

미국의 규제수용법리의 내용과 환경보호와의 관계

이 창 환*

< 차 례 >

- I. 서 론
- II. 재산권 제한의 근거로써 전통적 규제수용이론
- III. 현대적 규제수용이론
- IV. 규제수용법리와 환경보호와의 관계
- V. 결 론

I. 서 론

복지국가 또는 사회국가의 개념이 지배하고 있는 20세기 이후의 현대국가에서는 단순한 개인의 권리보장과 이를 통한 생존배려의 차원을 넘어서 공공복리의 보장과 그 증진을 위해 국가적 활동을 적극적으로 영위해 가고 있다. 따라서 국가가 주체가 되는 대부분의 공공사업들은 개별적인 권익보호라는 측면보다는 공익적 차원을 최우선시하게 되었고 이러한 공익적 목적을 위해서는 과거에 절대적으로 보호되었던 개인의 권리영역도 그 제한과 통제가 가능하게 되었다. 특히 18세기 시민혁명 이후 절대적인 개인의 권리으로써 인정되었던 재산권도 공공복리에 적합하게 사용할 것을 적극적으로 고려함에 따라 야경국가에 종지부를 찍고 적극국가로의 변모를 시도하던 19세기 말경부터는 재산권도 공익의 문제로 파악하게 되었다. 이러한 경향은 1919년 독일의 바이마르 헌법에서 명문화됨으로써 새로운 전기를 맞이하게 되었다. 바이마르 헌법에 의해 명문화된 재산권 행사의 공공복리 적합성이라는 현대헌법상의 원칙은 독일뿐만 아니라 널리 영미법계 국가에도 수용되었고 대부분의 현대국가에는 이를 수용·유지·발전시키고 있는 것이 사실이다.

* 위덕대학교 법행정학부 겸임교수, 법학박사

이와 더불어 공공복리에 적합한 재산권 행사를 위해 국가는 일정한 제한을 하면서도 그와 동시에 국가주도로 개인의 재산권 행사를 부득이 하게 제한하는 경우에는 반드시 이에 상응하는 정당한 보상을 하도록 일정한 기준과 한계를 제시하고 있다. 이러한 보상의 문제는 특히 토지 등의 부동산에 대한 사용·수익·처분을 함에 있어서 두드러지게 나타나고 있다. 즉, 공공의 목적을 원인으로 하는 수용을 국가 주도로 함에 있어서 그 재산적 가치의 전부 또는 일부의 소멸을 가져오게 할 경우에 더욱 더 현안의 문제로 제기되고 있는 것이다.

이렇게 볼 때 결국 공공의 목적을 위한 수용과 그에 따른 손실보상의 문제는 현대 복지국가에 있어서 상당히 중요한 비중을 차지하고 있는 현안 문제라고 할 수 있지만 현행 우리나라의 관련법제와 현실은 많은 문제점을 노정하고 있는 것이 사실이다. 이러한 문제는 비단 우리나라에만 국한된 문제는 아니며 영미법계 국가에서도 마찬가지로 상당한 논란이 야기되고 있는 문제라고 할 수 있다. 특히 본 논문에서 연구대상국가로 삼고 있는 미국의 경우, 영미법계 특유의 판례법의 형성과정에서 이러한 문제가 규제수용의 법리라는 문제로 과거부터 지속적인 논란이 제기되고 있다. 즉, 미 연방대법원에서 과거에서부터 지속적으로 축적되어오고 있는 규제수용관련 판례들이 재산권을 제한함에 있어 과연 어떠한 기준을 가지고 그 제한논리를 정당화시키고 있는지에 대한 논쟁을 끊임없이 해오고 있기 때문에 이 문제는 미국에서 국가적 차원에서 현안 복지향의 문제와 서로 계속된 충돌을 야기하고 있는 것으로 보인다.

더구나 공익을 위한 재산권 제한의 논리는 시대적, 정치적, 경제적, 사회적인 영향과 상호간의 관계를 서로 분리하여 파악할 수 없는 특수성을 갖고 있는바, 항상 일관된 법리라도 모할 수 없다는 내재적 한계를 지니고 있어 이러한 논란은 쉽게 진정되기 어려운 것으로 보인다. 이에 따라 본 논문은 미국에서 제기되고 있는 규제수용법리의 내용을 그간 연방대법원에서 판시한 규제수용에 관한 대표적인 판례들을 중심으로 고찰하고자 한다. 특히 미국 연방대법원에서 제시했던 규제수용을 함에 있어서 침해된 재산권의 정당한 보상을 어떠한 기준에서 바라보고 있는지를 중점적으로 다루고자 한다. 아울러 이러한 연방대법원의 입장에 대한 비판적 시각이 있음을 인지하고 이러한 견해에 대해서도 언급하면서 그 타당성여부를 논하고자 한다. 이러한 본 논문의 기술의도는 결국 우리나라에서도 앞으로 꾸준히 제기될 수밖에 없는 공용수용에 따른 정당보상의 문제를 해결하는 데에 상당한 정도로 참고할 만한 가치가 있다고 사료되기 때문이다.

II. 재산권 제한의 근거로써 전통적 규제수용이론

1. 정부의 규제권한과 경찰권

정부의 수용과 관련된 규제권한(regulation)은 국민의 평안, 안전, 도덕, 건강 및 번영을 확보하기 위해 주(州)가 법률을 제정할 수 있는 권한을 의미한다. 이는 일반적으로 미국 연방헌법상 경찰권¹⁾에 해당되는 것으로서 미국 헌법 수정 제10조²⁾에 의해 개별 주(州)에 부여되고 있으며 주(州) 정부는 이를 다시 지방정부에 위임할 수 있도록 하고 있다. 이에 따라 주(州) 정부와 지방정부는 경찰권에 의거하여 관련행정부서의 설치 및 범죄의 예방을 위해서 관련 법률을 제정할 수 있는 권한을 부여받고 있다. 또한 사회질서의 유지 및 시민 생활과 관련된 각종 분쟁을 예방하고 법률에 보장된 시민의 권리를 최대한 향유할 수 있도록 이와 관련된 법률을 제정할 수 있게 하고 있다.

이렇게 볼 때 주정부는 결국 경찰권을 통해 공공의 안전과 건강을 보호하고 공공의 질서유지와 복리증진을 위해 개인의 자유와 재산권을 제한할 수 있는 근거를 마련하고 있다. 그러나 경찰권은 연방헌법과 주헌법의 제한을 받는데 특히 수정 제5조와 제14조의 적법절차의 요건에 구속되게 된다. 이에 따라 정부의 경찰권에 근거한 공용수용권(Power of Eminent Domain)과 보상이 없는 수용은 이들 조항에 의거하여 일정한 제한을 받게 된다. 일반적으로 미국에서의 공용수용권은 연방헌법 수정 제5조³⁾와 주헌법에 근거하고 있는데 여기에서의 공용수용권이란 소유자의 동의 없이 토지재산권을 정부가 강제로 취득하는 것을 의미한다. 환언하면 공용수용권은 연방정부나 주정부 그리고 이들에 의해 공적인 기능을 수행하도록 허가받은 개인이나 기업이 공공의 이용을 위해 개인의 재산에 대한 수용을 할 수 있는 권리를 말한다고 할 수 있다.

- 1) 미국에서는 200여 년 동안 법학자나 판사들의 시도에도 불구하고 경찰권의 정확한 개념이나 범위는 명확하게 정립되지 못한 것으로 보인다. 이러한 원인은 미국에 있어서 경찰권 개념이 정치·경제·사회적 상황에 따라 그 기능과 역할의 범위가 지속적으로 변화하여 왔기 때문이다.
- 2) 미국 헌법상 경찰권은 헌법 조문에 명시적으로 규정된 것은 아니다. 미국에 있어서 헌법상 경찰권은 헌법 수정 제10조에 관한 판례의 축적을 통해 법원이 발전시켜 온 이른바 판례법이론의 하나라고 할 수 있다. 그러나 미국헌정 초기에 채택된 개별 주(州)의 권리헌장과 일부 주(州)의 헌법에서는 명문으로 경찰권을 규정한 경우도 있었는데, 델라웨어·버몬트·펜실바니아 주(州)의 1776년 권리선언문(declarations of rights)이 대표적이다. 또한 메릴랜드 주(州) 선언문(1776년)과 노스캐롤라이나 주(州)의 선언문도 명시적으로 경찰권을 규정하고 있던 권리헌장으로 대표될 수 있다.
- 3) 미국 헌법 수정 제5조는 “개인의 사유재산을 공적 사용(public use)을 위하여 수용하는 경우에는 반드시 정당한 보상을 하여야 한다”고 규정하고 있다.

뿐만 아니라 주정부의 경우에는 연방헌법 수정 제14조에 의해서 개인의 재산을 수용하는 경우, 반드시 행정상 손실보상을 하도록 하고 있다. 이렇게 볼 때 연방헌법 수정 제5조는 정부에 수용권을 부여하는 근거 규정일 뿐만 아니라 국민의 재산을 수용하는 경우에는 반드시 공공의 목적을 위한 것, 즉 공적사용을 위한 것일 것과 수용권의 대상인 시민에게 그 수용에 상응하는 정당한 보상의 지불 등을 공용수용에 있어서의 제한요건으로 하고 있다. 이와 더불어 이들 조항은 연방정부뿐만 아니라 주정부의 경찰권 행사에도 제한을 두는 규정이라고 할 수 있다.

여기에서 제한의 요건으로 제시되고 있는 공적 사용(public use)과 정당한 보상의 개념 및 그 범위는 일반적으로 다음과 같이 이해되고 있다. 먼저 공적 사용(public use)에 대해서 법원은 일반공공이 반드시 수용된 재산을 사용하여야 한다고 협의로 해석하는 경우도 있지만 대개는 공용수용의 목적에는 공공사용뿐만 아니라 공적 목적의 달성을 포함하는 넓은 의미로 해석하고 있다. 즉 건강, 복지, 안전, 도덕, 그리고 사회적, 경제적, 정치적, 혹은 미적 목적과 같은 정당한 공공의 목적과 합리적으로 관련이 있으면 모두 공공사용이 되는 것으로 해석하고 있는 것이다. 예컨대 도시 재개발사업, 재산의 공용수용 후 민간에의 재분양, 그리고 소수에게 집중된 재산의 분산 등도 모두 공공목적의 달성에 필요한 조치로 이해하는 것이 그 예다. 전통적인 견해에 의할 것 같으면 수용권의 범위는 본래 재산권의 물리적 수용만을 예상하였으나 오늘날에는 개인에 대한 중대한 재산권의 침해나 그 사용을 방해하는 정부의 행위가 있는 경우에도 수용이 발생하는 것으로 미국의 일부 판례는 인정하고 있다.⁴⁾

다음의 정당한 보상의 요건은 수용시의 재산권의 합리적인 가치, 즉 공정한 시장가격(fair market value)에 의한 보상을 의미한다고 할 수 있다. 다만 정당한 보상의 결정기준은 재산의 소유자가 입은 손해액으로 보는 것이 보통이고 수용권자인 정부가 얻는 이익을 뜻하는 것은 아니라는 것이 특색이다. 또한 헌법 수정 제5조와 제14조가 보장하는 절차적법절차는 보상액에 대한 행정상 또는 사법상의 고지와 청문기회를 보장하는 것이지만 청문이 반드시 수용보다 선행할 필요는 없는 것으로 보고 있다.

4) *United States v. Causby* 사건에서 미국 연방대법원은 공항 인근의 주민에 대해서 비행기의 잦은 운항으로 재산권 행사가 제한되면 수용과 같은 결과가 발생한다고 판결한바 있으며(*United States v. Causby*, 328 U.S. 256, 1964), *Ruckelshus v. Monsanto Co.* 사건에서는 영업비밀과 같은 무체재산권도 정부규제로 효용을 상실하면 보상이 요구되는 공공수용이라고 판시하고 있다(*Ruckelshaus v. Monsanto Co.*, 467 U.S. 986, 1984).

2. 규제수용법리(Doctrine of Regulatory Taking)의 검토

규제수용이란 정부에 의한 재산권의 물리적 침해, 즉 몰수나 점유 혹은 정부에 의한 사용이 없어도 정부의 규제행위 자체만으로 수용과 동일한 효과가 발생할 수 있다는 이론이다. 종래 미국 법원의 일관된 태도는 헌법 수정 제5조가 뜻하는 수용은 물리적 수용만을 의미하는 것으로 해석하여 정부가 개인의 재산권을 수용하는 경우 소유자에게 정당한 보상을 해야 하지만 단순한 재산권의 규제에 대하여는 보상을 할 필요가 없다는 입장을 견지하여 왔다. 따라서 부동산의 소유자는 공용수용에 의하여 소유권이 박탈당하는 것 보다 이러한 법규에 의하여 사실상 더 많이 피해를 당하는 경우에도 이에 대한 보상을 요구할 수 없게 되는 모순을 야기하게 되었다.

그러나 1922년에 미국의 연방대법원이 Pennsylvania Coal Co. v. Mahon 사건(펜실바니아 석탄회사 사건)에서 규제수용 법리를 최초로 채택하여 기존의 입장과 많은 혼란을 야기하게 되었으며 게다가 어떠한 경우가 규제수용에 해당되느냐를 결정하는 분명한 기준을 설정하지 못한 채, 개별 사건의 성질이나 내용에 따라 각각의 기준들을 제시하고 있어서 이러한 혼란과 논쟁을 심화시키게 되었다. 이는 부동산소유자의 소유권이 입법이나 행정법규에 의하여 제한되는 경우, 이것이 수용에 해당되는지를 판단하기 위해 과거에 법원이 제시한 수용보상의 기준인 불법방해기준론 및 가치감소기준론과 동 판결이후 새로이 제시된 일시적 수용기준론, 본질적 관련성 기준론, 경제가치소멸 기준론, 세 가지 요소 기준론과의 그 타당성여부를 둘러싼 법리적 대립구도의 양상을 띄게 되었으며 이에 대해서는 항을 바꾸어 분설하기로 한다.

3. 규제수용에 관한 전통적 판단기준⁵⁾

(1) 불법방해기준 (Nuisance Test)

불법방해기준이라 함은 통상 “유해 또는 유독한 사용 원칙 (harmful or noxious use principle)”이라고도 불리는 것으로 정부의 규제가 공공의 건강과 안전, 그리고 공공의 도

5) 미국 대법원은 일련의 규제수용에 대한 판단 기준을 100년 이상 발전시켜왔는데 특히 19세기 말과 20세기 초에 나타난 가장 주목할만한 기준으로는 불법방해 기준과 가치하락 기준이 있다. 이 두 개의 기준은 주의 경찰권(police power)의 사용을 합리화시키는데 있어 사회적 및 경제적 요소들을 좀 더 많이 고려하고 있는 것이 특징이다.

덕을 해하게 하는 재산권의 사용을 금지하는 것으로서 이른바 불법방해규제조치인 경우에는 수용이 발생한 것으로 보지 않는 것을 말한다. 즉, 관련법이 유해한 활동으로부터 대중을 보호하기 위한 것으로 그 내용이 자의적 입법의 형태를 취하고 있거나 차별적 입법의 형태를 취하고 있지 않는 한 이는 정당한 경찰권의 행사로 간주되는바, 재산권의 수용 문제는 발생되지 않는다는 이론이다. 이 이론이 그 근거로 삼고 있는 것은 “경찰권은 사회평화와 안전에 본질적이며, 모든 재산권의 사용은 사회에 해를 입혀서는 안된다는 묵시적인 의무가 있다”는 것을 든다.

이처럼 보통법(common law)상의 불법방해원칙이 토지사용규제에 적용된 최초의 연방대법원 판결은 *Mugler v. Kansas* 사건⁶⁾이다. 이 사건은 캔사스 주의회가 개정된 주헌법에 의거하여 무면허 술제조나 판매를 금지하는 금주법(prohibition law)을 제정하게 되었고 이 금주법이 문제가 되어 발생한 사건이다. 본 사건의 피고인 피터 머글러는 이 법이 통과된 뒤에도 면허없이 계속하여 맥주를 제조한 혐의로 벌금과 금고형을 받았고 그의 맥주공장과 재고품도 압수당하게 된다. 이에 머글러는 이것이 규제수용이라면서 소송을 제기하였다.

이에 연방대법원은 술의 판매나 제조를 금지한 캔사스 주법은 양조업자의 재산에 대한 수용이 아니라고 판시하였는데 본 판결에서는 “비록 문제의 법이 양조업자의 재산권을 분명히 박탈하였지만, 이 법은 정당하게 주변지역 사회를 술이라는 악(evils)으로부터 보호”하기 위한 것이라고 판시하고 있다. 따라서 연방대법원은 본 판결의 결과, 특정 부동산의 사용을 규제하는 법규가 지역사회 대중의 건강(health), 안전(safety), 도덕(morals)을 증진시키는 것이라면 결코 보상을 요하는 재산권 수용이 아니라는 입장을 견지하게 된 것이다.

이 밖에도 불법방해기준을 인용한 또 다른 판결례로는 *Hadacheck v. Sebastian* 사건을 들 수 있다.⁷⁾ 본 판결에서 피고 해더чек은 로스앤젤레스 시의 지정지역 내에서 벽돌공장을 운영하거나 이의 제조 및 설립을 금지하도록 한 토지용도 조례(Zoning Ordinance)를 위반한 혐의로 유죄판결을 받았다. 해더чек의 주장에 따르면 그는 조례에서 지정된 지역에 한 필지의 토지를 소유하고 있는데, 여기에는 벽돌을 생산하는데 유용하게 사용되는 양질의 점토층이 있어 이를 이용하여 벽돌을 제조하게 되면 에이커당 1십만 달러 이상의 (전체 필지의 가치는 약 8십만 달러) 가치를 가지게 할 수 있고, 벽돌제조 이외의 주거목적이나 다른 용도로 사용한다면 6만 달러 이하의 가치 밖에 없었다는 것이다. 그리고 해더чек은

6) *Mugler v. Kansas*, 123 U.S. 623 (1887).

7) *Hadacheck v. Sebastian*, 239 U.S. 394 (1915).

그가 문제의 토지를 벽돌제조목적으로 구입하였을 당시 그 토지는 로스앤젤레스 시의 소유가 아니었으며 또한 거주지역으로부터 원거리에 위치하고 있었고 당해 토지 주변의 다른 소유자들도 그 지역이 로스앤젤레스 시에 통합될 것이라고는 예상하지 못하였다고 주장하였다. 마지막으로 해더책은 로스앤젤레스 시의 빌딩에 사용될 벽돌을 생산하기 위해 비싼 기계설비를 설치해 놓은 상태였고, 공장을 7년 간 운영하면서 어떠한 소음과 악취도 없었고 단지 시설설비를 통해 극히 미미한 정도의 매연이 방출되었으나 이는 널리 분산되어 건강이나 주위환경에 어떠한 장애도 발생시키지 아니하였다고 주장하였다. 이러한 사실에 근거해서 해더책은 “이 조례가 집행되면 사업체를 완전히 포기하여야 할 뿐만 아니라 소유토지의 사용도 불가능하게 되어 정당한 보상 없는 재산권 수용에 해당되기 때문에 이 조례는 불법”이라고 주장하였다.

그러나 연방대법원은 첫째, 벽돌공장이 위생 혹은 건강을 해치지 않는 방법으로 운영되었다는 주장과는 달리 연기나 분진 등이 해더책의 공장으로부터 분출하여 인근에 사는 주민들에게 때때로 질병과 불편을 가져오게 했다는 점, 둘째, 조례집행의 결과 부동산 가치가 하락한 사실, 그리고 점토층이 매장되어 있는 사실은 인정하나 그의 재산권 사용이 완전히 박탈된 것은 아니하는 점, 셋째, 입법행위 전에 상업적 목적으로 행하여진 투자의 가치가 입법행위로 인해 상당히 감소되거나 당해 지역에서 오랫동안 상업활동을 영위하여 왔다는 사실은 정부의 규제권한을 제한할 수 없는 점, 마지막으로 문제의 지역이 주로 거주지역이라는 증거는 본 조례가 자의적인 사유권 침해라는 주장보다 우선한다는 점을 들어 로스앤젤레스 시의 법률을 지지하였다.

이상의 판결에 나타난 초기 연방대법원의 주된 견해는 결국 불법방해 기준을 사용하여 특정토지사용에 대한 공공의 이익과 토지소유자가 입는 피해정도를 비교형량하고 있음을 알 수 있다. 즉 토지소유자에게 발생하는 손해보다 우월적인 보호가치를 인정받게 되는 공공의 이익은 비록 토지소유자의 재산권이 심각하게 피해를 입더라도 공공수용이 발생한 것은 아니라고 하는 입장을 나타내고 있는 것이라고 할 수 있다.

(2) 가치감소기준 (Diminution in Value Test)

이 기준은 피해자의 경제적 손실을 측정하여 공공수용의 존재여부를 판단하는 것을 말하는 것으로써 재산가치의 감소를 고려하여 경찰권의 한계를 결정하게 된다. 이 기준에 의하는 경우, 불법방해규제조치가 아닌 정부의 규제행위가 토지소유자에게 상당한 부담을 부과하는 결과가 발생하면 수용이 발생하는 것으로 보게 된다. 다시 말해, 토지소유자의 부

동산에 대한 손해가 특정 금전상의 정도를 초과하면 수용이 발생한다는 것이다. 본 기준을 처음으로 채택한 판결은 Pennsylvania Coal Co. v. Mahon⁸⁾인데 연방대법원은 경제적 손실기준을 사용해서 보상이 필요한 수용과 적법한 경찰권 행사를 구별하였다.

이 사건의 원고 펜실바니아 석탄회사는 원래 피고 마혼의 주택을 소유하고 있었으나 이후에 마혼에게 이 주택을 양도하면서 계약서상에 주택지하의 석탄채굴권은 원고 회사가 소유할 것임을 명기하였다. 그 후 펜실바니아 주의회는 타인의 주택 아래에 있는 석탄을 채굴하기 위해 주택표면의 침하를 야기시키는 일체의 방법을 통한 석탄 채굴을 전면 금지하는 법을 통과시키게 된다. 이에 원고 회사는 재산권이 사실상 수용당했다고 주장하며 펜실바니아 주정부를 상대로 소송을 제기하였다.

이에 연방대법원은 펜실바니아 주가 상업적으로 가치 있는 채굴권을 압수하였기 때문에 문제의 법률은 과도한 재산권의 제한이라고 보았고 아울러 단 하나의 주택과 가정을 보호하기 위해 석탄회사의 재산권을 수용하는 것은 중대한 공공의 이익을 구성하기에는 충분치 못하다고 판시하였다.

이 판결에서 연방대법원은 재산권 수용여부를 판단하기 위해 필요한 공식을 제시하지는 못하였지만 이 판결에서 인용된 가치감소기준은 이후 일련의 판례에서 지속적으로 인용되었으며 규제수용이론의 시초가 되었다는 데에 그 의의가 있다.

Ⅲ. 현대적 규제수용이론

연방대법원은 상술한 Pennsylvania Coal Co. v. Mahon사건 이후로 60여 년 동안 이 사건에서 제시된 기준에 근거해서 여러 가지 규제수용의 이론적 기준을 판례를 통해 형성하게 되었는데 그 중 일시적 수용기준(Temporary Takings Test), 본질적 관련성기준(Essential Nexus Test), 경제가치 소멸여부기준(Extinguished Economic Value Test), 세 가지 요소기준(Three-Factor Test)이 대표적인 현대적 규제수용이론으로 제시되고 있다.

8) Pennsylvania Coal Co. v. Mahon, 260 U.S. 393 (1922).

1. 일시적 수용기준 (Temporary Taking Test)

일시적 수용기준이란 정부의 행위나 규제가 일정기간 동안 토지소유자의 토지사용권 전부 또는 대부분을 박탈하고 이후에 이러한 규제가 무효화된 경우에 발생한다는 것으로서 영구적인 수용에서와 마찬가지로 일시적 수용의 경우에도 정당한 보상이 요구된다는 것을 주된 내용으로 하는 기준론이다. 연방대법원은 *First English Evangelical Lutheran Church v. County of Los Angeles* 사건⁹⁾에서 이러한 기준을 인용하여 판결을 하고 있는바, 이의 내용을 대략적으로 살펴보면 다음과 같다. 이 사건에서 원고 루터 교회는 장애인어린이를 위한 캠핑 및 오락용지로 사용하기 위해 토지를 구입하였다. 그런데 1978년 2월 이 지역에 11인치의 폭풍우가 쏟아져 교회의 건물 일부가 파괴되었는데 이에 로스앤젤레스 카운티는 문제의 토지를 일시적 홍수방지 지역으로 지정하고, “일시적 홍수예방 지역 내에서는 어떠한 건물이나 구조물의 재건축이나 확장을 금지한다”는 재건축금지법을 제정하였다. 이 법은 3년에 걸쳐 한시적으로 유효하게 집행되게 되어 이 기간동안 원고 교회는 해당 토지위에 캠프를 재건축할 수 없었다. 이에 원고 교회는 재건축금지법이 영구적으로 집행되지는 아니하였지만 보상이 필요한 재산권 수용이라면서 역몰수이론 (inverse condemnation theory)을 들어서 로스앤젤레스 카운티를 상대로 소송을 제기하였다.

이에 연방대법원은 일시적 수용으로 인한 손해에 대하여도 보상이 필요하다고 판시하면서 “정부의 행위가 재산권 사용을 전체적으로 수용한 경우에 이를 시정하기 위해 정부가 사후 시정조치를 하였다고 해서 수용이 발생한 기간 동안의 손해에 대해 정부의 보상의 무가 경감되는 것은 아니다”라고 하여 규제가 발효된 기간으로부터 무효화된 기간까지 토지소유자가 입은 재산권 사용의 손실에 대해 로스앤젤레스 카운티는 보상을 해야 한다고 판시하였다.

2. 본질적 관련성 기준 (Essential Nexus Test)

본질적 관련성 기준론은 비교적 최근에 연방대법원에서 받아들인 기준론으로 정부기관이 토지사용 허가증을 발부함에 있어 부동산 소유자에게 특정 조건의 준수를 발부 조건으로 규정한 경우에 적용된다. 이 기준에 의하면 재산권 수용의 발생 여부는 첫째, 주의 정

9) *First English Evangelical Lutheran Church v. County of Los Angeles*, 482 U.S. 304 (1987).

당한 이익(*legitimate state interest*)과 市가 부과한 허가조건사이에 본질적인 관련(*essential nexus*)이 존재하는지 여부, 둘째, 조건의 정도와 개발계획과의 관련성 혹은 이와 유사한 정도의 동등성(*proportionality*) 여부를 측정함으로써 결정하게 된다.

연방대법원은 *Nollan v. California Coastal Commission* 사건¹⁰⁾과 *Dolan v. City of Tigard* 사건¹¹⁾에서 본질적 관련성 기준을 제시하여 재산권 수용 여부를 판단하였다. 이들 판결이 있기 전에는 지방정부가 주거 혹은 상업용 토지개발 허가증을 부여하거나 거부하는 처분을 함에 있어서 광범위한 재량권을 가지고 있었지만 이들 판결이후에는 이러한 재량권에도 일정한 제한이 가해지기 시작했다. 이 중 *Nollan v. California Coastal Commission* 사건을 보면 다음과 같다.

캘리포니아 주는 주민들이 바다를 지속적으로 즐길 수 있도록 하려는 정책을 채택하고 있었는데, 원고 놀란은 해변가에 있는 그의 방갈로를 해체하고 그 대신 세 개의 방으로 구성된 주택을 건축하려고 캘리포니아 주 연안위원회(*California Coastal Commission*)에 주택 건설허가를 신청하였다. 그러나 연안위원회는 주택설립허가조건으로 놀란의 주택을 가로지르는 공공지역권(*public easement*)을 주정부에 기부할 것을 요구하였다

이에 대하여 연방대법원은 본 사건에서 공공지역권의 요구가 재산권 수용에 해당한다고 판시하면서 그 이유로는 “타인을 배제하는 권리는 통칭 재산권으로 특징되어지는 여러 권리들 중 가장 본질적인 지렛대중의 하나 (*one of the most essential sticks in the bundle of rights that are commonly characterized as property*)”라고 설명하였다. 이 판결에서 연방대법원은 규제로 인한 재산권 제한이 보상을 요하는 수용에 해당하는가를 판단하는 기준으로 규제가 정당한 주의 이익을 실질적으로 증대시키는가, 그리고 이러한 규제로 인해 토지소유자가 자신의 토지를 경제적으로 유용하게 사용할 수 있는 가능성을 부인하는가 하는 기준을 이용하였다.

연방대법원은 이 사건에서 주택건축을 제한하는 조건과 이를 정당화하려는 정부의 이익간에 적법한 관련성이 존재하지 않는다고 결론지었다. 즉, 지역권을 일반대중에 부여해서 일반대중이 주택을 가로질러 통행할 수 있는 권한을 부여하라는 조건과 일반대중이 해변에 접근할 수 있는 권리를 보호하려는 주택건축제한의 목적간에는 적법한 관련성이 없다는 것이다. 이러한 사실은 주택건축을 제한하는 목적이 일반대중이 바다를 볼 수 있게 하고자 하는 것이라기 보다는 정부가 보상을 하지 않고 주택을 가로지르는 공공통행권을 취

10) *Nollan v. California Coastal Commission*, 483 U.S. 825 (1987).

11) *Dolan v. City of Tigard*, 512 U.S. 374 (1994).

특하려는 것이 분명하다는 것이다. 따라서 연방대법원은 일반대중이 바다를 볼 수 있게 하려는 주의 정당한 이익이 관련되어 있지만 주택건축 허가와 문제의 공공지역권 사이에는 중대한 관련성이 존재하지 않기 때문에 공공지역권의 요구가 재산권의 수용에 해당한다고 판시하였다.

3. 세 가지 요소 기준 (Three-Factor Test)

세 가지 요소 기준이란 규제행위가 수용에 해당하는가의 여부는 첫째, 규제가 피해자에 미친 경제적 영향의 심각성(severity of the regulation's economic impact on the claimant), 둘째, 규제가 토지소유자의 투자기대 이익에 미치는 방해정도 (extent of the regulation's interference with the property owner's investment backed expectations), 셋째, 정부행위의 성질 (character of the government action)이라는 세 가지의 요건을 기준으로 판단하여야 한다는 것이다. 이러한 세 가지 요소 기준을 처음으로 채택한 연방대법원의 판결은 Penn Central Transportation Co. v. City of New York 사건¹²⁾ (이하 펜센트럴 사건)이다. 본 사건에서 연방대법원은 규제에 의한 수용여부를 판단하면서 기존의 토지소유자에게 가해지는 재정적 부담의 정도를 고려함으로써 과거의 수용기준들에 비해 비교적 단순화된 기준을 채택하게 되었으며 이러한 연방대법원의 입장을 일컬어 이른바 경제적 생존성 기준(Economic Viability Standard)이라고도 불려지게 되었다.

1966년 뉴욕시는 유적물보존법(Landmarks Preservation Law)을 채택하였고,¹³⁾ 이 법에 따라 설치된 유적물보존위원회 (Landmarks Preservation Commission, 이하 위원회)는 특정 법령상의 기준을 충족하는 건물을 유적물로 지정할 권한을 위임받았다. 이에 따라 일단 유적물로 지정되면 이러한 유적물 소유자는 그 사용에 상당한 정도의 제한을 받게 되었는데, 본 법에 따르면 유적물 소유자는 건물의 외관을 양호한 상태로(in good repair) 유지할 적극적인 의무(affirmative obligation)가 있으며, 외관구조를 변경하기 위해서는 미리 위원회로부터 적합성 승인(certificate of appropriateness)을 받도록 하고 있다. 이 법에 의해 위원회는 1967년에 뉴욕시의 그랜드센트럴 역사(Grand Central Terminal)를 유적지로 지정하게 되었고 그랜드센트럴 역사를 소유하고 있던 펜센트럴 운송회사(Penn Central

12) Penn Central Transportation Co. v. City of New York, 438 U.S. 104 (1977).

13) Preservation of Landmarks and Historical Districts, 2 N.Y.C. Admin. Code ch. 8-A, ss 205-1.0 et seq. (1976).

Transportation Company)는 이후 역사 위에 추가로 사무실 빌딩을 건립하기 위해 건축허가를 신청함과 동시에 적합성 승인을 받기 위해 두 개의 계획안을 위원회에 제출하였는데 그 결과 위원회로부터 이들 모두가 부적합판정을 받게 되었다. 이에 펜센트럴 운송회사는 역사 위의 가치있는 재산권, 즉 역사 위의 공간을 이용할 기회를 박탈당했다면서 헌법 수정 제5조와 수정 제14조에 근거해서 뉴욕 주법원에 소송을 제기하였다.

이에 뉴욕 주 하급법원은 가처분(injunctive and declaratory relief) 결정을 통하여 뉴욕 시로 하여금 역사 위에 적합한 구조물 건설을 방해하는 이 법의 적용을 금지하였다. 이에 뉴욕 시는 항고하였고, 뉴욕 주 항소법원과 주 대법원은 각각 “역사 위의 개발을 제한하는 것은 유적물 보호라는 정당한 공공의 목적을 증진하는데 필요한 것”이며 “이 법이 역사의 관리를 시로 이전한 것이 아니라 단지 재산권의 사용을 제한할 뿐”이라고 판시하여 유적물보존법을 지지하였다.

이러한 뉴욕 시 항소법원과 주 대법원의 판결에 대해서 연방대법원은 펜센트럴 운송회사의 개발계획을 뉴욕 주법으로 제한하는 것이 공공의 목적을 위한 재산권 수용에 해당하는가의 여부를 결정하면서 위의 “세 가지 요소기준”을 적용하게 된다. 이 판결에서 연방대법원은 첫째, 피해자에 대한 경제적 침해의 심각성여부를 판단함에 있어서 해당 법령이 소유자의 현존하는 부동산에 대한 사용권을 박탈했는가의 여부를 평가하였는데, 여기에 대해서는 “소유자가 여전히 문제의 부동산을 임대사무실과 매점을 지닌 역사로 사용할 수 있기 때문에 소유자의 정상적인 재산권 사용에는 영향을 미치지 않는다”고 판시했다. 둘째, 연방대법원은 “소유자가 여전히 펜센트럴 역사에 대해 부동산 소유권을 가지고 있기 때문에 유적물보존법은 결코 소유자의 합리적인 기대이익을 침해하지 않았다”고 판시하였다.

그러나 연방대법원은 투자로부터 이익을 얻을 수 있는 소유자의 수익권은 인정하면서 그 인정근거로 첫째, 펜센트럴 운송회사는 여전히 새로운 개발계획안을 제출할 권리가 있다. 둘째, 펜센트럴 운송회사는 역사 주변지역에 양도가 가능한 사무실 건설 개발권을 갖고 있다. 셋째, 규제의 성질로 판단하건대 정부는 해악(harm)을 예방하기 위해 개인의 부동산 사용을 제한한 것이어서 불법방해기준 원칙에 부합한다는 세 가지의 근거를 제시했다. 이 같은 분석에 따라 연방대법원은 “역사적으로 가치있는 구조물을 보존하기 위한 정부의 규제는 완전히 허용되는 정부 목적 (entirely permissible government goal)”에 해당한다고 판시하였다. 이와 같이 연방대법원은 “세가지 요소”를 규제수용을 결정하는 기준으로 원용함으로써 이 사건에서 재산권 수용이 발생하지 아니하였다고 판시하였다.

4. 경제가치소멸기준 (Extinguished Economic Value Test)

펜센트럴 판결이 있는 후 15년이 지난 1992년에 이르러 규제수용과 관련된 사건을 다시 연방대법원이 다루게 되었다. Lucas v. South Carolina Coastal Council 사건¹⁴⁾이 바로 그 예인데 이 사건에서 연방대법원은 재산권 수용 여부를 판단하는 새로운 기준을 제시하였다. 루카스 판결에서 연방대법원은 “경제적으로 수익적이거나 혹은 생산적인 토지의 사용 전부를 부인하는 규제는 수용이라고 판시하였다. 이 같은 완전수용기준(total taking)에서는 소유권자가 공공의 선을 위해 경제적 재산권 전부를 박탈당하게 되면 보상이 요구되는 수용에 해당된다는 것이다. 이 사건의 개요는 다음과 같다.

부동산개발업자인 원고 루카스는 1986년 주택을 건축할 목적으로 사우스캐롤라이나 주 찰스타운 시의 해변주거지역에 있는 두 개의 부지를 구입하였다. 그러나, 루카스가 주택을 건축하기 전인 1988년에 사우스캐롤라이나 주의회는 재산권의 사용을 제한하는 해변관리법(Beachfront Management Act)을 제정하여 루카스가 구입한 부지에 영구적인 거주용 구조물을 건축하지 못하게 하였다. 이에 루카스는 이 법이 부동산에 대해서 경제적으로 유용한 사용(economically viable use)을 금지하고 있기 때문에 재산권 수용이 발생하였다고 주장하며 위헌 소송을 제기하였다.

이 판결에서 연방대법원은 펜실바니아 석탄회사(Pennsylvania Coal Co. v. Mahon)판결 이후 70년에 걸쳐 발전된 규제수용법리는 사유재산권의 사용을 제한하는 규제가 어떠한 경우에 수용에 해당되는지를 결정하는 정형화된 공식(formula)을 제시하지 못하고 있다고 지적하면서 이러한 문제에 대해서는 재산권에 대한 물리적 침해가 있거나 또는 문제의 법규가 경제적으로 수익적 또는 생산적인 토지 사용 전부를 불가능하게 할 때에는 재산권 수용이 된다고 판시했다.

이 판결에서는 규제가 경제적으로 유용한 사용권한의 전부를 박탈하는 경우에도 보상이 필요치 않는 예외적인 경우도 제시하였는데 “주법이 특정한 목적달성을 위해 의도적으로 토지사용을 금지하고 있는 경우, 이때 주가 의도하는 바가 보통법상 불법방해행위를 방지하려는 경우에는 보상이 필요치 않다”는 것이다. 다시 말해서 정부의 조치가 공공의 해악으로부터 공익을 보호하기 위한 것이라면 개인의 재산권 행사를 제한하는 경우에도 수용이 되지 않는다는 것이며 반면에 보통법상의 불법방해가 아닌 사용을 정부가 규제함으로써

14) Lucas v. South Carolina Coastal Council, 505 U.S. 1003 (1992).

써 그 결과 관련토지의 경제적으로 유용한 사용권의 전부를 박탈하게 되면 수용이 발생하여 보상을 하여야한다고 하고 있다. 이러한 “불법방해의 예외” 기준을 적용하는 경우에도 루카스의 토지에 주택을 건축하는 것이 불법방해를 구성할 가능성은 전혀 없다고 연방대법원은 판시하였다. 또한 연방대법원은 주의 보통법원칙이 해악방지 목적을 위해 주거주택의 건축을 금지하는 경우는 거의 없을 것이라고 함으로써 이 판결은 기존의 불법방해기준을 재정립시켜 놓은 의미있는 판결이라고 할 수 있다.

IV. 규제수용법리와 환경보호와의 관계

미국 헌법 수정 제5조는 연방정부가 정당한 보상(just compensation) 없이 공공의 목적을 위해 재산권을 수용하는 것을 금지하고 있다. 연방대법원은 이 조항에 근거해서 재산권의 규제로 인해 심각한 경제적 손실이 발생한 경우에 정부는 부동산 소유자에게 보상을 해야 한다고 판시하여 왔다. 그러나 현재 미국에서의 규제수용법리는 위에서 제시된 많은 기준들이 보여주듯이 계속된 논란을 야기하고 있다. 특히 규제수용은 이미 소멸된 원칙들을 헌법적 심사단계에서 부활시키고 있다는 비판을 받고 있는 것도 사실이다. 특히 이 법리는 토지개발과 같은 경제적 이익의 우선적인 보호로 말미암아 환경을 보호하기 위한 적법한 입법행위를 저해하고 있다는 비판이 제기되고 있다.¹⁵⁾ 이러한 비판들은 오늘날 규제수용법리의 적용을 더욱 혼란스럽게 하고 있는바, 이하에서는 이처럼 미국에서 제기되고 있는 규제수용법리에 대한 비판들을 간략히 살펴보기로 한다.

1. 전통적 판례이론에 대한 비판

(1) *Mugler v. Kansas* 판결

연방대법원은 1922년 *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon* 판결이 있기 전까지는 개인의 재산권 사용을 제한하지만 궁극적으로 직접적인 몰수나 물리적 침해에 이르지 아니한 규제

15) Gardner, Taking the Principle of Just Compensation Abroad: Private Property Rights, National Sovereignty, and the Cost of Environmental Protection, 65 University of Cincinnati Law Review 539 (1977).

에 대해서는 보상이 필요하지 않다고 판시했으며, 1887년 *Mugler v. Kansas* 사건에서의 판결은 전형적인 예라고 할 수 있다. 머글러 판결에서 연방대법원은 공공의 건강, 안전, 복리를 보호하기 위해 제정된 규제조치가 토지재산권의 가치를 심각히 감소시키더라도 수용에 해당하지는 않는다는 원칙을 천명하였고 이같은 입장은 35년 후의 펜실바니아 석탄 판결이 있기까지 규제수용에 대한 최초의 판결로서 이후에도 계속 일단의 법원칙으로 확립되어 있었다. 머글러 판결에 대해서는 종종 규제가 너무나 과중한 부담을 부과할 때 보상을 요한다는 원칙인 “불법방해기준의 예외”로 해석되곤 하는데 이 같은 해석은 최소한 두 가지 방법으로 머글러 판결을 잘못 이해하고 있다고 본다. 첫째, 본 사건의 판결을 보통법상의 불법방해에 한정하고 있다는 것이고, 둘째, 일반원칙을 예외로 잘못 이해하고 있다는 것이다. 피고의 위헌주장에 대한 연방대법원의 전원일치 반대의견을 살펴보면 이 같은 비판의 근거를 분명하게 알 수 있다. 즉, 공중보건, 도덕 또는 안전에 유해하다는 이유로 토지사용을 금지하는 것은 결코 공공의 이익을 위한 수용이나 몰수가 될 수 없다는 것이다.

머글러 판결에서 연방대법원은 보상을 지불함이 없이 규제할 수 있는 정부의 권한은 주에 부여된 경찰권의 모든 영역에 확장되는 것으로 해석했다. 또한 법원은 문제의 법률은 재산권 몰수가 아니라 사회적 해악을 방지하기 위한 의회의 정당한 권한으로 인정하였고, 이러한 권한에 대한 사법심사의 범위를 문제의 법과 해악 방지간의 “사실적이고 실질적인 관계 (real and substantial relation)”의 존재여부 확인에 국한하였다. 따라서 머글러 판결은 수정 제5조 제정자들의 입법의도를 성실히 이행했다고 본다.¹⁶⁾

(2) *Pennsylvania Coal v. Mahon* 판결

Pennsylvania Coal v. Mahon 판결은 뚜렷한 선례도 없이 나타나 수용법리를 혼란시키는 계기가 되었다고 본다. 영미법계 국가에서는 특히 판결의 영향이 지대함에도 불구하고 홀즈(Holmes) 판사의 판결문은 매우 간단하였고, 판결의 근거도 거의 제시하지 않았다. 홀즈 판사는 정부가 일정한 정도의 부동산가치를 하락시킬 수 있는 보상 없는 규제를 가할

16) 많은 주 법원의 판결들이 *Mugler* 법원이 채택한 원칙을 굳게 확립하였는데 특히 유명한 판결인 *Commonwealth v. Agler* 사건에서 대법관 Shaw는 다음의 일반적인 원칙을 천명하였다: “모든 토지 소유자는 그의 소유권이 아무리 절대적이고 완전한 것이라 할지라도 타인의 동등한 토지수익권과 사회공동체의 권리를 침해하지 않도록 토지사용은 규제될 수 있다는 것이 문명사회의 성질상 정립된 원칙이라고 우리는 생각하는 바이다. 이는 공용수용권 즉 공공의 위기상황으로 인해 합당한 보상을 조건으로 하여 공공의 사용을 위해 수용할 수 있는 정부의 권한과는 별개의 것이다. 이같이 유해한 토지의 사용을 금지하는 것은 토지소유자의 수익을 아무리 감소시킨다 할지라도 토지소유자에게 보상의 자격을 줄만큼 공공사용을 위한 수용이라 할 수는 없다.”

수 있다는 점은 인정하지만 단순한 부동산가치하락이 어떤 내재적 한계에 도달하면 정부는 보상을 해야 한다고 주장한다. 이러한 의견은 해당 사안에서 추구하고자 했던 공익의 중대성에 비추어 그 경제적 손실의 수인가능성 여부를 법원이 결정하여야 한다는 것으로 볼 수 있다.

이러한 홈즈 판사의 의견은 첫째, 홈즈 판사는 머글러 판결과 다른 다수의 선판례들이 왜 잘못되었다고 생각하는 이유에 대해 답변을 하지 않았다는 점, 둘째, 홈즈 판사는 새로운 규칙이 어떠한 헌법적 가치를 증진하는지에 대해 밝히지 못하였다는 점 때문에 많은 비판을 받았다. 아울러 홈즈 판사는 부동산의 경제적 가치를 감소시킬 수 있는 정부의 권한이 제한되지 않는다면 헌법이 보장하는 “계약 불가침 조항과 적법절차 규정은 사라지는 것”이라 하였는데 이러한 의견 역시 수용규정은 여전히 몰수나 영구적인 물리적 침해의 경우에 보상을 요구하기 때문에 잘못된 해석이라고 할 수 있다는 비판을 받고 있다. 그리고 이 사건의 판결이유에 대하여 제기되는 비판 중에는 본 판결이 의견상 석탄회사가 입은 경제적 피해규모를 근거로 한 것처럼 보이나 판결문은 그 피해의 정도가 얼마나 컸는지를 보여주지 않았다는 점을 드는 입장도 있다. 본 판결에서 홈즈 판사는 단지 석탄회사가 몰수라도 당한 듯이 문제의 토지에 그대로 남아있는 석탄을 모두 잃었다고 판시하고 있으나 홈즈 판사 자신도 특정한 안전상의 목적을 위해 석탄이 그대로 존치할 것을 정부가 요구할 수 있기 때문에 가치감소가 100%인 손실일지라도 이 같은 침해가 처분적인 정부행위라고 할 수 없다는 점을 인정하고 있는 점에서 이러한 비판이 제기될 여지를 그대로 남겨놓고 있는 것이다.

2. 규제수용법리의 실제성여부

규제수용법리에 대한 또 다른 비판으로 제시되고 있는 것은 규제수용법리가 일관성 없는 기준들을 제시함으로써 입법부나 하급법원에서조차도 재산권에 대한 수용(taking)이 발생했는지의 여부를 판단하기가 상당히 곤란하다는 것이다. 연방대법원은 판례속에서 명확한 기준들을 설정하고 이를 통해 의미있는 헌법적 가치들을 일관성 있게 집행할 수 있어야 하기에 모든 헌법상 원칙들이 반드시 명확하지는 않더라도 연방대법원의 기존의 입장처럼 일관성 있는 기준들이 수립되어야 한다는 것이다. 이 같은 혼란은 펜실바니아 석탄 판결이 명확한 일반적 기준을 제시하지 못하고 그 대신 경찰권이 개인의 재산권행사를 과

도하게 제한하는 형식으로 행사되고 이때 이러한 경찰권의 행사가 재산권 수용에 해당되는지의 여부가 “구체적인 개별사건마다 달라진다”고 언급한데서 기인한다. 경찰권행사가 수용에 해당하는지의 여부에 대한 판단기준을 언급함에 있어서 비교적 자주 언급되는 펜센트럴 사건에서의 기준인 세 가지 기준론 조차도 각 사건의 사안에 따라 중요성이 다르기 때문에 법원으로 하여금 또 다른 가치판단을 할 것을 요구하고 있어 명쾌한 기준이라 하기 어려운 것이 사실이다.

이 같은 규제수용법리를 더욱 혼란스럽게 한 판결은 펜센트럴 판결 2년 후에 나온 *Agins v. City of Tiburon* 사건¹⁷⁾이다. 이 사건에서 연방대법원은 “용도구획법령이 주의 정당한 이익을 증진하지 못하거나 토지의 유용한 사용을 박탈하면 재산권 수용 효과가 발생한다”고 하여 적법절차가 문제된 사건에서 인용되는 수단과 목적간의 합리성의 존재 여부를 규제수용법리에도 적용하였는데, 이로 인해 규제의 필요성이나 토지소유자의 기대이익에 대한 고려없이 경제적 손실만으로 수용여부를 판단하게 되는 근거로 사용하여 규제수용법리의 혼란을 가중시키고 있는 것이다.¹⁸⁾ 수용에 대한 이 같은 법리적인 혼란은 규제수용을 둘러싼 분쟁의 결과 예측을 어렵게 하고 있다.

3. 연방정부와 주정부의 권한의 충돌문제

헌법은 주가 광범위한 공익목적을 위해 시민의 재산권을 규제할 수 있도록 하였다. 그런데 규제수용법리가 발전됨에 따라 연방대법원은 부당하게 주정부의 권한 행사에 대해 심사하게 되는 결과를 낳았고 이는 곧 헌법이 구상하고 있는 연방정부와 주정부와의 관계를 저해하고 이는 연방대법원을 통한 주정부의 권한을 심히 침해할 수도 있는 결과를 초래하게 된다는 것이다.

17) *Agins v. City of Tiburon*, 477 U.S. 255 (1980).

18) 본 기준의 기원은 *Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp.* 판결 (458 U.S. 419, 1982)이다. 본 사건에서 연방대법원은 시 법령에 따라 아파트 소유주들이 건물 앞을 통과하는 유선방송전선의 설치를 허가하여야 하는 경우 수용이 발생한다고 판시하였다. 사실상 전선의 설치는 건물의 가치를 심각하게 감소시키는 것이 아니라 증대시키는데도 불구하고 전선의 설치는 “영구적인 물리적 점유”로서 수용 그 자체를 구성한다고 결론지었다.

4. 규제수용과 환경보호와의 충돌문제

근래에 행해진 과학적 분석과 지난날의 경험에 비추어 보건데 인간의 행동, 특히 토지 개발과 관련된 인간의 행동은 지역 생태계는 물론이고 더 나아가 지구 자체를 심각히 위협하고 있음이 분명하다. 따라서 많은 환경론자들은 환경을 파괴하지 않는 새로운 토지 윤리(land ethic)을 발전시켜야 한다고 주장한다. 이러한 입장에서는 토지에 관한 개인의 권리를 새로이 정의해서 토지소유자가 토지 생태계를 파괴하지 않는 한도 내에서 소유권을 행사할 수 있도록 해야지만 미래 세대까지 환경의 혜택이 미치게 될 것이라고 주장한다.¹⁹⁾

그러나 연방대법원이 발전시켜온 규제수용법리는 대부분 기존의 사용을 금지한다는 주장 보다는 앞으로의 이익을 위해 개발하려는 경우에 관계되는 것이다. 토지소유자가 개발할 권리는 소유권의 본질이라는 이론에 서있는 규제수용법리가 존재하는 한 토지소유권은 이른바 녹색 소유권 개념(green property concept)을 무력화시킨다고 할 수 있다. 기존의 토지 소유권 제도는 토지를 단지 소유자가 처분할 수 있는 재산으로 보고 주위 사람에게는 피해를 입히지만 않으면 되는 것이었다. 그러나 현대 생태학 연구의 발달로 말미암아 토지가 매우 정교한 생태계 사이클의 부분임을 알게 해 주었다. 물가의 젖은 땅(wetland)이야말로 그런 대표적인 경우인데 정도의 차이만 있을 뿐 산림, 초원, 하천, 해변, 사막이 모두 이와 동일하거나 유사한 특징을 갖고 있는 것으로 보게 되었다. 따라서 지난 날 연방대법원이 발전시켜온 규제수용법리는 환경의 중요성이 강조되고 있는 오늘날에는 맞지 않는 것이 되었다.

5. 공익과 재산권개념의 변화

개인의 재산권은 정부가 법률에 의해 보장하고 보호하는 헌법상 권리 중의 하나다. 따라서 재산권의 범위는 입법자의 의도나 추구하고자 하는 목적에 따라 변화되기 때문에 재산권은 경제적 필요성이나 문화적 이해 그리고 시대적·정치적 상황에 따라 변화하여 왔다. 예컨대 미국은 18세기에 이르러 봉건적인 토지보유권(feudal tenures), 장자상속권(primogeniture), 부채불상환에 대한 구금(imprisonment for debt)제도 등을 폐지했고 양도

19) J. Peter Byrne, Green Property, 7 Constitutional Commentary 239 (1990) ; David Hunter, An Ecological Perspective on Property, 12 Harvard Environmental Law Rev. 311 (1988).

권(rights of alienation)등은 그 권리를 엄격하게 제한하였다. 19세기에는 산업혁명 이전에 설립된 수리권(water rights)의 개념을 법원이 재정립하였는데 예컨대, 하천의 인근에 토지를 소유한 경우, 하천의 물을 사용할 수 있다는 연안권 (riparian rights)은 서부의 물리적 조건과 맞지 않는다는 이유로 폐지되었다.

6. 규제수용과 경제적 효율성

규제조치로 토지소유자에게 손해를 가한다는 경제적인 이유만으로 보상을 요구하는 것은 받아들여질 수 없다고 보고 있다. 이는 정부가 토지를 그 소유자가 보유하고 있을 때 보다 가치있게 사용할 수 있기 때문에 보상은 결국 전체적인 효율성을 저하시키기 때문인 것으로 추측된다. 그러나 규제수용에 대해 보상을 하는 것이 과연 효율성을 제고하는 것인지에 대해서는 두 가지의 논점이 있다. 첫째는 토지소유자가 토지에 투자를 할 동기에 어떻게 영향을 미치는 가이고, 둘째는 입법행위에 어떤 영향을 미치는가 하는 점이다.

보상 없이 토지가 규제된다면 소유자는 수익적 투자에 인식할 것이라는 우려가 있는데 이와 같은 우려는 과거 사회주의 국가들이 외국인재산 몰수금지법을 제정해서 외국인 투자를 촉진하고 있는 예가 있기 때문에 어느 정도 합당한 것이라고 할 수 있다. 그러나 정부의 규제로 인한 손실위험은 투자자들이 화재 위험에 대하여 보험을 통해 해결하는 것과 별로 다를 바가 없다.

규제로 인한 손실을 보상하도록 법으로 강제하는 것은 쓸모없는 토지의 사용에 과도한 투자를 하도록 할 수 있다. 예컨대 도로건설이나 공원조성을 위해 곧 수용될 것이라는 기대를 가지고 토지에 가치 없는 투자를 할 수도 있기 때문이다. 그러므로 최근의 규제수용 입법은 습지의 매립공사와 같은 환경파괴적인 토지의 사용을 조장할 수 있고, 이러한 행위까지 규제되면 보상을 해주어야 하는 결과를 야기할 수 있다.

7. 규제수용법리와 형평성의 문제

규제수용법리가 타당하다고 하는 주장 중의 하나는 규제로 인한 재산권손실은 소유주만이 아니라 공공 전체가 부담하여야 한다는 공평성 및 정의에 입각한 것이라는 주장이다. 하지만 그렇다고 해서 규제수용법리를 폐지한다고 해도 반드시 불공평성이 발생한다고 말

할 수 없는 것이다. 규제수용이론을 지지하는 주장의 핵심은 기대이익을 보장하라는 것이며 따라서 토지소유주는 수익을 위해 토지를 개발할 수 있을 것으로 기대하고 있으며 또한 보상을 통해 이러한 기대이익을 보장하려는 것이다. 그러나 규제수용 폐지론자들은 어느 정도 취소 불가능한 개발허가권을 가지기 전에는 정당한 기대이익을 주장할 수 없다고 한다.

사실 토지소유주에 대한 불공평성은 다른 헌법원칙을 통해 회피될 수 있다. 예를 들어 특정 계층을 분류하여 손실을 부담하게 하는 것은 평등권 위반이나 적법절차 규정의 위반이 될 수 있다. 또한 영구적인 물리적 침해를 사실상의 몰수로 인정하는 원칙은 정부가 보상을 회피할 목적으로 규제를 통해 개인의 재산을 공공목적으로 강제사용한 경우에 적용된다. 따라서 고의적으로 이러한 제한들을 회피하려는 경우나 공공의 이익을 합리적으로 증진하지 못하는 법은 적법절차규정의 위반이 되는 것이다.

V. 결 론

규제수용 법리에 대한 혼란을 해결하기 위하여 미국의 연방의회와 주의회에는 여러 가지 법안들이 제출된 바 있는데 이러한 법안들은 대부분 규제를 억제하려는 것과 보상을 예정하는 것들로 구분할 수 있다. 규제를 억제하려는 법안들의 특징은 행정규제행위로 인하여 재산권 수용이 발생할 가능성이 있을 때 행정기관은 재산권을 보호할 특정절차를 따르도록 요구하고 있다는데 있다. 몇몇 법안들은 행정기관에 의한 재산권 침해를 방지할 수 있도록 행정기관 자체가 예방장치를 두도록 하고 있고, 일부 법안은 행정조치를 취하기 전에 “재산권 수용여부에 대한 영향분석 (takings impact analysis)”을 하도록 하는 예방적 장치들을 직접 법안에 규정하고 있다. 보상을 예상하는 법안은 습지보호법이나 멸종위기에 처한 동식물 보호법 등으로 어떤 소유자의 토지의 시장가치가 일정 퍼센트만큼 감소하면 보상을 하도록 하고 있다. 게다가 보상법안들은 규제로 인한 토지가치 하락 측정기준을 소유자의 토지 전체에 두는 것이 아니라 규제로 영향을 받고 있는 토지 일부에 두고 있기 때문에 전체 토지 중 일부분만의 시장가치가 법안에서 요구되는 정도로 하락하면 보상을 명령하고 있다. 따라서 위의 법안들에 의하면 규제행위로 토지사용이 제한되는 모든 경우에 보상이 요구된다고 할 수 있다.

수용논쟁에 대한 주 차원의 해결책으로 일부의 주들은 토지개발허가권을 발부하여 확정(vesting)된 개발권을 부여하는 법률을 채택한 바 있다. 예를 들어 매사추세츠 주는 용도구획규제법(zoning regulations)을 새로이 채택하였는데 이 법에 따라 특정한 토지개발이 금지된다 할지라도 개발허가가 이 법의 통지 전에 부여된 경우에는 토지개발을 계속할 수 있다는 규정을 두고 있다.²⁰⁾

이상에서와 같이 다수의 학자들은 규제수용법리가 헌법적 측면에서 보더라도 매우 취약할뿐더러 환경보호가 중요한 사회정책 변수로 떠오른 오늘날에는 더욱 문제가 많다고 보고 있다. 하지만 80년대의 미국 공화당 정권을 통해 하이에크와 프리드만으로 대표되는 시장경제이론이 많은 영향력을 갖게 되었고 또한 이를 소유권 개념에 접목시킨 엡스타인 교수의 수용이론이 또 영향을 갖게 되었다. 하지만 비록 시장경제 이론이 타당성을 갖고 있더라도 토지는 공급이 제한되어 있는 재화이기 때문에 시장경제이론에서 토지 소유권 문제에 접근할 수 있는지는 의문이다. 특히 정부규제로 인해 소유권에 영향을 주는 경우에도 정부가 보상을 해야 한다는 이론은 실현되지 않은 기대이익도 법의 보호를 받는다고 하는 것과 마찬가지로 그 논리적 타당성에 문제가 있다. 그런 점에서 규제수용법리가 미국 사회의 주류를 이루고 있다고 볼 수는 없으며 바로 이점이 이 이론이 갖고 있는 한계이기도 하다.

주제어 : 녹색소유권 개념, 환경보호, 규제수용, 공용수용권, 불법방해기준

20) Mass. Gen. Laws Ann. ch. 40A, s 6 (West 1994).

【Abstract】

Doctrine of Regulatory Takings

Lee, Chang Hwan

The United States Constitution protects property rights by prohibiting the taking of private property for public use by the federal and state governments without the payment of just compensation. According to the United States Supreme Court, the Takings Clause of the Fifth Amendment is intended "to bar Government from forcing some people alone to bear public burdens which, in all fairness and justice, should be borne by the public as a whole." As the Court has noted, a "strong public desire to improve the public condition is not enough to warrant achieving the desire by a shorter cut than the constitutional way of paying for the change."

Historically, the Takings Clause applied only to physical expropriations of property. It was not until its decision in *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon* in 1922 that the U.S. Supreme Court recognized the possibility of a "regulatory" taking, that a regulation that has substantially the same effect as a physical taking in terms of interference with a property owner's rights is itself a compensable exercise of the eminent domain power. The Mahon Court stated that "while property may be regulated to a certain extent, if regulation goes too far it will be recognized as a taking." Since this cryptic pronouncement was made, the courts and scholars, predictably, have been engaged in the frustrating and largely fruitless exercise of determining where that line of "too far" should be drawn in any particular instance.

Takings law is commonly viewed as existing along a continuum. One end of the continuum is anchored by the traditional form of eminent domain: a physical

confiscation of property, no matter how trivial, subject to the non-controversial, straightforward rules requiring payment of just compensation. The other end of the continuum is moored by a valid police power action. Under traditional Supreme Court takings doctrine, once a regulation crosses some invisible line such that it has substantially the same impact on the property owner as a physical confiscation, it ceases to be a valid police power action and becomes instead a "regulatory taking."

Although the Supreme Court has never been able to articulate precisely where the dividing line between valid police power actions and regulatory takings lies, it is clear that the Court is willing to tolerate extensive interference with property interests before a regulatory taking will be found.