

# 수자원분쟁에서의 전문가 역할에 관한 고찰

- 미국의 Special Master제도를 중심으로 -

양 승 업\*

## 차 례

- I. 서론
- II. 수자원분쟁에서의 수량확정의 문제
- III. 미국의 Special Master제도
- IV. 우리나라 수자원분쟁에서의 전문가 활용방안
- V. 결론

## I. 서론

지구촌의 물이 점점 부족해지고 자원화개념이 정립되면서 수자원<sup>1)</sup>과 관련한 민족적·종족적 갈등으로 인하여 분쟁화 되는 사례가 늘고 있다. 특히 미국은 다종족 국가로서 콜럼버스 이후 이민자들이 원주민인 인디언을 몰아내면서 여러 형태의 분쟁을 야기하였다. 인디언들은 농경을 주로 하던 순수한 환경주의자로서 농경에 필수적인 수자원과 관련하여 비인디언들과 많은 분쟁을 겪게 되었다.

\* 강원대학교 법과대학 강사, 법학박사

1) 물 가운데 자원으로 이용가능한 물을 수자원(water resource)이라고 하는바, 이 논문에서는 '물'과 '수자원'을 구분하지 일반적으로는 '물'을, 분쟁과 관련하여서는 '수자원'이라는 용어를 주로 사용하기로 한다.

미국에서의 인디언과 비인디언의 수자원권은 수자원이용권(수리권)과 수환경권으로, 수리권은 다시 인디언의 유보된 수리권(Reserved Water Right)과 비인디언의 연안권(Riparian Right), 우선전용권(Prior Appropriation Right) 등으로 분류할 수 있다.

미국의 수자원분쟁은 연방대법원이 인디언에게 유보된 수리권을 보장하면서 州의 水法體系와 충돌하게 되어 더욱 심화되었다. 인디언에게 보호구역의 목적에 타당한 양의 물을 이용하도록 하였으나 그 명확한 수량의 기준을 판결에서 제시하지 않았기 때문에 분쟁이 계속되고 있다.

미국의 현대 水法은 주로 지방의 관습 혹은 관습법으로부터 발전하였는바,<sup>2)</sup> 州와 연방정부에서 채택된 여러 수법원칙들이 수자원이용과 관련하여 이론적·실제적으로 갈등을 일으키고 있다. 인디언들은 연방법으로부터 유래된 그들의 水權을 행사하지만 대부분의 비인디언들은 州水法에 따라 물을 이용하고 있다.<sup>3)</sup> 따라서 물이 부족한 서부에서의 인디언과 비인디언의 수리권은 상호간 대립구도가 형성되어 있다.

이러한 수자원분쟁을 해결함에 있어서는 다양한 지식과 함께 정확한 법적·과학적 판단이 필요하지만 오늘날의 법관은 전문성부족과 함께 과중한 업무부담에 시달리고 있다. 그동안의 다양한 노력에도 불구하고 법원의 업무경감과 소송절차 촉진이라는 목표는 달성되지 못하고 있는 실정이다.

법원의 업무폭증에 대비하고 관련사건에 대한 전문성을 제고하기 위한 가장 간편한 방안은 법관을 대폭 증원하고 전문적 교육을 강화하는 것이겠지만 이를 현실적으로 당장 실현하기는 어렵다. 이러한 상황에서 점증하는 수자원분쟁에서의 정확한 법적·과학적 판단과 법관의 업무경감 측면에서의 전문가 역할은 더욱 강조되고 있다.

이하에서는 수자원분쟁에서 논란이 되고 있는 수량확정의 문제와 전문가로서

2) Lee Herold Storey, "Leasing Indian Water off the Reservation: A Use Consistent with the Reservation's Purpose", 76 Cal. L. Rev., (January, 1988), 184.

3) Sylvia F. Liu, "American Indian Reserved Water Rights: The Federal Obligation to Project Tribal Water Resources and Tribal Autonomy", 25 Envtl. L., (Spring, 1995), 425-426.

소송진행 과정에 조력하고자 활용되고 있는 미국의 Special Master제도<sup>4)</sup>에 대하여 고찰하여 보고 이를 우리나라 수자원분쟁에서 어떻게 활용할 수 있을지 그 방안을 찾아보고자 한다.

## II. 수자원분쟁에서의 수량확정의 문제

### 1. 문제의 제기

수자원분쟁은 수량과 수질, 수환경의 유형으로 분류할 수 있는바, 수량관련 분쟁은 주로 수리권과 관련되어 발생한다. 물은 건조한 미국 서부의 성장 및 개발에 결정적 요인이 되어왔으며 수리권은 물 이용자에게는 재산권의 대상으로 간주되어져 왔다. 서부의 급성장으로 수자원관리가 더욱 중요하게 된 오늘날에는 유한한 수자원을 위한 경쟁이 공적사적으로 더욱 치열해지고 있다.<sup>5)</sup>

서부의 수자원에 대한 연방정부의 역할은 주로 농업용수를 확보하고 지원하는 문제에 집중되어 왔으며 灌漑되어지는 물의 약 78%가 농업용수로 이용되어져 왔는바,<sup>6)</sup> 인디언과 비인디언간에 수량을 둘러싼 분쟁이 심화되고 있는 주된 원인은 인디언에게 인정되는 유보된 수리권에서의 부정확한 수량산정에 있다고 할 수 있다.<sup>7)</sup>

인디언들은 연방과의 조약체결, 보호구역설정규칙 등에 의하여 보호구역을 설정하고 이 곳에서 생활하게 되었는바, 보호구역에 관한 인디언의 모든 권리는 명백히 양도한 부분이외에는 保全되었다.<sup>8)</sup> 연방대법원은 1908년에 *Winters v.*

4) 구체적 개념정의는 III장에서 하기로 하며 이하 “Master”로 약칭함.

5) Heather R. Brinton, “Arizona v. California: Riding the Wave of Federal Riparianism”, 13 Vill. Envtl. L.J., (2002), 59.

6) Wayne B. Solley, Status and Trends of Water Use in the 19 Western States, (U.S. Geological Survey, Open-File Report 97.

7) Thomas W. Clayton, “The Policy choices Tribes face when deciding whether to enact a Water Code”, 17 Am. Indian L. Rev., (1992), 523.

8) Bonnie G. Colby, John E. Thorson, and Sarah Britton, Negotiating Tribal Water

United States 사건(이하 'Winters판결'로 약칭)<sup>9)</sup>을 통하여 연방의 보호구역 토지는 보호구역의 목적을 달성함에 필요한 '유용하고 충분한' 수량의 물을 유보하고 있다고 판시한바 있다.<sup>10)</sup> 따라서 서부에서의 인디언의 수리권은 수많은 연방의 보호구역 토지에 부수하여 연방적으로 유보된 권리임이 판례를 통하여 정립되어져 온 것이다.

인디언들이 Winters판결을 통하여 유보된 수리권을 인정받음에 따라 서부 州 法の 규율을 받는 비인디언들은 지금까지도 이 판결로 인하여 피해를 당하고 있다고 생각한다.<sup>11)</sup> 따라서 비인디언들은 그들의 수리권원칙인 우선전용권하에서 수량배분의 순위, 수량의 부정확성 문제를 중심으로 인디언과 자주 대립하고 있다.

이러한 미국의 수자원분쟁에서는 인디언보호구역과 관련한 수량산정, 수자원 분쟁과정에서 활동하고 있는 Special Master, 그리고 연방대법원 판례에서 정립된 PIA기준이 중요한 비중을 차지하고 있다. 이하에서는 각각의 내용과 배경에 대하여 알아보고 문제점은 무엇인지에 대하여 고찰해보고자 한다.

---

Rights Fulfilling promises in the Arid West, The University of Arizona Press, (2005), 10.

- 9) *Winters v. United States*, 207 U.S. 564, 576-78 (1908); 연방정부는 몬타나가 연방에 편입된 이후에 조약을 통하여 Fort Belknap 인디언 보호구역을 이곳에 설정하여 인디언들이 거주하게 하고 있었다. 1890년대 초에 비인디언들이 인디언 보호구역 상류의 Milk강으로부터 물을 전환하기 시작하였고 Winters와 다른 비인디언들은 이 강에 댐을 설치하려 하였다. 비인디언들이 물을 확보하기 위하여 경쟁적으로 상류로 이동하자 인디언의 물공급이 점차 감소되었고 1905년의 가뭄으로 인디언과 비인디언 모두가 극심한 물 부족을 겪게 되었다. 이에 따라 연방정부가 인디언보호구역을 보호하기 위하여 보호구역 상류에 정착해 있는 비인디언 농부들이 이 강으로부터 물을 전환하는 것을 금지해달라는 취지의 소송을 제기한 사건이다. Judith V. Royster, "A Primer on Indian Water Rights: More Questions Than Answers", 30 *Tulsa L.J.*, (Fall, 1994), 63-64; Scott B. McElroy, "History Repeats itself a Response to the Opponents of the Colorado Ute Indian Water Rights Settlement Act of 1988", 2 *U. Denv. Water L. Rev.*, (Spring, 1999), 247.
- 10) Martha C. Franks, "The Uses of The Practicably Irrigable Acreage Standard in the Quantification of Reserved Water Rights", 31 *Nat. Resources J.*, (Summer, 1991), 550.
- 11) Mark E. Chandler, "A Link Between Water Quality and Water Rights?: Native American Control over Water Quality", 30 *Tulsa L.J.*, (Fall, 1994), 107.

## 2. PIA기준과 Quantification논쟁

### (1) PIA기준

#### (가) 개념

PIA기준은 ‘실제적으로 관개 가능한 면적’(Practicably Irrigable Acreage: PIA)을 산정하는 척도를 의미한다. 이는 Winters판결에 의한 인디언의 유보된 수리권중에서 주로 보호구역에 필요한 농업용수 수량산정을 위한 목적으로 Arizona v. California사건(‘Arizona판결’로 약칭)<sup>12)</sup>을 통하여 연방대법원이 정립한 개념이다.<sup>13)</sup>

이 사건에서는 보호구역이 설정된 목적을 충분히 달성하기 위하여 필요한 인디언의 현재수량과 미래의 증가할 수량을 포함한 유보된 수리권의 범위를 정하였다. 따라서 인디언은 합법적으로 이 기준을 통하여 지표수나 지하수<sup>14)</sup>를 현재와 미래 수요에 맞게 보호구역경계내의 모든 실제적으로 관개 가능한 면적에 이용할 수 있게 되었다.

#### (나) PIA기준설정의 배경

인디언보호구역은 그들의 경제적·사회적 발전을 위해 농업용수가 필요하게 되었고 그 필요수량을 산정하기 위한 목적으로 PIA기준을 설정하게 되었다.<sup>15)</sup> 인디언의 유보된 수리권에 대하여 연방대법원이 사법적으로 정의를 내린 것은 1908년의 Winters판결과 1963년의 Arizona 판결이다.<sup>16)</sup> Winters판결에서는 수량

12) 373 U.S. 546, 595 n.97 (1963). 이 사건은 발원하는 콜로라도강에서의 인디언과 여러 서부 州들 간의 수리권분쟁과 관련이 있으며 물 요구의 程度를 다룬 사건이다. 또한 Winters 판결의 기본적 원칙을 재확인한 사건으로서 인디언의 유보된 수리권인정과 관련된다. Lee Herold Storey, Id. at 190.

13) Bonnie G. Colby, John E. Thorson, and Sarah Britton, Id. at 11.

14) Winters v. United States, 207 U.S. 564 (1908). Winters판결은 지표수에 관한 문제만 언급되고 있다.

15) Martha C. Franks, Id. at 557.

16) Arizona v. California사건은 1963년(Arizona v. California, 373 U.S. 546: Arizona

을 확정하지 않았기 때문에 우선전용권주의에 의한 물이용자들의 권리에 불확실성의 暗雲을 드리웠고 주정부의 수자원개발을 예측할 수 없게 하였다.<sup>17)</sup>

유보된 수리권은 물을 이용하지 않아도 소멸되지 않는 우선적 특권이 있고 보호구역을 설정한 인디언들은 비인디언 물이용자들보다 우월한 권리를 갖는다. 애리조나와 캘리포니아는 40여년간 수자원분쟁을 겪어왔는데, Arizona I 판결에서 Black 대법관은 Winters판결을 인용하며 인디언 수리권에서의 물이용량 수량화 방법을 제시하였고,<sup>18)</sup> 또한 인디언은 그들의 보호구역에 충분한 양의 물을 관계할 수 있는 자격이 있다고 판시하였다.<sup>19)</sup>

〈표 1〉 인디언과 비인디언 수리권의 차이점

구분 내용	인디언의 수리권	비인디언의 수리권
수리권의 원칙	유보된 수리권	우선전용권주의 수리권(서부)
수리권 인정근거	연방대법원의 판결 (Winters판결)(Arizona판결)	각 주의 수법
물이용의 제한	보호구역의 설정순위에 의하며 특별한 제한 없음 (현재와 미래 수요를 충족시킬 만큼의 충분한 양)	현재 사용할 양으로 제한 (우선전용 또는 계속된 합리적 이용 의무)
PIA기준	적용을 찬성	적용을 반대
Quantification	적용을 반대	적용을 찬성
문제점	이용수량의 무한정성	후순위 물이용자 보호곤란

I), 1983년(Arizona v. California, 460 U.S. 605: Arizona II)과 2000년(Arizona v. California, 530 U.S. 392, 397: Arizona III)에 각각 발생하였다. John J. Goodman, "Arizona v. California III: Res Judicata, Collateral Estoppel, and Indian Water Rights", 19 J. Nat. Resources & Env'tl. L., (2004-2005), 273; Peter W. Sly, "Urban and Interstate Perspectives On Off-Reservation Tribal Water Leases", 10-WTR Nat. Resources & Env't, (Winter, 1996), 44.

17) Comment, Indian Reserved Rights: The Winters of Our Discontent, 88 Yale L.J., (1979), 1689, 1690.

18) John J. Goodman, Id. at 275.

19) 373 U.S. at 600. Lee Herold Storey, Id. at 190.

1983년의 Arizona II 판결에서<sup>20)</sup> 연방대법원은 수량산정에서 裁定해야 할 내용을 Master가 제시한 대로 수용하였다. 여기에서의 수량은 Master의 PIA분석에 기초하였으며 제안된 관계계획의 '경제적 타당성'을 포함하였다.<sup>21)</sup> 이것은 어느 지역에서 농작물이 성장할 수 있고 그 농작물이 경제성이 있다면 그 토지는 '실제로서 관개 가능한 면적'으로서 분류될 수 있음을 의미한다.<sup>22)</sup>

이 소송에서 인디언들은 PIA측정에서는 어떠한 경제적 분석을 요하지 않으며 제안된 관계계획에서의 토양과 기술적 타당성의 문제일 뿐이라고 주장하였다.<sup>23)</sup> 반면에 주정부는 경제적 타당성분석은 필요하다고 항변하였다. Master는 Arizona I 판결에서 경제적 타당성분석이 행하여져 왔음을 알게 되었다. 또한 이러한 경제적 타당성 분석이 인디언 사무국(BIA)에 의하여 개발된 것들을 포함한 모든 연방수자원계획에서도 일반적 기준으로서 적용되어졌다는 사실을 알게 되었다.<sup>24)</sup>

#### (다) PIA기준의 유용성

PIA기준은 어떠한 실체 즉, 인디언보호구역의 역사적 목적을 얼마나 정확히 반영하느냐에 기초할 것이 아니라 이 기준이 순수하게 인디언의 유보된 수리권을 산정함에 적당하고도 객관적 수단인지에 대한 의문에 기초하여야 한다.<sup>25)</sup> 따라서 PIA기준이 실제상 유일한 기준인가의 문제와 함께 이 기준이 공정·타당한가에 따라 그 가치는 등락을 하게 된다.

PIA분석을 행할 경우에 법원은 보호구역 토양이 농업에 적당한지만을 단순히

20) 460 U.S. 605 (1987).

21) February 22, 1982 Special Master Report at 94, adopted in pertinent part, Arizona v. California, 460 U.S. 605 (1983).

22) Martha C. Franks, Id. at 553.

23) February 22, 1982 Special Master's Report 94, adopted in pertinent part, Arizona v. California, 460 U.S. 605 (1983).

24) 일반적 기준은 Bureau of the Budget Circular A-47에 구체화 되어 있다. 1986 Trial Transcript, Vol. 15, 2843; State v. Lewis, Nos. 20294, 22600 (Chaves County 1956).

25) Martha C. Franks, Id. at 570-572.

조사하는 것이 아니고 관계계획의 상세한 속성을 탐색하여야 한다. 법원은 그 제안된 계획이 기술적으로 실현가능한지, 그 토양에서 농작물이 성장할 수 있는지, 전문가들로부터 생산성 측면에서 좋은 평가를 받을 수 있을 것인지 등에 대하여 고려를 하여야 하는바,<sup>26)</sup> 이러한 요소들 중 어느 하나에서 예러가 발생한다면 법원이 그 다음단계의 경제성 분석에서 오류에 근거한 판단을 내릴 수 있게 된다.

따라서 PIA분석은 전형적으로 다음 사항들이 포함되어야 한다. 즉, ① 보호구역과 주변지역에 대한 지표수·지하수의 상세한 평가, ② 관계가능하고 경작에 적합한 토지면적의 평가, ③ 관계 가능한 토지에 적합하고 실행 가능한 경작형태의 개발, ④ 경작에 필요한 관개수량의 산출, ⑤ 필요 수량의 관개시스템 개발, ⑥ 관개를 위하여 경제적 총면적을 결정하기 위한 경작수입과 토지개발, 생산비용과의 비교분석 등이다.<sup>27)</sup>

PIA는 객관적인 기준은 아니지만 적어도 현재 이용되어지고 있다. Arizona판결에서 정립된 PIA기준을 이용함으로써 서부의 인디언들은 지난 40여년간 엄청난 면적의 토지에 경작을 하여 보호구역의 고용창출과 빈곤구제에 큰 도움을 받았다.

Wind River사건<sup>28)</sup>에서는 Master에 의하여 개발된 PIA기준에 근거하여 와이오밍주 지방법원이 우선권취득일(Priority Day)을 기준으로 연간 500,717 에이커의 유보된 수리권을 산정한바 있다. 1988년의 와이오밍주 대법원판결을

26) Rusinek, "A Preview of Coming Attractions: Wyoming v. United States and the Reserved Right Doctrine", 17 Ecology L.Q., (1990), 355, 371.

27) Bonnie G. Colby, John E. Thorson, and Sarah Britton, Id. at 12.

28) 비인디언의 수리권을 명확히 하기 위하여 와이오밍주가 1977년에 州지방법원에 연방정부와 20,000명 이상의 다른 물 이용자를 피고로 하여 소송을 제기하였다. 10여년 이상을 소요한 이 소송은 인디언의 수리권 결정을 위한 소송상의 폐해의 대표적 實例로서 잘 알려져 있다. 법원은 PIA기준에 근거하여 인디언의 수량과 선순위 수리권을 인정하였다. 인디언과 연방정부는 각각 수리권 요구소송을 주정부를 상대로 1980년에 제기하였다. Tom Kinney, "Chasing The Wind: Wyoming Supreme Court Decision in Big Horn III Denies Beneficial Use for Instream Flow Protection, But empowers State to Administer Federal Indian Reserved Water Right Awarded to The Wind River Tribes", 33 Nat. Resources J., (Summer, 1993), 848-850.

통하여 PIA기준에 의한 수량산정은 지지되어 농업용 수리권을 포함한 도시·가정·상업용수 등의 수리권이 인정되었고<sup>29)</sup> 1989년에 연방대법원은 와이오밍주 대법원의 PIA기준에 의한 수량산정을 별다른 이견 없이 인정하였다.<sup>30)</sup>

#### (라) PIA기준의 문제점

미래에 필요한 수량의 예측은 오류가 있을 수 있으므로 본래의 설정의도와는 다르게 이 기준은 인디언에게 불이익을 줄 가능성이 있다. PIA기준은 또한 모든 이해당사자들을 부정적하거나 가장 비생산적인 지위로 전락시킬 수 있다.<sup>31)</sup> 예를 들면 미래의 모든 이용 가능한 양의 물을 수량화하여야 하는 위기에 직면한 연방정부와 인디언은 가능한 한 많은 수량을 확보하기 위하여 과도한 관계계획을 구상하려는 유혹을 받게 된다.

이는 법원이 이러한 과도한 계획을 심판해주기를 기대한다고 하여도 다음의 심각한 결과를 초래하게 된다. 즉, ① 제안된 관계계획으로 인하여 인디언이 그들의 전체계획이 백지화될 수 있는 위험에 처하게 된다. PIA문제에 대하여 법원은 관계계획의 타당성에 입각하여 all or nothing적 결정을 할 위험성이 있기 때문이다. ② 일반적으로 관계계획은 일정부분만의 타당성을 정당화하는 것은 곤란하므로 전체계획이 타당하든지 아니면 그 반대이든지에 의하여 결정된다. 만약에 후자의 경우라면 인디언은 유보된 수리권을 보장받지 못할 것인바, 이는 부당한 결과로서 PIA기준하에서의 피할 수 없는 리스크가 된다. ③ PIA기준은 인디언이 경제적 물 수요평가로 수량을 결정하도록 하는 기준이 되지 못하고 주로 허구적이고 매우 높은 투기적·회의적 관계계획 절차에 의하여 수량이 정하여지도록 하는 결과를 초래한다.<sup>32)</sup>

29) Big Horn, 753 P.2d 98-99 (Wyo. 1988); Peg Rogers, "In Re Rights to Use Water in The Big Horn River", 30 Nat. Resources J., (1990), 443.

30) 488 U.S. 1040 (1989); Shoshoni Tribe and Northern Arapaho Tribe of the Wind River Indian Reservation v. Wyoming, 492 U.S. 926 (1989).

31) Martha C. Franks, Id. at 582.

32) 예를 들면 Mescalero 보호구역은 뉴멕시코의 아름다운 지역에 위치하고 있었는데 이곳의 인디언들은 레크리에이션용수를 확보하기 위하여 그 가능성을 타진하게 되었다. 그러나 PIA

PIA기준을 소송에서 활용할 경우에 ① 이 기준은 물을 유보하기 위한 연방의회의 의도가 실재하는지가 불확실하고, ② 현대의 인디언보호구역 수리권산정을 위하여 시대착오적인 기준을 적용한다는 것은 문제가 있으며, ③ 인디언보호구역에 관한 연방의회의 실제적 의도를 파악하는 효과적인 방법으로 이해될 수 없고, ④ 이 기준은 보호구역의 객관적 특성에 따라 물을 제공하기 위하여 고안된 편의적인 장치로 이해되어야 한다는 비판이 있다.<sup>33)</sup>

## (2) Quantification논쟁

### (가) Quantification의 개념

인디언은 역사적으로 연방정책에 의하여 이주생활을 많이 하면서 농업 이외에도 漁撈를 통하여 생계를 유지하여 왔다. 따라서 물에 많이 의존하게 되었으며 생존에 필요한 충분한 양의 물을 얻기 위하여 그들의 생득권(aboriginal right)을 신장시켜왔다.<sup>34)</sup> 이러한 과정에서 수자원분쟁은 물이용에 있어서의 부정확한 수량산정에 기인하여 주로 발생하였는바, PIA기준이 수량산정의 한 척도로서 이용되었다면 Quantification은 수량산정 그 자체를 의미한다고 할 수 있다. 따라서 Quantification은 계량화를 통하여 물이용의 수량을 정하고자 하는 定量化 개념이며 물이용에 있어서의 ‘水量化’를 의미한다.

기준을 충족시키기 위하여 그들은 유보된 레크리에이션용수를 요구하는 대신에 거대한 관계 계획이 요구되어졌다. 이들이 레크리에이션용수를 요구하면서 제기한 이론은 ‘permanent homeland’이론으로서 지방법원에서 채택한바 있다. 그러나 그들이 계획의 타당성을 입증하지 못하였기 때문에 레크리에이션용수를 확보할 수 있는 기회를 상실하였다. Decision of the court, Findings of Fact Nos. 32-45, State v. Lewis, Nos 20294, 22600 (Chaves County 1956); Burton, “The American Indian Water Rights Dilemma: Historical Perspective and Dispute-Settling Policy Recommendations”, 7 UCLA J. Envtl. Law & Pol’y, (1987), 31.

33) Martha C. Franks, Id. at 549.

34) Confederated Colville Tribes v. Walton, 647 F.2d 42 (9th Cir.1981); Nevada v. United States, 463 U.S. 110 (1983).

## (나) Quantification 논쟁의 내용

비인디언의 수리권은 동부에서는 연안권주의<sup>35)</sup>를, 서부에서는 우선전용권주의<sup>36)</sup>를 주로 채택하고 있는바,<sup>37)</sup> 수량화문제는 서부지역 물이용자들에게 있어서는 매우 중요한 문제이다. 왜냐하면 큰 비중을 차지하는 인디언에 대한 유보된 권리부여가 서부수법체계상의 물이용에 있어서 엄청난 변화를 야기하고 있기 때문이다.

수자원분쟁해결을 위한 협상과정에서 인디언들은 그들의 수리권을 보호하기 위하여 ① 협상이 결렬되기 전에 합의된 협상안을 통한 수량화를 택하든가, ② 수량화를 인디언의 물에 대한 접근권 제한을 위한 교묘한 술책으로 간주하여 경계를 하면서 실제적으로 필요로 하는 양만큼만 물을 이용하는 방향으로 논의를 전개하였는바,<sup>38)</sup> 현재 서부에서는 엄청난 양의 물과 부가 이렇듯 수량화 문제로 인하여 위험한 상황으로 내몰리고 있다.

수량화 문제는 오래전부터 제기되어 왔으나 대부분의 사건에서 명확하게 해결되지 않았다. 서부지역은 연방 성립이후 대부분 연방정부의 소유가 되었기 때문에<sup>39)</sup> Winters판결에서의 인디언에 대한 유보된 수리권부여는 주정부 州民들(비인디언)의 우선전용권을 상당히 제약하게 되었다. 유보된 수리권은 보호구역의 설정일을 기준으로 우선권이 인정되며<sup>40)</sup> 우선전용권주의하에서의 우선권은 이용자가 물을 실제적으로 유용한 이용을 할 때를 기준으로 한다.<sup>41)</sup> 또한 유보된 수리권은 ‘우선전

35) 하천에 물이 풍부한 동부지역에서 발전되었으며 하천과 호수에 접하고 있는 연안 토지소유자에게 물이용의 우선권이 주어진다. 따라서 다른 사람의 이용에 영향을 주지 않는 한 연안의 토지소유자는 물을 합리적으로 이용할 수 있다.

36) 먼저 온 사람에게 우선권을 주는 ‘first in time’ 원칙에 근거하여 수로에 인접한 토지와는 전혀 무관하게 수리권을 인정한다.

37) Taiawagi Helton, “Indian Reserved Water Rights in the Dual-System State of Oklahoma”, 33 Tulsa L.J., (Spring & Summer, 1998), 982.

38) Bonnie G. Colby, John E. Thorson, and Sarah Britton, Id. at 10.

39) Richard P. Shanahan, “The Application of California Riparian Water Rights Doctrine to Federal Lands in the Mono Lake Basin”, 34 Hastings L.J., (May/July, 1983), 1296.

40) Winters v. United States, 207 U.S. 564, 575-77 (1908).

41) David H. Getches, Water Law in a Nutshell, (1984), 93-99.

용' 또는 '계속된 합리적 이용'에 의할 것을 요하는 州수리권법과는 별개로 독립하여 존재하므로<sup>42)</sup> 물을 이용하지 않고 있는 동안에도 소멸되지 않고<sup>43)</sup> 언제라도 충분한 양의 물을 이용할 수 있으므로 비인디언들은 이에 대한 두려움을 갖게 되었다.

유보된 수리권의 증가로 인하여 우선전용권주의하에서 물을 많이 사용하는 비인디언들은 상대적으로 엄청난 양의 수량감소를 당하게 되었다. 이러한 사실을 연방대법원도 인식하고 있지만 인디언의 현재와 미래의 수요를 충족시킬 충분한 양의 물을 유보해 주기 위하여 그동안 여러 가지 수량화 기준을 마련하여 왔다.<sup>44)</sup>

#### (다) Quantification의 장애요소

인디언은 여러 부분에서 충분한 수리권을 부여받는 등<sup>45)</sup> 역사적으로 유례가 없는 권리를 행사하여 왔다. 따라서 비인디언 물이용자들로부터 질시의 대상이 되기도 하였는바, 그 주요 원인중의 하나는 인디언들이 주 수법체계로부터 독립을 하려 한다는 점에 있다. 인디언들은 우선전용권주의하에서의 유용한 이용, 배분시간에 따른 우선권, 이용하지 않는 경우의 권리의 상실, 수량 등에 있어서 州水法을 따르려 하지 않는다. 또한 유보된 수리권은 우선전용권주의하에서의 경쟁을 통한 공평적·형평적 이용을 거부한다.<sup>46)</sup> 인디언들은 연방정부와 연방대법원 판례에 의하여 보호되는 上位수리권을 행사하고 있으므로 수량화에 있어서 실제적으로 객관적 기준이 적용되기 어렵다.

우선전용권주의하에서는 쓸 수 있는 물의 양이 현재 사용할 양으로 제한되지만 인디언의 유보된 수리권은 인디언 보호구역의 현재와 미래 수요를 충족시킬 만큼

42) D. Michael McBride III, "The Genesis and Early Power of Winters--A Book Review of Indian Reserved Water Rights: The Winters Doctrine and its Social and Legal Context", 1880's to 1930's, 36 Tulsa L.J., (Spring 2001), 642.

43) Judith V. Royster, Id. at 63.

44) Martha C. Franks, Id. at 550-552.

45) Arizona v. California, 373 U.S. at 601; United States v. Powers, 305 U.S. 527, 533 (1939); Jane Marx, Jana L. Walker, "Susan M. Williams, Tribal Jurisdiction over Reservation Water Quality and Quantity", 43 S.D. L. Rev., (1998), 321.

46) Arizona, 373 U.S. at 597.

의 충분한 양이 되므로<sup>47)</sup> 이 점도 수량화의 장애요소가 되고 있다.

### 3. 연방대법원판례의 문제점

Winters판결은 인디언의 유보된 수리권을 명확하게 확인해준 측면에서는 가치가 있었으나 수량화 기준을 정하지 않았다는 문제점이 있었고,<sup>48)</sup> Arizona판결<sup>49)</sup>은 인디언과 비인디언간의 수리권의 범위와 우선권에 관하여 언급한 점에 의의가 있었으나 보호구역의 정확한 경계가 어디인지를 결정하지 않아 분쟁의 불씨는 계속 남아있게 되었다.

Arizona판결에서는 농업용 이외의 이용은 애리조나지역 보호구역에서는 많지 않았기 때문에 오로지 농업용수를 위한 수량화만을 언급하였다. 그러나 법원은 어떤 경우에는 인디언들의 어업과 하천유지용수<sup>50)</sup>를 위하여 유보된 수리권이 행사되는 것을 알게 되었다. 이러한 하천유지용수권은 인디언들이 종종 기존의 정립된 소비적 물이용 패턴에 있어서 경쟁을 하여왔기 때문에 매우 논란의 여지가 있는 개념이었다. 따라서 법원은 인디언들의 유보된 하천유지용수권 주장에 대하여 판단을 거부하기도 하였다.

수자원분쟁에서 연방의회는 州의 재결에서 인디언의 유보된 수리권을 수량화할 수 있도록 입법한 바 있었으나<sup>51)</sup> 소송과정에서 연방대법원은 증거로서 채택

47) Arizona v. California, 373 U.S. 546, 601 (1963) (Arizona I).

48) United States v. New Mexico, 438 U.S. at 705; Bonnie G. Colby, John E. Thorson, and Sarah Britton, *Id.* at 10.

49) 373 U.S. 546, 595 n.97 (1963).

50) 하천유지용수(instream flow)는 하천의 생태계보전과 경관보호 및 수질보전을 위하여 하천의 기본流量을 유지하기 위한 용수이다. 하천유지용수권의 수량화는 하천에서의 가변적 유량, 어업에 필요한 최적 유량과 관련된다. 따라서 역사적 사실들을 고려하여 결정하여야 하고 상세한 수문학적 연구를 요하는 복잡한 과정이다. 또한 보호구역의 전통적 수렵과 채집을 위한 연안지역을 보전함에 필요한 유량을 결정하여야 하는 중요한 문제이다. Bonnie G. Colby, John E. Thorson, and Sarah Britton, *Id.* at 12.

51) McCarran Amendment, § 208 of the Department of Justice Appropriation Act 1953, ch. 495, 66 Stat. 556, 560; Gina McGovern, "Settlement or Adjudication: Resolving Indian Reserved Rights", 36 Ariz. L. Rev., (Spring, 1994), 197.

되는 기술적 데이터들을 취급할 준비가 되어 있지 않았다. 갈등을 일으키고 있는 증거를 평가함에 있어서는 Master와 같은 전문가들의 도움이 필요한바, 법원은 전통적으로 그러한 도움 받기를 자제하는 경향이 있었다.<sup>52)</sup> 또한 유보된 수리권을 합리적으로 예상할 수 있는 필요수량으로 제한하자는 주장, 인구에 기초한 접근 등을 통하여 유보된 수리권을 수량화하자는 제안을 거절한바 있다.<sup>53)</sup>

### III. 미국의 Special Master제도

#### 1. Special Master의 개념

수자원분쟁을 비롯하여 여러 영역에서 전문가로서 활용되고 있는 Master는 선출이나 임명에 대하여 공식적으로 알려진 바가 없고 어떤 특별한 자격이나 역할에 대하여 명확하게 정해진 바도 없다.<sup>54)</sup> 그러나 Master는 단순히 법관을 보조하는데 그치지 않고 소송과정에서의 절차를 관리하는 역할을 수행한다. 복잡하고 다수당사자가 관련된 사건들이 증가하면서 소송절차의 증거조사단계에서 법원을 대표하여 사건진행을 관리하고 증거개시절차를 감독하며 사실인정, 화해 등을 포함한 비공식적 절차를 진행하기도 한다.<sup>55)</sup>

52) Charles J. Meyers, "The Colorado River", 19 Stan. L. Rev., (November, 1966), 50.

53) Adrian N. Hansen, "The Endangered Species Act and Extinction of Reserved Indian Water Rights on the San Juan River", 37 Ariz. L. Rev., (1995), 1313; Lee Herold Storey, Id. at 179.

54) Anne-Marie C. Carstens, "Lurking in the Shadows of Judicial Process: Special Masters in the Supreme Court's Original Jurisdiction Cases", 86 Minn. L. Rev., (February, 2002), 643.

55) Elizabeth Berkowitz, "The Problematic Role of the Special Master: Undermining the Legitimacy of the September 11th Victim Compensation Fund", 24 Yale L. & Pol'y Rev., (Winter 2006), 19. 이규진, "미국 ADR에 비추어 본 우리나라의 ADR", 중재 제296호, 대한상사중재원, 2000, 35면; 김강석, "증권관련집단소송제도에 관한 연구", 건국대 대학원, 2004, 101면; 함영주, "집단소송에 있어서의 장래의 청구권자", 민사소송 제2호, 1999.2, 330면은 각각 "특별보조재판관", "특별사법보좌관", "특별보조법관"이라는

미연방의회는 2001년 9.11사태 이후에 항공운송안전법(ATSSSA)<sup>56)</sup>을 통과시켰다. 이 법은 소송으로부터 항공사를 보호함으로써 경제를 안정화 시키고자 제정된 것인바, 이 법에 의하여 승인된 Master가 사법적·행정적 심사 없이 막강한 권한을 행사하며 자금운영을 통제하여 헌법적 문제를 야기한 바도 있다.<sup>57)</sup>

이렇듯 Master는 판결을 제외한 법원의 전반적 업무에 대하여 조력을 하면서 상당부분 수입된 사법권을 행사하기도 하며 법원이외의 영역인 환경이나 경제적인 문제에까지 개입하여 전문적 자료를 수집·분석하거나 절차를 관리하는 전문가(Specialist)라고 할 수 있다.

## 2. Special Master의 기원

연방대법원이 소송심리수행자를 임명하여 원심소송에서의 심리기능을 일정부분 수행하도록 한 사례는 1791년의 Vanstophorst v. Maryland사건이 첫 번째라고 할 수 있다.<sup>58)</sup> 영국과 교전중이던 1782년에 Matthew Ridley라는 볼티모어상인이 메릴랜드주를 지원하기 위하여 메릴랜드주 대표로서 자금차입을 위한 유럽여행을 하였다. 프랑스 정부로부터는 주정부가 아닌 국가정부실체일 것을 요구당하여 차입이 불가능하였다. 따라서 Ridley는 네덜란드로 가서 Staphorst 형제들로부터 차입을 하였는바,<sup>59)</sup> 이후에 메릴랜드주가 계약조건을 이행하지 못하자 Staphorst는 메릴랜드 주지사와 의회를 상대로 소송을 제기하였다.

대부분의 증인들은 암스테르담에 거주하고 있었으므로 사건담당자(Attorney

용어를 사용하고 있다. 후술하는 바와 같은 비판도 있지만 사안에 따라서는 독립적 위치에서 소송절차에 관여한다는 측면에서 이 논문에서는 “특별사법관”이라고 명명하고자 한다.

56) Air Transportation Safety and System Stabilization Act, Pub. L. No. 107-42, 115 Stat. 237 (2001).

57) Elizabeth Berkowitz, Id. at 2.

58) 그 당시는 미국의 혁명기로서 외국자본을 메릴랜드주가 차입하면서 이를 상환하는 문제와 관련하여 분쟁이 발생하였다. 2 U.S. (2 Dall.) 401 (1791); 5 The Documentary History of the Supreme Court of the United States, 1789-1800, at 17-18 (Maeva Marcus ed. 1994); Anne-Marie C. Carstens, Id. at 641.

59) Anne-Marie C. Carstens, Id. at 642.

General)는 사건증인과의 대면에 어려움이 발생되면 임무수행을 위하여 네덜란드로 가곤 하였다.<sup>60)</sup> 이 사건은 화해를 통하여 결국 해결되었지만, 사건 초기 원심단계에서는 증거수집을 위하여 법관보다는 오히려 위원(Commissioner)이나 고위층 인사 등이 임명되어 활동하였다. 이들은 법관이 하여야할 증거수집 책임을 부여받고 불편한 교통편을 이용하여 여행을 하여야 하였다.<sup>61)</sup>

위원들의 원심소송에서의 이러한 활동은 19C-20C에도 계속되었으며 더욱더 전문적인 활동은 췌경계획정을 위한 협약체결에서 췌가 임명하는 위원의 역할과 병행하여 이루어 졌다.<sup>62)</sup> 20C초에는 법원이 담당해야 할 진상조사 기능을 위원회나 위원이 수행하다가 Master가 할 수 있도록 자격을 부여 하였다.<sup>63)</sup> 그러나 Master의 역할이 부여된 이후에도 위원과 Master의 임명에 있어서 큰 차이가 없었으므로 Master와 위원간의 역할은 애매한 상태에 있었다.

### 3. Special Master의 임명

Master 임명에 대한 공식적 절차는 아니지만 일반적으로 법원은 연방민사소송규칙(Federal Rules of Civil Procedure: FRCP) 제53조와 연방증거규칙(Federal Rules of Evidence: FRE) 제706조를 원용하여<sup>64)</sup> 소송문제에 대하여 법률적으로 상당한 전문지식을 갖춘 사람들을 임명해 왔다. 오늘날에는 고위층이나 은퇴한 연방법관이 임명되어 소송절차의 관리나 보조적 역할을 하는 것으로 알려져 있다.<sup>65)</sup>

60) *Vanstophorst v. Maryland*, 2 U.S. (2 Dall.) 401 (1791).

61) George L. Haskins & Herbert A. Johnson, *History of the Supreme Court of the United States: Foundations of Power: John Marshall, 1801-15*, (1981), 114.

62) *Georgia v. South Carolina*, 497 U.S. 376, 380-81 (1990); *New Jersey v. New York*, 523 U.S. 767, 772-73 (1998).

63) *Mississippi v. Arkansas*, 415 U.S. 289, 297 n.1 (1974); Anne-Marie C. Carstens, *Id.* at 644.

64) FRE 제706조는 FRCP 제53조 보다는 좀더 제한된 범위에서 전문가를 임명한다는 차이점이 있다. Todd H. Votteler, Joe G. Moore, Jr., "The Use of Masters in Environmental Litigation", 12-FALL *Nat. Resources & Env't*, (Fall, 1997), 128.

법원은 일반적인 관례로서 원심소송에서 Master를 임명하여 왔다. 18-19C에는 Master에게 최소한의 권한 위임을 하였지만 20C 이후에는 소송이 증가함에 따라 그 위임은 점차 확대되어 왔고<sup>66)</sup> 법적 판단권한까지도 Master에게 상당부분 위임하게 되었다.<sup>67)</sup> Master의 임명은 또한 여성과 소수자 집단의 문제와 관련하여 사회적 관심을 불러일으키게 되었으나 여성 Master를 임명한 사실은 없었다.<sup>68)</sup>

연방대법관 경력이 있던 사람으로서 Master로 임명된 사례로는 ① 1926년에 오대호와 경계를 이룬 주들이 일리노이를 상대로 지루한 소송을 진행하고 있을 때 이를 주재하기 위하여 C.E.Hughes가 임명된 바 있었고,<sup>69)</sup> ② Stanley Reed는 1958년에 포토맥 강에서의 버지니아와 메릴랜드간 분쟁을 해결하기 위하여 임명되었으며,<sup>70)</sup> ③ Tom Clark은 뉴햄프셔와 메인의 경계분쟁을 해결하기 위하여 1973년에 임명된 사례가 있다.<sup>71)</sup> 이러한 관행들은 1960년대 말에 Warren Burger 연방대법원장에 의하여 공식화 되었다.

#### 4. 수자원분쟁에서의 역할

##### (1) 역할 필요성의 제기

1996년 당시 미국법원행정처가 발표한 자료에 의하면 연방항소법원에서는 26

65) Eric L. Garner-Michelle Ouellette, "Future Shock? The Law of the Colorado River in the Twenty-First Century", 27 Ariz. St. L.J., (Summer, 1995), 477.

66) James S. DeGraw, Rule 53, Inherent Powers, and Institutional Reform: The Lack of Limits on Special Masters, 66 N.Y.U. L. Rev., (1991), 800.

67) Anne-Marie C. Carstens, Id. at 628.

68) Lee Seltman, Working Paper of the Ninth Circuit Gender Bias Task Force: Appointments of Special Masters to the Supreme Court and the Ninth Circuit 8 (1992). 법원은 지난 60여년(1930-1990) 동안 82명의 Master를 임명하였지만 연방대법관중에 여성이 차지하는 비율이 적기 때문에 원심소송에서의 여성 Master도 희소할 수밖에 없다.

69) Wisconsin v. Illinois, 271 U.S. 650 (1926).

70) Virginia v. Maryland, 355 U.S. 946, 946 (1958).

71) New Hampshire v. Maine, 414 U.S. 996, 996-97 (1973).

명, 연방지방법원에서는 70여명의 법관이 부족한 실정에 있었다.<sup>72)</sup> 그럼에도 불구하고 법원은 엄청나게 증가하는 소송건수로 인하여 어려움을 겪게 되었고 특히 어느 한 분야 보다는 여러 분야의 전문적 지식으로 무장된 전문가가 필요하게 되었다. 따라서 이러한 조건을 충족시키고 법원의 업무부담을 경감시켜줄 수 있는 역할을 법원이 임명하는 Master가 수행하게 되었다.

Master는 수자원분쟁 소송과정에서 인디언들에게는 보호구역이 ‘고국’의 의미가 있음을 알게 되었다.<sup>73)</sup> Master는 이 과정에서 다양한 목적의 관계계획을 고려하게 되었고 경제적 타당성을 분석하게 되었으며 전문적 보고서를 법원에 제출하여 판결에 영향을 주기도 하였다.

Master들은 비록 재판경험은 없더라도 법률적 지식과 테크닉 측면에서 다양한 전문성을 발휘한다. 1954년 이전에는 Master가 원심소송절차에서 임시로 법원의 지시를 따라 업무를 수행하였으나 현재는 연방대법원규칙 제17조<sup>74)</sup>와 한 페이지 분량의 초기 행동규칙, 그리고 임명장에 쓰여진 공통조항(boilerplate)에 의하여 업무를 수행한다.<sup>75)</sup> 그러나 업무수행에 관하여는 FRE가 적용되도록 하는 어떠한 권위적인 명령도 존재하지 않는다. 이러한 유연성은 Master가 전문지식을 통한 업무수행과 진상조사범위를 정함에 있어서 상당한 도움이 되고 있다.<sup>76)</sup>

법원은 Master를 임명하면서 증거수집과 진상조사, 증인의 증언확보, 법적 결론, 그리고 판결을 초안할 것을 지시하기도 하고<sup>77)</sup> 증인소환을 위한 소환장발부권을 부여하기도 한다. 1965년 이후에는 Master에게 기일지정과 추가변론제기, 그리고 속행절차 지시권을 부여하는 등 그 권한은 확대되어 왔다.<sup>78)</sup> 최근에는 중

72) Todd H. Votteler, Joe G. Moore, Jr., Id. at 127.

73) Martha C. Franks, Id. at 557.

74) 이송명령의 심리에 고려할 사항을 내용으로 함.

75) Anne-Marie C. Carstens, Id. at 653.

76) 예를 들면 Master는 증인의 직접신문과 교호신문에 대한 주제이외에 Master자신이 직접증인이 되어 자신의 증언을 재판의 심의에 부치는 경우가 있다. Joint Abstract of Record (Vol. 1, Testimony) at 11-12, Wisconsin v. Illinois, 281 U.S. 179 (1940).

77) Vermont v. New Hampshire, 282 U.S. 796, 796 (1930).

78) Georgia v. South Carolina, 253 U.S. 477, 478 (1920); Pennsylvania v. West Virginia, 252 U.S. 563, 564 (1920).

재나 조정 등을 유도하고 반소제기를 중지하도록 하는 등 법원이 Master에게 명시적으로 위임한 사항 이외의 범위까지 권한이 확대되는 경향에 있다.

New Jersey v. New York<sup>79)</sup>과 Arizona v. California<sup>80)</sup> 그리고 Kansas v. Colorado<sup>81)</sup>에서 법원은 실질적으로 Master의 권고와 그가 제안한 판결을 참작하였다.<sup>82)</sup> 원심에서의 심리는 Master에 의하여 주재되며<sup>83)</sup> 그 과정의 요약내용은 보고서에 게재된다. New Jersey사건에서는 Master가 공식 보고서를 제출하기 전에 2년 이상의 기간동안 분쟁과정에 관여하며 진상조사와 법적 결론 도출 등 전반적인 역할을 수행한바 있다.<sup>84)</sup> 심리과정에서 법원의 거리를 이유로 Master가 주재한 가장 대표적인 사건은 Arizona사건이다. 이 사건에서는 대법관이 아닌 Simon Rifkind라는 Master가 샌프란시스코, 캘리포니아 연방 법원에서 심리를 주재하였다.<sup>85)</sup> Master의 보고서가 법원에 제출되면 법원은 이를 심사하고 Master가 발견한 전체 또는 일부의 사실을 재심리하거나 채택하게 된다.<sup>86)</sup>

## (2) 법원의 견해와 역할의 사례

일반적으로 법원은 Master의 보고서를 원안대로 채택하는 경향에 있다. 완고한 보수주의자인 Rehnquist대법원장은 증거에 대한 심사는 법원이 독자적으로 하여야 함을 분명하게 강조하였지만<sup>87)</sup> 복잡한 원심에서의 진실발견은 법관에게

79) New Jersey v. New York, 526 U.S. 589 (1999).

80) 530 U.S. 392 (2000).

81) Kansas v. Colorado, 121 S. Ct. at 2027.

82) Anne-Marie C. Carstens, Id. at 626.

83) Report by Special Master Simon H. Rifkind, Arizona v. California, No. 8, Orig. (Dec. 5, 1960).

84) Office of the Special Master, Final Report of the Special Master, New Jersey v. New York, No. 120, Orig., available at 1997 WL 291594 (Mar. 31, 1997).

85) Report by Special Master Simon H. Rifkind, Arizona v. California, No. 8, Orig. at 3 (Dec. 5, 1960); Arizona v. California, 373 U.S. 546, 564 (1963).

86) Washington v. Oregon, 288 U.S. 592 (1933); Vermont v. New Hampshire, 282 U.S. 796, 796 (1930).

큰 부담이 되고 시간소모적이기 때문에 Master는 필요하다고 하였다.

법원이 임명한 구체적이고 특별한 전문지식을 가진 전문가들은 물의 배분과 전환에 관한 분쟁을 포함한 사건에 관여하는 경우가 있다.<sup>88)</sup> 수리권과 관련하여 특히 州間분쟁의 협약체결에 있어서 가장 권위 있는 학자인 Jerome C. Muys는 Oklahoma v. New Mexico사건<sup>89)</sup>에서 서부주에서의 물배분 분쟁과 관련하여 Master로서 임명되었는데<sup>90)</sup> 그는 Arizona판결의 원심에서 被告州의 검찰총장으로서 활동한 경력을 지니고 있기도 하였다. 법관으로서 임명되었지만 Master의 임무가 부여된 사람으로서 Jean Sala Britenstein은 실제적으로 수리권문제에 대한 풍부한 경험이 있었으며 1920년대에 콜로라도 수리권법령 제정에 기여한 바도 있어 전체 서부지역에서 가장 뛰어난 수법의 권위자라는 평가를 받았다.

Wind River사건에서는 소송절차를 관리하기 위하여 소송초기에 법원이 Master를 지명하였고 그는 사건을 세 단계로 분리<sup>91)</sup>하였다. Master는 관개와 어업, 야생동물, 가축, 광업, 도시용수와 가정용수 등 여러 분야에 기초하여 인디언의 유보된 수리권을 수량화하여 1982년에 보고서를 제출하였다.<sup>92)</sup>

Wyoming v. United States사건에서는 Master가 비록 보호구역의 목적, 법적사실적 의문에 대하여 지방법원 및 와이오밍주 대법원과 의견이 일치하지는 않았지만 각 법원들은 PIA기준의 사용을 지지하였다.<sup>93)</sup> 실제적으로 인디언의 이익을 위한다는 측면에서는 이 사건이 PIA기준의 성공적인 적용의 한 예라고 할

87) Maryland v. Louisiana, 451 U.S. 725, 762-63 (1981).

88) Arthur L. Littleworth, The Public Trust vs. The Public Interest, 19 Pac. L.J., (1988), 1201, 1201.

89) Oklahoma v. New Mexico, 484 U.S. 1023 (1988).

90) E. Leif Reid, Note, Ripples from the Truckee: The Case for Congressional Apportionment of Disputed Interstate Water Rights, 14 Stan. Envtl. L.J., (1995), 145, 162.

91) Indian reserved rights, non-Indian federal reserved rights, state water rights.

92) 이 보고서는 100여명의 변호사들과 15,000페이지가 넘는 소송문건, 그리고 2,300여 증거서류가 포함되었다. Big Horn, 753 P.2d 76, 85 (Wyo. 1988); Peg Rogers, Id. at 442; Bonnie G. Colby, John E. Thorson, and Sarah Britton, Id. at 109.

93) Martha C. Franks, Id. at 560.

수 있다.

Master는 종종 FRCP 제53조에 근거하여 연방지방법원이 진행하는 매우 복잡하고 과학적·기술적 사실들이 포함된 사건에 활용되기도 한다. 이러한 측면에서 지방법원의 Master는 특정 분야에서 고도로 훈련된 기능보유자일 것을 요하지만 연방대법원의 Master는 쟁송사건과 관련한 특별한 지식을 보유하거나 훈련을 받은 바 없는 고위층이나 은퇴한 연방대법관이 되는 경우가 있다.<sup>94)</sup>

### 5. Special Master제도에 대한 비판

원심소송에서의 Master의 활발한 역할은 여러 측면에서 문제를 야기하였다. 법원이 승인한 Master의 역할은 증거의 개시, 다단계심사, 헌법상 임명된 법관에 의한 판결 등 미국 연방사법시스템의 특징과 관련하여 많은 부분에서 논란이 되었다.

Master는 원칙적으로 사법관도 행정관도 아니다. 비록 연방의회가 Master에게 부여된 재량에 有意를 하였지만 실제로 Master의 재량행사에 따른 영향을 충분히 고려하였는지는 분명치 않다.<sup>95)</sup> Master 자신이 증거를 제출하고 임의로 그 증거를 채택하고 법적 결론을 도출하며 비밀 임명절차에 의하여 행동하는 등의 문제로 인하여 공정한 재판을 표방하는 미국 사법절차에 그들을 드리우게 하였다.

이러한 Master제도에 대한 비판에는 중요한 두 가지 문제가 함축되어 있다.<sup>96)</sup> 즉, ① Master는 기본적으로 헌법적 임명절차 없이 법관과 같은 역할을 한다는 점,<sup>97)</sup> ② 구체적으로 윤곽을 정한 규칙이나 광범한 판례형성 없이 Master에

94) Simon Rifkind가 Master로서 그 자신과 그의 보좌역에 대해서 이야기하면서 언급했는데, “우리 양쪽이 point zero에서 출발했다. 우리는 서부의 水法을 알지 못하였다.”고 하였다. Simon H. Rifkind, Charles J. Meyers, 34 Stan. L. Rev., (1981), vi.

95) Elizabeth Berkowitz, Id. at 9.

96) Anne-Marie C. Carstens, Id. at 668.

97) 미국 정부시스템 하에서는 헌법 제3조에 의하여 허용되는 유형이 아닌 치안판사, 행정법판사(ALJ) 등의 제도가 이용되고 있지만 기본적으로 연방법원에서의 Master역할과는 다르다. 치안판사는 심리의 기획자(layers)에 불과하며 치안판사의 행동은 법률과 판례법, 적용 가능한 규칙과 절차에 의하여 제한을 받는다는 점에서 Master와는 구별된다.

게 부여된 권한은 실제적·이론적 문제를 야기한다는 점이다. 또한 Master에 대한 사법권의 포괄적 위임은 FRCP와 FRE의 여러 가지 안전장치들을 무력화시켰다는 지적이 있다.<sup>98)</sup> 州에 영향을 주는 사건에서의 Master의 결정에 대하여 다단계심사가 필요하고 중요한 의미가 결여된 결정에 대한 감시와 통제가 필요하다는 것이다.

연방대법원 Master는 이론상으로는 법원의 요청에 의하여 증거를 수집하고 소송진행을 지원하는 역할을 한다. 그러나 연방대법원 소송절차에서의 Master의 역할은 실제로 지원이나 보조적 역할의 업무범위를 넘어섰다. 특히 주목할 만한 사실은 Master가 당사자의 동의 없이 심리를 주재하고 법원의 다음 심리에 영향을 주는 증거채택을 주도한다는 점이다. ATSSSA에서는 자금수령인이 사법심사를 받을 권리를 명확하게 부정하고 있다. 또한 소송당사자는 Master의 재량권 남용에 대한 항의수단도 없으며<sup>99)</sup> Master의 임명에 대하여는 지방법원에 항소하거나 순회법원에서의 직무집행영장(mandamus)을 통한 항의수단을 이용할 수는 있지만 별다른 실효성은 없다.<sup>100)</sup>

FRCP 제53조는 Master가 하급법원 소송에서 ‘중재자, 회계감사원, 증인신문관, 그리고 전문의견진술인’으로서 행동할 것을 규정하고 있다.<sup>101)</sup> 또한 Master가 청문주재권을 행사하며 능률적 업무수행을 위한 필요하고도 적절한 수단을 취할 수 있도록 허용하고 있다.<sup>102)</sup>

이에 대하여 연방하급법원에서는 Master의 권한을 통제하고는 있으나 FRCP 제53조는 지방법원 Master가 진상조사와 그 이외에 필요하다면 분쟁을 종결할

---

가장 중요한 점은 당사자의 동의 없이 심리를 주재하는 것을 예방하도록 치안판사에게 주어지는 제한은 연방대법원 Master에게는 적용되지 않는다는 점이다.

98) Elizabeth Berkowitz, *Id.* at 20.

99) Air Transportation Safety and System Stabilization Act, Pub. L. No. 107-42, §405(b)(3), 115 Stat. 237 (2001).

100) James S. DeGraw, “Rule 53, Inherent Powers, and Institutional Reform: The Lack of Limits on Special Masters”, 66 N.Y.U. L. Rev., (1991), 812.

101) Fed. R. Civ. P. 53(a).

102) Fed. R. Civ. P. 53(c).

수 있는 권한까지도 부여하고 있어<sup>103)</sup> 지방법원에서의 Master의 활용은 연방대 법원에서의 활용과 마찬가지로 비판을 받고 있다.<sup>104)</sup>

비록 Master가 원심소송에서 사실을 왜곡할 정도로 과도한 권한을 행사하도록 허용되어져 왔다고 하더라도 그 역할이 완전히 부정되어서는 아니 된다. Master는 증거수집과 같은 실제적이고 필요한 중요한 임무들을 수행한다. 따라서 그 역할은 신중하게 판단하여 제한되어야 할 것이다.

#### IV. 우리나라 수자원분쟁에서의 전문가 활용방안

##### 1. 서설

우리나라도 지방자치 실시 이후에 지역적으로 수자원과 관련한 분쟁이 심화되고 있다. 특히 수자원 확보와 홍수 조절 등의 목적으로 건설되는 댐의 경우에 안전성 문제와 함께 지역발전 저해, 안개 발생과 관련한 건강상의 문제 등 여러 가지 복합요인들이 작용하여 지역주민들의 반대가 심하다. 동강댐 건설문제에 대한 찬반논란, 현재의 한탄강 댐 건설논란, 소양댐의 안전성 논란, 춘천시 물값분쟁 등 수환경·수리권 관련 분쟁이 지속적으로 발생되고 있으며 향후 이러한 양상은 계속될 것으로 예상된다.

수자원분쟁에서의 환경적 위해요인 분석과 수리권에서의 물수지분석, 갈수량 산정 등은 일반인들이 쉽게 접근할 수 없는 고도의 전문성이 필요한 영역이다. 이러한 측면 때문에 분석결과나 정보가 악용되거나 왜곡되어 발표됨으로써 이해당사자들의 불만이 고조되어 분쟁이 심화되는 측면도 있다. 또한 법원의 사법적 판단에 있어서도 법관이 이러한 전문적 영역에 대하여 정확한 판단을 하기가 용이하지 않다.

따라서 점차 심화되고 있는 수자원분쟁에 있어서는 법률적 지식뿐만 아니라 인접학문에 대한 폭넓은 지식을 가진 전문가들의 역할이 중요하다고 할 수 있다. 이

103) Fed. R. Civ. P. 53(e)(1).

104) Margaret G. Farrell, Special Masters, in Federal Judicial Center, Reference Manual on Scientific Evidence, (1994), 587-98.

리한 맥락에서 이하에서는 전문성과 관련하여 우리나라의 사법보좌관제도에 대하여 살펴보고 미국의 Special Master제도를 도입할 경우 어떠한 정당성과 활용 가능성이 있는지에 대하여 살펴보고자 한다.

## 2. 사법보좌관제도

### (1) 사법보좌관제도의 개요

사법보좌관은 전문성면에서는 수자원분쟁과 직접적인 관련은 없겠지만 소송으로 수자원분쟁을 해결하고자 할 경우에는 소송절차에서 활용할 가치는 충분히 있을 것이다. 이러한 맥락하에서 법원조직법이 1994년 7월 사법제도발전위원회의 건의에 따라 법관의 업무경감과 소송절차 촉진을 위하여 개정되었다. 이를 통하여 법관은 과중한 업무부담에서 해방되어 사법업무에만 집중할 수 있게 되고, 일반직원들은 단순반복적 업무로부터 탈피하여 업무능률을 향상시키고 법관들이 직접 담당하였던 재판에 부수적인 업무와 공증적 성격의 사법업무를 처리하도록 하고자 하였다.<sup>105)</sup>

이러한 취지를 반영한 사법보좌관제도가 실제적으로 2006년에 도입<sup>106)</sup>되어 판사들의 업무중 실질적 쟁송에 해당하지 않는 경매나 독촉절차 등의 사무를 법원일반직 공무원 중에서 선발된 사법보좌관들이 담당하게 되었다.

### (2) 사법보좌관의 역할

우리의 사법보좌관이라는 명칭을 독일은 'Rechtspfleger'로, 일본은 '司法補助官'으로 표기하고 있다. 사법보좌관이라는 용어는 법관의 보좌관이 아니라 법관의 사무 일부를 처리하는 '보조적인 사법사무 처리자'라는 의미에서 유래한 것이라고 설명하기도 한다.<sup>107)</sup>

105) 법률신문 2000.02.17. 제2860호 참조.

106) 사법보좌관은 법원조직법 제54조 제4항에 해당하는 법원사무관 또는 등기사무원이상 직급으로 5년 이상 근무했거나 7급 이상 직급으로 10년 이상 일한 법원직원 가운데 선발하며 법원공무원중앙인사위원회에서 후보자로 선발되어 규정에 따른 교육을 이수한 자가 된다. 사법보좌관규칙 제11조.

독일의 법원조직법은 1877년 이래 법원의 모든 결정을 법관이 담당하도록 하였으나 법관의 업무과중으로 인한 폐해가 발생되어 법관의 실질적 재판참여를 위하여 사법보좌관 제도를 도입하게 되었다.<sup>108)</sup> 과거에 독일은 법관에 대한 송부의무를 사법보좌관에게 광범위하게 인정함으로써 사법보좌관의 지위를 어느 정도 법관에 종속시켰으나, 지금은 독자적인 업무 영역과 권한을 가진 사법기관으로서 사법제도 내에 정착되어 있다.<sup>109)</sup>

〈표 2〉 사법보좌관과 Special Master의 차이점

내용 구분	사법 보좌관 제도		Special Master 제도
	한국	독일	미국
활용국가	한국	독일	미국
임명의 근거	사법보좌관 규칙, 사법보좌관 선발 및 운용에 관한 예규	사법보좌관법	공식적 근거 없음. FRCP 제53조, FRE 제706조를 원용
임명의 대상	법원이사관부이사관 서기관 등 (법원조직법 제54조 제4항) (사법보좌관규칙 제11조)	양성 기관에서 3년 연수 이후 시험에 합격한자 (사법보좌관법 제2조)	고위층이나 은퇴한 연방법관등을 법원이 임명
활동분야	소송비용액 집행비용액 확정절차, 독촉절차, 집행문 부여명령절차 등 (법원조직법 제54조 제2항)	법인관련사건, 감정인의 선임, 부동산집행, 분배절차 등	소환장발부, 증인의 증언 확보, 증거수집과 진상조사, 재판 주재 등
문제점	법관에 의해 재판받을 권리를 침해당할 가능성	법관의 역할, 독립성의 보장여부에 따라 오판구제 곤란 가능성	헌법적 정당성과 안전장치 결여. Master의 재량권남용가능성

107) 정선주, “사법제도 내에서 사법보좌관의 지위와 임무”, 민사소송: 한국민사소송법학회지 vol.5, 한국사법행정학회, 2002, 56면.

108) 남동현, “비송의 본질과 사법보좌관제도의 개선”, 비교사법 제13권2호(통권33호), 한국 비교사법학회, 2006, 580면.

109) 강대성, “사법보좌관법안에 대한 약간의 검토”, 경상대학교 법학연구 제12집, 2004, 108면.

일본은 사법보좌관이라는 별도의 독립된 공무원제도를 두고 있지는 않다. 2004년의 개정 민사집행법에서는 부동산 강제집행에 관한 일부 업무를 법원서기관이 수입하여 처리토록 하고 있다.<sup>110)</sup>

우리의 사법보좌관규칙은 제2조에서 그 업무범위를 열거하여 사법보좌관이 각 업무를 독립하여 처리할 수 있음을 명시하고 있으나 지원장을 포함하는 소속법원장이 지정하는 소속 법원판사의 감독을 받도록 하고 있다. 또한 사법보좌관은 업무감독을 지정받은 판사에게 업무현황을 정기적으로 보고하여야 하며 소속 법원장 및 업무감독을 지정받은 판사는 사법보좌관에 대하여 구체적 사건의 처리경과 및 처리결과를 보고할 것을 명할 수 있도록 하고 있다.<sup>111)</sup>

법관을 대폭 증원하여 법원의 업무폭증을 해결하는 것이 현실적으로 불가능한 점을 고려할 때, 우리나라에서도 사법보좌관제도를 효율적으로 활용한다면 법원의 업무경감과 함께 저비용 고품질의 사법서비스 제공이 충분히 가능할 수 있을 것이다.<sup>112)</sup> 이러한 효과를 극대화시키기 위해서는 무엇보다도 사법보좌관의 질적 수준을 좀더 향상시킬 필요가 있다.

### (3) 사법보좌관제도에 대한 비판과 한계

사법보좌관제도의 도입으로 판사는 쟁송업무에 전념하고 비송적 업무는 전문성이 있는 사법보좌관이 담당하게 하여 양질의 사법서비스가 제공되도록 하였지만<sup>113)</sup> 변호사 업계는 기본권 침해가능성을 이유로 반발한바 있다.

즉, 사법보좌관제도가 도입된다고 법관의 업무 부담이 크게 줄어든다고 볼 수 없고 이러한 취지의 제도라면 차라리 법관 임명 자격이 있는 변호사 중에서 임용

110) 남동현, 전계논문, 583면.

111) 사법보좌관규칙 제6조.

112) 법원은 이 제도의 시행으로 60-70명의 법관을 추가로 배치한 것과 동일한 효과를 얻을 수 있을 것으로 예상하고, 절감된 법관인력을 쟁점이 복잡하고 다툼이 심한 사건의 심리에 집중함으로써 국민들에게 보다 질 높은 사법서비스를 제공할 수 있을 것으로 기대하였다. 법률신문 2000. 04. 25. “사법보좌관제 위한 논란”.

113) 법률신문 2000.04.25. “(법조포커스) 사법보좌관제의 쟁점”

하는 것이 바람직하다는 주장이었다. 아무리 간단한 사건이라도 당사자에게는 의미가 큰 만큼 국민들의 법 감정상 법관이 아닌 법원 직원이 맡는 것은 문제라는 것이다.

2005년 당시의 사법보좌관 선발계획 공고에 의하면 선발 후 교육기간이 약 4개월로 예정되어 있었다. 일정직급이상의 직원중에서 선발을 한다고 하여도 단기간에 과연 법관을 조력할 수 있는 전문성을 향상시킬 수 있을 지의 문제와 함께 자칫하면 국민들로부터 법원공무원의 내부승진용이라는 비판을 받을 염려가 있었다.

시행초기의 사법보좌관규칙안에 따르면 사법보좌관의 업무는 소송비용 확정과 담보취소, 제소전 화해 등 쟁송적 성격이 없는 업무와 조사업무를 주로 취급하도록 되어 있었는데, 대한변호사협회에서는 이 규칙안이 사법보좌관에게 재판을 허용하는 결과가 되어 부당하다는 점을 강조하였다.

사법보좌관제도에서의 중요한 쟁점은 업무를 쟁송·비송으로 분류하느냐의 문제가 아니라 쟁송성이 있는 사건을 일정한 자질이 있는 사법보좌관에게 담당하게 하는 것이 위헌의 문제인가에 달려 있다.<sup>114)</sup> 현행법상 사법보좌관의 법적 지위는 독립성과 관련하여 애매한 위치에 있다. 법원조직법 제54조 제3항에서는 법관의 감독을 받아 업무를 수행함을 규정하고 있는 반면 하위규범인 사법보좌관규칙 제2조 제2항에서는 사법보좌관은 자신의 업무에 관하여는 독립하여 처리한다고 하여 상호 간에 모순이 발생되고 있다.

따라서 사법보좌관의 지위 등에 관한 명시적 규정이 없이, 예컨대 쟁송적 성격을 갖는 독촉사건의 업무를 근거규정도 없이 사법보좌관에게 위임하는 것은 사법보좌관의 질적 수준에 대한 신뢰를 보장할 수 있는 양성제도를 확립하고 사법보좌관에게 물적 독립성을 보장하는 등 법관에 준하는 지위를 인정하지 않는 한 위헌성의 문제는 계속 제기 될 것이다.<sup>115)</sup>

114) 이에 대하여 헌법 제27조 제1항의 규정에도 불구하고 중재법에 의한 중재나 군사법원법에 의한 심판관의 관여 등을 볼 때 위헌의 문제는 없다는 견해가 있다. 남동현, “강제집행절차의 비송성과 사법보좌관제도”, 한국민사소송법학회, 2006, 341면.

115) 이동률, “독촉절차의 문제점과 개선방안”, 재산법연구 제23권 제1호, 2006, 381면; 정선주, 전개논문, 70면.

이러한 문제점 이외에 사법보좌관이 수자원분쟁에서 과연 전문성을 발휘할 수 있을지는 미지수이다. 소송절차에서의 전문성은 인정될 수 있겠지만 수자원문제의 특수성을 극복할 만한 능력이 있는지는 불명확하기 때문이다.

### 3. Special Master제도의 도입논의

#### (1) 논의의 필요성

수환경문제를 포함한 환경사건은 대부분 고도의 과학성·기술성이 내재되어 있어 해당분야의 전문가가 아닌 법관이 이러한 사건을 공정하게 심리하고 정확히 판단하기에는 무리가 있다. 환경분야는 고려해야 할 변수가 무한하고 이를 숫자적으로 측정하기가 지극히 어렵기 때문이다. 또한 농업용수를 포함한 수리권에서의 수량측정이나 물 수지분석도 그 시기나 장소에 따라 다르게 적용해야할 기준이 필요한 전문적인 영역이다.

수환경분쟁의 경우 법관의 전문성 문제와 함께 그 원인규명에 있어서의 과학적 불확실성을 어떻게 극복하느냐의 문제가 있다. 그러나 과학적·기술적 문제에 대해서 법원의 판단이 비록 용이하지는 않다고 하더라도 법원은 분쟁을 해결하여야 할 소명이 있기에 부담은 더욱 클 수밖에 없다.

최근의 수자원분쟁은 집단민원으로 발전하여 그 주장의 논거가 법적 타당성이나 합리성에 근거하고 있는지를 떠나서 지역이기주의로 치부되기도 한다. 따라서 수자원 분쟁의 원인을 명확히 규명하여 근본적 해결점을 찾아야 할 것인바, 댐건설시의 환경영향이나 경제적 타당성, 수리권인정에 있어서의 수량 등을 제대로 산정하기는 어렵다.

따라서 미국의 제도이긴 하지만 Master제도를 도입하여 수자원분쟁원인을 정확히 진단하고 그 해결방안을 찾아보는 계기가 되도록 도입의 필요성을 제기해 본다.

#### (2) 도입의 정당화 논거

수자원분쟁에서의 전문가 역할은 궁극적으로 정확한 수량측정과 정보의 수집,

그리고 수환경피해의 정확한 산출과 그에 대한 다각적 분석을 통하여 분쟁해결이 근원적으로 해결 될 수 있도록 법관을 조력하는데 있을 것이다. 따라서 Master 제도의 도입은 우리 실정에 맞게 보완이 된다는 전제하에 다음과 같은 문제점을 그 논거로 하여 정당화 될 수 있을 것이다.

#### (가) 용수수요 측정의 곤란과 과학적 불확실성

##### 1) 용수수요 측정의 곤란

용수수요의 측정에 있어서 농업용수는 ① 기상조건이나 계절적 변동 등 외적 종속성에 의한 영향을 많이 받게 되어 수요량이 변할 수 있고, ② 수요량측정은 사회·역사적 배경을 갖는 수리관행에 의하여 지배되므로 대단히 복잡하며, ③ 생산자원, 자연보전, 경관형성을 통한 관광산업에도 기여하므로 지역의 자원이 된다는 특징이 있다.<sup>116)</sup>

지표수의 경우에는 하천의 경우 하천유지용수와 관련한 갈수량산정이나 물수지분석<sup>117)</sup>을 얼마나 과학적으로 정확히 판단 할 수 있는지가 문제된다. 하천은 유수의 정상적인 기능 및 상태를 유지하기 위한 용량개념의 하천유지용수가 필요하다. 용량개념으로서의 하천유지유량<sup>118)</sup>은 자연적 요인인 평균갈수량<sup>119)</sup>과 생태계보호와 수질보전 등 인위적 요인을 고려한 환경보전유량중에서 큰 유량으로 설정한다.<sup>120)</sup>

이러한 분석과정에서는 자연유량<sup>121)</sup>에 대한 정확한 산정이 이루어져야 물값과

116) 정중호·윤용남, 수자원실계실무, 구미서관, 2007, 220면.

117) 물수지분석은 어느 한 유역의 장래의 안정된 용수수급을 계획하기 위하여 유역내 과거의 자연유량을 장래 용수수요와 비교함으로써 소유역별 과부족을 예측하는 것이다.

118) 하천법 제20조 참조.

119) 오랫동안 비가 내리지 않아 강이나 하천의 물이 마르는 것을 渴水라하며, 갈수기에 흐르는 水量을 갈수량이라한다. 갈수량은 수량산정시 하나의 기준이 되며 한 해 동안에 강물이 가장 적을 때에 쥘 물의 양이 된다. 평균갈수량은 자연상태의 하천에서 갈수시에도 흘렀다고 볼 수 있는 갈수량이고 기준갈수량은 갈수량계열을 빈도해석하여 10년빈도 갈수량을 채택하는 갈수량이다.

120) 정중호·윤용남, 전계서, 239면.

121) 하천유역이 전혀 개발되지 않아 인위적 용수수요가 전혀 없는 상태에서의 하천유량이다.

같은 수자원분쟁을 사전에 예방할 수 있지만 일반적으로는 자료가 많은 수위관측 소지점의 실측유량과 순물소모량(생활·공업·농업용수)을 이용하여 자연유량을 산정한 후 이를 면적비법<sup>122)</sup>을 적용하여 소유역별 자연유량을 산정하는 것이 일반적이다. 이러한 방식은 물이 풍부한 경우에는 문제가 없으나 갈수기에는 그대로 적용할 수 없으므로 분석상의 세심한 주의가 필요하고 순물소모량의 전량포함이나 전량제외의 방식도 지양되어야 한다.

## 2) 과학적 불확실성

과학문제는 일반적으로 법원의 사법심사를 제약하는 사항으로 분류되고 있다. 과학적 인과관계와 관련한 분쟁에서 전문적 지식이 부족한 법관이 심리를 통하여 객관적 진실을 도출하는 일은 결코 쉬운 일이 아니다.<sup>123)</sup>

과학적 불확실성의 원인은 두 가지가 있는바, 그것은 자연의 변화성과 측정에서의 실수이다.<sup>124)</sup> 수질오염은 시간적으로 장시간에 걸쳐 오염되고 그 피해가 광범위하게 미치며, 피해자가 다수라는 특성을 갖는다. 환경문제로 인한 손해배상 청구소송에 있어서는 가해행위와 손해발생 사이의 인과관계의 고리를 모두 자연 과학적으로 증명하는 것은 곤란 내지 불가능한 경우가 대부분이다.<sup>125)</sup> 또한 과학적인 데이터는 단기간에 수집될 경우 가치가 없는 경우가 있으며 해석에 좌우되게 된다.<sup>126)</sup> 따라서 수환경문제의 인과관계 입증, 소송상의 비용이나 시간 측면에서 많은 희생이 따르므로 전문가를 통한 충분한 검토와 분석으로 그 문제점을 최대한 개선하여야 한다.

122) “비유량법”이라고도 하며 실측자료에 의한 장기유출량 자료가 있는 기준지점과 장기유출량을 산정하고자 하는 지점간에 수문학적 동질성이 인정되는 경우, 면적비와 강수량비를 고려하여 산정하는 방법이다. 정중호·윤용남, 전계서, 467면.

123) 강제규, “과학적 불확실성과 사법의 역할”, 공법연구 제27집 제3호, 한국공법학회, 1999, 217면.

124) Daniel B. Botkin-Edward A. Keller, Id. at 19.

125) 대판 2004. 11. 26. 2003다2123.

126) Carla Mattix-Kathleen Becker, “Scientific Uncertainty Under The National Environmental Policy Act”, 54 Admin. L. Rev., (Summer, 2002), 1126.

## (나) 수자원 정보의 부정확성과 악용가능성

수자원 분쟁해결이 어려운 이유는 분쟁의 원인과 당사자들의 주장을 객관적으로 검증하기 위한 물 관련자료가 부족하고 정보의 불충분으로 인하여 신뢰도가 저하되기 때문이다. 지역적으로 전개되고 있는 물값 분쟁도 하천의 濁水流量이라는 개념을 정확히 평가검토하여야 하지만, 평가의 시기나 기준이 불명확하고 낡은 정보를 활용하고자 하는 구태가 여전하여 상호간에 신뢰할 수 없는 상황이 전개되어 해결은 요원해지고 시간만 낭비되고 있다.

수자원의 가장 기초적 조사인 수문조사의 경우에 전문성을 갖춘 인력이 지속적으로 일관성 있게 관측하여야 하지만 이러한 과정이 부실하고 관측된 수문자료조차 전문가의 지식이나 신뢰성 측면에서 만족할 만한 결과를 주지 못하므로 이에 대한 기초 자료의 조사 및 연구의 활성화가 필요하다. 댐건설시의 환경영향평가나 경제성 검토시에도 통계치 부풀리기 및 이를 사업주체에게 유리하게 적용시키는 등 정보의 왜곡과 악용사례<sup>127)</sup>가 빈번하다.

## (다) 환경피해의 정확한 산출능력 결여

수환경문제로 인한 지역주민들의 피해는 어느 특정분야만을 기준으로 평가되어서는 안되고 정치·경제·사회·문화 등 모든 영역에서의 평가가 이루어져서 근본적인 해결이 되어야 한다. 댐 건설로 인한 피해에 대하여 보상 요구가 증가하지만 분쟁해결을 위한 환경피해 연구가 미흡하고 대부분 자연환경 중심의 피해 조사가 이루어져 사회·경제적 환경변화에 따른 피해 분쟁해결은 곤란한 점이 많다. 일정규모 이상의 댐건설에는 환경영향평가를 받도록 되어있으나 댐 건설 이후에 실시하는 '사후환경영향조사'에서는 사회·경제적 영향에 대한 조사가 부실하게 이루어지고 있다. 댐 주변지역의 민원발생과 주민들의 불만해소를 위하여, 그리고 향후 댐건설시의 원만한 사업진행을 위하여 이러한 부문에 대한 충분한

127) 한탄강댐과 관련, 2005.9.9. 국무총리실 주재로 열린 임진강유역홍수대책특별위원회의 회의자료의 내용 일부가 왜곡돼 있다며 대책마련을 주장한 사례가 있다. 강원일보, "국무총리실 임진강특위 1차 회의자료 일부 왜곡", 2005.9.10. 참조.

조사와 대책이 이루어 져야 한다.

### (3) 수자원분쟁에서의 활용가능성

현대인의 생활패턴이 속도지향적으로 변화되면서 재판절차에서도 시간적 지체를 매우 부담스러워 한다. 이러한 현상은 미국도 예외가 아니어서 소위 ‘소송의 폭증’<sup>128)</sup>으로 묘사되고 있다.

우리나라 옛 속담에는 ‘송사는 패가망신’이라 하는警句가 있어 ‘好訟’과 ‘健訟’<sup>129)</sup>을 경계해 왔다. 그 이유로는 제도적 모순, 사건의 폭주, 사안의 복잡성, 그리고 당사자가 서로 절차를 교묘히 악용하여 재판을 지연시키는 까닭도 적지 않으리라고 생각된다.<sup>130)</sup> 그러나 이러한 일반적인 논의에 대하여 강력하게 이를 부정하는 논거도 있다. 전통사회의 소송에 대한 연구가 깊어질수록 우리는 그러한 전통을 갖고 있지 않다는 것이 실증되고 있다는 것이다.<sup>131)</sup> 이를 반영하듯 최근에 우리의 소송건수는 폭발적으로 증가하였다. 인구 1만명당 고소건수가 일본의 155배 수준으로서 한국이 소송천국이라는 오명을 받을 정도이다.<sup>132)</sup>

미국의 경우에도 그러하듯이 수자원분쟁은 소송외적 방식에 의하든 소송에 의하든 분쟁이 종결되기까지는 많은 시간과 비용이 소모된다. 이러한 현상은 전술한 바와 같이 수자원분쟁이 과학적·수문학적 특성을 포함하여 다양한 이해관계가 대립되는 분쟁의 특성을 가지고 있기 때문이다. 이러한 이해관계를 조정하기 위해서는 정확한 사실관계 파악 및 원인분석이 필요하며 이를 분쟁해결과정에서 최대한 활용가능하게 하여야 한다.

128) David M. Brodsky, “ADR Discovery Techniques”, C566 ALI-ABA, (December 6, 1990), 221.

129) 好勝氣가 강하여 함부로 소송을 즐기고 끝까지 버티는 것.

130) 박병호, 근세의 법과 법사상, 도서출판 진원, 1996, 118면.

131) 임상혁, “소송 기피의 문화전통에 대한 제고와 한국사회”, 법과 사회 25권, 법과 사회이론학회, 2003, 151면.

132) 최근 5년간 전국 법원에 접수된 민사사건은 53%나 급증했다. 2005년 우리나라 1만명당 민사소송 제기 인원은 모든 심급·유형에서 780명으로서 2002년 미국 뉴욕주 1214명보다는 적지만 캘리포니아주 447명보다는 많다. 매일경제 2007.07.09 인터넷판.

미국은 특수하고도 전문적인 분야에 있어서는 법관이 전문화 되어야 한다는 현실인식하에 그 대안으로서 Master제도를 활용한다고 할 수 있다. 우리의 경우에는 독일이나 미국의 예를 염두에 두고 사법보좌관제도를 운영하는 듯하지만 전문성·독립성의 측면에서 부족한 것이 사실이고 일정부분 위헌의 문제까지도 제기되고 있는 실정이다.

따라서 우리의 사법보좌관제도가 안고 있는 단점과 한계를 Master제도를 통하여 보완하고 법제화하여 좀더 전문성을 발휘할 수 있게 한다면 복잡한 수자원분쟁을 신속하고도 경제적으로 해결할 수 있을 것이다.

## V. 결론

다른 자원과 마찬가지로 수자원은 균등한 배분이 필요하지만 오랜 사회적 관습과 지역적 이기주의에 包絡되어 있어 이를 실현하기가 어렵고 상호간 이해관계가 대립되어 분쟁이 장기화되고 해결과정에서 상호간의 상처만 깊어지게 된다. 따라서 물이 부족한 상황에서는 물이용의 양과 분배의 순위를 어떻게 조절할 것인가가 가장 중요한 문제가 될 것이므로 수량산정은 각 이해당사자가 만족할 만한 기준으로 이루어져야 할 것이다.

우리나라도 물이 부족한 국가군에 속하므로 지방화시대와 궤를 같이하여 향후 부족한 수자원을 놓고 치열한 확보경쟁이 전개될 것임이 분명하다. 이러한 상황에 대비하기 위해서는 다양한 지식을 겸비한 수자원전문가를 양성하여 적절히 활용할 수 있는 시스템을 서둘러 구축하여야 한다.

미국 연방대법원의 판결에 의하여 정립되었고 전문가인 Special Master에 의하여 주로 개발되고 있는 PIA기준은 可用水를 각 용도별로 배분함에 있어서 특히, 농업용수의 경우에는 하나의 준거기준으로서 우리 실정에 맞게 활용될 여지는 있을 것이다.

수자원분쟁을 법원에서 소송으로 해결하고자 할 경우에 법관이 전문화된다고

하더라도 자연법칙이나 사회적 현상을 모두 알고 대응하기에는 한계가 있고 특히 과학적·수문학적·사회심리학적 문제 등을 포괄하여 해결할 수는 없다. 그러나 최근의 소송건수의 폭증과 이해관계자들의 요구가 다양해지는 상황에서 소송상 해결의 한계로서 이를 정당화할 수도 없게 되었다. 따라서 사법적극주의적 입장에서 생송화 된 사실들을 전문가를 통하여 정확하게 규명하고 이들의 전문보고서를 심리에 활용하여야 분쟁이 훨씬 수월하게 해결될 것이다.

법관의 전문성보완을 위해서는 특성화된 분야를 대상으로 지속적인 훈련이 필요하겠지만 각 분야별 특성화를 위한 법관의 충원과 훈련은 여러 가지 조건상 용이하지 않은 않다. 따라서 사법보좌관제도를 적극 활용하는 것도 하나의 대안이 될 수 있겠지만 우리의 사법보좌관제도는 법관의 업무경감과 소송절차 촉진, 법원일반직 공무원의 사기 진작을 위한 측면이 강하다고 할 수 있고 순수하게 법관의 전문성을 보완하고자 채택된 제도는 아니라고 할 수 있다. 따라서 이 제도를 활용하기 위해서는 그 전제로서 변호사 업계가 주장하는바와 같이 전문성을 보완할 수 있고 질적 수준에 대한 신뢰가 보장될 수 있는 제도적 장치가 마련되어야 한다. 그렇지 않으면 사법보좌관제도로 인하여 국민이 법관에 의해 재판받을 권리를 침해당하게 될 수 있으므로 법관 임명자격이 있는 변호사 중에서 경력자를 일정기간 임용하는 방안도 고려해볼 필요가 있다.

Special Master제도가 미국의 헌법질서 내에서 비관의 대상이 되고 논란이 많음에도 불구하고 인디언과 비인디언의 수자원문제라는 대립구도 이외에 여러 영역에서 많이 활용되고 있는 이유는 다양한 지식과 풍부한 경험을 가진 전문가로서 각자의 역할을 충분히 수행하고 있기 때문일 것이다. 미국의 경우 다양한 법률적 전문지식을 가지고 퇴임한 법조인 또는 현직 법관들이 겸임하면서 직무를 수행한다는 점에서 우리의 사법보좌관제도 보다는 국민의 기본권침해는 덜할 것으로 보인다.

수자원분쟁의 원인을 정확하게 분석하고 판단하기 위해서는 법률적 지식 이외에 자연과학적 지식 등 인접학문의 지식도 필요하다. 따라서 환경학, 법경제학, 사회학 등 다양한 학문과의 학제간 연구가 활성화되고 이를 전공한 학생들이 전

문가로서 활동할 수 있도록 기회가 부여되어야 한다. 이를 통하여 전문가들은 수자원분쟁을 비롯한 입증이 곤란한 특수한 분쟁에서 전문성을 발휘할 수 있고 법관의 심리·판단에 큰 도움을 줄 수도 있을 것이며 아울러 국민에게는 질 높은 사법서비스를 받을 수 있는 기회를 제공하게 될 것이다.

이러한 맥락에서 Special Master제도의 위헌성이나 권한남용 등 부정적인 측면을 우리의 실정에 맞게 입법적으로 보완하고 법률적·전문적 지식측면에서 법관을 충분히 조력할 수 있도록 사법보좌관제도를 제도적으로 정착화 시킨다면 수자원분쟁의 원인규명과 그 해결에 있어서 기여하는바 클 것이다.

## 참고문헌

- 강대성, “사법보좌관법안에 대한 약간의 검토”, 경상대학교 법학연구 제12집, 2004.
- 강재규, “과학적 불확실성과 사법의 역할”, 공법연구 제27집 제3호, 한국공법학회, 1999.
- 김강석, “증권관련집단소송제도에 관한 연구”, 건국대 대학원 법학석사논문, 2004.
- 남동현, “비송의 본질과 사법보좌관제도의 개선”, 비교사법 제13권2호(통권33호), 한국비교사법학회, 2006.
- 남동현, “강제집행절차의 비송성과 사법보좌관제도”, 한국민사소송법학회, 2006.
- 박병호, 근세의 법과 법사상, 도서출판 진원, 1996.
- 이규진, “미국 ADR에 비추어 본 우리나라의 ADR”, 중재 제296호, 대한상사중재원, 2000.
- 이동률, “독촉절차의 문제점과 개선방안”, 재산법연구 제23권 제1호, 2006.
- 임상혁, “소송 기피의 문화전통에 대한 재고와 한국사회”, 법과 사회 25권, 법과 사회이론학회, 2003.
- 정선주, “사법제도 내에서 사법보좌관의 지위와 임무”, 민사소송: 한국민사소송법학회지vol.5, 한국사법행정학회, 2002.
- 정중호·윤용남, 수자원설계실무, 구미서관, 2007.
- 함영주, “집단소송에 있어서의 장래의 청구권자”, 민사소송 제2호, 1999.2.
- 강원일보, 2005.09.10 매일경제, 2007.07.9 법률신문, 2000.04.25 법률신문, 2002.02.17.
- Adrian N. Hansen, “The Endangered Species Act and Extinction of Reserved Indian Water Rights on the San Juan River”, 37 Ariz. L. Rev., 1995.
- Anne-Marie C. Carstens, “Lurking in the Shadows of Judicial Process: Special Masters in the Supreme Court's Original Jurisdiction

- Cases”, 86 Minn. L. Rev., February, 2002.
- Bonnie G. Colby, John E. Thorson, and Sarah Britton, *Negotiating Tribal Water Rights Fulfilling promises in the Arid West*, The University of Arizona Press, 2005.
- Burton, “The American Indian Water Rights Dilemma: Historical Perspective and Dispute-Settling Policy Recommendations”, 7 UCLA J. Envtl. Law & Pol’y, 1987.
- Carla Mattix-Kathleen Becker, “Scientific Uncertainty Under The National Environmental Policy Act”, 54 Admin. L. Rev., Summer, 2002.
- D. Michael McBride III, “The Genesis and Early Power of Winters--A Book Review of Indian Reserved Water Rights: The Winters Doctrine and its Social and Legal Context”, 1880's to 1930's, 36 Tulsa L.J., Spring 2001.
- Elizabeth Berkowitz, “The Problematic Role of the Special Master: Undermining the Legitimacy of the September 11th Victim Compensation Fund”, 24 Yale L. & Pol’y Rev., Winter 2006.
- Eric L. Garner-Michelle Ouellette, “Future Shock? The Law of the Colorado River in the Twenty-First Century”, 27 Ariz. St. L.J., Summer, 1995.
- Gina McGovern, “Settlement or Adjudication: Resolving Indian Reserved Rights”, 36 Ariz. L. Rev., Spring, 1994.
- Heather R. Brinton, “Arizona v. California: Riding the Wave of Federal Riparianism”, 13 Vill. Envtl. L.J., 2002.
- James S. DeGraw, “Rule 53, Inherent Powers, and Institutional Reform: The Lack of Limits on Special Masters”, 66 N.Y.U. L. Rev., 1991.

- Jane Marx, Jana L. Walker, "Susan M. Williams, Tribal Jurisdiction over Reservation Water Quality and Quantity", 43 S.D. L. Rev., 1998.
- John J. Goodman, "Arizona v. California III: Res Judicata, Collateral Estoppel, and Indian Water Rights", 19 J. Nat. Resources & Env'tl. L., 2004-2005.
- Judith V. Royster, "A Primer on Indian Water Rights: More Questions Than Answers", 30 Tulsa L.J., Fall, 1994.
- Lee Herold Storey, "Leasing Indian Water off the Reservation: A Use Consistent with the Reservation's Purpose", 76 Cal. L. Rev., January, 1988.
- Mark E. Chandler, "A Link Between Water Quality and Water Rights?: Native American Control over Water Quality", 30 Tulsa L.J., Fall, 1994.
- Martha C. Franks, "The Uses of The Practicably Irrigable Acreage Standard in the Quantification of Reserved Water Rights", 31 Nat. Resources J., Summer, 1991.
- Peg Rogers, "In Re Rights to Use Water in The Big Horn River", 30 Nat. Resources J., 1990.
- Peter W. Sly, "Urban and Interstate Perspectives On Off-Reservation Tribal Water Leases", 10-WTR Nat. Resources & Env't, Winter, 1996.
- Richard P. Shanahan, "The Application of California Riparian Water Rights Doctrine to Federal Lands in the Mono Lake Basin", 34 Hastings L.J., May/July, 1983.
- Sylvia F. Liu, "American Indian Reserved Water Rights: The Federal Obligation to Project Tribal Water Resources and Tribal

- Autonomy", 25 *Envtl. L.*, Spring, 1995.
- Taiawagi Helton, "Indian Reserved Water Rights in the Dual-System State of Oklahoma", 33 *Tulsa L.J.*, Spring & Summer, 1998.
- Thomas W. Clayton, "The Policy choices Tribes face when deciding whether to enact a Water Code", 17 *Am. Indian L. Rev.*, 1992.
- Todd H. Votteler, Joe G. Moore, Jr., "The Use of Masters in Environmental Litigation", 12-FALL *Nat. Resources & Env't*, Fall, 1997.
- Tom Kinney, "Chasing The Wind: Wyoming Supreme Court Decision in Big Horn III Denies Beneficial Use for Instream Flow Protection, But empowers State to Administer Federal Indian Reserved Water Right Awarded to The Wind River Tribes", 33 *Nat. Resources J.*, Summer, 1993.

<Abstract>

## A Study on the Specialist's Role in the Water Resources Dispute

Yang, Seung Up

Water is the basis of life on this planet and the foundation of civilization. Historically, the federal role in western water was primarily one in support of agricultural uses of water. The reserved water rights doctrine is different from state equitable apportionment rights, and this doctrine was first enunciated in *Winters v. United States*.

Western states generally follow the prior appropriation doctrine of water law, referred to as the 'first in time, first in right' doctrine. Unlike appropriative rights, reserved rights do not require actual diversion and application to beneficial use.

In its 1963 decision *Arizona v. California*, the U.S. Supreme Court reaffirmed the *Winters* doctrine and established the standard of PIA to quantify reserved water rights on a reservation set aside for agricultural purposes.

Quantification is a idea which no longer means simply 'how much,' but rather refers in a generic sense to resolution of the myriad of political, administrative and legal issues raised by Indian *Winters* rights in the western states.

Scientific uncertainty is often a major factor in legal disputes involving major Water Resources Dispute. In such situations, as a generalists untrained in natural science, judges must often judge the merits of arguments made on both sides of a public controversy among scientific experts.

The first appearance of a person appointed by the Court to execute some of the Court's trial court functions in an original jurisdiction case occurred in the first case ever filed in the Supreme Court, the 1791 case of

Vanstophorst v. Maryland.

The selection and appointment mechanism for Special Masters is not publicly known. While no special qualifications have been set for the Special Master role, Special Masters today often are appointed from the ranks of senior or retired federal judges.

주 제 어 : 수자원분쟁, 유보된 수리권, 우선전용주의, PIA기준, 수량화, 특별사법관  
Keywords : Water Resources Dispute, Reserved Water Right, Prior Appropriation Doctrine, PIA Standard, Quantification, Special Master