 토착민의 지위를 강화시켰다. 그러나 산림법령(No.41/1999)은 이러한 헌법규정과 달리 관습적 산림[토착민의 관습적 경계에 속하는 산림을 말한다]에 대한 소유와 관리에 대한 토착민의 권리를 인정하지 아니하고 있어 토착민의 법적지위를 침해한다.

3. 관련 법률간의 대화

(1) 국가관할의 한계

건국헌법(1948년)이래 자연자원 전반에 대하여 국가관리 원칙을 선언한 현행 헌법(1987년) 체계 아래에서 국가 [정부기구]가 수자원의 분배와 이용에 관하여 “자원 특허권”으로 표상되는 최종적 관할권을 행사함은 헌법 합치적이다. 그러나 자연자원에 대한 국가의 최종적 관할권이 곧 자연자원에 대한 국가의 독점적·배타적 지배를 의미하지는 아니한다. 정부기구는 국가의 기관으로서 행정권한을 행사하지만 자연자원의 관리에 관한 모든 권한/권리를 독점할 수는 없다.

(2) 자원의 최적배분

외세에 의한 근대화와 더불어 (지역)공동체가 후퇴하고 자연자원에 관한 관습법이 증발하자[공동체의 실패], 정부는 공동체를 갈음하는 자연자원의 관리자로 등장하였다. 그러나 공동체가 후퇴한 사회에서 정부가 수리에 관한 모든 권한과 권리를 독점한다면, 정부의 실패가 발생할 경우에 위기관리 대안이 없다. 자원의 최적배분과 사회적 갈등의 해소를 위하여 정부는 공동체 및 시장과 협력하여야 한다. 정부

의 실패가 일어난 다음에 협력하기에는 너무 늦다. 정부는 정부의 실패가 일어나기 이전에 “포트 폴리오”의 일환으로서 (지역)공동체를 복원시키고 자연자원을 둘러싼 정부와 시장 그리고 공동체의 관계를 정상화시킴으로써 위기관리·갈등관리 시스템을 구축하여야 한다. 정부와 시장 그리고 공동체의 분업과 협업을 달성하기 위하여서는 사회적 합의가 이루어지고 정책의 전환이 일어난 다음에 관련 법제들의 정비가 이루어져야 한다.

(3) 법률간 대화의 가능성

법률간의 대화가 막연한 구상은 아니다. 예컨대, 물의 분배와 이용에 관하여 대화의 원칙에 기초하여 하천법·댐건설법의 배타적 규정들이 개정될 수 있다. 그리하여 민법상의 수리권과 하천법·댐건설법상의 그것이 공존하여야 한다. 민법은 공동체가 복원되고 활동하기 위한 법적 기초이다. 아울러 하천법과 댐건설법은 물의 분배와 이용을 모두 명령통제 또는 물稅[부담금] 중심의 행정허가로 재단하려 하여서는 아니된다. 하천법 등은 민법에 의한 수리권의 분배를 전면 배척하는 태도를 버려야 한다. 또한 물값을 기초로 하는 시장기구에 의한 수요관리가 병행되어야 한다. 시장기구는 공업용수 뿐만 아니라 농업용수에 대하여서도 작동될 수 있어야 한다. 아울러 정부기구와 시장기구가 적절히 작동되기 위하여서는 공동체에 의한 물의 분배와 이용이 즉 민법에 의한 관행 수리권이 지나치게 강조되어서는 아니될 것이다.

4. 자연자원의 가치평가

(1) 자연자원의 가치

자연자원과 환경의 가치를 정립하는 방법을 제시하는 것은 어느 나라에서나 꽤 어려운 일이다. 하지만 이것은 매우 중요한 문제이다. 왜

냐하면 사람과 나라는 그들이 가치 있다고 여기는 것을 보호하기 때문이다. 만약 자연이 가치가 없는 것이라면 보존되기 어렵고, 우리의 자연 유산을 잃어버리고 말 것이다(Bengston,2006).

환경 가치에 대한 연구에서 환경 가치를 수단적 가치와 비 수단적 가치[내재가치]로 나누었다. 환경을 수단적으로 가치로 본다면, 몇몇 바람직한 인류 결말의 수단으로서 환경의 무의미함을 걱정할 것이다. 자연에 대한 수단적 가치는 자연은 우리에게 이익을 주고, 자연은 유용하다는 사실에서 비롯되었다. 자연은 목적이 있고, 사람의 선호를 만족시키며, 욕구를 충족시키는 수단이다. 반대로 자연을 비도구적 가치로 여긴다면, 우리는 그것을 수단으로서가 아닌 그 자체로 보살필 것이다. 대부분의 사람들이 그 땅에서 얻는 이익을 위해서는 공유지를 비도구적 가치로 여기고, 자신의 이익 목표에 기여하지 못할 때는 비도구적 가치로 여긴다.¹¹⁰⁾

환경 정책 전문가들은 환경을 보존하고 보호하는 정책을 촉진하는데 환경을 도구적 가치로 보느냐, 비도구적인 가치로 보느냐가 중요하지 않다. 두 가지 환경 가치 모두가 중요하다. 그렇다면 우리 사회에서 어떻게 환경 가치를 정립할 수 있을 것인가? 환경의 도구적 가치와 비도구적 가치를 이해하기 위해서는 조사가 필요하다. 그리고 공공의 캠페인과 환경 교육과 같은 노력으로 많은 사람과 이들 가치에 대해 대화하는 것이 필요하다.

어떤 사람들은 자연의 도구적 가치에 대해서만 살핀다. 목재, 물 등의 생산물 같이 자연으로부터 얻는 유형의 이익과 생태적 서비스를 살핀다. 반면 어떤 사람들은 좀 더 깊게 반응한다. 자연의 심미, 종을 보호해야 할 도덕적 의무, 신성시 되는 땅의 정신적 중요성 등의 비도구적 가치를 살핀다. 그리고 환경 정책 입안자들이 환경의 두 가지

110) Bengston, "Environmental values related to fish and wildlife lands", p.128

가치인 도구적 가치와 비도구적 가치를 이해하고 이들의 가치에 대해 많은 사람들과 의사소통하는 것이 중요하다. 불행하게도 때때로는 우리가 그것의 진정한 가치를 완전히 이해하기 위해서 우리가 살피고자 하는 것을 잃기도 한다.

(2) 경제적 가치의 계산

우리는 그간 환경의 가치에 대한 인식이 미흡하였다. 이는 정책결정에 있어 사회적 혼란을 빚을 수도 있다. 1989년부터 공사가 진행된 새만금 간척사업은 경제적 가치계산의 필요성과 한계를 동시에 보여주는 사례이다. 일단의 생태경제학자들은 불모의 땅으로 여기던 갯벌의 경제적 가치가 농지보다 크다고 주장한다. 자연자원 그 자체가 갖는 가치가 인공자원보다 더 클 수도 있는데, 만일 가치가 더 큰 자연자원을 인공자원으로 바꾸는 경우, 사회적 손실을 낳기 때문에 공공재로서의 자연자원은 보전될 필요가 있다. 이렇게 사회적 손실이 발생할 지라도 부득이하게 개발할 수 밖에 없는 경우, 어떠한 제도적 보완이 바람직할 것인가에 관한 고찰이 필요하다.

자연자원 피해와 관련된 사회적 갈등은 신규 개발사업 뿐 아니라, 광산에서의 채굴에 따른 주변 산천의 피해, 해상에서의 기름유출에 따른 연안 및 해양생태계의 피해, 쓰레기의 소각 및 매립에 따른 대기 및 토양오염 등 다양한 형태로 나타나고 있다. 아직 우리나라는 독자적인 환경책임 법제를 두고 있지 아니할 뿐만 아니라 환경피해에 대한 손해배상제도를 법정화하지 못하고 있다. 이러한 제도적 미흡도 환경 분쟁의 한 요인으로 작용한다.

환경책임법제를 도입하고, 손해배상제도를 구체화한다고 할 경우, 환경 그 자체 가치를 어떻게 매기고, 환경에 피해를 주는 행위에 대해서는 얼마의 피해보상을 부과할 것인가도 문제된다. 자연자원의 대

부분이 공공자원 내지는 공유자원의 특성을 갖는 까닭에 자연자원은 시장가치를 갖지 못할 뿐 아니라, 경제재화로 인식되지 못한다. 환경 피해는 손해배상에서 배제되고 있기 때문에 결과적으로 자연자원은 경제적 가치가 없는 황무지로 취급되고 무상으로 이용가능한 자원으로 평가되어 왔다.¹¹¹⁾

(3) 시장방법론

미국 해양대기청(NOAA:상무부 산하 National Oceanic and Atmospheric Administration)는 최종 규칙(final rule, 1996)을 제정하기 이전에 자연자원손해평가 방법을 개발하기 위해 접근방법에 관한 평가를 받고 정보화하기 위해 11개에 달하는 Federal Register Notices를 출간한 바 있다. 1991년에는 공중(public)과 회합을 갖고 연안 및 내륙 수계의 피해 평가와 복원에 관한 지역적 관심을 확인하기 위하여 Rockville, Maryland; San Francisco, California; Houston, Texas; Chicago, Illinois 4개지역에서 워크숍을 개최하였다. 1991년 Alexandria, Virginia에서 개최된 한 워크숍에서는 다양한 경제적 문제에 관한 논의를 하는 포럼이 열렸다. 그 후 1992년 8월 12일 워크숍에서 NOAA는 조건부가치평가법(Contingent valuation method CVM)을 포함한 시장 방법론 수행(market methodologies)으로 자연자원의 수동적 사용가치(passive use values)를 평가할 수 있는지, 평가할 수 있다면 어떠한 가이드라인 하에서 가능한지에 관해 논의한 바 있다. 급기야 1993. 1. 15에 CV의 신뢰성을 평가하기 위한 패널 보고서(58 FER 4601)를 출간하였으며, 1994년 1월 NOAA는 OPA의 제안규칙(proposed OPA Rule, 59 FR 1061), 1995. 8. 3 재제안규칙, 최종적으로 1996년 최종규칙(final rule, 15 CFR Part 990)을 제정하기에 이르렀다.

111) 최미희, 韓·美간의 자연자원 피해에 대한 손해배상 기준 비교 분석 및 정책제안 (초록)(생명회의 : 2001), p.10

최종규칙(Federal Register, vol. 61, No.4, 1996, 442)에서는 보상적 손해 배상을 평가하는 방법으로는 우선적으로 서비스접근법(service-to-service or resource-to-resource)을 이용토록 하고 있으며, 서비스접근법 적용요건이 충족되지 않을 경우에 조건부 가치평가법(contingent valuation : CV)이나 진술선호법(stated-preference method)과 같은 가치화접근법(valuation approach)을 사용하도록 하고 있다. 가치화 접근법은 서비스 접근법을 사용하기에 적절치 못한 경우(inappropriate) 혹은 자연자원 혹은 서비스를 제공하는 행위(actions)가 피해를 입은 자연자원이 제공하는 것과 다른 형태(type), 품질(quality) 혹은 가치(value)를 갖는 경우 이용하도록 한다. 다른 형태, 품질 혹은 가치를 제공하는 행위를 평가함에 있어, 잃은 서비스와 제공된 서비스를 비교하는 서비스 단위당 가치와 같은 공통된 기준(common measure)를 필요로 한다. 우선 손실된 서비스의 가치를 산정하고 복원 행위의 다른 규모(scale)에서 얻어진 가치를 결정한다. 이 때 복원행위 규모는 잃은 가치와 동등한 가치를 제공할 것을 고려하여 설정한다.

가치화접근은 생태계 가치의 가치화(value to value)와 피해비용에 기준한 가치화(value to cost)로 구분하고 있다.¹¹²⁾ 가치화접근법이 화폐적 보상임에 비해 서비스접근법은 실물적 보상의 성질을 띤다. 가치화접근법은 복원기간 중 피해를 화폐가치로 평가하기 때문에 피해입은 생태계의 원상복원 여부와는 관련이 없는 반면, 서비스 접근법은 복원기간 중 피해를 서비스로 평가한다. 그 결과 서비스접근법은 복원사업의 수행으로 복원기간이 줄어들면 들수록 그 보상액이 줄어들게 되는 까닭에, 피해를 입은 생태계의 빠른 원상회복의 유인으로 작용하는 장점을 지닌다.¹¹³⁾

112) NOAA, Dec. 1997, Scaling compensatory restoration actions); Guidance document for natural resource damage assessment under the oil pollution act of 1990

113) 최미희, 전개 논문, p.12

(4) 서비스접근법(service-to-service)

최근 미국의 NOAA 규정(Federal register, vol. 61, No.4, 1996, 442쪽) 및 판례(Tampa Bay Oil Spill, January 16, 2001; Alafia River Spill 등)에서는 강한 지속가능성 입장에서 손해배상 산정의 기준으로 생태계의 서비스를 기초로 삼는 서비스접근법(service-to-service)에 따른 보상적 손해배상 산정방식이 부각되고 있다.¹¹⁴⁾

서비스접근 보상이란 자연자원의 피해를 연당-에이커와 같은 물리적 지표(physical metric)로 측정하고 동등한(equivalent)¹¹⁵⁾ 연당-에이커의 자연자원을 조성(복원대안)하는¹¹⁶⁾ 방식이다. 자연자원의 각종 서비스를 총 망라하는 물적 지표를 찾는 것은 실제 불가능하므로 모든 서비스를 묶을 수 있는 물적 지표를 찾는 방식을 취하고, 피해 자원의 원상회복에 이용하는 방법은 최소비용으로 가능한 것을 채택한다. 여기서 중요한 암묵적 가정은 피해로 잃은 서비스 단위와 복원행위로 얻는 서비스단위가 서로 1대 1의 교환(trade-off)이 가능하다는 가정이다. 그래서 잃은 서비스와 얻은 서비스 간에 1대 1의 교환이 가능하다는 가정을 적용할 수 없는 경우에는 가치화접근이 필요하게 된다(N. Meade, 1998, 4; NOAA(Dec. 1997)).

114) 최미희, 전계 논문, 15쪽

115) OPA Conference Report, H.R. 101-653, p.109에서 정의한 “equivalent란 수탁자가 피해입은 자연자원에 필적한다고 결정한 자연자원을 의미한다”는 것과 비슷한 정의를 NOAA도 채택한다. NOAA 1994년 NRDA Proposed Rules, p.24

116) 복원 대안(restoration alternative)을 선택함에 있어서는 1) 대안 수행 비용, 2) 각 대안의 범위(extent), 3) 각 대안의 성공가능성(likelihood of success), 4) 각 대안이 미래 피해를 막을 범위 및 대안 수행 결과 부수적인 피해 회피 범위, 5) 자연자원 및 서비스보다 많은 각 대안 편익의 범위, 6) 공중(public) 건강 및 안전에 관한 각 대안의 효과를 평가하도록 한다. 그 다음 복원계획 초안에 대해 공중의 검토와 평가를 받은 다음 최종 복원계획을 수립하도록 한다. 동 최종 복원계획은 손해배상 요구의 기초가 되는 것이다. (Federal register, vol. 61, No.4, 1996,442).

5. 산림자원 관리모델

(1) 지역공동체의 참여

캐나다 공원청의 Alan Latourelle은 공동된 생태학적 사회적 비전을 수립하기 위하여 모든 지역공동체들을 보호구역(PA)의 관리에 관여시킬 필요성에 대하여 강조하였다. 토착민 대표인 Aroha Te Pareake Mead는 토착민에 대한 오해와 그들의 문화적 소외감이 지역 주민의 동의 없이 창설된 보호구역의 유산이라고 하였다. 그녀는 원주민 공동체가 보호구역들에 대한 인가와 특권을 관리하지 않는 한 보호구역 들로부터 얻을 수 있는 혜택은 최소한이 될 것이라고 지적하였다.¹¹⁷⁾

이란의 Agahagia Rahimzadeh는 전통적이고 친환경적인 그녀의 유목 공동체 생활상을 묘사하였다. 그녀는 그들의 목초지가 어떻게 강탈되고 붕괴되었는지에 대하여, 그리고 그들의 이주 경로가 어떻게 방해되었는지에 대하여 역설하면서 자원 보호론자들에게 토착민들과의 협력이 어떠한 이익을 가져다 줄 수 있는지에 대하여 강조하였다. 그녀는 워크숍 참가자들에게 역량향상(building capacity)과 문화적 유산을 보존하는 일을 돕는 것에 참여하기를 강조하였다.¹¹⁸⁾

(2) 국내사례

1) 가평 축령산¹¹⁹⁾

경기도 가평의 축령산 고로쇠 작목반원 10명은 10년전부터 축령산과 서리산, 주금산, 대금산에서 고로쇠 수액을 채취하고 있다. 수액은

117) The 5th World Park Congress(WPC)(남아프리카 더번, 2003): *WPC HIGHLIGHTS* ; TUESDAY, 9 SEPTEMBER 2003, 참조

118) *Ibid.*

119) 한겨레신문 2006년2월21일자: “나무 뜻 잘 따라야 고로쇠 물 마실 수 있죠”, 참조

2월 중순에나 나오지만, 수액을 받을 파이프는 미리 설치한다. 수액이 나오기 시작하면 작목반원들은 고로쇠나무 1천여그루에 대롱을 쫓아 파이프에 연결한다. 수액은 파이프를 따라 흘러 내려와 산 기슭의 물탱크에 모인다. 도중에 날씨가 추워지면 나무에 뚫은 구멍이 오그라들면서 대롱이 빠지기 때문에 매일 대롱을 손봐야 한다.

수액 채취가 고로쇠나무를 괴롭히고 자연을 순리에 어긋나는 행위라는 지적에 대하여 작목반은 “나무의 건강을 보호하기 위해 노력한다”고 해명하였다. 나무의 생장에 악영향을 줄이기 위하여 해를 걸러 수액을 받으며, 산림청 규정도 잊지 않고 있다. 뿌리가 상하지 않도록 땅에서 30cm 이상 떨어진 높이에 구멍을 뚫고, 나무 몸통의 지름이 10cm보다 작으면 수액을 받지 않는다. 나무 크기에 따라 뚫을 수 있는 구멍의 개수도 제한하고 있다. 수액채취를 하지 않는 철에는 작목반원들이 번갈아가며 산림훼손을 감시하며, 나무를 타고 올라가 말라 죽게 만드는 덩굴을 잘라낸다.

고로쇠물이 위장병, 신경통, 고혈압 등에 좋다고 해서 봄마다 이를 찾는 사람이 늘지만, 공급은 원활하지 않다. 구름이 끼고 바람이 조금만 불어도 수액이 나오지 않는다. 변덕스런 봄 날씨에 따라 고로쇠물도 나오다 말다 하기 때문에 주문이 들어와도 재고가 없어 팔지 못하는 경우도 많다. 가평균의 경우에는 초봄에 1달 정도만 나오고, 유통기한이 보름 정도로 짧기 때문에 때맞춰 주문이 들어오지 않으면 고로쇠 물을 고스란히 버려야 한다. 고로쇠 물은 18ℓ 들이 1통에 보통 5만원을 받는다. 작목반원들한테 돌아오는 수입은 7백~8백만원이다. 현재 가평균에는 고로쇠 물을 채취하는 작목반이 9개이다.

2) 지리산 심원마을

지리산국립공원 남부지역(전남 구례군)에서는 자연공원법(제18조제2항)에 따라 임산물(고로쇠수액) 채취를 목적으로 국립공원관리공단과

마을주민 등이 다음과 같은 내용의 자발적 협약(VA)을 체결하였다.¹²⁰⁾ 이러한 협약은 그 적용사례들이 되풀이되고 공원내 산림자원을 이용하는 구성원들 사이에 법적 확신을 얻어 관습으로 발전할 수 있다. 물론 관습의 유지는 지역공동체의 존립을 전제로 한다.



지리산국립공원남부사무소와 구례군청, 구례군약수협회, 심원마을 주민은 지리산국립공원 남부지역(구례군)의 공원자원을 훼손하지 아니하고 지속가능한 이용의 범위 안에서 고로쇠 수액을 채취하기 위하여 다음과 같이 자발적으로 협약한다. 2006년 1월

120) 자발적 협약(VA)의 체결 배경과 실정법적 구조에 관하여서는, 이 보고서 제3장 (자연자원의 관리현황)의 4.(2) 법률관계, 참조

[다 음]

- 대상구역 : 전남 구례군 산동면 좌사리 산110 - 2번지 내(0.29km²)
- 채취시기 : 2월 1일 ~ 3월 31일 (※기상상태에 의해 변경될 수 있음)
- 채취대상 : 고로쇠나무(단풍나무는 제외)
- 채취방법 : 공단 수액채취 · 관리지침 준용(붙임 3 참조)
- 채 취 량 : 공단 수액채취 · 관리지침 준용(붙임 3 참조)
- 기타사항
 - 상기 고로쇠 수액 채취를 허용 받은 자는 국립공원에 출입할 때 항상 증표를 패용하여야 한다(증표는 타인에게 양도할 수 없다).
 - 개별법(산림법등)에 의한 인 · 허가사항은 별도로 이행하여야 한다.
 - 이 협약에 규정하지 아니한 사항은 공원사무소의 결정에 따른다.
 - 이 협약을 위반하여 2차례 경고를 받은 자가 또다시 위반사항이 적발될 시는 이 협약을 파기하며, 다음 연도 협약채결대상에서 제외한다.
 - 이 협약서의 내용을 상호 준수하며 각각 1부씩 보관한다.

6. 수산자원 관리모델

(1) 실정법적 관리체계

1) 관습상 입어권

우리 나라 정부 수립이후 처음으로 제정된 1953년의 수산업법은 제 40조(입어의 관행)제2항에서 “공동어업의 어업권자는 종래의 관행에 의하여 그 어업장에서 어업하는 자의 入漁를 거절할 수 없다”고 규정

함으로써 관습상 입어권의 지위를 확인하였다. 그러나 입어권은 점차 제한되었다. 1990년의 수산업법 제2조(정의)제7호는 “공동어업권이 설정되기 전부터 당해 수면에서 계속적으로 수산동식물을 포획·채취하여 온 사실이 대다수 사람들에게 인정되는 자중 대통령령이 정하는 바에 의하여 어업권원부에 등록된 자”를 입어자로 정의함으로써, 공동어업권 설정 이후의 관행의 생성 가능성을 부인하고 어업권원부에 등록되지 아니한 어민을 배제하였다.¹²¹⁾ 이러한 입법은 “입어권을 둘러싼 보상시비의 재발을 확일적으로 방지할 수 있다”는 기업이익 및 행정상의 편의를 증진시킨다. 그러나 동시에 이러한 입법은 어민들의 생래적 권리를 박탈한다. 해변에 거주하는 모든 어민과 그 후손들은 ‘어업권원부상의 등록’이라는 행정적 요건과 관계 없이 해변의 주민이라는 자격만으로 당연히 입어할 수 있는 권리[自然資源權]를 보유한다.¹²²⁾ 공동생산·공동분배가 이루어지는 어촌(예컨대, 흑산 다물도)에서는 실제 입어권이 불필요하며, 개별포획·채취가 행해지는 어촌(예컨대, 부안 계화도)에서는 입어권에 맞서는 마을어업이 존재하지 않는다.¹²³⁾

현행 수산업법의 관습상 입어권은 일본의 근대 수산법제로부터 영향을 받았다. 1949년의 일본 어업법(昭和24年:법률 제267호)은 오랫동안 관행으로서 행하여 오던 연안어장의 전면적인 정리를 이룬 것으로 구 어업권 및 이것과 관련하는 권리관계들은 2년 이내에 모두 소멸시

121) 1990년의 수산업법 부칙 제11조(입어자에 관한 경과조치)제2항은 “이 법 시행 당시 공동어업의 어장안에서 입어관행이 있는 것으로 인정되는 자로서 종전의 규정에 의하여 어업권원부에 입어자로 등록하지 아니한 자는 이 법 시행일로부터 2년 이내에 제16조의 규정에 의하여 어업권원부에 등록을 한 경우에 한하여 입어자로 본다”고 규정함으로써 관행생성 가능성을 배척하는 태도를 더 한층 강화시켰다.

122) 실정법상 어업권원부상의 등록은 ‘마을어업’(1990년의 수산업법 제8조제1항제7호·제9조)의 어업권자와 입어권자의 갈등을 예방하려는 목적을 넘어 ‘매립등에 따른 보상문제’를 해결하는 데 이용되어서는 아니된다.

123) 새만금지구의 계화도 인근처럼 어업장(갯벌)이 광대한 곳에서는 마을어업이 존재하더라도 그 어업장과 입어권자들의 어업장이 서로 경합할 여지가 근소하다. 어민들이 자율적으로 결정할 영역까지 국가가 관리함은 불필요한 행정규제에 불과하다.

키고 새롭고 계획적인 신 어업권을 면허하고자 하였다. 이에 필요한 1949년의 어업법시행법(昭和24年 법률 제268호)을 동시에 공포 시행하여 구 어업권자 및 이와 관련하는 권리자에 대하여 보상금으로서 당시 총178억 엔(당시의 공공사업을 포함한 수산청 전체 예산액은 약16억 엔이었음)이 넘는 금액의 어업권증권이 교부되었다. 평상시였다면 어려웠을 개혁이 “미군점령”이라는 시대적 배경으로 가능하였다. 이리하여 에도시대부터 관행으로 계속되어 온 권리관계들은 모두 보상을 거쳐 제도상으로는 일단 백지상태로 되돌려졌다.¹²⁴⁾

1949년의 일본 어업법시행법에 의하면, 당시 현존하는 어업권은 그대로 존속한다. 즉, 1949년의 어업법 시행에 즈음하여 현재 존속하는 어업권 및 이에 관련한 현재 존속 또는 새롭게 설정되는 入漁權은 동법 시행 후 2년간, 동법의 규정에도 불구하고 1910년의 舊 어업법(明治43년 법률 제58호)의 효력을 갖는다. 다만 신법 제67조의 규정 및 동조에 관련하는 벌칙의 적용을 방해하지 아니한다(제1조). 이에 따라, 정부는 어업권 또는 이를 목적으로 하는 입어권, 임대권 또는 사용임대에 의한 차주의 권리를 제1조의 규정에 의해 어업권의 소멸 시에 권리자에 대하여 이 법률에서 정하는 바에 따라 보상금을 교부한다(제9조).

2) 해조류와 패류의 채취

수산자원중 해조류와 전복·소라등의 패류 그리고 해삼과 같은 수산동물은 전통적으로 어촌공동체[漁村契] 또는 어민들 개인의 자율에 맡겨져 포획채취되었다. 1953년의 수산업법은 공유수면을 국가관리 아래 두고 모든 수산자원에 대하여 엄격한 정부관리를 실시한다는 원

124) 전재경 외, 수산자원 관리제도 개선방안 연구 (해양수산부·한국법제연구원 : 2005.5), p.71

칙을 선언하였으나, 이는 어선을 이용한 허가어업 부문에서 실현되었을 뿐, 해조류와 패류등을 중심으로 한 먼허어업 부문에서는 달성되지 아니하였다.

3) 연안어업자와 근해어업자간의 갈등

○ 수산업법상의 어업구분

수산업법은 어업을 연안어업(8톤 미만 어선)과 근해어업 (8톤 이상 어선) 및 원양어업으로 구분한다. 연안은 육지를 기준으로 하루권에 속한다(연안은 출항후 24시간 이내에 돌아올 수 있는 거리이다.) 남서해안에는 연안과 근해의 경계에 위치하는 섬들이 많다(울릉도, 제주도, 추자도, 거문도, 흑산도, 백령도, 고군산군도, 격렬비열도). 연안어업은 연승허가를 중심으로 한다. 연승어업은 ‘낚시어법’(미끼와 주낙을 사용한다)으로 우럭 등을 잡는다. 근해어업은 전국을 대상으로 하지만 연안어업은 멀리 나가지 못한다.

○ 경쟁과 피해

근해 어업인들은 연안 해저를 긁어 어족을 고갈시킨다는 비난을 종종 듣는다. 연안어업인들은 이들이 자기들의 집 앞까지 건드린다고 주장한다. 연안 어업인들은 어선과 어구가 소규모이기 때문에 대항력이 약하다. 연안어업은 4명이 조업하거나 부부가 조업하는 경우가 대부분이다. 연안어업인들은 육지 또는 섬으로부터 12마일 안에서는 근해어업자들의 조업을 막아야 한다고 주장한다. 물론 작은 배들도 실제 30마일까지 조업을 나간다. 양자의 경쟁으로 인한 피해가 크다. 작은 배들은 대형선박으로부터 피해를 많이 입는다(작은 배들은 어구를 잃는다. 힘에서도 눌린다. 분쟁시 구조요청이 이뤄지지 않는다)고 호소한다.

(2) 흑산도의 관습¹²⁵⁾

1) 공동체 방식

○ 漁村契¹²⁶⁾

어촌계 定款 있었으나 현재에는 없다.(회의록 형태로 존재한다.)

집 소유자면 어촌계원의 자격이 주어진다. 계율 : 총회 회부
셋방 가구는 제외된다.

여자 혹은 학교선생이라도 가입이 가능하다.

어촌계 입회비는 200만원이다.

5년 이상 거주한 객지 전업자는 1,000만원이다.

이 입회비는 탈퇴시에 반환되지 않는다.

○ 두 레¹²⁷⁾

공동생산이나 노동에 관한 명칭은 분명하지 아니하다.

공동채취·분배의 시작시기는 정확하지 않다.

9대조 어른 때부터 전해져 오는 말로는 朝鮮 英·正朝 시대로 본다.

그 이전의 상황은 잘 모른다.

사리 때에 채취하고 공동생산과 공동분배를 원칙으로 한다.

부인과 남편의 노동가치는 동등하다.

125) 이 지역에 대한 제1차 조사는 흑산도 다물도[다촌리]와 수리를 대상으로 1997년
에 진행되었다. 조사기록은, 전재경·이종길, 어촌사회의 법률관계 : 동해남부·서해
남부 소유관습을 중심으로 (한국법제연구원 : 1997), 참조

같은 지역에 대한 제2차 조사는 2006년 4월 28일~30일 / 2006년 6월2일~4일에
황은주·이정미에 의하여 진행되었다. 제1차 조사기록에 나타난 제보자들을 재차
면담하고 가두리 양식장 관리실태·수산물 채취구역 등을 촬영하였다.

126) 전재경·이종길, 어촌사회의 법률관계(한국법제연구원:1997), p.137

127) 상계서, p.138

○ 채취방법

가족중 1인(1가구 1인)이 협업에 참여한다.

채취대상물¹²⁸⁾ : 미역, 톳, 김, जि포(가사리)

현재 : 共同漁撈 불참시 고의가 아닌 경우, ‘첫 물’은 분배하고 이후의 채취물은 漁撈參與者에게만 분배한다.

20년前 : 하늘이 내린 소득으로 생각하였다. 해조류가 주된 생활수입원이었을 때에는 공동어로에 不參하면 욕을 먹게 되므로 불참자는 대리인을 세웠다. 고의가 없으면 공동분배하였다. 거동이 불편한 (獨居) 노인 세대의 경우에는 본인과 대리인이 5 對 5로 분배하였다.

○ 共同採取 : 터버리기 · 해녀몫¹²⁹⁾

미역은 ‘뚝’ 별로 공동채취후에 분배한다.

공동으로 따고 난 나머지는 ‘터버린다’(구역의 구분 없이 자유로이 채취한다.)

깊은 곳에 갇은 해녀가 채취한다.

깊은 곳의 마지막 미역(1할 안팎)은 ‘해녀몫’으로 남겨 놓는다.

128) 해산물의 채취방법

1. 전복 : 개인별 · 능력별로 채취하였다. 열은 곳에서 땀다.
공동채취는 훗날의 일이었다.
2. 김 : 자기구역(뚝) 안에서 개인들이 능력대로 땀다.
(요즘은 잘 채취하지 않는다.)
3. 톳 : 옛날에는 채취하지 않고 방치하였다.
4. 가사리 : 처음에는 매지 않았다.
5. 성게 : 잠질(잠수)하여 잡지는 않았다.
사리 때면 철사 쪽반이로 각자가 채취하였다.
현재는 ‘전복’ 관리자가 알아서 한다.

129) 전재경 · 이종길, 전계서, p.193

○ 境界表示 : 明認方法¹³⁰⁾

섬 전체를 몇 개의 구역으로 나눈다.¹³¹⁾
매년 윤번제로 채취구역을 바꾼다.
경계구분은 굴이나 돌출부를 기준으로 한다.
명시적 경계 표시는 없다.
신세대들은 경계를 잘 모른다.
경계 부근의 시비가 없다.

○ 뚝¹³²⁾ : 漁村契 · 錢主 · 個別採取

다물도에서는 각 구역을 ‘뚝’이라고 부른다.
뚝은 東西南北으로 나누고 4년마다 돌아가며 해산물을 채취하였다.
오래 전에는 ‘漁村契’라는 말은 쓰지 않았다.
日帝 초기에는 각 뚝에 ‘錢主’가 있었다.
錢主 집에 미역을 캐서 날랐다.

○ 시대상의 변화

일제시대에는 日本 잠수부들이 대마도에서 10톤 내외의 (돛대를 2개 단) 범선 『낙관』을 타고 왔다. 뒷날 동네 사람들이 못오게 하자 “面에서 되돌려 보냈다.” 당시에는 해산물량이 풍부하였다. 개별적으로 해산물을 채취하였다. 전복은 꽃대에 끼워서 팔았다. 김은 개별적으로 채취하였다. 성계[구살]는 잡지 않았다. 툫은 뜯지 않았다. 가사

130) 상계서, p.138

131) 다물도 - 4개구역 (비교: 홍도1리 - 3개구역 / 홍도2리 - 2개구역)

132) 전재경 · 이종길, 전계서, p.180

리[진포 : 진갈색이다]는 자기 구역에서 뜯었다.

10년전 1997년의 조사기록과 현재의 상황을 비교하면, 전복과 같은 인기 어종을 제외하고는 수산식물에 대한 선호도가 갈수록 떨어진다. 이러한 변화에는 몇 가지 요인들이 작용한다. 고령화의 진행으로 채취활동에 참여할 인력이 부족하고 미역 등 수산식물의 환금성이 약하다. 마을 앞 공유수면을 뺏뺏하게 채운 가두리 양식장의 발달도 한 몫을 한다. 양식장 관리가 힘든 들지만 수산동식물의 채취보다 수익성이 좋다. 전반적으로 채취대상 수산물이 어가의 소득에서 차지하는 비중이 점차 줄어들고 있다.

2) 개인채취권 : 간데대섬(中竹島) 사례¹³³⁾

○ 下賜 미역바위

承政院日記(1690策 89卷)에 郎廳¹³⁴⁾ 할아버지에 관한 상세한 기록(이해준 교수 번역)이 있다(個人 史記에는 ‘격징’제도를 이용하여 곤장 30대를 맞고 읍소하였다고 적혀 있다.)

미역바위 下賜 背景 및 採取權의 相續의 역사적 기원은 이렇다. 정조 때 도주한 궁녀를 수색하기 위하여 붓짐을 싸들고 전국을 수소문하여 경상도에서 궁녀를 찾아냈다. 그 공로를 인정받아 왕으로부터 간데대섬(中竹島 : 무인도)을 ‘미역바위’로 하사받았다. 낭청 할아버지는 다물도리 인근의 水理에 살면서 (다물도 구역에 속하는) ‘간데대섬’(가운데 대 섬)의 미역을 채취하였다. 이후 가사리, 툫, 김은 다물도 주민들이 채취하였다(日帝 때까지 채취하였다). 당시에는 미역만

133) 다물도 인근의 간데대섬[중죽도] 및 하사 미역바위에 관한 사적 고찰과 보고는, 전재경·이종길, 상계서, pp.167~171, 참조

134) * 郎廳 金理守(英祖 丙子年 12月 25日生 / 忌日 2월 24일)
1777년 正朝 丁酉 行璿源錄書寫 郎廳
梨木洞嶺上壬坐 贈 通政大夫 工曹忝議

시세가 있었다. 대섬의 물량이 풍부하였다. 현재에는 水理에 거주하는 장손(김한경·김정옥 형제)들이 미역을 채취한다. 흑산관내 다른 지역에서는 이와 유사한 사례가 없다.

○ 독점적 채취권의 통용

수리와 다물도 주민들은 대섬의 미역채취 문제로 다툰 적이 없다. 미역 값이 비쌌던 일제 때(호수 70~80호·인구 500여명)에도 그러하였다. 낭청 할아버지 미역바위는 宗孫들이 채취하고 있다. 개인들이 “미역바위를 사고 팔았다”는 사례는 흑산내 다른 지역에도 없다. 장차 미역 금(시세)이 좋아져 미역바위가 ‘生金바위’로 바뀐다고 하더라도 국가에서 김씨 문중의 미역바위에 대하여 채취권을 인정하리라고 믿는다. 國有物(임금님 소유) 下賜 바위를 몰수한다면 임금님을 무시하는 셈이라는 확신이 의식의 기저에 자리잡고 있다. 미역에 대한 수요와 주민들에 대한 관심도가 떨어진 현재에도 후손들의 독점적 채취권이 여전히 통용되고 있다.

(3) 홍도의 관습

풍란의 자생지인 홍도에는 동백 숲과 후박나무, 식나무 등 희귀식물 540여종과 231종의 동물 및 곤충이 서식하고 있어 섬 전역이 천연기념물 제170호 (1965.4.7), 다도해해상국립공원(1981년)으로 지정되었다. 그래서 이 곳에서는 마을 이외에 산에는 들어갈 수 없으며, 돌멩이 하나 풀 한 포기도 채취하거나 반출이 금지되어 있다.¹³⁵⁾

135) · 조사시기: 2006년 4월 29일~5월 1일 · 마을규모: 홍도1구 114호/홍도2구 50호
· 조사자: 황은주·황영순 · 제보자: 이용기(1958년생)·최경남(1963년생)

1) 관할의 구분

○ 마을지선

홍도리에는 1구와 2구의 수산물 채취구역을 구분하는 해상지선이 있다.

출발지선은 서북편 몽돌 해변[여객선 선착장 인근] 중앙선이다.

경계지선은 동남편 해안의 “슬픈녀”이다. 슬픈녀의 한 가운데 갈라진 선을 기준으로 좌우로 1구와 2구의 경계가 나뉜다. 오른쪽 경계[2구]에 슬픈녀가 위치하고 왼쪽 경계[1구]에 노랑골이 위치한다.

○ 지선구분

- 구분시기 : 약1세기전으로 추정된다. 제보자의 표현에 따르면 “할아버지가 그 할아버지로부터 들었다”고 전한다.
- 구분방법 : 각 마을[1구와 2구]에서 뽑힌 계원 두 명이 현재의 서북편 선착장에서 배[노젓는 배]로 출발하여 서로 만나는 자리를 채취경계로 정한다.
- 구분결과 : 홍도 본섬의 채취구역은 2구가 1구보다 약간 많다. 속설에 의하면, “1구의 계원이 노를 젓다가 잠이 들어 1구의 경계가 작아졌다.” 그러나 홍도 본섬에 딸린 부속도서들의 분포를 감안하면, 두 마을의 채취면적은 비슷할 것으로 추정된다. 홍도2구[섬의 북] 쪽은 1구[섬의 남] 쪽보다 해초가 덜 자란다. 근래에는 2구 주민들이 그 구역내 수산물을 다 채취하지 못하여 수산식물들이 저절로 소실되는 사례들이 늘고 있다.

- 부속도서의 구분 : 각 마을의 지선내에 속하는 부속도서[무인도]들은 본도의 경계구분에 따른다.

* 전통적인 명인방법



○ 반의 구분

홍도 1구 어촌계는 3개의 반으로 나뉜다. 채취작업은 이 반 단위로 이루어진다.

2) 경계표시와 순환채취

○ 채취구역의 구분과 경계표시

- 대구역 : 홍도 2구는 1구와 2구를 구분하는 마을지선 안에서 해역을 작은 구역들로 세분함이 없이 수산동식물을 채취한다. 하급단위 구역들로 구분함이 없이 전체를 하나의 구역으로 수산물을 채취하는 대구역은 “통구역”에 해당한다.

- 중구역 : 홍도 1구는 1구와 2구를 구분하는 마을지선 안에서 해역을 작은 중구역들로 세분하여 수산동식물을 채취한다. 중구역은 본섬의 자연지형이나 여[물 밀 바위 : 썰물 때에는 수면위로 드러난다] 또는 부속도서의 이름을 따서 구분한다.

[중구역명칭] 양산봉 「짜까지 밑에」 뚜꺼비바위 도미바위

- 소구역 : 홍도 1구의 관할에 속하는 본섬의 중구역들은 각각 3개의 소구역들로 구분된다. 마을지선내 부속도서들은 규모가 크지 않아 대개 중구역에 속하는 소구역의 하나로 분류된다.

[홀뜸명칭] 긴섬 천봉녀도 시루떡바위 [O표시]

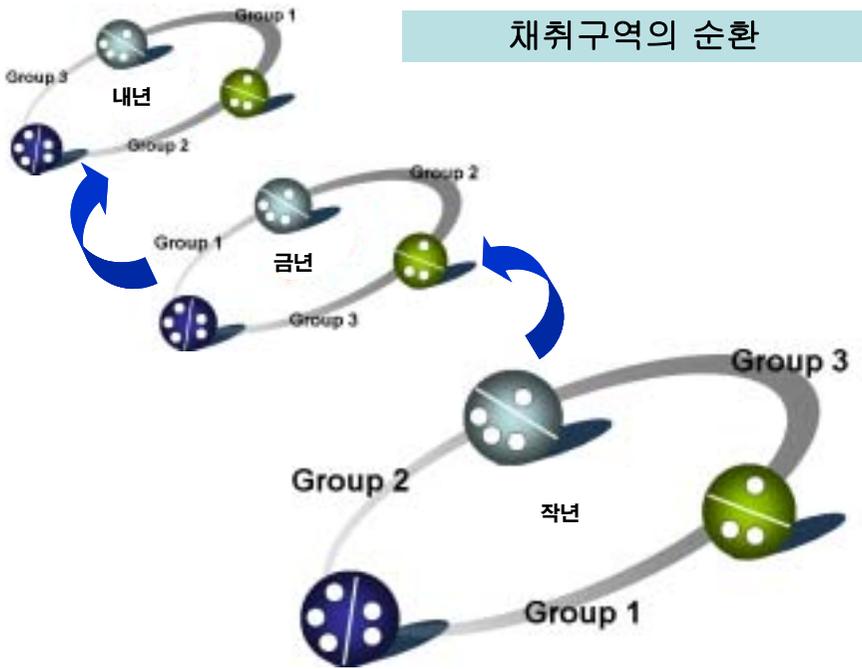
- 경계표시 없는 홀 뜸 [용바위] : 홍도초등학교에 육성회비 대신에 뜸의 채취권을 현물로 냈다. 지금은 뜸을 회수하였다. 반별로 순환하면서 수산물을 채취한다.



홀뜸 경계표시

○ 해역구분의 기준

해초의 작황을 기준으로 중구역을 구분한다. 중구역내에서는 물리적인 거리를 기준으로 소구역을 구분한다. 즉, 해초가 잘 자라는 중구역이나 잘 자라지 않는 중구역이나 모두 1반, 2반 및 3반으로 나뉜다. 해초가 없는 해역은 톱에 편성되지 않는다. 예컨대, 섬 서쪽에 위치한 “주전자바위”는 미역이 잘 자라지 않아 톱에서 빠져 있고 경계표시도 없다.



(4) 시사점

수산자원의 채취와 이용을 둘러싼 공동체의 자율적인 관습은 목포 남서쪽의 먼 도서지역에서 여전히 생성·유지되고 있었다. 그러나 흑

산도와 흉도의 조사결과는 □□오래된 미래 : 라다크로부터 배운다□□에서 헬레나 노르베르 호지 여사가 던졌던 것과 비슷한 질문을 낳는다. “생산량의 증대와 富의 축적 그리고 外來文物의 유입은 과연 落島 어민들의 행복을 증진시켰을까?” 몇 가지 실태조사 결과를 요약한다.

- ① 자급자족 경제구조가 소멸되었다 → 이웃간 나눔의 풍습이 줄어들었다.
- ② 불법어로에 대한 의식이 확대되었다 → 경쟁으로 인한 고발사례가 늘었다.
- ③ 가두리 양식장이 비약적으로 발달하였다 → 바다 오염이 증가하였다.
- ④ 외부문화의 영향으로 공동체 정신이 완화되고 있다 - 堂祭의 쇠퇴와 상관성이 있다.
- ⑤ 水産業法은 어민을 주인공으로 설정하지 아니하였다 - 어민들의 소외감이 늘어난다.
- ⑥ 등기제도와 다른 公示慣行 즉 명인방법 등을 확인하였다 - 희귀한 사례이다.
- ⑦ 미역바위에 대한 관행은 物權法定主義의 예외로서 ‘살아있는 법질서’이다.

7. 물 관리 모델

자연자원중 물 즉, 수자원은 산림자원 또는 수산자원과 비교할 때 시장에 의한 관리여지가 크다. 종래 산림자원과 수산자원은 임산물시장 또는 수산물시장과 같은 물리적 공간은 존재하였으나 자원고갈 현상이 현저하고 관리가능성이 떨어졌기 때문에 수요공급 또는 자원의 최적배분과 같은 경제원리들이 작동될 수 있는 시장기구가 협소하였

다. 이에 비하여 수자원은 관리가능성이 높고 자원감소율이 상대적으로 낮아 수도산업에서 보는 바와 같이 시장이 활성화되어 있다. 이러한 특성들로 인하여, 산림·수산 영역에서는 시장이 축소되고 국가와 공동체의 역학관계가 주로 논의될 수 있음에 비하여, 수자원 영역에서는 국가와 시장 그리고 공동체가 각자의 입지를 구축하면서 자원관리 패러다임의 변화를 선도할 가능성이 있다.

(1) 행정재량의 한계

소유권절대와 자기책임원리를 강조하는 근대법제는 어떠한 자연자원이건 간에 누군가의 이름으로 관리할 것을 요구한다. 이러한 법률관에 따라 강과 호소는 국유로 규정되어 있다. 국유라는 말은 “국가가 강에 대한 사용·수익·처분권을 행사한다”는 뜻이다. 강이 국유라는 관념은 강을 흐르는 물[강물]도 국유로 간주하는 경향이 있다. 강물이 국유라면 국가 또는 그 위탁을 받은 사업자는 그 누구의 방해도 받지 아니하고 댐을 건설하고 물을 임의로 취수·배분할 수 있을 것이다.

만약 강물이나 호소가 국유가 아니라면 누가 강물에 대하여 어떠한 권리를 가질 것인가의 여부가 문제된다. 현행 하천법과 댐건설촉진법은 강물이 국유라고 명문으로 규정하지는 아니하였지만 국가 또는 그 수탁사업자는 강물에 대하여 독점적·배타적 권리를 행사할 수 있다. 그러나 이러한 법률관은 강물에 대한 상린관계와 관습상의 이용권을 규율하는 전통적인 민법의 원리와 상충된다.

(2) 하드웨어와 콘텐츠의 구분

하천법이 강물의 배분 및 이용관계를 규율하지 아니함은 두 가지의 추론을 가능하게 한다. 우선 현행 하천법은 “하천이라는 유수계통 즉

하드웨어를 점용하는 주체에게 유수의 사용권이 따라간다”는 법률관을 기초로 한다. 다음에 현행 하천법은 “강물을 둘러싼 수요와 공급이 수자원장기종합계획(하천법 제11조) 및 하천점용허가에 의하여 조절될 수 있다”는 신뢰를 기초로 한다. 그러나 이러한 추론은 성립되기 어렵다. 하드웨어로서의 유수계통과 콘텐츠로서의 유수는 구분되어야 하기 때문이다.

댐건설자가 댐을 건설할 수 있는 권리가 인정되는 것과 마찬가지로 이유로 하천 주변의 이해관계자들은 유수의 이용에 관하여 권리가 인정될 수 있다. 이해관계자들의 현재적 또는 잠재적 이용권은 댐건설로 인하여 저절로 소멸되지 않는다. 또한 건설교통부장관은 댐 안에 갇힌 물[貯水]에 대하여 배타적 소유권이나 전속적 이용권을 가지지 아니한다. 하천법은 명백히 하천 즉 유수계통을 국유로 선언하였을 뿐이고 그 안의 유수를 국유로 선언하지는 아니하였다. 자연적 유수는 배타적 소유권 또는 전속적 이용권의 대상이 될 수 없기 때문이다.

댐건설법이 유수에 관하여 명시적 태도를 취하지 아니함도 같은 이유 때문이다. 나아가 유수가 저수로 된다고 하여 법률관계가 단절되지는 아니한다. 그 실체가 연속되기 때문이다. 유수에 대하여 배타적 지배권을 향유하지 못하는 건설교통부장관은 저수에 대하여서도 같은 입장에 있다. 댐사용권자가 건설교통부장관으로부터 댐사용권을 설정 받았다고 하더라도 저수에 대한 배타적 지배권을 향유하지 못한다. 건설교통부장관은 저수에 대한 정당한 권원(title)이 없기 때문이다.

(3) 수요관리와 가격기구

물 관리에서 시장 메카니즘은 “가격”(price) 시스템에 의존하고 정부 메카니즘은 “계획”(planning) 시스템에 의존한다. 합리적인 물 관리를 달성하기 위하여서는 가격과 계획 시스템이 상호 보완적으로 운용되

어야 한다. 효율은 물의 수요와 공급을 다루는 시장기구의 핵심 이념이다. 또한 형평은 물의 적정한 분배를 다루는 정부관리의 핵심 이념이다. 물 값의 부과는 경제적 효율을 추구하고 물 세의 부과는 형평을 추구한다.

“가격” 기구의 확대는 물 관리 전반에 대한 점검을 요구한다. WTO 체계는 물을 사유화시키고 물의 공급과 분배에 시장 메카니즘을 적용하고자 한다. 종래 가격 원리와 거리가 멀었던 농업 용수에 대한 수요관리를 어떻게 달성할 것인가의 여부가 새로운 과제로 대두된다. 물 값을 받는다고 하더라도 농산물의 생산성을 고려하여 물 값을 산정할 것인가 아니면 물 공급비용에 기초한 “풀 코스트”(full cost) 원리를 적용하여 물 값을 산정할 것인가의 여부가 관건이다.¹³⁶⁾

일찍부터 “상수도”를 중심으로 가격 원리를 적용하였던 가계용수와 산업용수도 정액제·할감제·할증제 등의 가격결정 방식이 문제되며 하수처리료의 부과방식이 문제된다. 또한 종래 공공 부문에서 빠져있었던 지하수의 인출과 배수에 대하여 어떠한 가격방식을 적용할 것인가의 여부가 문제된다.

(4) 가격과 조세의 개념분화

종합수자원계획등에 의한 물 분배의 후유증을 경감시킬 수 있는 방안이 필요하다. 물의 분배를 둘러싼 인허가 중심의 명령통제 시스템과 경제적 도구들의 후유증을 경감시키기 위하여 국가-시장간 “새로운 거래”가 필요하다. 물 부담금과 같은 “이용자 부담금”(user pays)이 지역공동체에 불균등하게 돌아갈 경우 사회정의와 세대내 형평(intrageneration equity)에 관한 쟁점들이 야기되어 보상을 강력하게 요구할 수도 있다.(Bosselmann & Richardson,1999)

136) OECD, *The Price of Water : Trends in OECD Countries* (OECD : 1999), p.158

물의 합리적 배분과 효율적 이용을 목적으로 하는 물“값”[용수로 등] 체계와 물 오염의 통제를 목적으로 하는 물“세”[부담금 등] 체계는, 같은 법에 양자가 함께 규정되어 있는 경우에 종종 개념상의 혼동을 일으키지만, 구별되어야 한다. 국가는 계획과 세제를 주요수단으로 하는 물 관리 체계를 선호하지만, 형평을 지향하는 세제로 동시에 효율까지 달성하기 어렵다. 물론 효율을 지향하는 가격기구에 의하여 형평을 달성하기도 어렵다.

(5) 관리원칙의 정립

강물의 이용은 댐을 기초로 한다. 댐사용권은 “다목적댐에 의한 일정량의 저수를 일정한 지역에 확보하고 이를 특정용도에 사용할 수 있는 권리”(댐건설법 제2조제3호)를 말하고, ‘댐’이라 함은 “하천의 흐름을 막아 그 저수를 생활 및 공업의 용수, 농업의 용수, 발전, 홍수 조절 기타의 용도로 이용하기 위한 공작물”(댐건설법 제2조제1호)을 의미하기 때문에 댐 사용권은 강물의 배분과 이용관계의 핵심을 이룬다. 즉 강물의 배분과 이용관계는 환경법보다 하천법과 댐건설법에 의하여 좌우된다. 그렇다면 지역의 물관리를 둘러싼 갈등을 법률적으로 해소하기 위하여서는 민법상의 전통적 수리권이 하천법과 댐건설법에 의하여 어느 정도까지 제한·변경될 수 있는가 그리고 전통적 수리권의 제한·변경에 일정한 한계가 인정된다면 하천법과 댐건설법을 어떻게 정비할 것인가에 주목하여야 할 것이다. 선진국의 법제들은 일본을 제외하고는 수질과 수량을 완전히 구분하지 아니하며 중앙정부의 계획에 의한 물 관리를 고집하지 아니한다. 특히 영국의 입법사는 물 관리 방식에 대한 시장적 접근의 가능성을 시사한다. 시장적 접근은 물의 재산적 가치를 전제로 한다. 현행 법제는 외국법제에 비하여 물의 재산관계에 대한 배려가 전반적으로 부족하다.

(6) 경쟁원리에 기초한 관리

항만이나 방조제를 건설한다고 하여 그 안을 드나드는 바닷물을 건설자가 배타적으로 이용할 수 없듯이 또한 동력선로(power line)와 그 안을 흐르는 동력이 별개이듯이, 하천[유수계통]과 유수 그리고 댐과 저수는 실정법의 의제에도 불구하고 법이념상 그리고 경제구조상 별개의 목적물이다. 그럼에도 계속하여 양자를 혼동하는 한, 물의 분배와 이용에 관한 시장적 접근은 원천적으로 불가능하다. 정부주도에 의한 물 관리계획들의 운용 그리고 조직법제에 의한 한국수자원공사나 농업기반공사에 대한 배타적 수리권의 수권과 같은 반경쟁적 구조는 지양되어야 한다. 공권력의 우월적 지위가 보장되는 자원관리계획만으로 해소할 수 없는 독점과 부당이득 그리고 불평등구조가 지속될 것이다. 물의 배타적 이용에서 야기되는 독점적 이익을 지양하고 중앙과 지방, 지역과 지역, 기업자와 기업자 또는 기업자와 주민 사이의 갈등요인을 해소하기 위하여서는 하천 유수의 이용관계를 시장적 접근이 가능한 민법의 규율에 맡기든지 아니면 하천법에 별도의 합리적 법률관계를 창설하여야 할 것이다. 5대강 특별법들에 의한 물이용부담금은 본격적인 수리권의 회복이 아니다. 그러나 물이용 부담금제는 다른 한편으로 물 관리에 대한 시장적 접근의 가능성을 열었다.

(7) 이용권의 합리화

물 이용이 고도화되고 수자원의 공공성에 대한 인식이 확대됨에 따라 수자원에 대한 공개념을 강화하는 것이 세계적인 입법 추세이다. 민법(제221조 내지 제236조)의 물 관련 조항들을 모두 삭제하여 관행 수리권 내지 공유하천용수권을 폐지하고 새로운 물관리기본법(안)에서 물 관리 질서를 재편하자는 입장도 있으나, 민법과 하천법의 기능분

답이 바람직스럽다. 농촌 또는 국지적 봉리지의 경우에는 시장질서를 도입하기 어렵기 때문에 관습법적 질서가 더 효과적일 수 있다. 도시용수·산업용수 또는 광역적 봉리지의 경우에는 실정법적 질서가 더 효과적일 수 있다. 하천법은 후자의 수리권을 규율하는 방안이 바람직스럽다.

8. 자율적 관리모델의 구조와 원리

자연자원의 관리에 관한 공동체 및 관습법론은 특정한 자연자원의 관리를 모두 공동체에 일임함을 추구하지 않고 정부와 시장 그리고 공동체가 각각의 역할과 책임을 분담함을 목표로 한다. 우리나라의 契와 맥락을 같이 하는 公共信託의 법리는 자원관리의 내재적 한계에 해당한다.

(1) 정부와 시장 그리고 공동체의 역할분담

1) 관습법 원리

“정부의 실패”는 탈규제를 부르고 시장 또는 “민간의 실패”는 재규제를 부르지만 재규제가 부득이한 경우에도 탈규제를 지향함이 바람직스럽다. 국가는 명령자에서 촉진자(facilitator)로 변모하고 시장은 사기업에게 공공정책 목표들을 촉진시킬 수 있는 유인을 부여하도록 조직화되어야 한다.(Rose & Miller,1992:173) 탈규제의 패러다임에서 경제적 도구들은 국가와 민간 사회 사이의 관계를 보다 근본적으로 바꿀 수 있는 제2유형의 시장기구를 지향한다. 제2유형의 시장기구는 전통적인 사적재산권의 관념들의 복원에 주목하며, 환경보호 증진을 목적으로 한 사적 교섭과 유인 시스템을 만들기 위하여 (過失 및 生活妨害와 같은) 관습법[common law:普通法]원리들에 의존한다. 제2유

형의 경제적 도구들은 재규제 대신에 탈규제(deregulation)를 수반한다. 여기에서는 환경상 의사결정에 대한 국가의 개입은 대체적으로 사법적 권리(private law rights)와 구제를 보호하는 데에 국한한다.

2) 관행 및 정부 시스템의 통합¹³⁷⁾

제5차 세계공원총회(2003년)의 공동 의장인 Claudio Maretti는 지역 고유의 보전 관행 및 지역공동체의 관리를 정부 시스템에 통합할 것을 요청하였다. 토착민들의 자기결정권과 그들의 토지에 대한 권리, 그리고 강제 추방의 문제를 강조하면서 토착민 대표인 Luz Maria de la Torre는 토착민 선언을 세계공원총회(WPC)에 제출하였다. 토착민 선언은 지속적 개발과 자연 보전에 대한 권리기반적 접근; 보호구역(PA)을 설정하는 필수조건으로서의 토착민들의 자유롭고 우선적인 동의; 그리고 보호구역 관리에 있어서의 토착민들의 완전한 참여를 요구한다.

3) 이해당사자의 참여

상생의 질서를 회복하기 위하여서는 권리와 의무의 주체 즉 이해당사자들의 참여가 필수적이다. 예컨대, 산림자원의 문제에 관련된 이해당사자는 크게 산림의 직접적인 이용자와 산림에 대한 소유권을 가지고 있는 사람으로 구분된다. 한편 현재 이용하지 않는 미래세대나 멀리 있는 사람들도 이해당사자로 상정할 수 있다. 산림자원 문제의 해결기제로서는 정부의 규제나 직접적 산림관리, 시장에서의 교환, 국가간 국제협약, 사회협약, 단체의 형성과 공동관리, 민간의 모금 및 정책참여 등에 의하여 가능하다.¹³⁸⁾

137) The 5th World Park Congress(WPC)(2003):*WPC HIGHLIGHTS*; WEDNESDAY, 10 SEPTEMBER 2003

138) 윤여창, 앞의 논문(2005), 참조

지역과 국가 정부 기관이 오랜 기간 산 사람과 새로 이주한 사람들 사이에 포럼을 열어야 한다. 그곳에서 환경을 파괴하는 적절하지 못한 개발에서 비롯되는 문제에 대한 해결책을 찾아야 한다. 참여적이고 협동적인 계획은 개발을 조절하는 토지 이용 계획에 필수 요소이다. 관리 정책이 증가하면서 얻은 결론 가운데 하나는 시민과 여타 이해관계자의 참여는 성장 계획과 열린 공간 보호 노력의 성공을 위한 필수 요소라는 정의이다.¹³⁹⁾

전원지역의 오랜 기간 거주자와 새로 정착한 사람들 사이 이해의 다리를 놓는 가장 좋은 방법은 한 자리에 앉아서 그들이 속한 공동체의 토지 이용에 관한 공통 비전과 공통 목표를 찾아내는 것이다. 우리가 다르다고 생각하는 두 집단이 실제로 많은 공통의 목표를 공유할 수 있다. 질 좋은 환경 같은 것이 그것이다. 하지만 적절한 정부 기관이 두 그룹의 협동 계획을 진행하지 않는다면 그들이 마주 앉아 공통점을 발견하지 못할 것이다.

(2) 자원관리 관습법의 적용범위와 한계

관습법은 커다란 시장이 아닌 자그마한 지역공동체를 기반으로 한다. 자연자원을 관습법이나 시장기구에 의하여 관리할 경우에 때로 비슷한 외관을 보일지라도 그 바탕에 도사리고 있는 유인과 역제의 원리는 상이하다. 관습법 질서가 감당하기 어려운 사회영역 또는 경제규모에서는 오히려 환경정의의 실현을 위하여 실정법질서나 시장기구에 의한 보완이 필요하다. 예컨대, 오염책임의 문제가 발생할 경우에는 때때로 재규제가 필요하다.(Redgwell in Bosselmann & Richardson, 1999:257)

139) Bengston, D.N., J.O. Fletcher, and K.C. Nelson. 2004. Public policies for managing urban growth and protecting open space: policy instruments and lessons learned in the United States. *Landscape and Urban Planning* 69 : 271-286.

지속가능관리의 개념은 적어도 뉴질랜드에서는 환경정의와 시장 사이의 긴장을 완화시키는데 실패하였다. 어업권과 같이 거래가능한 환경권리들의 할당은 실질적인 부의 이전을 초래하였고 자원에 대한 접근과 생태적 통제에 관한 공동체의 갈등을 낳았다. 규제의 이행에 소요되는 고비용에 대한 개발주의자들의 우려를 완화시키기 위한 경제적 장치들과 기업자율규제를 도입하려는 시도들은 각종 사회적 및 환경적 부정의를 야기시켰다.(Richardson in Bosselmann & Richardson, 1999:209)

(3) 지역공동체의 회복

1) 토착민들에 의한 보호구역 관리사례¹⁴⁰⁾

각국의 보호구역에서는 토지이용과 자연자원관리가 공통적으로 법률적 쟁점으로 대두된다. 제5차 세계공원총회(2003)에 토착민 대표로 참가한 Mario Jacanamijoy와 콜롬비아 민속생물학연구소의 Ignacio Giraldo, 그리고 콜롬비아 환경부장관인 Juan Carlos Riascos는 정부와 토착민 공동체에 의해 공동 관리된 보호구역의 사례인 Alto Fragua-Indi Wasi에 대하여 언급하였다. Riascos는 생물학적·문화적 다양성 사이의 상호 독립성과 이종문화간 관리를 통한 경영에 초점을 맞추면서 공원 설립의 정책적 측면에 대하여 발표하였다. Giraldo는 콜롬비아 법률과 토착 관습법에 따른 생물학적·문화적 특징들을 반영한 공원의 설립 과정에 대하여 상술하였다. Jacanamijoy는 토착민 공동체와 정부 사이의 신뢰가 공동 관리되는 보호구역을 설립하는데 있어서 가장 중요한 요소라고 하였다.

140) The 5th World Park Congress(WPC)(2003): *WPC HIGHLIGHTS* : THURSDAY, 11 SEPTEMBER 2003

2) 지역공동체의 이익분배¹⁴¹⁾

제5차 세계공원총회(2003)에 지역공동체 대표로 참가한 Livingston Makuleke는 남아프리카 Kruger 국립공원의 공동관리와 토지반환 사건을 다룬 비디오를 소개하였다. 그는 공동관리국의 설립, 지역공동체에 의한 그 지역의 상업적 이용, 그리고 이익분배 제도에 대하여 상세하게 설명하였다. 포드재단의 James Murombedzi는 토지개혁에 지역사회를 포함시키는 것의 복잡성에 대하여 언급하면서, 빈곤이 식민지 사회공학 시스템으로부터 야기되었음을 강조하고, 빈곤의 문제가 검토되는 것을 조건으로 한다면 반환 프로젝트는 성공할 수 있다고 결론내렸다.

3) 경영능력

국가나 공동체에 의한 (희소성이 있는) 자연자원의 분배와 이용은 제1차적으로 형평을 지향하지만 제2차적으로 효율을 지향한다. 자연자원의 관리가 효율을 지향할 경우에는 경영원리를 존중하고 경영능력이 수반되어야 한다. 이는 산림자원이나 수산자원에 대하여서도 해당된다. 어업인구의 감소와 고령화가 가속하는 중에 경영에 활력을 주는 담당자의 육성·확보가 중요한 과제로 되어있기에 ‘의욕과 능력 있는 경영체’를 주체로 하는 경영구조를 확립하고, 이러한 경영체에 대한 시책의 집중을 도모할 필요가 있다. 어촌계나 수산업협동조합 또는 산림조합 등에 대하여는 합병 또는 분할 등을 통한 경영기반의 강화와 조직의 효율화가 검토되어야 한다. 자연자원에 대한 공동체의 경영능력이 미흡할 때에는 정부의 개입을 초래할 가능성이 있다. 공동체의 경영능력이 향상되어야 한다. 공동체를 조직하고 관습질서를 형성시키며 경영능력을 향상시킬 수 있는 NGO등의 조직활동 또는 그에 대한 배려와 지원이 필요하다.

141) *Ibid.*

(4) 공중이용권의 배려

자연자원은 이것이 위치한 장소(토지나 수면)가 누구의 소유나 관할에 속하는가와 관계없이 공중의 편익에 이용되어야 한다. 전통 한국 사회의 송계나 어촌계·동계와 같은 공동체[契]를 움직였던 공동이용 또는 상린관계의 원리 그리고 고대 인도와 로마시대에서 발현된 이래 부단히 계승되어 온 공공신탁(public trust)의 법리는 자연자원에 대한 공중의 이용권을 목적으로 한다.

종래 우리의 실정법은 관습법의 영역에서 발전된 총유·준총유의 형식으로 또는 입회권·입어권등의 형식으로 토지와 자연자원의 이용관계를 수용하였으나 산림법·수산업법 등에서 볼 수 있었던 바와 같이 시간의 경과와 더불어 이를 축소하는 쪽으로 법을 강화시켜 왔다. 수리권을 규율하는 하천법도 같은 경향을 보였다. 법정수리권이 전통적인 수리권을 기득 수리권으로 단정하면서 법의 세계에서 추방하려는 자세는 자연의 질서(law of nature)에 반한다. 실정법들의 이러한 경향은 행정편의주의의 소산일 수도 있고 시장의 욕망을 반영한 것일 수도 있다. 각자에게 그의 것을 주는 정의의 원리에 따라 공중의 것을 공중에게 돌려주는 실정법의 자세 내지 양보가 요청된다.

제 6 장 결 론

1. 법률의 헌법적합성

모든 법률은 헌법에 적합하게 제정·운용되어야 한다. 우리 나라의 현행헌법(1987년의 헌법)은 자연자원에 관하여 국가관리의 틀을 선언하였다. 국가가 자연자원을 관리한다고 하여 자연자원이 국유는 아니다. 1948년의 헌법이 자연자원에 대한 국유를 선언하였다가 1954년 개정헌법에 이르러 국유를 포기하였음에도 그 이후 한국의 자연자원 관련 실정법들은 자연자원 國有說에 입각한 법률관을 고수함으로써 법률의 헌법적합성을 준수하지 못하고 있다. 1960년대 이후의 계획경제체제는 이러한 경향을 고착화시켰다.

민법(1962년)은 物權에 대한 관습법의 관할을 인정한다. 수산자원을 규율하는 수산업법(1953년)은 관습상의 入漁權을 긍정한다. 반면에 하천법과 댐건설법은 물의 이용에 대한 관습법의 관할을 배제한다. 최근에 자연환경보전법과 자연공원법등의 환경법제는 관습에 의한 자연자원의 이용을 받아들이기 시작하였다. 각종 보호구역을 중심으로 한 국내외의 최근 연구 동향을 살펴보면 행정청에 의한“명령과 통제” 위주의 법률질서가 사회경제적 갈등을 완화시키지 못하고 점증하는 비효율에 당면하고 있음을 알 수 있다.

자연자원 관리에 대한 엄격한 규제와 명령과 통제는 종종 자연 자원을 보존하고 지속가능하게 이용하는데 반한다. 신자유주의의 등장과 함께 계획경제 체제가 퇴조하고 시장의 비중이 점점 커지고 있다. 어떤 종류의 자연자원은 정부의 시스템보다 지역 공동체의 자율규칙에 의해 더욱 잘 보존된다. 미국의 인디안 부족의 경우에 한국과 유사한 민속 공동체가 유지되어 왔다. 정부로부터 지역공동체로의 자연이용권을 이전하는 것에 대하여 긍정한다. 미국이나 캐나다에는 이미

인디언의 자가 규제를 위한 특별법들이 존재한다. 한국은 자연 자원에 대한 공법적 통제를 자율관리 체제로 이전하기 위한 법의 개정이 필요하다.

2. 전통지식의 활용과 이용권의 보장

보호구역을 주제로 열린 제5차 세계자연보호연맹(IUCN) 총회 [2003년 5월 남아프리카 Durban]에서는 보호구역내 자연자원의 지속가능한 보전과 이용에 많은 노력이 필요함에 합의하였다. 이러한 노력들은 자연자원의 관리와 이용에 대하여 상충되는 법률들이 존재함으로써 법이 부분적으로 실효되거나 해당 법제가 없어서 법의 사각지대가 발생하였을 경우에 어떠한 해법을 찾을 것인가에 초점을 맞춘다. 자연자원의 이용에 대한 제한 보상의 법적근거는 전통적 이용권이다.

종래 우리 법제는 자연자원(natural resources)에 관한 전통지식과 관습법(customary law)에 기초한 자유와 권리가 적절하게 고려되지 못하였다. 보호구역에 관한 한 세계는 지금 선진국이나 개도국을 막론하고 합리적으로 효과적인 실험을 거듭하고 있다. 자연자원을 둘러싼 갈등을 해소하기 위하여 각국은 전통적인 정책과 법제를 고수하는 대신에 새로운 규범과 약속을 만들어 내고 전통적인 관습법을 부활시키고 있다. 지역민 또는 원주민들이 전통적으로 향유하던 관습상의 자유와 권리를 경제적 가치로 환원시켜 그들의 지속가능한 생활양식을 가능하게 하는 프로그램들을 실험하고 있다.

윤여창·이지혜의 연구(2004·12)에서는¹⁴²⁾ 전라남도 광양시 소재 서울대학교 연습림 인근 산촌 주민의 고로쇠수액 채취 실태를 조사하고, 고로쇠수액이 산촌주민경제에 미치는 영향에 대하여 분석하였다.

142) 윤여창·이지혜, “고로쇠나무 수액 채취가 주민소득에 미치는 영향: 서울대학교 남부연습림 인근 광양시 산촌의 경우” 『學術林研究報告 40호』(서울대학교 농업생명과학대학 부속 학술팀 : 2004년 12월), 23~24쪽

이 결론에 따르면, 산림자원 부존량이 주민 가계소득에 큰 영향을 미침을 알 수 있다. 산림자원이 지속적으로 산촌주민 경제에 기여하기 위해서는 수확 후 수목의 피해를 최소화하기 위하여 수목보호가 이루어져야 하고, 임목 증식, 수확방법 등의 연구가 이루어져야 한다. 그러나 산림자원을 관리하기 위하여 환경법등 관련 법령을 무한정 강화시키기는 어렵다. 정부 중심의 규제는 어떤 영역에서는 가능하다고 할지라도 때로 부적절하다.

규모의 달성하기 어려운 자연자원 영역에서는 전통과 자율에 의한 질서체계에로의 변화가 더욱 필요하다. 감시자를 자처하는 정부가 감시기능을 제대로 수행하기 어려운 영역에서도 마찬가지이다. 국가가 실정법제에 의하여 관할권을 창설하기 이전부터 전통[관습]에 의한 이용권이 확립되어 있었던 자연자원에 대하여서는 환경정의의 관점에서 재검토가 필요하다. 자연적 정의의 원리는 “각자에게 그의 것”을 돌려 줄 것을 요구한다. 자연자원의 관리와 관련하여 국가는 지역 공동체에 돌려 줄 것을 돌려 주어야 한다. 실정법 질서로 규제하는 것이 부적절한 체제에서는 관습법 질서에 맡겨야 한다.

3. 공동체와 관습법의 복원

근대국가는 이른바 “공유지의 비극”을 막기 위하여 자연자원에 대한 국가의 관리를 선언하였다. 사회주의국가 또는 개발도상국가들의 계획경제 체제는 자원관리의 효율을 극대화하기 위하여 자연자원에 대한 국가관리 원칙을 채택하였다. 그러나 정부규제는 정부의 실패로 인하여 비효율이 증대된다. 신자유주의 정책은 정부규제를 시장기구로 대체하고자 노력한다. OECD국가들은 명령통제형 자원관리 수단들을 유인과 역제를 중심으로 하는 “경제적 도구”로 대체하고 있다. WTO가 표상하는 세계적 개방경제 체제에서는 정부와 시장의 균형과

협력이 필요하다. 자연자원 관리에 대하여서도 이러한 흐름은 대체적으로 타당하다. 그러나 자연자원의 모든 영역이 정부와 시장의 역할 분담으로 관리될 수 없다. 정부규제와 경제적 유인으로 사회적 갈등이 해소되지 아니하는 경우에는 국가와 시장이 아닌 지역공동체의 자율과 관습에 의한 규율이라는 대안이 필요하다.

보호구역은 토지이용과 자연자원 관리 양면에서 법적 관심의 대상이 된다는 측면에서 자원관리론과 접목된다. 21세기에 접어들면서 세계보전연맹(IUCN)등을 중심으로 한 국제사회는 실정법 질서에 바탕을 둔 보호구역 관리체계가 잘 작동되지 되지 아니함을 인식하고 이를 극복할 수 있는 대안으로서 『지역공동체의 관습법 등에 기초한 전통적 이용질서』를 존중하고 『경계를 초월하는 이익들의 보호』라는 관점에서 새로운 관리 틀을 실험하고 있다.¹⁴³⁾ 제3세계에 속하는 보호구역들을 연구한 학자와 활동가들은 보호구역내외의 다양한 이해관계자들이 합작으로 상호 이익을 교환(win-win)할 수 있는 『보전유인협약』등 새로운 사회계약(new social contract)에 기초한 協治(governance) 모형을 제시한다.

새로운 자연자원 관리 모델은 한국 전통사회의 洞契 등에서 볼 수 있는 바와 같은 공동체(community) 질서에 기초하여야 한다. 하향식 금지(off)와 허용(on)의 단순질서에 기초한 현행법제의 신호등 모델(on-off model)이 이해당사자들을 하나의 질서안에 포섭하지 못하고 『1대 1』의 이해관계 대립을 극복하지 못함을 감안하여 공동체 모델은 우선 자연자원에 대한 규제정책을 추진하기 전에 이해관계자들의 범위를 특정하고 그들을 새로운 사회계약의 동반자로 끌어들여야 한다.

143) 국제인류민속학연맹(IUAES)의 『관습법과 법다원주의위원회』의 활동도 같은 맥락으로 새길 수 있다 : Panel 4 (Recent Developments in Local/Indigenous Natural Resource Management Regimes), Symposium V : the XVth International Congress (Depok, Indonesia, June 29 - July 2, 2006), by the Commission on Folk Law and Legal Pluralism, IUAES, 참조

그들에게 미래상을 제시하고 상호 교환이 가능한 이익의 내용을 제시하는 각본이 사전에 준비되어야 한다. 현행법 질서가 신호등 모델에 비유된다면 새로운 공동체 모델은 연극(play)모델에¹⁴⁴⁾ 비유될 수 있다. 『연극모델』에서는 참여적 의사결정에 바탕을 둔 『다자간 협약』등에 의하여 구성원 상호간의 권리의무 관계를 형성하는 이행수단의 확보가 가능하다.

연극 모델에 의한 『공동체형 관리』모델이 잘 작동될 경우에, 실정법 질서는 토지 또는 자연자원의 이용방식 또는 행위제한 등에 관한 종래의 강행질서를 완화시키는 유연한 접근이 필요하다. 관련 법률에 공통적으로 규정된 국가·지방자치단체 또는 국민들의 보호·협력 책무는 윤리장전에 불과하다. 당사자들이 참여하면 좋고 아니면 어찌할 수 없는 추상적 행정계획(plan)들을 당사자 상호간의 구체적 권리의무 관계로 바꾸는 프로그램[多者間 協約]이 필요하다. 생태계보전지역내 임산물 채취의 허용 또는 습지보호구역 이용자에 대한 이용료 징수와 같은 유인(incentive)장치들이 다자간 협약의 이행을 담보하는 수단으로 원용되어야 한다. 멀리 떨어져 있는 행정공무원들로 하여금 보호구역을 지키게 할 것이 아니라 보호구역 인근의 주민들을 『피규제자에서 감시자로』 전환시켜 보호구역을 실제 보호하는 『주인공』의 지위를 부여하여야 한다.¹⁴⁵⁾

전원에서 오랜 기간 산 사람과 얼마 전에 도시에서 내려와 전원에 정착한 사람들 사이의 가치관 차이에 의해서 문제가 발생한다. 한국에서는 도시에서 전원으로 내려간 사람들이 전망 좋은 산림 지역을 파괴하고 그곳에 새로 집을 지었다. 옛날에는 새로 이주한 사람들이 오랫동안 산 사람보다 자연 자원을 보호할 것이라고 생각했다. 하지

144) 연극모델(play model)은 『놀이모델』로 불리울 수도 있다. 이 모델에 관한 기본적인 이론의 구성은 전재경, 전계서 『보호구역 관리실태 및 법제정비 방안연구』, pp.154~155, 참조

145) 전재경, 상계서, p.156

만 지난여름 한국의 많은 마을이 새로 지어진 집들 때문에 홍수로 피해를 입었다. 두 집단 사이에 아무런 대화가 없다. 누군가 이 두 집단 사이에 가교를 놓아야 한다.

자연자원을 둘러싼 새로운 사회계약을 작동시키고 그 이행을 담보하기 위한 연극 모델을 실정법 질서에 어떻게 수용할 것인가에 관하여서는 신중한 접근을 요한다. 입법자 내지 관할 행정기관들은 오랫동안 굳어온 타율적 강행질서를 자율적 협약질서로 바꾸는데 주저할 것이다. 보호구역에서와 마찬가지로의 논리로, 자연자원을 규율하는 현행 실정법상의 『최소한의 강제질서』는 그대로 유지하되, 공동체의 협약질서가 잘 이행되는 한도내에서 보호를 위한 금지와 명령을 완화시키는 『수권조항』을 규정하여야 할 것이다.

4. 자연자원에 대한 손해배상의 제도화

자연자원의 적정관리를 위하여서는 환경의 가치를 정립할 수 있는 방안이 필요하다. 생태학자들은 환경에 대한 광의의 비 수단적 가치 [미적·도덕적·정신적]에 대해 설명한다. 환경에 대한 비 수단적 가치는 한국 사회에서는 낯선 개념이다. 자연자원의 가치정립을 위하여서는 특정 공유지를 위한 이익 공동체와 장소의 공동체가 가지고 있는 가치를 드러내기 위하여 조사가 필요하다. 자연이 가지고 있는 가치에 대한 특정 정보를 얻기 위하여 창조적이고 효과적인 방법이 필요할 것이다. 하지만 환경에 대해 무관심한 사람 사이에서 환경의 가치를 정립하기에는 아직 어려운 점이 많다.

환경자원이 원상회복 가능한 경우, 손해배상액 도출 방법으로 화폐적 보상과 보상적 복원방법이 있다. 화폐적 보상은 피해입은 생태계의 회복기간 동안 생태계가 갖는 환경자원으로서의 편익의 감소분을 예측하여 이를 화폐가치로 평가하는 방법이다. 이에 반해 보상적 복

원은 피해입은 환경자원에 대한 대체가 가능한 경우, 복원을 통한 대체 서식지를 조성하는 데 이 때 대체 서식지 조성에 드는 비용을 가해자에게 물리는 방법이다. 화폐적 보상의 난제는 환경자원은 비시장 재화이므로 이에 대한 화폐가치를 도출하기가 어렵다는 점이다. 환경경제학계에서 각종 환경재화의 가치화방법이 연구되고 있으나, 아직까지 어느 방법이 가장 적절한 것인지에 대해 합의를 도출하지 못한 상태이다.¹⁴⁶⁾

원상회복 불가능한 경우, 즉 잃은 서비스와 얻은 서비스간에 1대 1 거래가 불가능한 경우, 위에서 본 원상회복이라는 생태지표를 기준으로 하여 손해배상을 평가하기 어렵다. 이런 경우는 가치화 접근(valuation approach; CVM 등을 이용한 경제적 가치측정)을 이용한 복원되지 못한 부분에 대한 손해배상평가가 필요하다(Meade, 1998, 4). 이 때 손해배상을 평가하는데 소요되는 비용(예, CVM을 이용한 가치측정에 소요되는 비용) 또한 손해배상의 범주에 넣어야 할 것이며, 동비용의 평가에도 합리적인 기준이 필요하다. 미국의 경우 엑슨사 기름유출 사건을 통하여 조건부가치평가법(CVM)이 평가방법으로 가능하다고 인정된 바 있는데(NOAA 패널보고서, 1993), 최근, 환경은 다중자원(multi-resource)이라는 측면을 고려할 때 NOAA내 피해입은 자연자원에 대한 손해배상 평가팀에서는 Contingent Ranking Method 혹은 Conjoint Method 등을 권장하고 있다(N. Meade, 1998, p.4).

5. 관련 정책 및 법제의 발전방향

자연자원의 관리를 둘러싼 사회경제적 갈등은 국가[정부]와 시장[기업]이 주거나 받거나 한다고 하여 모두 해결될 수는 없다. 자연자원에는 법[국가]과 경제[시장]의 논리[規範]를 넘어 어느 일면으로 힘[實力]

146) 최미희, 전개논문 p.16

의 논리가 작용한다. 이러한 역학관계의 축에는 정부와 기업 뿐만 아니라 외세와 지역공동체(community)가 공존한다. 자연자원 시장에 외세가 깊이 개입할 경우에는 전쟁이 발발한다. 석유시장을 둘러싼 자금의 서남아시아[Middle-east]에서의 전쟁을 살펴보면, 자연자원에 대한 실질적 지배를 확보하기 위하여 국가안보의 논리가 원용되고 있음을 알 수 있다. 석유와 가스처럼 국제적 거래의 대상인 자연자원에 대하여서는 국가[형평]와 시장[효율]의 논리가 후퇴하고 힘의 논리가 우선한다. 수자원·산림자원·수산자원등에서도 같은 맥락이 존재한다. 모든 자연자원을 국가나 시장의 논리에 기초하여 관리하려는 사고방식은 법현실과 동떨어진다.¹⁴⁷⁾ 자연자원의 관리권을 공동체에 되돌려 주는 법리의 검토가 필요하다.

자연자원에 대한 객관적 손해배상의 평가 기준의 설정이 어려운 만큼, 동 배상 결정 결과는 이해관계자간 혹은 이행에 있어서 분쟁을 낳기 쉽다. 이러한 분쟁은 행정비용, 소송비용을 유발시킬 뿐 아니라 평가절차의 공정성 여부를 놓고 시비를 야기할 가능성이 크다. 따라서 손해배상제도상 피해평가 및 계획과정에 이해당사자와 공중(public)을 참가시켜 보다 빠른 복원, 거래비용 절감, 소송의 회피, 가장 적절하고 비용효과적인 평가절차의 선택 등을 꾀하는 방안(최미희, 2005)을 촉진시켜야 한다.

손해배상 산정과 관련한 구체적인 기준은 제도로써 마련할 필요가 있으며 가능하다면 손해배상 평가지침의 개발 및 보급이 필요하다. 자연자원은 시장에서 거래가 되는 재화가 아니고 다양한 생태적 특성을 갖는 시스템이기 때문에 각종 자연과학적 지식과 사회 경제적 지식을 필요로 하는 평가의 대상이다. 따라서 현재와 같이 자연자원 피

147) Peter Ørebech는 실정법과 시장에 버금가는 관습법의 기능을 옹호한다 : Peter Ørebech and Fred Bosselman *et.al.*, *The Role of Customary Law in Sustainable Development* (Cambridge Univ. Press : 2005), p.6

해에 대한 손해배상 산정을 법관의 자유재량에 맡기는 경우, 제도의 실효성을 확보하기 힘들 것이다. 손해배상 기준을 제도화하는 경우, 생태계의 원상복원에 중점을 두는 것이 바람직할 것이며 정책에 유용한 도구로는 복원비용법에 의한 생태계 피해추정(최미희,2005)을 준칙으로 삼아야 할 것이다.

보호구역내의 자연자원의 관리는 보전과 개발의 갈등으로 인하여 보다 세심한 주의가 필요하다. 자연자원의 합리적 관리를 위한 새로운 社會契約이 성립되기 위하여서는 실정법 질서가 이를 수용하여 사회계약이 적용될 수 있는 공간적 범위를 설정하는 한편 사회계약의 체결과 이행을 담보할 수 있는 행위 주체와 의사결정 방식등에 관한 기본적 틀을 마련하여야 한다. 자연자원을 규율하는 영국·미국·독일·일본·스웨덴등 선진사회의 관련 법제는 新社會契約에 기초한 協治(governance) 모형의 응용이 절실하지 아니하다. 그러나 선진국과 사회경제적 기초를 달리하는 개발도상국가들 또는 『국토계획과 환경계획간의 대화』가 미흡한 우리 나라에서는 보호구역의 지정과정과 지정후의 보전 및 이용을 둘러싼 사회적 갈등을 해소하기 위한 제도적 틀(system)의 개선이 필요하다.

참 고 문 헌

- 주강현, □□神이 내린 황금그물 돌살□□ (들녘, 서울 : 2006)
- 전재경, 보호구역 관리실태 및 법제정비 방안연구 (한국법제연구원 : 2005.12)
- 국립공원관리공단·IUCN한국위원회, 보호지역 관리 효율성 향상과 국제화를 위한 관계기관 및 전문가 워크샵 (환경부 : 2005.11)
- 아키미치 토모야(秋道智彌) 지음, 이선애 옮김, 海洋人類學 (서울, 민속원 : 2005)
- Peter Ørebech and Fred Bosselman *et.al.*, *The Role of Customary Law in Sustainable Development* (Cambridge Univ. Press : 2005)
- 윤여창, “산림자원의 정치경제문제”, 『산림사회교육교재』(서울대학교 : 2005)
- 윤여창·이지혜, “고로쇠나무 수액 채취가 주민소득에 미치는 영향 : 서울대학교 남부연습림 인근 광양시 산촌의 경우” 『學術林研究報告 40호』 (서울대학교 농업생명과학대학 부속 학술팀 : 2004년 12월)
- 권용우·이재준·변병설·이상문, 환경친화적인 국토관리를 위한 용도지역제도 개선방안 연구 (환경부 : 2004)
- 신호중 외, 강원도 자연환경의 경제적 가치평가 III (강원지역환경기술개발센터 : 2003)

참 고 문 헌

金田禎之, □□漁業法のここが知りたい□□ (東京都, 成山堂 : 2003)

James Salzman and Barton H. Thompson, Jr., *Environmental Law and Policy* (Foundation Press : 2003)

Daan Vreugdenhil, et.al., *Comprehensive Protected Areas System Composition and Monitoring* (IUCN : 2003)

World Commission on Protected Areas, A Guide to : *Securing Protected Areas in the Face of Global Change* (IUCN : 2003)

Tomme R.Young et.al., *Developing A Legal Strategy for High Seas Marine Protected Areas* (IUCN : 2003)

IUCN, WORKSHOP STREAM III : *GOVERNANCE OF PROTECTED AREAS ; NEW WAYS OF WORKING TOGETHER*, SEPTEMBER 11-13, 2003

IUCN, WPC HIGH LIGHTS : TUESDAY, 9 SEPTEMBER 2003

IUCN, WPC HIGHLIGHTS : THURSDAY, 11 SEPTEMBER 2003

Bruce Mitchell, *Resource and Environmental Management* (2nd ed.) (Prentice Hall : 2002)

Jan G. Laitos, *Natural Resources Law*, Hornbook Series (West Group, St. Paul, Minn., 2002)

최영국 · 조금숙, 외국의 자연환경관리 정책 및 성공사례(국토연구원: 2002)

최미희, 韓·美간의 자연자원 피해에 대한 손해배상 기준 비교 분석
및 정책제안(초록)(생명회의:2001)

전재경, 환경정의의 법적과제(한국법제연구원:2000)

Ecological Economics in Forestry research group, International Union of Forestry
Research Organizations ([http : //www.iufro.org/science / divisions /
division-6 / ; scroll down to 6.17.00](http://www.iufro.org/science/divisions/division-6/))

Bengston, D.N. and D.P. Fan. 1999. *Conflict over natural resource
management* : A social indicator based on analysis of online news
media text. *Society and Natural Resources* 12:493-500.

Cuff, J.A., D.N. Bengston and D.G. McTavish. 2000. In search of common
ground among diverse forest stakeholders : *A contextual content
analysis of online text*. Pages 48-54 in: *Applications of computer-aided
text analysis in natural resources*, D.N. Bengston (ed). General
Technical Report NC-211. St. Paul, MN: USDA Forest Service, North
Central Research Station. 54 p.

Bengston, D.N., G. Xu and D.P. Fan. 2001. Attitudes toward ecosystem
management in the United States, 1992- 1998. *Society and natural
Resources* 14(6). 471-487.

Richard L. Revesz, *Foundations of Environmental Law and Policy*
(Oxford : 1997)

참고 문헌

전재경·이종길, 관행·관습법 조사·연구(6) 『어촌사회의 법률관계 : 동해 남부·서해남부 소유관습을 중심으로』 (한국법제연구원 : 1997)

이경준·김낙배·박종영, “서울대학교 남부연습림 백운산 및 지리산 내 고로쇠나무 자원의 분포현황과 수액생산 전망” 『學術林研究報告 33호』 (서울대학교 농업생명과학대학 부속 학술림 : 1997년)

Tietenberg, *Environmental & Natural Resource Economics* (Harper : 1996)

국립공원협회, 국립공원의 세계적인 흐름 : 제16회 자연공원세미나 자료집(1995.11)