

‘환경재산권’: 그것은 과연 무엇이며 어떻게 환경을 보호할 수 있는가

(Environmental Property Rights: What They Are
and How They Can Protect the Environment)

번역 : 이 유 봉*

미국에서는 “환경재산권옹호자”는 일반적으로 환경규제에 반대한다.¹⁾ 그러나 사실상 재산권에는 환경보호를 가능케 하는 커다란 잠재력이 있다. 나는 재산권의 개념이 환경을 보호하는데 있어 일련의 유용한 법적 수단들을 제공할 수 있음을 논증하고자 한다. 이러한 환경재산권은 (보전지역권과 같이) 환경적 질의 저하를 막을 수 있는 권리나 또는 (거래가능한 오염허가와 같이) 환경을 훼손할 수 있는 제한적

* 한국법제연구원, 법학박사

¹⁾ Carol Rose 는 “ 초기의 환경보호에 대한 감성적 필요성을 창출해 낸 바로 그 사회적 기반이 지금은 특히 새로운 재산권제도의 형식으로서 그 필요성이 충족되도록 요구되어지고 있다.”고 말하였는데, Carol M. Rose, *Big Roads, Big Rights: Varieties of Public Infrastructure and Their Impact on Environmental Resources*, 50 *Ariz. L. Rev.* 409, 442 (2008) 마찬가지로 그녀는 “우리는 새로이 형성된 권리들로 이루어진 공고한 사회적 기반에 의해 이러한 요청을 달성할 수 밖에 없다”라고 예리하게 덧붙이고 있다. *Id.* 그러나 Rose는 또한 환경재산권제도는 문제가 없는 것은 아니라는 것을 지적하고 있다. See Carol M. Rose, *Liberty, Property, Environmentalism* (2010) (Arizona Legal Studies Discussion Paper No. 10-19). 환경재산권이 항상 특정 환경문제에 대한 적절한 대책이라는 것이 전제되어서는 아니 되며, 또한 만일 그렇다 하더라도, 환경재산권의 적절한 설계에 대해 주의깊은 관심이 필요하다.

권리를 형성하는 것 모두가 될 수 있다.²⁾ 가능한 여러 유용성들 가운데서도 무엇보다, 이들 재산권들은 헌법을 더 환경친화적인 방향으로 이끄는 데 도움이 될 수 있을 것이다.

보다 더 근본적으로는, 환경재산권은 법체계에서 인식되어지기 어려운 가치들과의 관련성과 그 차원을 법원이 인식하도록 하게 해 준다. 환경재산권이 개인이나 입법자들이 환경의 훼손을 방지할 권한을 주는 경우, 우리들과 환경 사이에 존재하는 미약한 관계를 구체적인 법형식으로 끌어들이는 것이다. 환경재산권이 특정 장소에서의 환경적 개선을 거래 가능한 자산으로 변환시키는 경우, 환경재산권은 법원이 재산권적 가치의 일부가 (환경재산권이 매도되는 경우 간접적으로 보상되는) 환경 서비스를 생산하는 능력이라는 것을 ‘인정’하도록 도움을 준다. 오염에 대해 상한을 설정하는 것은 오염이라는 것이 단순히 잘못 행동하는 오염자 개인을 구속하는 것이 아니라, 주요한 자원의 관리를 포함하는 공공의 문제라는 것을 법원이 인정할 수 있도록 도와준다.

이러한 식으로 무형적인 환경적 가치는 판사로 하여금 그 실재를 인식하는 것을 수월하게 해주면서 재산적 이익으로 해석되어진다. 반대로 이러한 인식은 몇몇 헌법적 쟁점의 결과를 변화시킬 수 있다.³⁾ 따라서 환경재산권은 헌법사건들의 구성을 변화시킬 수 있고, 그에 따라 결과에 영향을 줄 수 있다.

이 글에서의 첫 부분에서는, 미국에서의 환경재산권에 대하여 개관

²⁾ 이러한 재산권에 대한 인식이 헌법적 중요성을 가질 수 있다는 것은 그다지 놀라운 것이 아니다. 헌법이 재산적 이익을 정의하는 헌법 이외의 법들에 기반하는 경우가 많다. 예를 들면, 적법절차에 관한 사건들에서 일반적으로 주법이 한 개인의 권리의 존재와 그 내용을 결정한다. 그 다음, 오직 연방 법만이 그러한 권리가 재산권적 이익으로서 적법절차를 원용할 만큼 충분한 것인가 그리고 만일 그러하다면 적법절차에 의한 보호가 주어지는 것인지 여부를 결정한다. See *Board of Regents v. Roth*, 408 U.S. 564, 577 (1972).

³⁾ Cf. Richard H. Thaler and Cass R. Sunstein, *Nudge: How Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness* (2010) 이 글은 결정들을 재구성하는 것이 다양한 맥락에서 결과를 개선시킬 수 있음을 논증하고 있다.

할 것이다. 그 다음으로, 이것들을 정말로 “재산권”적 이익이라고 부를 수 있는가를 고찰할 것이다. 마지막으로, 미국헌법은 정당한 보상 없는 재산수용을 금하고 있다. 따라서 토지나 물에 대한 권리가 위헌적으로 수용되어졌는지를 결정하는데 환경재산권이 어떻게 영향을 미칠 수 있었는가에 대하여 논할 것이다.

재산권이 정당한 보상 없이 수용되었는가를 결정하기 위하여, 우리는 (1) 원래 소유자가 어떠한 권리를 가졌는가와, (2) 소유자에게 무엇이 남겨졌는가를 알아야 한다. 제3자에 의해서 보유되는 환경재산권은 소유자의 원래의 재산권에서 도출될 수 있다. 재산권보유자에게 주어지는 환경재산권은 사실상 소유권자에 의해 향유되던 일련의 재산적 권리들에 부가될 수 있다. 재산권적 가치를 증대시키는 환경권의 이러한 이차적 유형들은 (환경)재산권이 보상 없이 수용되어왔다는 어떠한 주장도 무력화시킨다. 이 글의 나머지 부분은 환경재산권에 대하여 기술하고 그 헌법적 논쟁에 대하여 설명할 것이다.

I. 환경재산권의 유형

환경재산권이란 대기상의 질이나 훼손되지 않은 숲과 같은 환경적 자산으로부터 유래되는 구체적으로 실현될 수 있는 이익(enforceable)으로 정의될 수 있다. 어떠한 환경재는 시장성이 있으나 어떤 환경재는 그러하지 아니하다. 어떤 환경재산권은 제3자가 환경을 훼손하는 것을 방어할 수 있는 권한을 포함한다. 다른 어떤 재산권은 소유자가 환경적 자산을 이용할 권리를 포기하는 경우 형성된다. 그것은 소유자가 그 권리를 다른 재산권의 소유자에게 이전할 수 있기 때문이다.

미국법은 놀랄 만치 수많은 환경재산권에 대해 인식하고 있다. 다음은 적어도 10가지의 환경재산권의 유형을 열거한 것이다.

1. 공공신탁(*The Public Trust*). 아마도 영미법에서 가장 유서 깊은 역사적 기원을 가진 환경재산권은 특정한 토지에 대한 공적 그리고 사적 소유자의 재산권의 권리범위를 한계 짓는 공공신탁원칙일 것이다. 역사적으로, 이 원칙은 수로에 대한 공중의 접근을 보장하기 위하여 발전되었다. 공공신탁원칙은 공중의 구성원이 수체(*water bodies*)에 대하여 접근, 이용, 향유할 수 있는 권리를 침해하지 못하도록 소송을 제기할 수 있는 권한을 부여한다.⁴⁾ 어떠한 주들에서는 이러한 권리는 공원에 대하여까지 확장되어왔다. 예를 들면, 만일 재산권소유자가 해변을 소유하거나 그의 토지를 수변구역에까지 확장하고자 하는 경우, 공공신탁원칙은 시민들이 이러한 행위를 중단시키기 위하여 소송을 제기하는 것을 가능케 한다.

이에 관한 선도적 사건은 *Illinois Central Railroad Co. v. Illinois*이다.⁵⁾ 이 사건에서 미국 연방대법원은 공공신탁이론에 대해 “물위를 항행할 수 있고, 교역을 위해 수송할 수 있고, 제3자의 방해나 간섭 없이 자유롭게 낚시할 수 있는 권리를 누리도록 국민들에게 위탁된 권리”라

⁴⁾ See Torres, *Who Owns the Sky?*, 19 Pace Envtl. L. Rev. 515, 528-530 (2002). 공공신탁에 관한 주요 글로서는, Joseph L. Sax, *The Public Trust Doctrine in Natural Resources Law: Effective Judicial Intervention*, 68 Mich. L. Rev. 471 (1970).

여러 주들 사이의 공공신탁에 대한 미묘한 차이의 탐구와 공공신탁론의 새로운 문제들에 대한 적용가능성에 관하여는, 다음을 볼 것, see Robin Kundis Craig, *Adapting to Climate Change: The Potential Role of State Common-Law Public Trust Doctrines*, 34 Vermont L. Rev. 781 (2010).

공공신탁원칙에는 비판자들과 확고한 방어자들 양자가 모두 존재한다. 논쟁에 관한 검토로서는, see Hope M. Babcock, *The Public Trust Doctrine: What A Tall Tale They Tell*, 61 S.C. L. Rev. 393 (2010) (see fn. 1 for citations to critics such as James Huffman). Huffman은 “학자들은 한 세대에 걸쳐, 그리고 판사들은 수 세대에 걸쳐 공공신탁원칙의 연혁을 오해하거나 잘못 전달하여 왔다”고 주장한다. James L. Huffman, *Speaking of Inconvenient Truths - A History of the Public Trust Doctrine*, 18 Duke Env. L. & Pol. F. 1, 8 (2007).

⁵⁾ 146 U.S. 387 (1892).

고 기술하였다.⁶⁾

*Marks v. Whitney*⁷⁾ 사건은 상업적 이용에 관한 권리를 강조하는 *Illinois Central* 결정으로부터 생태적 가치를 포함하는 공공신탁을 법원이 인정하는 것에 이르기까지의 공공신탁원칙에 있어서의 현대적 진화의 모습을 드러내고 있다. *Marks* 사건에서 캘리포니아 주대법원은 공공신탁원칙은 “과학적 연구를 위한 생태적 단위, 녹지, 새와 해양생물들을 위한 먹이와 서식처를 제공하는 환경으로서” 해안지역을 보전하는 것을 포함한다고 판단하였다. 이후에, *National Audubon Society v. Superior Court of Alpine County*⁸⁾ 사건에서 같은 법원은 공공신탁이론은 물에 대한 이용권에 제한을 두며, 따라서 LA시가 호수를 완전히 고갈시키는 결과가 될 정도의 물에 대한 전적인 사용권한을 당연히 가지는 것은 아니라고 결정하였다.

2. 보전지역권과 보전신탁(*Conservation Easements and Conservation Trusts*). 미국에서 지역권(an easement)은 타인의 토지를 사용하는 전형적인 권리이다. 예를 들면, 토지를 지나는 전선이나 수도관을 묻는 것을 들 수 있다. 보전지역권은 토지의 개발을 방지하기 위하여 이용된다. 보전지역권은 토지를 개발할 소유권자의 권리를 제3자에게 이전한다. 이 지역권은 해당 토지의 소유자로부터의 이전에 의해 형성되는데,⁹⁾ 보통은 자발적이지만 때때로 법적 강제나 정부의 압력에 의해 형

⁶⁾ Id. at 452. 초기 미국법에 있어 산림은 수렵을 위한 대중의 접근권의 대상이 되었던 것으로 보인다. See Eric T. Freyfogle, *Property and Liberty*, 34 Harv. Env. L. Rev. 5, 88-90 (2010).

⁷⁾ 491 P.2d 374 (Cal.1971). 이 사건에 관한 해설로는, 다음을 볼 것, see Michael C. Blumm and Thea Schwartz, *Mono Lake and the Evolving Public Trust in Western Water*, 37 Ariz. L. Rev. 701 (1995).

⁸⁾ 658 P.2d 709 (Cal.1983).

⁹⁾ 보전지역권의 배경에 관하여는, 다음을 볼 것. Nancy A. McLaughlin, *Conservation Easements: Perpetuity and Beyond*, 34 Ecology L.Q. 673 (2007). 보전지역권에 의해 나타나는 바에 따르면, “일반적으로 말해서, 각 양각색의 지역권들에 대해 인식하면서 훨씬 복잡한 커먼로원칙상의 요건들

성되어진다.¹⁰⁾ 2005년까지 미국에서는 6백만 에이커 이상이 지역권의 대상이 되었다.¹¹⁾ 지역권의 침해는 법원으로부터 활발한 구제를 이끌어낼 수 있다.¹²⁾ 관련 개념으로 보전신탁기금이 있는데, 주로 개발도상국에서의 공사합동환경보전활동을 지원하기 위한 기부가 행해진다.¹³⁾

3. **해안선이동지역권(Rolling Easements)**. 기후변화는 해수면을 상승시키고 해변의 침식을 증가시켰는데, 이는 해변을 육지쪽으로 이동시키는 결과를 가져왔다. 해안선이동지역권(Rolling easements)은 이에 대한 하나의 대응인데, 특히 공공신탁의 범위가 해안을 따라 안쪽으로 이동하게 된다.¹⁴⁾ 해안선이 이동함에 따라, 공중의 권리는 내륙 쪽으로 이동하고 토지의 소유자의 권리는 후퇴한다. 텍사스와 북캐롤라이나는 이미 그러한 지역권을 인정하고 있다.¹⁵⁾ 이동하는 해안선은 결국에는 현존하는 건물이 철거되어질 것을 요구할 수도 있다. 해안선이동지역권 때문에, 해수면이 상승함에 따라 새로운 지역권이 계속해서 협

중 일부를 포기하는 경향을 보여왔다.’ Molly Shaffer Van Houweling, *The New Servitudes*, 96 Geo. L.J. 885, 888 (2008).

¹⁰⁾ Jessica Owley Lippmann, *The Emergence of Exacted Conservation Easements*, 84 Neb. L. Rev. 1043 (2006).

¹¹⁾ Ann Harris Smith, *Conservation Easement Violated: What Next? A Discussion of Remedies*, 20 Fordham Env. L. Rev. 597, 597 (2010). 보전지역권에 관한 논쟁의 검토는 다음 문헌에서 찾을 수 있다. Id. at 602-603. 보전지역권에 관한 논쟁의 검토는 다음 문헌에서 찾을 수 있다.

¹²⁾ Id. at 611-621.

¹³⁾ See Marianne Guerrin-McManus, *Conservation Trust Funds*, 20 UCLA J. ENVTL. L. & POL'Y 1 (1001/2002).

¹⁴⁾ Meg Caldwell and Craig Holt Segall, *No Day at the Beach: Sea Level Rise, Ecosystem Loss, and Public Access Along the California Coast*, 34 Ecology L.Q. 533, 566-576 (2007).

¹⁵⁾ See *Feinman v. Texas*, 717 S.W.3d 106 (Tex. App. 1986); *Arrington v. Texas General Land Office*, 38 S.W. 3d 764 (Tex. App. 2001); *Concerned Citizens of Brunswick Co. Taxpayers Ass'n v. North Carolina*, 404 S.E.2d 677 (N.C. 1991).

상되고 매수되어서는 안 될 것이다. 대신에, 해안근처의 재산권의 소유자들은 이동하는 지역권에 대한 대가로 바로 당일 소량의 금액을 받게 될 것이다.

4. *일조권(Solar Rights)*. 일조에 대한 접근권은 태양에너지의 성장으로 인해 점차적으로 중요하게 되고 있다. 적어도 어떤 주에서는 지역 규제자들에 의해, 이들 권리들은 명시적(주법에 의해 명시적으로 허용되는) 지역권의 형태를 띌 수 있다.¹⁶⁾ 토지의 양수인을 구속하는 이웃하는 토지소유자들간의 계약이나¹⁷⁾ 다른 법적 도구들에 의해서도 마찬가지이다.¹⁸⁾

5. *거래가능한 허가(Tradable Permits)*. 이것은 피허가자에게 일정량의 오염을 배출할 권리를 부여하는 허가이다. 거래가능한 허가는 거래할 수 있는 허가권을 위한 시장을 형성하는 입법적으로 형성된 배출상한 설정과 거래체계(또는 배출권거래제(역주), *cap-and-trade*)하에서만 존재할 수 있다. 허가는 전체적인 배출상한에 구속되기 때문에 가치를 가진다. 허가는 자신의 배출을 감축한 회사가 이용하지 않은 할당량을 판매함으로써 수익을 얻는 것을 허용한다.¹⁹⁾ 이러한 할당은 다른 현재 또는 장래의 배출자들이나 투기적인 또는 환경적 목적으로 시장에 참

¹⁶⁾ Sara C. Bronin, *Solar Rights*, 89 BU L.Rev. 1217, 122-1231 (2009).

¹⁷⁾ Id. at 1231-1239.

¹⁸⁾ Id. at 2339-1257.

¹⁹⁾ 개념상의 검토로는, 다음을 볼 것. see Torres *supra* note 5, at 560-568; Robert W. Hahn and Gordon L. Hester, *Marketable Permits: Lessons for Theory and Practice*, 16 Ecology L.Q. 361 (1989). 관련된 개념으로는 지속가능한 어족의 유지를 위한 이전가능한 어획할당분의 사용을 들 수 있다. See David Dana, *Overcoming the Political Tragedy of the Commons: Lessons Learned from the Reauthorization of the Magnuson Act*, 24 Ecology L.Q. 833 (1997); Kristen M. Fletcher, *When Economics and Conservation Clash: Challenges to Economic Analysis in Fisheries Management*, 31 Env. L. Rep. 11168 (2001).

여하는 비배출자들에게 판매될 수 있다. 대부분의 거래체계는 5년 또는 10년과 같은 특정한 시간으로 허가의 기간을 제한할 수 있다.

최초의 피허가자 (또는 배출권자(역주), the initial permit holders)는 몇 가지 방식으로 선정될 수 있다. 허가는 (유료 혹은 무료로), 경매나 추첨에 의해 현재의 오염자들 또는 더 넓은 범위의 신청자들 사이에 분배될 수 있다. 일단 오염허가(또는 배출권(역주))가 최초로 분배된 후에는, 이는 거래될 수 있고, 판매가격은 자유시장에서의 오염세에 상응하는 것으로 기능한다. 최근의 미국의 공해법제에서는, 마치 자원의 “배출상한량에 대한 초과(over the cap)”가 공공신탁 대상인 것처럼, 사적 회사가 공동체에 유보된 자원의 양을 침해한 경우 시민소송을 제기할 수 있도록 하고 있다. 미국에서는 이산화황을 줄이기 위하여 거래 가능한 허가제도가 성공적으로 이용되었고, 이는 이산화탄소배출감축을 위한 제안의 선구적 역할을 하고 있다.

6. 탄소상쇄제도 혹은 탄소차감계산제(Carbon offsets). 일반적으로 탄소상쇄제도라고 불리는 온실가스상쇄제도는 배출자로 하여금 거래제도 외부에 있는 제3자로부터 이산화탄소감축분을 구매하여 배출상한설정과 거래제도(또는 배출권거래제, cap-and-trade)의 요건을 충족하는 것을 허용하는 것이다. 이러한 상쇄는 미국 국내배출권거래제에 속해 있지 않은 외부의 배출원으로부터의 배출을 감소한 형태가 될 수도 있다. 또한 그것은 중국에서 석탄화력발전소를 천연가스발전소로 대체하는 것과 같이 국내의 배출권거래제 외부의 국가들에서 감축된 것일 수도 있다. 아니면, 나무심기나 탄소의 격리(sequestration) 또는 인위적인 탄소포집(capture)을 향상시키는 농업기술을 이용하는 것과 같은 부가적인 탄소저감활동도 포함할 수 있다.²⁰⁾

²⁰⁾ See Nathan Richardson, *International Greenhouse Gas Offsets under the Clean Air Act* (2010), available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1586037 .

7. 습지영향완화크레딧(Wetland mitigation credits). 오염크레딧의 반대인 완화크레딧은 환경재에 대한 ‘은행’을 창설한다. 은행이 습지복구에 대한 댓가를 토지소유자에게 지불하고, 그 습지를 보유한다. 개발자가 어딘가에서 습지를 매립하기를 원하는 경우에는, 개발자는 습지에 상당하는 만큼 은행에 댓가를 지불한다. 말하자면, 습지영향완화크레딧은 자신의 재산권상의 환경자원을 훼손하고자 하는 재산권소유자는 다른 사람의 재산권상의 동일 자원을 보호하는 데 대한 비용을 지불하도록 하고 있다.

미국연방정부의 정책은 습지의 “순손실”을 막는 것이다. 입법과 규제를 통해 정부는 한 쪽에서 습지가 상실된 경우 추가적인 습지가 형성되도록 한다. 습지영향완화크레딧은 습지소유자가 자신의 습지를 복구하거나 인공적인 습지를 형성함으로써 이익을 얻도록 하고 있는데, 후자의 경우는 다른 곳에서 대체습지를 조성하거나 다른 개발자의 이용을 위한 크레딧을 “은행에 예치”함으로써 형성될 수 있다.²¹⁾ 그리고 나서, 그 다른 개발자가 또 다른 개발사업에서의 습지파괴를 상쇄하기 위하여 크레딧을 구매한다. 습지영향완화를 위한 은행거래제(mitigation banking)는 오랫동안 이용되어왔지만, 대상지 외에서의 대체습지조성(off-site mitigation)을 우선적 방식으로 하는 2008년 새로운 규제에 의하여 더욱 강화되었다.²²⁾

²¹⁾ See J.B. Ruhl and R. Juge Gregg, *Integrating Ecosystem Services into Environmental Law: A Case Study of Wetlands Mitigation Banking*, 20 STAN. ENVTL. L.J. 365 (2001).

²²⁾ Fred Bosselman, *Swamp Swaps: The Second Nature of Wetlands*, 39 Env. L. 577, 579-580 (2009). Id. at 583-584. 은행거래제의 이용은 다음과 같은 이유로 선호되어지는데, “더욱 확고하게 더 많은 기능을 수행할 더 넓은 습지시스템을 만들기 위하여 습지영향완화은행의 개발을 조성한다는 점, 그리고 습지영향완화은행은 다른 습지를 훼손하기 전에 개발자들에게 그 지분을 매도함으로써, 습지의 훼손과 그 대체행위 사이의 시간적 간격을 좁힐 수 있다는 점 때문이다.”

8. *대기오염상쇄(Air Pollution Offsets)*. 이는 대기오염의 경우 습지영향완화에 상응하는 제도이다. 청정대기법에 따르면, 어떤 지역에서의 신규고정오염원(stationary sources)의 운영은 대기오염의 전체적 수준이 낮아지는 경우에만 허용된다. 이것은 오염된 지역에서의 오염의 감소가 새로운 오염원을 “상쇄”할 수 있기에 가능한 것이다. 특히, 법은 특정한 오염지역에서의 “신규 혹은 변경된 주요 고정오염원”의 건설과 운영에 대하여는 허가를 받도록 하고 있다. 허가는 현존 오염원과 신규의 비중점오염원(new non-major sources) 으로부터 나오는 “허용된 총배출량”이 “합리적인 개선...을 의미할 만큼...현존 오염원에서 나오는 총배출량보다 충분히 적음” 경우에만 이루어질 수 있다. 따라서 신규오염원이 추가되는 경우에도 각 오염원들에서 나오는 총배출량은 줄어야만 한다. 상쇄는 거래가능한 오염허가와 유사하지만, 제한된 목적을 위하여만 이용될 수 있고, 다른 오염원으로부터의 지속적인 오염 감소가 있는 경우에만 발생할 수 있다.

9. *양도가능한 개발권(Transferable Development Rights)*. 양도가능한 개발권(이하, TDRs)은 부동산개발업자의 건설을 제한하는 토지구획법에서 논의되는 것이다. TDRs은 부동산개발업자가 사용하지 않는 지상공간이나 (개발)밀도를 한 장소에서 다른 장소로 이전하도록 한다. TDRs은 “원래 토지구획에 대하여 허용되는 최대한의 개발량과 그 구획 내에서의 특정한 제한 하에서 허용되는 보다 적은 개발량과의 차이를 의미하는”, “시장에서 거래가능하고, 수량으로 산정가능한 개발잠재력의 단위”이다.²³⁾ 예를 들면, 만일 어떤 건물이 주변 건물들보다 더 강한 고도 제한을 받는 경우, 소유자는 인접 토지상의 건물을 그렇지 아니한 경우 허용되는 정도보다 더 높은 고도로 지을 수 있도록 “이용되지 아니한” 지상공간을 추가개발할 수 있을 것이다.²⁴⁾ 이러한 TDRs

²³⁾ Id. at 916-917.

²⁴⁾ See Dwight H. Merriam, *Reengineering Regulation to Avoid Takings*, 33

은 현재 각 시들이 채택하는 토지이용계획에 있어 일반적으로 받아들여지고 있는 부분이다.

10. 유수권(流水權, *In-Stream Flow Rights*). 미국서부에서 수리권(water rights)은 일반적으로 개천에서 나오는 물을 이용할 수 있는 권리이다. 개천의 어족과 다른 생물에 대한 보호를 위하여는 다른 용도로는 물을 사용하지 않을 것이 요구된다. 물법은 관개나 음용을 위하여 개천을 사용하는 것 대신에 개천의 물을 보호하기 위한 권리를 인식하기 시작하고 있다. 유수권은 권리자에게 다른 수리권 보유자에 의한 이용을 제한할 수 있는 권리를 부여한다.²⁵⁾ 몇몇의 서부의 주들은 입법에 의해 물법상 유수권을 인정하거나, 또는 수리권을 공공유수권으로 전환하는 것을 허용한다.²⁶⁾ 수역보전에 있어 또 다른 전망있는 접근방식 가운데, 유수를 보호하기 위한 “물신탁”이 이용되고 있는데,²⁷⁾ 이는 정부나 신탁기관 자체가 수리권을 취득하도록 하는 것이다.²⁸⁾

II. “환경재산권”을 진실로 재산권의 형태로 볼 수 있는가?

어떤 사람들은 환경보호를 위한 이러한 다양한 메커니즘에 “재산권”

URB. LAW. 1, 29-32 (2001).

²⁵⁾ See Robin Kundis Craig, *Climate Change, Regulatory Fragmentation, and Water Triage*, 79 Colo. L. Rev. 825, 833-852 (2008); A. Dan Tarlock, *Ecosystem Services in the Klamath Basin: Battlefield Casualties or the Future?*, 22 J. Land Use & Env. L. 207, 230-238 (2007).

²⁶⁾ See Adam Schempp, *Western Water in the 21st Century: Policies and Programs That Stretch Supplies in a Prior Appropriation World*, 40 Env. L. Rep. 20394 (2010).

²⁷⁾ Barton H. Thompson, Jr., *Markets for Nature*, 25 Wm. & Mary Env. L. & Pol. Rev. 261 (2000).

²⁸⁾ Mary Ann King, *Getting Our Feet Wet: An Introduction to Water Trusts*, 28 HARV. ENV. L. REV. 495 (2004).

의 이름을 붙이는 것이 맞는 것인지 의아해한다. 환경재산권은 “재산권”이라는 용어의 일반적 의미를 만족하는 것으로 보이는 유형의 자원들의 이용을 통제하는 구체적으로 실현가능한 법적 권리를 부여한다. 보전지역권, 해안선이동지역권, 보전신탁은 적어도 미국법에서는 단지 확립된 법적인 재산적 이익의 변형일 뿐이며, 공공신탁원리는 미국헌법에 시행하는 재산권원칙이다. 이들 환경재산권을 재산적 이익의 유형으로 분류하고 있는 것은 틀림없어 보인다.

다른 환경재산권은 전통적인 재산권과 덜 밀접하게 관련되어 있다. 그것들이 법적 취지의 “재산권”이 되는가는 그 특정 법적 목적에 달려 있다. 아직 직접적인 법적 선례는 없는 것으로 보이지만, 습지영향완화크레딧(wetland mitigation credit)이나 거래가능한 오염허가는 아마도 다른 자산과 마찬가지로 유언이나 법정상속(유언장을 남기지 않은 경우의)에 의해 승계될 수 있는 상속인의 재산권의 일부로 간주될 수 있을 것이다. 아마도 다른 주법의 경우에 있어서도 마찬가지일 수 있을 것이다.

환경재산권은 분명 미국헌법상의 적법절차의 절차상 보호를 구할 수 있는 “재산권”이다. 적법절차조항은 “누구도 적법절차에 의하지 않고는 생명, 자유 또는 재산을 박탈당해서는 아니된다.” 그러한 배경하에서 재산권에 대한 심사는 “권리부여에 대한 정당한 주장“ 이 있는가 여부이다.²⁹⁾ 그러한 심사는 틀림없이 환경재산권에서도 적용된다. 적용가능한 원칙과 법령들을 준수함으로써 환경재산권을 획득한 회사는 분명 권리부여에 대한 합법적 주장을 할 수 있다. 예를 들면, 정부가 공지와 청문의 기회 없이 거래가능한 허가를 종료하거나 습지영향완화크레딧을 무효화할 수 없다는 것은 분명해 보인다.

미국헌법상 공용수용조항은 어떠한가? 이 조항은 “정당한 보상 없이는 어떠한 사적 재산권도 공적 이용을 위하여 수용되어서는 아니된다는 것”을 보장한다. 한국의 헌법도 제23조 제3항도 유사한 조항을 포

²⁹⁾ See *Bd. of Regents v. Roth*, 408 U.S. 564 (1972).

함하고 있는데, 이 조항은 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야” 할 것을 요구하고 있다. 이 경우, 문제는 정부가 정당한 보상없이 환경 재산권을 “수용”할 수 있는가 하는 것이다. 여기서 문제상황은 보다 복잡해진다. 보전지역권과 같은 어떠한 환경권은 잠재적으로 공용수용 조항에 의해 보호받는다든 점에서 전통적인 재산권과 매우 가깝다.³⁰⁾ 보다 혁신적인 환경재산권 중 일부가 공용수용조항에 의해 보호될 수 있는지 여부는 분명하지 않다. 허가와 같은 법적 이익을 창설할 수 있는 정부는 공용수용조항을 발동하지 않고서도 법적 이익을 종료시킬 수 있다.³¹⁾ 거래가능한 허가와 같이 어떠한 환경재산권은 일정한 정도로 정부가 변경하거나 종료하는 것을 명시적으로 허용하는 조항을 가질 수 있다.

또 한편으로는, 이익을 창설하는 주체와 다른 행정주체에 의해 환경 재산권이 몰수된 경우는 수용으로 간주될 수 있다. 예를 들면, 연방정부가 청정대기법 하에 거래가능한 허가를 종료할 권한을 가진다고 해도, 재매각을 위하여 사적 소유자로부터 이러한 허가를 몰수한 주정부는 보상을 해야 할 지도 모른다. 그러나, 이러한 문제들에 대하여 지금 으로서는 직접적인 선례가 없으므로, 공용수용조항 하에서 정당한 보상을 요구하는 재산권으로서의 특정 환경재산권의 지위는 여전히 해결 되지 않은 문제로 남아있다.

요약하면, 환경재산권이 법적 취지의 “재산권”으로 간주되는가는 특정한 법적 맥락에 달려있다. 동일한 이익이 적법절차조항이나 사망시의 재산권의 이전에 관한 법적 취지로서는 재산권으로 간주될 수도 있

³⁰⁾ See Nancy A. McLaughlin, *Condemning Conservation Easements: Protecting the Public Interest and Investment in Conservation*, 41 U.C. Davis. L. Rev. 1897 (2008).

³¹⁾ 법원은 정부의 면허, 허가, 또는 승인에서 발생하는 재산권의 주장에 대하여 일반적으로 쉽게 받아들이지는 않았다. See, e.g., *Palmyra Pacific Seafoods, L.L.C. v. United States*, 561 F.3d 1361 (Fed. Cir. 2009) (no property right to fish in public waters).

지만, 그러한 이익을 창설한 정부가 생각을 바꾼 경우, 공용수용의 법적 취지 하에서는 재산권으로 간주되지 않을 수도 있다.

법적 기술을 논의로 하면, 환경재산권을 재산권의 개념과 연결시키는 것은 자연스러워 보인다. 예를 들면, 회사가 습지영향완화크레딧이나 거래가능한 오염허가를 “보유(own)”한다거나 정부가 공공신탁원칙 하에 공공에 수탁된 해변의 일부를 “소유(own)”한다고 말하는 것은 매우 자연스러운 것일 수 있다. 많은 환경재산권이 시장에서 구매되거나 판매될 수 있으며, 이는 국공채나 금융파생상품처럼 재산권처럼 보이게 한다. 환경재산권의 이러한 공통된 인식의 측면은 법적 기술과 마찬가지로 장래의 사법적 결정을 형성하는 데 도움을 줄 수 있다.

지금까지 환경재산권의 유형을 살펴보았으므로, 지금부터는 어떻게 환경재산권이 토지나 물에 관한 권리에 대한 제한이 위협적인지 여부에 대한 문제에 영향을 미칠 수 있는가에 대한 분석을 기술할 것이다.

III. 환경재산권과 공용수용의 문제

미국헌법하에서 정부는 정당한 보상 없이 공적 사용을 위하여 사유 재산을 수용할 수 없게 하고 있으며, 이는 “재산권에 대한 수용, 사용 또는 제한”에 대하여 정당한 보상이 행해질 것을 요건으로 하는 한국의 헌법과도 유사하다. 공용수용은 정부가 사실상 그 소유의 토지를 몰수하는 경우에 있을 수 있지만, 정부가 토지소유자에게 가혹한 규제를 실시하는 경우에도 있을 수 있다. 미국대법원은 토지사용에 관한 규제가 수용에 해당하는 경우라고 쉽게 결정하지는 않았다.

현재 대법원은 규제에 의한 수용사건에서 세 가지의 분리된 심사를 채택하고 있다. 첫째 범주는, 지방공항에 의해서 형성되는 운항경로와 같이 정부가 사유재산에 대한 계속적인 물리적인 침입을 명하는 경우, 법원은 이를 수용으로 인정한다. 이러한 침입은, 소유자에게 어떠한 피

해를 주지 않는다 하더라도, 경제적 조건이나 프라이버시(사생활)에 대한 침해로서, 수용이라고 할 수 있다.³²⁾ *Lucas* 사건에서 확립된 두 번째 범주는 소위 “총체적 수용(total takings)”에 적용되는데, 이는 정부가 경제적으로 이익이 되는 재산권의 사용 가능성을 모두 없애는 경우다.³³⁾ 세 번째 (잘못된) 분류는 *Penn Central* 심사에 따른 것인데,³⁴⁾ 정부규제가 재산권사용에 대한 합리적이며 투자에 의해 뒷받침되는 기대에 간섭하는 것인지에 대한 결정을 필요로 하는 경우이다.

공용수용에 관한 원칙은 습지나 생태다양성의 파괴를 방지하기 위한 법과 같은 보전법제에서 심각한 문제가 될 수 있다.³⁵⁾ 그러한 규제들은 소유권자의 토지의 전부나 일부의 개발을 막을 수도 있고, 공중이 수로나 다른 공공지역에 접근하기 위하여 토지를 사용할 것을 요구할 수도 있다. 따라서, 물리적인 침입이나 총체적 수용이라고 주장하는 것이 상당히 가능할 수 있다. 그 결과, 이러한 환경규제가 토지소유자에 대한 고액의 보상을 요건화할 수도 있을 것이고, 입법자들이 초기에는 그러한 것을 좀처럼 시행하려 하지도 않을 수 있을 것이다. 사실상, 연방순회재판소 항소법원은 수많은 습지사건에서 매립과 개발이 불허된 습지소유자에게 보상을 명함으로써 공용수용주장(taking claims)

³²⁾ Admittedly, this rule has received some justified criticism. See Andrea Peterson, *The False Dichotomy Between Physical and Regulatory Takings Analysis: A Critique of Tahoe-Sierra's Distinction Between Physical and Regulatory Takings*, 34 *Ecology L.Q.* 381 (2007). 인정하건데, 이러한 원칙은 일부 이유있는 비판을 받아왔다.

³³⁾ 법원은 주요한 예외를 인식하여왔는데, 행위가 커먼로 뉴선스에 해당하는 경우에는 그러한 행위는 전적으로 금지되도록 하고 있다. 이러한 예외에 대한 논의로는, see Richard Lazarus, *Putting the Correct 'Spin' on Lucas*, 45 *Stan. L. Rev.* 1411 (1993).

³⁴⁾ The test derives from *Penn Central Transportation Co. v. New York*, 438 U.S. 104 (1978).

³⁵⁾ 최근의 논의로는, see John Escheverria and Julie Lurman, *Perfectly Astounding Public Rights: Wildlife Protection and the Taking Clause*, 16 *Tulane Env. L. J.* 333 (2003).

에 대해 우호적인 판결을 하여왔다.³⁶⁾

*Penn Central Transportation Co. v. City of New York*³⁷⁾ 사건은 물리적 침입 또는 총체적 수용(total taking)이 부재한 경우에 적용될 수 있는 수용심사기준을 제시하였다. 이 사건은 그러나 대법원이 최초로 환경재산권을 다룬 사건이었다는 점에서 매우 중요하다. 이 사건에서 뉴욕 그랜드중앙터미널(Grand Central Terminal)의 소유주들은 터미널 위에 사무용 건물을 지으려고 하였으나, 뉴욕시는 시의 명승지보전법(landmark preservation law)을 근거로 허가를 거부하였다. 동법은 역사적 명승지로 지정된 건물의 개발을 제한하였으나, 인근 개발사업에 사용될 수 있는 양도가능한 개발권(a transferable development right)을 창설하였다.

단지 당사자에 의한 일정 높이 이상의 건축이 거부되었던 만큼, 법원은 “법 시행 전에 존재하였던 지상권의 행사가 전적으로 부정되었다고 말하는 것은 어법상 부정확하다”고 지적했다.³⁸⁾ “이러한 권리를 행사할 수 있는 권능은 소멸되지 않고, 적어도 인근의 여덟 개의 구획으로 양도가능하게 되었으며” “부여된 개발권은 경제적 가치를 보유한다.”³⁹⁾ 따라서, “만약 공용수용이 발생한 경우, 이러한 권리는 “정당한 보상”에 해당하지 않을 수 있지만, 그럼에도 권리는 동법이 항소인들에게 부과한 재정적 부담을 완화하는 것은 분명하다...,” 그리고 법원은 “이러한 이유에서 [양도가능한 개발권]이 규제에 영향을 판단하는데 고려되어야 한다”고 덧붙였다.⁴⁰⁾ 따라서 양도가능한 개발권의 부여는 개발의 제한이 사적 재산의 “수용”에 해당한다고 쉽게 인정할 수

³⁶⁾ See, e.g., *Palm Beach Isles Ass'n v. United States*, 208 F.3d 1374 (Fed. Cir. 2000); *Loveladies Harbor, Inc. v. United States*, 28 F.3d 1171 (Fed. Cir. 1994).

³⁷⁾ 438 U.S. 104 (1978).

³⁸⁾ 438 U.S. at 137.

³⁹⁾ *Id.*

⁴⁰⁾ *Id.*

없게 한다.

재산권 옹호자에게 *Penn Central* 판결이 양도가능한 개발권을 다른 방식의 중요성은 상실되지 않았다. 스칼리아 대법관은 *Penn Central* 의 이러한 판단의 측면을 파기하거나 또는 (인접 토지구획의 소유자를 포함하여) 당해 사실관계에 국한할 것을 요구하여 왔다. 그의 견해에 따르면, 양도가능개발권은 “우리의 규제적 수용 법리(regulatory takings jurisprudence)의 상당부분을 무효화할 수 있는” “영리하지만 속이 뻘히 들여다보이는 착안”이다.⁴¹⁾ 스칼리아 대법관의 *Penn Central* 에 대한 비판은 부적절한 것으로 보인다. 양도가능한 개발권은 수용이 행해졌다고 인정하는 전제에서 설정되는 것이 아니므로 단순히 수용에 대한 보상으로 볼 수 없다. 사실상, 수용으로 인한 책임이 없는 것이 분명한 경우에도 토지소유자들은 양도가능한 개발권을 부여받을 수 있다. 어떠한 경우든지, 스칼리아의 비판은 타당한 것으로 여겨지지 않는다. 불만스러운 비평가가 주장한대로, 대부분의 법원들은 오늘날 “양도가능한 개발권을 토지에 존재하는 경제적 사용으로 간주”하여 왔고 이로써 규제의 효과를 완화시켰다.⁴²⁾

규제가 사적 토지의 수용에 해당하는 것을 피하기 위해 다른 환경 재산권들이 어떻게 유연하게 구성될 수 있는가를 상상하기란 쉬운 일이다. 예를 들면, 습지영향완화크레딧의 부여는 습지를 개발할 수 있는 권리의 상실에 대한 회복으로 볼 수 있다. 마찬가지로, 만일 임야소유자의 벌목행위가 금지된다면, 그에 따른 탄소 상쇄(carbon offsets) -이용할 수 있다고 가정한다면-는 경제적 가치를 가질 것이고 그것은 수용에 대한 주장의 설득력을 약화시킬 것이다.

환경재산권은 또한 소유자의 재산권의 한계(경계 내지 범위)를 정함으로써 공용수용주장에 영향을 미칠 수 있다. *Lucas* 사건에서 법원은,

⁴¹⁾ Id. at 750.

⁴²⁾ Arthur J. Miller, *Transferable Development Rights in the Constitutional Landscape: Has Penn Central Failed to Weather the Storm?*, 39 Nat. Resource J. 459, 491 (1999).

소유자의 소유권은 처음부터 금지된 행위를 누릴 권리를 포함하고 있지 않았다는 점을 증명함으로써 주는 규제적 수용에 대한 주장에 항변할 수 있다고 판단하였다. 법원은 공공신탁원칙이 사적 소유권제도로부터 절연된 것임을 인식하여왔다.⁴³⁾ 예를 들면, *Esplanade Properties, LLC v. City of Seattle* 사건에서 개발회사는 워싱턴주가 간석지에서의 건축을 금지한 데 대해 이는 공용수용에 해당한다며 소를 제기하였다. 법원은 건축이 공공신탁내용에 부합하지 않는다는 이유로 동 청구를 기각하였다. 개발계획이 공공신탁내용과 부합하지 않으므로, “원고가 주장한 재산권은 존재하지 않으며” 따라서 어떠한 수용도 존재하지 않는다.⁴⁴⁾ 마찬가지로, 일단 해안선이동지역권이 형성되면, 이는 후퇴하는 해안선이 새로운 지역에서 개발제한을 유발함에 따라 장래에 제기될 수 있는 공용수용에 대한 주장도 부정할 것이다.⁴⁵⁾

만약 토지소유자의 이익이 정부나 제3자가 보유한 환경재산권에 따른 제한을 받는다고 한다면, 소유자의 합리적인 기대는 그에 따라 제한된다. 소유자는 그것을 처음부터 보유하지 않았으므로, 소유자에게서 수용되어지는 것은 아무 것도 없다. 정부의 조치가 특정 재산권을 다른 곳에서 행사될 수 있고 매도될 수 있는 환경재산권으로 변형시키는 경우, 정부의 조치를 단순히 재산권의 박탈로 보는 것은 소유자의 이익이 다른 형태로 존속할 수 있다는 것을 간과한 잘못된 견해이다. 따라서 환경재산권이 문제가 된 규제행위 이전에 또는 규제행위의 한 부분으로 이러한 과정에 편입된 경우, 환경재산권은 소유자가 입는 박탈을 완화시킴으로써, 헌법상 손해(공용수용조항상의 손해(역주))라는 주

⁴³⁾ See Michael C. Blumm and Lucas Ritchie, *Lucas's Unlikely Legacy: The Rise of Background Principles as Categorical Takings Defenses*, 29 Harv. Env. L. Rev. 321 (2005).

⁴⁴⁾ Id. at 985.

⁴⁵⁾ See Caldwell and Segall, *supra* note 25. 수용문제에 대한 확대된 논의는 다음문헌에서 찾을 수 있다. James G. Titus, *Rising Seas, Coastal Erosion, and the Takings Clause: How to Save Wetlands and Beaches Without Hurting Property Owners*, 57 Md. L. Rev. 1279 (1998).

장의 타당성을 약화시킨다.

IV. 결 론

우리는 미국법이 많은 종류의 환경재산권을 인식하고 있음을 보았다. 전통적인 재산권과는 달리, 이러한 권리들은 수익을 나누는 권리도 아니며 사적 목적을 위하여 토지를 사용하는 권리도 아니다. 그대신, 환경 파괴를 제한할 수 있는 권리가거나 환경 손해에 제한을 가함으로써 이익을 얻는 권리이다. 이러한 권리들이 전통적인 권리에 친숙한 것은 아니나, 이들 독특한 권리들 중 많은 것들은 환경을 보전하는데 유익할 뿐 아니라 경제적으로 가치가 있다.

이러한 새로운 재산권들은 전통적으로 경계를 가진 권리들(traditional boundary rights)의 경계를 변화시킨다. 이러한 이유로, 이 재산권들은 전통적인 재산권들이 보상이 필요한 정도로 규제를 받아 왔는지 여부를 결정하는데 영향을 줄 수 있다. 대부분의 법체계는 공법과 사법의 차이를 인식하고 있다. 환경재산권은 그 경계를 넘나들고 있다. 그것은 공공의 목적을 추구하기 위하여 고안된 것으로, 환경법규에 의하여 창설될 수 있다. 그러나 이것들은 또한 재산법의 일부로, 사법의 핵심적 부분이 될 수 있다. 따라서 공법 및 사법 전문가들은 이에 주목할 필요가 있다.

이러한 형태의 재산권은 환경법에서 창의적인 사고가 필요함을 예증한다고 하겠다. 우리는 전통적인 사고 범주와 방식에 만족할 수 없다. 그 대신, 21세기 환경 보호라는 과제에 성공적으로 대응하려면 우리는 기꺼이 새로운 사고를 활용하여야 하며 법영역 간의 전통적인 구별을 무시할 수 있어야 한다. 환경재산권의 사례가 다른 새로운 사고의 발전을 고무하고, 법에 관한 오래된 사고 방식을 변화시킬 것을 희망한다.