

건국 초기와 19세기 미국에서 재산권 사상과 사적 이익을 위한 공용수용*

Property Right Thoughts and Eminent Domain for Private Benefits in the
Early Years of Foundation and 19th Century of the United States

김용창**

미국은 사유재산권 보호 이념이 강고한 나라임에도 불구하고 사적 이익을 위한 공용수용의 증가와 이를 뒷받침하기 위한 공익 개념의 확장으로 많은 사회적 갈등을 낳고 있다. 본 연구는 이러한 갈등의 기원을 독립혁명기와 건국 초기 재산권 사상과 공용수용 선례에서 맹아적 형태로 존재하고 있음을 추적한다. 제퍼슨, 애덤스, 매디슨 등 미국 건국자들은 로크의 영향을 받아 사유재산권 사상을 근본 이념으로 하는 자유주의 사상에 기반하고 있었지만 사회적 약자를 보호하기 위한 노력도 전개했다. 그러나 국가발전 과정에서 산업화와 공공시설의 필요성 때문에 공용수용이 증가하면서 사유재산권 보호이념과 충돌을 낳았다. 특히 제분소법 시대와 초과수용 문제는 오늘날 도시개발에서 쟁점이 되고 있는 사적 이익을 위한 공용수용의 맹아적 형태를 보여준다. 그리고 주권으로서 공용수용권 사고와 삼권 분립차원에서 사법부의 입법부 존중주의 원칙을 일찍부터 정립했으나 역사적 전개과정은 사적 이익을 위한 공용수용권 행사로 변질되고 있다는 것을 보여준다. 이러한 변화는 사법적 권력을 바탕으로 하는 자본에 의한 공간지배 강화의 구체적인 과정이라고 해석할 수 있다.

주요어: 재산권, 사적 이익을 위한 수용, 공용수용, 제분소법, 미국 건국

* 이 연구는 서울대학교 인문·사회계열 해외연수 지원금으로 연구되었다(연구지원과-2638, 2011.05.18).

** 서울대학교 사회과학대학 지리학과 부교수, 서울대학교 국토문제연구소 운영위원(kimyc@snu.ac.kr).

1. 머리말

재산과 재산권은 대부분의 나라에서와 마찬가지로 미국인의 생활에서 핵심적인 범주이자 하나의 인격적 주체로서 자기 자신을 규정하는 근본적인 속성으로 본다. 때문에 재산에 대한 법제적 체계는 다양한 규범과 가치를 반영하는 것이며, 재산권을 단순한 시장가치의 관점만으로는 완전하게 표현할 수 없는 것이다(Singer, 2009; 1010). 이처럼 재산과 재산권은 권리를 중심으로 조직되는 정치체제로서 자유주의에 대한 메타포이기 때문에 특히 미국 법제와 정치에서 가장 핵심적인 주제 가운데 하나이다. 또한 자유주의 정치질서는 재산권을 포함하는 권리와 관련하여 기본적으로 각 시민들이 다른 사람들의 권리를 자유로운 상태에서 충분히 존중하지 않으면 시민권리 일반이 안전할 수 없다는 것을 기본 원리로 삼는다(Claeys, 2009; 892).

이러한 재산권 사고, 특히 토지의 사유재산권 보호 이념은 미국 건국 과정에서부터 정치적·인격적 자유의 토대로서 근본적 지위를 부여받았다. 그러나 현재는 경제개발 목적의 도시·지역개발을 위해 강제적으로 사유재산권을 박탈하는 공용수용을 무분별하게 남용하고 있다는 비판을 받을 정도로 사유재산권 보호 이념이 침해를 받고 있다는 논의가 활발하게 이루어지고 있다. 이러한 현상은 사법부의 입법부 존중주의 원칙과 그에 따른 공익사칭수용 과정을 통해 더욱 촉진되고 있다(김용창, 2012; Kelly, 2009).

공용수용은 국가가 강제로 사유재산을 취득하는 행위이기 때문에 일반적으로 공용수용권을 행사하려면 정당보상과 공익이라는 두 가지 요건을 필요로 한다. 주지하다시피 이 용어는 1625년 네덜란드 법학자인 그로티우스(Grotius)가 만든 용어이다. 그는 국가가 공적 목적을 위해 사유재산을 파괴 또는 양도하는 조건으로서 절대적 필요성(extreme necessity) 원칙을 제시했다(Bird, 2010: 240~242). 공용수용의 역사는 학자에 따라서는 성서시대까지 거슬러 올라가며, 로마시대의 직선도로와 송수로 건설

에서 그 기원을 찾기도 하고, 영국의 보통법(common law)에서도 영국 정부가 사유지를 취득할 수 있는 권한을 가졌다고 보기도 한다. 그러나 근대적 의미의 공용수용 개념과 법체계는 봉건제의 붕괴와 더불어 형성되었고, 본격적으로는 국민국가의 등장에서 찾을 수 있다(Meidinger, 1980; Lazzarotti, 1999; Kotlyarevskaya, 2006; Asper, 2007).

미국은 전통적으로 사유재산권 보호이념이 강고한 나라이기 때문에 공간개발을 위한 공용수용의 확대와 이를 뒷받침하기 위한 공익개념의 확장은 많은 갈등을 낳을 수밖에 없다. 특히 도시개발 사업에서 사적 이익을 위한 공용수용 연구는 대부분 1980년대 이후를 대상으로 이루어지고 있다. 본 연구는 이러한 갈등적 성격이 최근의 현상이 아니라 독립혁명기와 건국 초기 및 19세기의 재산권 사상과 공용수용 선례에서 맹아적 형태로 존재하고 있음을 추적하고자 한다. 이러한 분석을 통해 도시개발 사업에서 이른바 신자유주의적 현상과 성격은 시대적 구분으로 획정할 수 있는 현상이라기보다는 자본주의적 도시화의 심화과정에서 나타나는 자본의 공간포섭 심화과정이라는 내재적 성격으로 해석하고자 한다. 이러한 해석은 사유재산권 보호이념과 사적 이익을 위한 공용수용 사이 충돌의 역사적 전개과정이라는 분석틀을 통해 뒷받침할 수 있다. 기본적으로 자본과 토지소유 사이 모순이라는 관점을 취하면서 구체적으로는 건국이념으로서 재산권 사상의 양면적 성격, 개인주체 형성의 토대로서 재산권과 자본의 공간지배 강화를 위한 공용수용권 사이 갈등, 국가주권으로서 공용수용권과 사적 이익을 위한 수용의 갈등, 삼권분립이라는 헌법원리의 왜곡이라는 관점에서 분석하고자 한다. 연구자료는 미국 연방대법원 및 주 법원의 판례를 사용한다.

2. 미국 건국에서 생존과 자유의 기반으로 사유재산권과 토지소유

1) 독립혁명기 재산권 사상과 해석

정부는 생명, 자유, 재산을 보호함으로써 국민들에게 봉사할 의무를 갖는다는 급진적 관점을 제시한 로크(Locke, J.)의 자연권 사상이 미국 독립혁명의 자유주의 사상에 광범위하게 영향을 미쳤다는 것은 주지의 사실이다. 1772년 보스턴의 『식민지 지식인의 권리선언』에서는 인간으로서 식민지인의 자연권 목록에 생명, 자유, 재산권을 최고의 태도로 사수해야 할 권리라고 했고, 마찬가지로 1774년 제1차 대륙의회선언에서도 생명, 자유, 재산에 대한 권리는 불변의 자연법 아래에 있다고 선언했다. 1776년 버지니아 권리선언 역시 모든 사람은 자연권을 가지며, 이 권리에는 생명과 자유의 향유, 재산의 획득과 소유를 포함한다고 선언했고, 이후에도 펜실베이니아 권리선언, 델라웨어 권리선언 등으로 유사한 이념의 선언이 지속적으로 이어졌다. 물론 미국 혁명의 자연권 철학이 이른바 야경국가의 정당성만을 의미하는 것은 아니며, 정당한 정부는 자연권을 보장하는 것이 임무이면서 그 정당성을 기반으로 정부는 적절하게 개인의 권리를 제한할 수 있다고 보았다(Powell, 1996; Zuckert, 2000).¹⁾

그런데 로크 자연권 사상의 영향을 받은 제퍼슨(Jefferson, T.)이 생명, 자유, 재산으로 대표되는 로크의 자유주의 삼위일체 항목 가운데 독립선언서에서는 재산권을 행복추구권으로 대체한 것을 두고 많은 논쟁이 있다. 이러한 대체가 재산권을 거부한 것이 아니라는 입장에서는 미국 독립혁

1) 이와 관련하여 많은 역사연구자들은 미국 독립혁명기 자연권 사상의 영향을 부정하기도 한다. 이들은 로크와 그의 자연권 사상이 영향을 미친 것이 아니라 전통적인 영국인의 권리 개념, 오래된 헌법적 관습과 역사적 전례 등이 미국 휘그(Whigs)들에게 이론적 자원을 제공했다고 주장하기도 한다. 미국 독립혁명 철학의 해석에는 영국민의 권리선언과 관계를 놓고 이른바 계승명제(Succession Thesis)와 무관명제(Irrelevancy Thesis)가 있다(Zuckert, 2000: 75~77).

명기의 다른 문서들이 이러한 대체가 재산권 거부를 의미하는 것이 아니라 하는 것을 명확히 하고 있고, 많은 주의 헌법들이 행복추구권과 재산권을 모두 포함하고 있다는 점을 강조한다. 그리고 매사추세츠 선언에서 애덤스(Adams, J.)가 말한 것처럼 행복권은 결국 생명, 자유, 재산권의 결과로서 생기는 궁극적인 산물로 인식한 것이라고 해석한다(Zuckert, 2000: 72). 반대의 입장은 독립선언서의 양도할 수 없는 권리 목록에서 재산권을 빼버린 것은 제퍼슨이 로크의 영향에서 벗어나 정부의 기능을 시민재산권 보호라는 소극적 기능이 아니라 재산권에 기반 하는 불평등을 해소하고 공공선을 강화하는 것이라고 보았다는 것이다. 실제로 제퍼슨은 훗날 수정헌법 5조²⁾ 정당보상과 수용조항 제정과 비준에 주도적 역할을 수행한 매디슨(Madison, J.)에게 1785년 보낸 편지에서 재산불평등이 인류에게 불행을 야기할 것이기 때문에 개인의 재산권을 제한하기 위한 국가 권력의 사용 필요성을 구체적으로 제시하기도 했다. 또한 제퍼슨은 1788년 라파예트(Lafayette)가 작성한 프랑스 인권선언 초안의 양도할 수 없는 권리에서 재산권을 뺄 것을 제의하기도 했다(김희강, 2006).³⁾

또 다른 미국 건국의 아버지라고 일컬어지는 애덤스는 1787년 재산은 자유만큼이나 실질적인 인류의 권리임이 확실하다고 주장한다. 재산은 신의 법칙만큼 신성한 것이 아니라는 사상을 사회가 받아들이고, 그것을 보호하기 위한 법과 공공적 정의의 세력이 없는 순간, 무정부상태와 폭정이 시작된다고 주장한 것이다. 재산은 신성한 것이며, 그렇지 않으면

2) 수정헌법 제5조는 “누구라도 정당한 법의 절차에 의하지 아니하고는 생명, 자유 또는 재산을 박탈당하지 아니한다. 또 정당한 보상 없이 사유재산을 공익목적으로 수용당하지 아니한다.”라고 규정하고 있다.

3) 이러한 논의 외에도 재산권을 행복추구권으로 대체한 것과 관련해서는 전통적인 로크적 해석을 주장하는 Becker와 스코틀랜드 계몽주의 학자인 Hutcheson의 영향을 받았다고 보는 비로크적 해석을 주장하는 Wills의 대표적인 논쟁과 더불어 White, Parrington, Flidgelman 등의 다양한 해석이 있다(김희강, 2006). 한편 Cohen(1927)은 사유재산보다 더 큰 공공선은 없기 때문에 정치적 법이 사유재산권을 축소해서는 결코 안 된다는 몽테스키외(Montesquieu, 1689~1755)의 견해가 Blackstone의 호응을 받았고, 이것이 미국 법사상의 토대가 되었다고 본다.

자유는 존재할 수 없다고 보아 재산과 자유의 불가분성을 강조했다 (Adams, 1787).

연방헌법의 권리장전 제정을 주도했던 매디슨은 1792년 “한 사람이 다른 모든 개인을 배제하고, 외부세계에 대해 청구하고 행사할 수 있는 지배”로서 재산권을 정의했다. 정부의 역할은 바로 이러한 재산을 보호하기 위한 제도적 장치라고 보았다. 미국이 정당한 정부에 토대를 두고 있다는 찬미를 받고자 한다면 마땅히 재산권을 존중하고, 권리가 있는 재산을 존중하여야 한다고 인식했다(Madison, 1792).

이처럼 로크와 미국건국의 아버지들은 사유재산권을 개인적 자유와 경제적 안정의 토대라고 간주했고, 사유재산권 제도가 없다면 개인에 대한 국가의 권력을 견제할 방법이 없어진다고 인식했다. 그리고 국가주의 관점에서 사유재산권을 통제하면 국부를 창출하는 역량이 정체하거나 감소하며, 그로부터 궁핍과 비참함을 초래한다는 자유주의 사상을 기본적으로 견지했다(Coffman, 2002).

그러면서도 동시에 미국 건국시기에서 제퍼슨 등의 재산권 사상, 즉 재산을 자연권으로 간주한 것인지 아니면 그 반대로 자연권으로 간주하지 않은 원시적 사회주의 입장을 견지한 것으로 해석할 것인지에 대한 논쟁이 여전히 분분한 것은 건국이념 자체뿐만 아니라 독립선언서와 연방헌법에 대한 미국 건국 사관의 차이에서도 찾을 수 있다. 20세기 초반 진보주의 사관(progressive school)에 입각한 해석은 미국 역사를 사람과 재산, 민주주의와 귀족주의 사이 끊임없는 갈등이라는 대립주의 관점에서 해석했다.⁴⁾ 이러한 관점에서는 독립선언서를 민주주의와 사람의 권리를

4) 예컨대 1903년 Merriam은 *History of American Political Theories*라는 저서에서 독립혁명은 명실상부한 민주주의이고, 헌법은 명백한 반동은 아닐지라도 보수적 관점에 서있다고 해석하며, Smith는 1907년 *The Spirit of American Government*에서 보수주의자와 재산소유자들이 자연권에 반대하면서 자신들의 이해관계를 방어하기 위해 만든 것이 헌법이라고 규정한다. 마찬가지로 Beard 역시 *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*(1913)와 *Economic Origins of Jeffersonian Democracy*(1915)라는 저서를 통해 미국의 역사를 사람의 권리 대 재산권의 갈등관계로 해석하면서 헌법에서 가장 포괄적인 폐단의 흔적을 찾을 수

옹호한 것이고, 헌법은 보수주의와 재산소유자들의 보호를 목적으로 한 것이라고 본다. 반면에 이러한 이분법적 해석에 반대하는 관점에서는 자유에 대한 개인적 권리와 사유재산권은 서로 불가분의 상호의존적 관계에 있기 때문에 로크와 제퍼슨을 분리하려는 시도는 근거가 없다고 본다.⁵⁾ 제퍼슨의 정치론에서 재산권의 지위는 확고하다는 입장이다(Bassani, 2004).

근대적 의미의 재산권은 인간 자신으로부터 외부세계로 확장하기 위한 권리, 즉 외부세계를 고유한 인간 자신의 방식으로 만들기 위한 것을 정당화하는 권리라고 본다.⁶⁾ 재산권 사상의 흐름은 이러한 사고를 옹호하는 로크와 헤겔 등의 자유주의적 사고와 루소, 마르크스의 경우처럼 그러한 확장의 정당성에 도전하는 사고로 크게 구별할 수 있다(Radin, 1982; Zuckert, 2000: 72). 재산권의 정립과 관련해서는 로크의 경우 ‘동의’에 기반을 두어 재산권의 기원을 이론화하는 것이며, 루소는 ‘폭력’에 의한 기원론을 주장하는 것이다(Corr, 1999). 이러한 분류를 따라 미국에서 재산권 사상에 대한 대립과 해석의 차이를 여전히 진행 중인 로크주의와 루소주의의 250년간의 패권다툼(supremacy)으로 해석하기도 한다. 로크의 사상에 기반하고 있는 미국 헌법을 대상으로 지난 2세기 이상 루소와 그의 사회계약론 사상이 도전을 하고 있는 상황이라고 해석하는 것이다. 루소의 정치철학에서는 오늘날 공공선(public good)으로 표현되는 사고가

있다고 주장한다(Bassani, 2004: 46~47).

- 5) 예컨대 1972년 Stewart가 주문을 작성한 *Lynch v. Household Finance Corp.* 405 U.S. 538(1972) 판결에서 다음과 같이 진보주의 사관에 대한 강력한 비판을 가한다; “개인적 자유와 재산권 사이 이분법적 사고는 잘못된 것이다. 재산은 권리를 갖지 않는다. 사람이 갖는 것이다. 불법적인 박탈 없이 재산을 향유할 수 있는 권리는 말할 권리 또는 여행할 권리와 마찬가지로 진정한 개인적 권리(personal right)이다. 실제로 자유에 대한 개인적 권리와 재산의 개인적 권리 사이에는 근본적인 상호의존이 존재한다. 어느 것도 다른 것 없이 의미가 없다.”
- 6) 재산권 사상 또는 소유권 정당화 논거는 인격론, 노동이론, 공리주의론, 점유설, 경제설 등으로 구분할 수 있다. 이에 대해 보다 자세한 논의는 김남두가 편집한 『재산권 사상의 흐름』(1993)의 제 논문, 특히 Cohen의 논문을 참조할 수 있다.

핵심을 구성한다. 이러한 사고는 정부에 대한 국가주의 접근을 중시하여 국가가 개인에 우선하고, 개인의 권리는 국가로부터 파생한다는 사고를 견지함으로써 개인의 재산권에 대한 공공선에 입각한 국가의 통제를 중시한다. 반대로 로크의 사상은 재산에 대한 권리는 국가(정부)로부터 도출되는 것이 아니라 신이 부여한 인간에 내재적인 자연적 권리라고 보는 것이다(Coffman, 2002).

이처럼 미국에서 재산권 사상은 기본적으로 사유재산권 사상을 근본으로 하면서도 독립혁명기와 건국 초기에서부터 갈등적 해석을 낳았으며, 오늘날 경제적 공익 개념에 입각한 공용수용의 확대는 명목적으로는 루소주의에 기반을 둔 재산권에 대한 국가적 통제의 강화를 반영한다고 볼 수 있다. 그러나 재산권에 대한 국가개입의 증가를 단순히 루소주의의 확장이라고 볼 수 없는 것은 공공선 또는 공익개념에 대한 자본의 지배가 강화되면서 주로 사회적 약자 중심의 재산권 박탈을 동반하는 재산권 보호의 차별이라는 심각한 왜곡이 발생하고 있다는 것이다(김용창, 2012).

2) 연방헌법 제정기의 재산권 사상과 해석

전술한 것처럼 건국시기 미국에서 재산권 보호는 정부의 근본 목적이었고, 재산권은 정치적 자유의 보존이라는 이념의 토대와 결합되어 있었다. 이러한 신념은 매디슨(Madison, J.)이 미국 수정헌법 제정과 기준을 추진하는 과정에서 확고하게 정립되었다.⁷⁾ 즉 로크의 자연법과 재산권 개념의 영향을 강하게 받은 헌법제정자들은 재산보호를 정부의 중심과제의 하나라고 보았다. 그리고 재산권의 정당화 논거로서 인격론에 근거하

7) 매디슨 등이 저술한 『연방주의자 논집(The Federalist Papers)』은 새로운 헌법의 기준을 촉구하기 위해 새 헌법의 의미와 필요성을 설명하는 글을 1787년부터 이듬해까지 신문에 투고한 85편의 글 모음집이다. 현재도 미국 연방대법원의 헌법해석에서 권위를 인정받고 있다. 국내 번역본은 알렉산더 해밀턴, 제임스 매디슨, 존 제이(2009) 참조.

면서 개인적 자치권 또는 자유의 토대로서 재산권을 설정했다.⁸⁾ 따라서 자유의 보존은 재산권에 침해할 수 없는 권리라는 지위를 부여함으로써 비로소 달성된다고 인식했다(Radin, 1982; Treanor, 1985; Jones, 2000).

그리고 미국에서 역사적으로 가장 신성하다고 여기고 중요하게 보는 재산권은 토지소유권이다. 초기 미국에서 생존은 비옥한 토지에 의해 좌우되었고, 연방헌법 해석 논쟁에서 볼 수 있는 것처럼 토지소유는 정치권력 행사와 연계되었다. 아울러 이른바 ‘명백한 운명(manifest destiny)’이라는 이데올로기⁹⁾와 결합하면서 열정적으로 토지취득을 추구하게 만들었다. 이러한 열정과 정신이 서부개척시대를 낳았다고 말하기도 한다(Lazzarotti, 1999).

그러나 미국 건국 초기 연방헌법 제정과정에서도 사유재산권 보호가 핵심 쟁점이자 갈등의 대상이었다는 것은 1913년 Beard가 저술한 연방헌법 제정과정의 경제적 해석에서 잘 나타난다. 연방헌법은 미연방규약(Articles of Confederation) 체제에서 불이익을 받던 네 부류의 재산권자 집단들이 추진한 것이며, 본질적으로 사유재산권의 근본성이 정부에 선행하고, 사실상 대다수 민중의 영역 너머에 있다는 사고에 기초한 경제적 문서였다고 해석한다. 이 과정에서 무산자대중은 애초부터 배제되었고, 이들 재산권자 집단의 확고한 이해결합의 결과라고 본다(Beard, 1913).¹⁰⁾

8) 이러한 사고는 헤겔(Hegel), 아렌스(Ahrens) 등의 관념론적 재산권 정당화론을 수용한 것이다. 이들은 재산권을 자유로운 인격으로 행동하는 개인의 권리로부터 연역한다. 자유로운 사람은 외부세계에 자기주장의 영역을 가져야 하며, 한 사람의 사유재산이 그러한 기회를 제공한다고 본다(Cohen, 1927).

9) 독일의 근대지리학자인 라첼(Ratzel)은 유명한 공간투쟁이론인 생활공간(Lebensraum) 개념을 처음 제시하는데, 바로 미국 서부개척시대의 ‘명백한 운명’ 논리에서 힌트를 얻은 것이었다. 명백한 운명은 1840년대 미국의 영토 확장주의를 정당화한 주장이다. 1845년 텍사스 병합 당시 저널리스트인 O'Sullivan이 *Democratic Review*에 미국의 영토 확장을 신이 베풀어 준 명백한 운명이라고 처음 주장했다.

10) 원래 이 저술은 미국에서 진보당의 출현, 미국 상원의원의 보통선거, 노동자의 보상 및 기타 사회적 입법에 대한 갈등을 동반한 토론과정에서 출간되었다. 그는 이 책에서 다음과 같이 말한다. “미국에서 헌법제정 운동은 본디 미연방규

1791년 발효된 연방헌법 수정조항에서 매디슨은 수용에 대한 별도의 사유재산 안전장치나 정당보상 원칙을 갖고 있지 않던 공화주의 원리에 반대하고, 자유주의 원리에 근거하여 수용조항을 넣으면서 연방 차원의 재산권 보호를 선언한다. 그러나 동시에 연방헌법 제정자들은 식민지 시대 토지분배 불평등의 문제를 인식하면서 구체적인 재산관련 입법 행동에 대해서도 세심한 주의를 기울였다. 매디슨은 1787년 「연방주의자 논고」에서는 재산획득 능력의 차이가 재산소유의 불평등 및 사회적 분화를 유발한다고 인식했다. 즉 가장 일반적이고 영속적인 분파의 원천은 재산의 불평등한 분배이고, 재산을 가진 사람들과 갖지 못한 사람들은 사회에서 늘 상이한 이해관계를 형성해왔다고 인식했다. 토지기반 이해관계, 제조업 이해관계, 상업적 이해관계 등등이 상이한 계급들을 창출하고, 이들 다양한 이해관계들을 규제하는 것이 법제의 주된 과제로 인식했다(Madison, 1787).

오늘날 도시개발 사업에서 가장 많은 논란을 유발하고 있는 수정헌법 5조 공용수용 조항의 기원은 원래 수용의 정당화 목적보다는 사회적 약자를 보호하기 위한 목적도 갖고 있었다. 매디슨은 더 많은 재산(토지)을 취득하는 데 열을 올리는 특정의 강력한 집단이 약한 사람들의 희생을 바탕으로 자신들의 욕심을 채우기 위해 입법부에 영향력을 미칠지 모른

약(Articles of Confederation) 체제에서 불이익을 받던 네 재산권자 집단(금융, 공채, 제조업, 무역·선박업)이 시작하고 추진하였다... 대다수 무산자대중은 당시 참정권 자격에 따라 애초부터 헌법의 기초를 잡는 작업에서 배제되었다. 헌법을 기초한 필라델피아회의 의원들은 극소수의 예외를 제외하고는 직간접적으로 그리고 사적으로 새로운 체제의 수립에 이해관계가 있고, 그로부터 경제적 이익을 볼 사람들이었다. 헌법은 본질적으로 근본적 사유재산권이 정부에 선행하며, 사실상 대다수 민중의 영역 너머에 있다는 개념에 기초한 경제적 문서였다. 필라델피아회의 의원들의 대다수는 헌법상의 특별보호 입장으로 재산권을 인식한 것이다... 헌법을 지지한 지도자들은 필라델피아회의 의원과 마찬가지로 경제집단들로 구성되었고, 이들 역시 자신들의 노력 결과에 직간접적으로 이해관계를 갖고 있었다 ... 헌법은 ... 자신들의 이해관계가 주 경계선을 넘어 전 미국에 걸쳐 있다는 것을 알고 있던 강고한 이해통합 집단의 작업이었다”(Beard, 1913: 324~325).

다고 걱정했다. 그래서 이들 분파의 영향력을 통제하기 위한 수단으로 연방헌법의 공익조항을 제한한 것이었다. 이처럼 수용조항의 도입은 법원이 정치권력에 취약한 계층을 보호한다는 취지였다(김용창, 2012; Treanor, 1985; Treanor, 1995; Coughlin, 2005). 연방헌법 제정시기 재산권에 대한 양면적 인식(개인재산권 보호, 재산불평등 해소와 사회적 약자의 보호)을 엿볼 수 있다.

이처럼 미국에서 재산권 및 토지재산권은 서부개척시대와 독립혁명기 및 연방헌법 제정과정에서 남다른 의미를 부여받았다. 이 과정에서 사유재산권 보호와 사회적 약자의 보호라는 어떻게 보면 모순적인 관념이 내재되어 있었다. 그러나 미국에서 재산권 제도에 대한 기본적인 신념은 사유재산보호제도와 경제발전 및 자유보존 사이에는 밀접한 관계가 있다는 것이며, 미국의 변형은 사유재산 보호제도에 기인한다는 신념이다. 자연권 사상에 기반을 두어 인간은 양도 불가능한 권리를 가지며, 국가는 사유재산에 결코 간섭해서는 안 된다는 사고이다.

동시에 국가에 의한 재산권 제한 사상도 여전히 유지되었다. 1920년대 저명한 법학자였던 코헨(Cohen)은 1927년 재산권을 주권과 권력관계로 인식하여야 한다고 보아 자유방임적 재산권 사상에 비판적이었으며, 사유재산의 사용에 대한 절대적 자유방임은 한 번도 결코 실제로 행해져 본 일이 없다는 것을 강조한다. 그리고 재산권이 실제로 효력을 갖기 위해서는 타인을 배제할 권리로 지탱되어야 할 뿐만 아니라 국가가 집행하는 소유자 측면의 적극적 의무와 제한을 통해 유지되어야 한다고 주장했다(Cohen, 1927).¹¹⁾

이러한 연방헌법의 재산권 사상에 내재한 모순관계는 산업화와 공공시설의 필요성에 따라 건국 초기부터 공익을 위한 재산권 제한, 사적 이

11) Cohen은 이러한 재산권 사상과 관련하여 헤겔 이후 법철학의 쇠퇴와 사회주의자들의 공격으로부터 재산권을 보호하는데 법률이 주로 관심을 쏟으면서 재산권과 사회적 책무와의 관계에 대한 이론으로 전혀 발전하지 못했다고 비판한다(Cohen, 1927).

익을 위한 사유재산권의 공적 제한 등과 같은 갈등적 상황과 해석을 낳았다. 이후 도시개발 사업의 증가, 경제발전 및 사회복지 촉진을 위한 국가개입의 증가라는 상황에서 커다란 도전에 직면했다. 특히 후술하는 바와 같이 도시에서 경제개발을 촉진하려는 미명 아래 공용수용을 이용하여 한 개인의 재산권을 다른 개인으로 이전하는 사실상의 사적 편익을 위한 개발방식의 증가는 전통적인 미국 재산권 관념에 커다란 회의를 낳고 있다. 사적 이익을 위한 공용수용의 사용은 재산투자에 대한 유인동기를 약화시키고, 사유재산의 강제매각이라는 정부개입은 경제적 비효율성을 초래하여 경제성장을 더디게 만드는 제로섬 게임을 낳으며, 사유재산제를 허물어 번영에 해악을 끼칠 것이라는 비판도 강력하게 제기되고 있다(Kerekes, 2011).¹²⁾

3. 건국 초기 사적 이익을 위한 공용수용과 재산권 보호

1) 「제분소법」 시대, 사적 이익을 위한 공용수용 판례의 맹아

미국 건국과정에서 사유재산권 보호는 가장 중요한 과제였지만 국가 건설 및 발전과정에서 사유재산의 수용 또한 필수적인 것이었다. 식민지 시대 미국에서 최초의 공용수용 활용기록은 도로건설을 위한 것이다. 매사추세츠 1639년 법령은¹³⁾ 도로건설에 토지가 필요하다는 사건에 대해

12) 사적 이익을 위한 공용수용의 확대, 경제개발 목적의 공용수용 확대는 사유재산권 토대의 붕괴, 재산의 불량한 유지·관리 및 자원의 과잉약탈과 같은 공유지의 비극, 경제발전 동력의 약화 등을 초래한다는 연구들을 정리한 최근의 문헌으로는 Kerekes(2011)를 참고할 수 있다.

13) 이 법령은 “Laws of Colony of New Plymouth”를 말한다. 이 법령은 1693년 개정되어 법원이 지명하는 자유보유권자 위원회에게 공적 필요성과 편의를 위해 어떤 방식이 필요한지를 결정하도록 부여했다. 그러나 미국에서 식민지시대 공용수용에 일관성이 있던 것은 아니었다. 네덜란드 식민지였던 뉴욕의 경우 보상 없이도 공적 목적을 위해 사유토지를 수용할 수 있도록 민법에 규정했다

이를 처리하기 위한 지역시민을 지명할 수 있는 권한을 카운티 법원에 부여했고, 대지에 대해서는 보상금을 지급하며, 주택, 정원, 과수원은 철거할 수 없도록 했다. 독립혁명 이후에도 초기 미국의 공용수용 행사는 식민지시대와 마찬가지로 도로건설, 맹지에 대한 사적 통행권 확보, 제분소용 댐 건설을 위한 것이었다(Meidinger, 1980; Block, 2009).

많은 학자들이 미국에서 공용수용 논리의 기원을 1816년 *Gardner v. Village of Newburgh* 사건에서 법철학자였던 Kent의 판결에서 찾고 있다(Kmic, 1991). 이 사건에서 Kent는 헌법규정이 아니라 Grotius, Pufendorf 등의 자연법 저술에 의존하면서 정부의 강 물줄기 전환사업은 토지 자체에 대한 물리적 침해는 없지만 토지소유자의 물질에 대한 권리 향유를 방해하는 것이기 때문에 보상 없이 집행하는 것은 무효라고 판결했다. 그는 정당보상의 요구는 보편법의 일반원리에 해당하는 것이며, 사업에서 공익요건의 중요성을 강조했다.¹⁴⁾

오늘날 도시개발 사업에서 많은 논란을 낳고 있는 사적 이익을 위한 경제개발 목적의 공용수용 활용은 미국 독립혁명기 이전의 이른바 「제분소법(Mill Acts)」 시대로 거슬러 올라간다. 이 당시에는 물질의 힘을 동력원으로 사용하는 데 큰 이해관계가 있었기 때문에 제분소법에 근거한 공용수용의 허용이 커다란 쟁점사항이었다. 이러한 수용은 공익요건 가운데 고전적인 개념인 공적 소유나 공적 접근성 어느 것에도 적합하지 않은 것이기 때문에 공익의 정의를 넓은 의미로 해석하는 공적 목적 또는 편익으로 해석하는 맹아형태에 해당한다고 볼 수 있다(Merill, 2000). 제

(Meidinger, 1980).

14) 이 판결은 규제적 수용 또는 역수용을 요구하는 보상의 초창기 판례에 해당한다는 평가를 받고 있다(Kmic, 1991). 이 판결에서 “수리권은 토양에 대한 권리만큼이나 신성한 것이다. 수리권은 자유보유권의 일부로서 법적 판단이나 적법절차에 의하지 않고는 결코 침해 받을 수 없다. 이것은 마그나카르타에서 발견되는 오래된 근본적 공민권의 하나이며, 시민권을 선언하는 법으로 보장되어 있다”라고 하고 있다. 자세한 판결 내용은 *Gardner v. Village of Newburgh*, 2 Johns. Ch. 162 N.Y.(1816).

분소법은 수력으로 작동하는 제분소 소유자들의 토지취득을 위한 법이며, 이 당시 제분소는 지역주민이 폭넓게 이용하는 시설이었다. 18세기의 제분소 소유자는 수력발전용 댐을 건설하기 위해 정당보상을 지불하고 상류의 수몰 토지를 공용수용방식으로 취득할 수 있었다. 지역공동체 구성원들이 사용하기 때문에 수용의 정당성을 부여받은 것이다.¹⁵⁾ 제분소용 댐건설에 따른 수몰피해는 공공선(public good)을 위한 정당한 희생(legitimate sacrifice)으로 인식되었지만 물리적 수용을 통해 사유재산을 또 다른 사적 주체인 제분소 소유자에게 이전하는 효과를 낳았다.¹⁶⁾ 오늘날 경제개발 목적의 사업을 광의의 공익으로 인정하는 선행의 초기형태라고 볼 수 있다(Meidinger, 1980; Lazzarotti, 1999; Jones, 2000; Gold, 2007).

19세기 초에 이르면 제분소법은 제지공장, 방직공장, 주조공장 등과 같은 새로운 공업을 위해 활용되면서 공익판단에서 경제개발 목적을 더욱 중시하는 흐름으로 기울게 되었다. 역설적으로 19세기 후반 산업혁명은 경제개발을 촉진하기 위해 자본주의의 토대라고 하는 사유재산권의 점진적 침식을 촉발시킨 것이다. 독립혁명이 이전에 7개였던 제분소법들은 1884년에 이르면 29개로 증가한다. 이러한 변화는 사적 이용을 위한 공용수용의 증가를 보여주는 동시에 사적이윤을 위한 사유재산의 강제 취득이라는 문제를 수반했다. 이러한 유형의 토지이용이 공익에 해당하는지에 이의를 제기하는 첫 소송이 1832년에 제기되었다. 델라웨어 강변 6마일에 걸쳐 있는 70개의 제분소용 토지를 취득하려는 민간기업에 대해 뉴저지 입법부가 수용을 허용하면서 소송이 제기되었다. 뉴저지 법원은 지역사회 전반적 편익을 증진시킨다고 보아 공익에 부합한다고 판결했다(Meidinger, 1980; Jones, 2000).¹⁷⁾

15) 1800년대 초 재산소유자들은 댐의 부실공사로 자신들의 토지가 수몰되었을 때 도 주 법원에서 아무런 구제를 받지 못했으며, 제분소 건설에 따른 수몰에 대해서도 주 법원으로부터 아무런 보상을 받지 못했다(Lazzarotti, 1999).

16) 제분소법은 제분소 소유자에게 건축을 허용하고 공공선을 위해 토지수용을 규정했지만 공공이 실제적으로 사용하는 것은 아니었다(유희일, 1983). 당시 제분소법들은 *Head v. Amoskeag Mfg. Co.*, 113 U.S. 9 (1885) 판결에 모아져 있다.

그러나 이러한 유형의 공용수용 남용은 사유재산권 이념과 부합하지 않는다는 반발을 불러오면서 1837년 뉴욕 주를 필두로 다수의 주 법원이 일반공중에 의한 사용(use by the public) 개념으로서 공익개념을 해석하면서 사적 이익을 위한 공용수용에 제동을 걸었다.¹⁸⁾

건국 후에도 공용수용과 관련하여 주마다 다른 판결이 나오게 된 것은 건국 초기에는 현방헌법 공용수용 관련 수정조항을 각 주에 적용하지 않았기 때문이다. 10개 수정조문으로 구성되어 있는 미국 헌법의 권리장전이 1791년 비준된 것과 달리 두 번째 헌법혁명이라 일컬어지는 수정헌법 제14조의 비준은 1868년 7월 9일에 이루어졌다. 14조는 주정부가 적법절차를 거치지 않고 개인의 생명, 자유, 재산을 침해하는 것을 금지하고, 이를 위해 연방의회에 통제권을 부여했다. 이 조항을 통해 연방법원은 주정부의 전권으로 인식되던 경찰권과 재판절차 등을 감독할 수 있게 되었다(김용균, 1994).¹⁹⁾

1833년 수정헌법 5조 공용수용 규정은 연방정부에만 해당한다고 판결한 *Barron v. Baltimore* 판례처럼 이 조항의 비준 이전까지는 권리장전을

17) 자세한 판결내용은 1832년의 *Scudder v. Trenton Delaware Falls Co.*, 1 N.J. Eq. 694(1832) 판결을 참조할 수 있다. 이 판결에서는 공중이 경제발전에서 일반적으로 편익을 받을 것이라고 주장하면서 제분소 부지를 위해 재산을 수용하여 개인 기업에게 이전하도록 판결했다.

18) 이러한 판결은 *Bloodgood v. Mohawk & Hudson R. R.*, 18 Wend. 9(N.Y. 1837), *Sadler v. Langhorn*, 34 Ala. 311(1859)에서 나타난다. 그러나 실무적으로는 공중에 의한 사용관점을 포괄하면서 공용수용을 활용하기 위한 방법들을 개발하여 여전히 사적이용자를 위한 공용수용을 허용했다. 매사추세츠의 경우는 제분소법을 공용수용의 관점이 아니라 토지이용 규제에 해당하는 경찰권(규제권) 행사라고 판결하기도 했다. 이러한 사고가 잘 나타난 판결로는 다음을 들 수 있다(Meidinger, 1980). *Murdock v. Stickney*, 62 Mass.(8 Cush.) 113 (1851); *Bates v. Weymouth Iron Co.*, 62 Mass.(8 Cush.) 548(1851).

19) 수정헌법 제14조의 적법절차 조항을 통해 입법절차만이 아니라 주 및 연방의회가 제정한 법률의 실체에 대한 통제권도 행사하게 되었다. 실체적 적법절차 원칙은 오랫동안 임금, 조세, 경제규제 및 개인의 기본권에 대한 법률의 합헌성을 심사하는데도 이용했다. 14조의 평등보호조항은 폭넓은 해석과 운용을 통해 사회관계 형태를 전반적으로 재구성하는데 기여했다(김용균, 2004).

주에 대해서는 적용하지 않았다.²⁰⁾ 비록 개별 주에서 공용수용과 관련한 법리의 발전이 있었다고 하더라도 제4장에서 후술하는 것처럼 수정헌법 제14조를 통해 제5조의 수용 관련 조항을 각 주에도 의무적으로 적용할 수 있게 되면서 비로소 재산권에 대한 보호규정이 형식적으로는 완전하게 정비되었다.

따라서 초창기 미국에서는 공익에 대한 제한이 엄격하지 않았고, 각 주에서 연방헌법 수용규정의 적용에 대한 준비가 이루어지기 전에는 공용수용권을 비교적 자유롭게 이용했으며, 당시의 제분소와 같은 수용주체의 기능이 현재와 다르다는 점 등을 고려하면 사적 이익 또는 경제개발 목적의 공익판단과 수용의 현대적 선례로서 이 당시 판례의 인용은 이러한 미국 헌법사의 상황을 고려하여 해석에 주의할 필요가 있다. 예컨대 2005년 *Kelo v. City of New London*(이하 ‘Kelo’) 사건에서 반대의견을 제출했던 Thomas 대법관은 초창기 제분소는 준공공시설로서 일반운송업자였고(common carriers; quasi-public entities), 이들은 완전한 의미에서 공적 사용이었으며, 공중들이 법적으로 동등하게 제분소로부터 편익을 얻고 사용할 수 있었다고 해석한다(Thomas, 2005, dissenting in *Kelo*). 실제로도 한 동안 수용권의 자유로운 이용도 쇠퇴하기 시작했다.

그러나 19세기 후반과 20세기 이후의 국가개입 증가에 따라 연방수정헌법 제5조 공익조항을 근거로 법원의 해석이 변하면서 재산권 보호와 공용수용 사이 관계설정에 대한 쟁점이 다시 등장한다. 19세기 민간 기업에 대한 공적 지원의 남용이 정부의 역할에 대한 논쟁을 낳은 것이다. 경제개발 목적의 공용수용 논리와 관련하여 이 당시의 제분소법은 먼 훗날인 2005년 *Kelo* 사건에서 자유방임주의 헌법 논쟁을 유발할 만큼 논란을 가진 법체계였다.²¹⁾ 자유방임주의 헌법 논쟁은 일반적으로 정부의 사

20) 1833년 *Barron v. Baltimore*, 32 U.S. 243(1833) 판결에서 권리장전, 특히 연방수정헌법 제5조는 연방정부에 한정하는 제약이라고 판결했다. 수정헌법 5조의 규정은 연방정부의 권력행사에 대한 제약으로서만 의미가 있는 것으로서 주의 입법에는 적용되지 않는다고 판결했다. 따라서 메릴랜드 의회의 제 법률과 연방헌법 사이에는 아무런 모순이 없다고 했다.

기업 친화적 헌법해석을 의미하지만 19세기 후반의 해석은 기업의 이해 관계를 보호하는 것과는 달랐다. 즉 이 당시의 해석은 평등한 자유(equal liberty)라는 이름으로 정부의 역할을 정당성이 있는 공적 기능으로 제한 하는 것을 의미했다. 그러나 제분소법 관련 판결에서 정부의 공공선을 위한 경제개발 촉진 목적이 공용수용권의 기반이 될 수 있다는 판례이론을 설득력 있게 확실히 구축하지도 못하고, 제분소법의 남용도 막지 못하면서 *Kelo* 사건의 씨앗을 뿌렸다는 비판을 받는다(Gold, 2007).

2) 초과수용과 사적 이익을 위한 수용

초창기 공용수용을 필요로 하는 도시개발 및 공공사업에서 또 다른 쟁점은 초과수용(excess condemnation) 문제이다. 사업에 따라서는 인접하고 있는 토지 때문에 사업에 지장을 받거나 시행하지 못하는 경우가 발생한다. 이러한 문제를 해소하기 위해 해당사업 지역에 인접해 있는 토지를 직접적인 사업대상지가 아님에도 추가로 수용해야 할 때, 수용의 정당성을 놓고 쟁점이 발생한다.

이러한 문제 역시 미국에서도 일찍부터 발생했다. 20세기 초의 경우 초과수용은 위헌이라는 견해와 판결도 있고, 위헌성을 우회할 목적으로 초과수용을 명시적으로 허용하기 위해 헌법을 수정하는 주도 나타났다. 아울러 도시생활에서 서비스의 제공 책임이 개인의 영역에서 점차 정부의 영역으로 이동함에 따라 공공사업이 많아지면서 필연적으로 초과수용은 필요할 수밖에 없다는 견해도 존재했다(Hart, 1927; Steiner, 1938; Columbia Law Review, 1946). 이러한 쟁점에서 중요한 문제는 공익개념의 해석이 확대되는 추세와 맞물려 경제개발 목적, 사적 자원을 위한 개발

21) 미국에서 자유방임주의 헌법 사고는 남북전쟁 후 저명한 법관들의 견해를 통해서 나타났다. 기원이 된 판결로는 1870년 *The People ex rel the Detroit and Howell R. R. Co. v. the Township Board of Salem*, (20 Mich. 452)(1870)을 들 수 있으며, 이 판결에서 주문을 작성한 Cooley 법관은 경제발전은 수요공급법칙에 맡겨질 때 가장 잘 이루어진다고 기술했다.

사업의 공용수용이 정당성을 부여받는 데 있다. 이렇게 되면 초과수용은 사실상 사적 자본의 더 많은 이윤을 위해 개인의 사유재산, 많은 경우 사회적 약자의 재산을 강제로 매수하는 불합리한 결과를 낳는다.

4. 국가권력의 사적 이익을 위한 공용수용에 대한 초기 인식과 변화

1) 연방헌법의 수용조항과 주권으로서 공용수용권

식민지시대 공용수용법의 발전은 주로 보상요건 여부에만 초점을 두었으며, 식민지가 주가 되고, 주가 국가로 통합되었을 때도 공용수용의 이론과 실무는 변하지 않은 채 그대로였다. 이처럼 미국에서 식민지 시대나 독립혁명기에는 사유재산을 수용할 때 정당보상이 제대로 이루어지지 않았다. 1777년 처음으로 버몬트 주가 정당보상을 헌법에 규정했고, 1780년 매사추세츠, 1787년 노스웨스트 주가 차례로 정부의 사유재산 수용에 대해 정당보상을 인정했다. 그리고 전술한 것처럼 비록 연방정부와 물리적 수용에만 적용하는 것이었지만 1791년 발효된 수정헌법 제5조 정당보상 규정을 통해 재산권 보호에 대한 국가적 선언이 이루어졌다. 1820년대 무렵에 이르러야 공용수용에서 정당보상원리가 일반적으로 받아들여졌다(Treanor, 1985; Block, 2009).

현재는 정부(국가)의 공용수용권에 대해 이 권한이 정부의도대로 정부가 재산권을 다시 정의할 수 있는 무제한적인 권력을 의미하는 것은 아니며, 수정헌법 제5조의 수용조항은 정당보상 없이 정부가 독단적으로 사유재산을 공공재산으로 전환하는 것을 금지하는 것인 동시에 정부권력의 자의적 이용에 대한 방패로서 기능하는 것이라는 입장이 정립되어 있다.²²⁾

사유재산 보호를 위한 정당보상 조항의 출현은 공용수용권의 행사와

관련하여 정당보상 지급에 중점을 두는 견해와 최소한의 공익에 대해서만 수용해야 한다는 관점 사이 오랜 대립을 낳았다. 그만큼 수정헌법 5조는 사유재산 보호, 정당한 수용의 목적과 절차, 강제 수용권 행사 주체와 관련한 다양한 쟁점을 형성할 수밖에 없다. 게다가 연방국가 체제를 유지하는 미국 정치체제의 특성상 연방법원과 주 법원 사이에서도 일치된 견해를 갖기는 더욱 어려울 수밖에 없다.

미국에서 주와 연방법체제는 일찍부터 각각 공용수용권을 주권(sovcreignty)의 내재적이고 본질적인 속성으로 인식했다. 1836년 연방대법원은 *Mayor of New Orleans v. United States* 사건에서 공적목적으로 사유재산을 전유하는 권한은 주권의 부대(附帶) 권리라고 보아 보다 높은 국가적 목적을 위해 사유재산을 수용할 수 있다고 보았다. 그리고 1848년 100년간의 배타적 프랜차이즈를 부여한 다리에 대해 공익을 위해 수용한 *West River Bridge Co. v. Dix* 사건은 주의 공용수용권을 다룬 최초의 연방대법원 판결이다. 이 판결에서는 프랜차이즈도 단순히 하나의 재산 형태이기 때문에 프랜차이즈와 양도증서(grant)를 비롯한 모든 종류의 사유재산권이 공용수용 대상이라는 것을 명확히 하고, 주의 공용수용권은 근본적인(fundamental) 것이며, 반복적으로 행사하여왔던 것이라고 선언한다.²³⁾ 이후에도 1875년 *Kohl v. United States*, 1924년 *Georgia v. City of Chattanooga* 사건을 비롯하여 여러 판례에서 공익을 위해 정당보상을 지급하고 사유재산권을 취득할 수 있는 권리, 즉 공용수용권은 주권에 속하는 권리로서 국가에 고유한 것, 주 차원에서 확장·축소할 수 없는 연방 정부 차원에서 완성되는 권리라고 보았다.²⁴⁾

22) 이에 대한 판결로는 *Webb's Fabulous Pharmacies, Inc. v. Beckwith*, 449U.S. 155(1980), *Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp.*, 458U.S. 419(1982) 참조.

23) 자세한 판결내용은 *Mayor of New Orleans v. United States*, 35U.S.662(1836), *West River Bridge Co. v. Dix*, 47U.S.507(1848)을 참조할 수 있다.

24) *Georgia v. City of Chattanooga*, 264U.S.472(1924) 판결에서는 정당보상으로 공익을 위해 사유재산을 수용하는 것은 정부기능의 적절한 수행을 위해 필요

그러나 남북전쟁 이전까지는 연방헌법의 공용수용 활용에 대한 제약 요건으로 공익조항은 연방정부에만 효력을 미쳤고, 주 정부나 그 하위조직에는 영향을 미치지 않았다. 이 조항을 모든 주에 적용하도록 한 연방대법원 판결은 1897년 *Chicago, Burlington & Quincy R. R. Co. v. City of Chicago* 판결이다.²⁵⁾ 이 판결은 7 : 1로 수정헌법 제14조 적법절차 조항을 모든 주에 적용하도록 했다. 공용수용권 행사에 아무런 제약을 받지 않는 정부의 위험성을 경고하면서 이를 위해 정당보상 조항의 적용이 필요하다고 제시했다. 연방헌법 권리장전의 구체적 조항을 주와 지방정부에게 적용하도록 한 첫 번째 연방대법원 판결이며, 이 판결 이전에는 권리장전을 오직 연방정부에만 적용하는 것으로 간주했다. 이 판결은 다른 권리장전 규정도 각 주로 확장하는 계기를 마련했다는 평가를 받는다. 이 판결을 통해 비로소 수정헌법 제14조 적법절차 조항을 매개로 제5조 정당보상 조항을 각 주에 적용할 수 있게 되었다. 이러한 과정을 거쳐 오늘날 미국에서 공용수용은 주권의 본질적 속성으로서 50개 주 전체와 연방정부가 인정하고 있다. 수정헌법은 공용수용권을 새로이 부여한 것이 아니라 국가권력에 이미 내재적으로 존재하는 권한을 암묵적으로 인정한 것(tacit recognition)으로 본다.²⁶⁾

한 것이며, 그 권한행사는 주의 생활에 본질적이라고 간주했다. *Kohl v. United States*, 91 U.S. 367(1875) 판결에서는 공용수용권은 연방정부에 있으며, 헌법적 요건에 따라 이 권한의 향유에 필요하다면 주 안에서 이 권한을 행사할 수 있다고 보았다. 공용수용권은 공익을 위해 사유재산을 수용할 수 있는 주권에 속하는 권리라는 것이고, 연방정부에 의해 그 자체로 완성되는 권리라는 것이다. 즉 이 권한은 주에 의해 확장될 수도, 축소될 수도 없으며, 어떤 주도 연방정부 공용수용권의 행사를 금지할 수 없고, 주의 동의여부는 이 권한 향유의 선제적 조건이 될 수 없다고 판결했다.

25) *Chicago, Burlington & Quincy R.R. Co. v. City of Chicago*, 166U.S.226(1897).

26) 이에 대한 초기의 다른 연방대법원 판결로는 *Mississippi & Rum River Boom Co. v. Patterson*, 98 U.S.403(1878), *Boon Co. v. Patterson*, 98 U.S.403(1879), *United States v. Jones*, 109 U.S.513(1883), *Marin County Water Co. v. Marin County*, 145Cal. 58679Pac.282(1904), *James v. Dravo Contracting Co.*, 302 U.S. 134(1937) 등을 참조할 수 있다. 그리고 1946년 *United States v.*

그렇기 때문에 사적 자본이나 사적 이익을 위해 국가의 주권을 동원하여 국민의 사유재산을 강제로 수용하는 것은 국가 정당성의 위기를 낳을 수밖에 없는 것이다. 예컨대 1981년 *Poletown Neighborhood Council v. Detroit* 판결에서 반대의견을 제출했던 Ryan 판사는 사적 이익을 위한 공용수용 정당화 논리와 공익개념 해석에 대해 헌법권리를 민간기업의 이해관계에 종속시켰다고 강력하게 비판한 바 있다.²⁷⁾

2) 연방대법원의 입법부 존중주의 접근과 사유재산권 보호

미국에서 사적 이익을 위한 공용수용의 정당성 문제를 포함하여 수용에서 공익의 결정이 입법부의 권한인가 아니면 사법심사(위헌법률심사권, judicial review)의 대상인가 하는 문제가 오랫동안 논란의 대상이 되고 있다. 일반적으로 미국에서는 공용수용 결정과 공익요건 판단에 대해 입법부 존중주의 원칙이 지켜지고 있지만 사적 이익을 위한 공용수용이 증가하면서 사법부 심사를 강조하는 흐름이 증가하고 있다. 오늘날 이러한 연구들은 절대적인 존중주의가 역설적으로 로크너 시대의²⁸⁾ 사법적 행동주의와 동일한 결과를 낳고 있고, 비헌법적 지배를 이끌기 때문에 새

Carmack, 329 U.S. 230(1946) 판결에서는 수정헌법은 새로운 권한을 부여하는 것이 아니라 공익을 위해 사유재산을 수용할 수 있다는 기존의 권한을 묵시적으로 인식한 것이라고 판결했다.

27) 유명 자동차회사인 GM의 부지확장을 위한 공용수용권 행사와 관련한 이 사건의 자세한 판결내용은 *Poletown Neighborhood Council v. City of Detroit*, 304 N.W.2d 455(1981)을 참조할 수 있다.

28) 로크너 사건(*Lochner v. New York*, 1905)은 한 시대에 이름을 부여한 미국 역사상 유일한 연방대법원 판결로서 1897년 무렵부터 1937년 무렵에 이르는 시대를 ‘로크너 시대’라고 부른다. 이 판결은 남북전쟁과 산업혁명의 결과로 새로운 자본주의 경제체제가 등장함에 따라 노동과 사회개혁의 도전에 대해 자본의 이익을 옹호하려는 연방대법원의 대응결과였다(조지형, 2008). 연방대법원은 수정헌법 제14조의 적법절차 조항에 근거하여 ‘계약의 자유’를 제한하는 법률에 대해 엄격한 합헌성 심사기준을 적용해서 많은 위헌판결들을 내렸으며, 로크너 판결이 대표적이다.

로운 공익규칙의 확립이 필요하다고 제시한다(Weaver, 1984; Coughlin, 2005; Cohen, 2008; Oswald, 2012).

미국 연방대법원 판결에서 오랜 관례 중의 하나가 사법부의 입법부 존중주의 원칙(deferential approach)이다. 이러한 원칙은 삼권분립 차원과도 관련을 맺고 있기 때문에 공용수용과 공익요건의 판단에서 사법적 심사 필요성과 한계를 놓고 많은 쟁점을 만들고 있다(Oswald, 2012). 연방대법원의 사법심사는 미국 정치체계의 근본 개념이다. 즉 헌법적 토대 위에서 연방, 주, 지방정부 여부와 상관없이 모든 수준에서 이루어지는 입법·행정행위들의 위헌여부를 판단하고 무효로 할 수 있는 연방대법원의 권한이다. 특히 공적 토지이용 규제는 재산, 토지개발 및 환경법의 핵심 사항에 해당하기 때문에 사법심사와 관련하여 다양한 사례들을 만들고 있다(Hopperton, 1997).

이처럼 미국에서 입법적 결정요소에 대한 존중주의 입장은 연방법원에서 오랜 역사를 가지고 있고, 점차 지배적인 관점으로 발전했으며, 오늘날 도시개발에서 사적 이익을 위한 공용수용에서 존중주의 원칙은 많은 문제를 낳고 있다. 그러나 미국에서 1984년 *Chevron U.S.A., Inc. v. National Resources Defense Council, Inc.*²⁹⁾ 판결 이전의 연방대법원은 법령에 대한 행정기관의 해석을 언제 존중할 것인가를 결정할 때 단일이론을 갖고 있지 않았다. 따라서 존중은 전적으로(great) 또는 어느 정도(some), 약간(little) 등과 같은 다양한 범위에서 이루어질 수 있다고 보면서 실용적이고 상황적인 판단에 따라 존중여부를 결정했다. 게다가 행정기관 해석에 어느 정도의 존중을 부여할 것인가를 결정할 때, 연방대법원은 다방

29) 자세한 판결내용은 *Chevron U.S.A., Inc. v. National Resources Defense Council, Inc.* 467 U.S. 837 (1984) 판결을 참조할 수 있다. 이 판결을 계기로 연방대법원은 행정기관(administrative agencies)의 법령해석 존중과 관련하여 다양한 상황적 요인을 고려하던 접근을 버리고 의회의 견해가 명확하게 모순적이지 않다면 법령의 행정(집행)책임을 지는 기관에 의한 모든 합리적인 해석을 존중해야 한다는 새로운 존중주의 일반원칙을 정립했다. 의회가 연방법을 집행하는 책임을 갖는 모든 기관에게 암묵적으로 해석적 권위(authority)를 위임했다는 입장을 취한 것이다(Merill, 1992: 969).

면의 절충주의적 고려사항들에 의존했다(Merill, 1992).³⁰⁾

당연히 19세기 연방대법원의 입법부 존중주의 입장은 원칙상의 일관성을 갖기 어려웠다. 그럼에도 이 시기 존중주의 접근에서는 행정기관이 달성하고자 하는 결과가 의회의 의도를 어느 정도 반영할 수 있는가에 중점을 두는 원칙을 엿볼 수 있다. 즉 행정 관료는 법안입안과정(drafting)에 참여하고, 집행책임을 지고 있기 때문에 행정집행 실무 작업과정에서 동시에 발생하는 법규의 해석(동시적 해석, contemporaneous construction)에 대해서는 존중주의 원칙을 사법부가 지켜야 한다고 보았다(Merill, 1992). 예컨대 1827년 *Edwards' Lessee v. Darby* 판결의 “모호한 법의 해석에서 해당 법에 따라 집행책임을 요청받고 해당 규정의 효력발생을 책임지는 행위주체가 수행하는 동시적 법 해석은 상당한 존중을 받아야 한다”, 1877년 *United States v. Moore* 판결의 “집행의무를 지고 있는 주체가 법에 부여된 바에 따라 해석한 것에는 늘 최고의 존중적 고려를 해야 하며, 합당한 사유 없이 간과해서는 안 된다. 집행책임을 지고 있는 관료는 일반적으로 능력이 있으며, 해당 주체의 권위자이다. 종종 이들은 나중에 그 법의 해석을 요청받는 법안의 입안자이기도 하다”, 1908년 *Houghton v. Payne* 판결의 “수년 동안 당해 법령의 집행책임을 지고 있는 부서의 행위는 존중받아야만 하며, 합당한 사유 없이 간과해서는 안 된다” 등과 같은 관점은 이러한 경향을 잘 보여준다.³¹⁾

30) 상기 Chevron 사건 이전의 존중주의 접근에서 고려한 요인들은 다음과 같이 세 유형으로 분류할 수 있다(Merill, 1992: 973): ① 법규에 대한 행정기관 해석에 대해 의회가 법원에게 요구하는 의도가 무엇인가에 초점을 두는 일종의 의회의 해석의도를 중시하는 요인, ② 해당 쟁점에 대한 특정 행정기관 결정이 갖는 속성을 중시하는 요인, ③ 구체적 쟁점과 관련하여 행정기관이 달성하는 결과와 의회의 의도 사이 합치(congruence)를 입증하는 요인.

31) 자세한 판결문은 *Edwards' Lessee v. Darby*, 25 U.S. 12 Wheat. 206(1827). *United States v. Moore*, 95 U.S. 760(1877). *Houghton v. Payne*, 194 U.S. 88(1904) 등을 참조할 수 있다. 이외에도 *United States v. Vowell*, 9U.S. (5 Cranch) 368(1809), *Brown v. United States*, 113 U.S. 568(1885) 판결 등도 오랜 관행과 동시적 법령해석 관점에 의한 존중주의 입장을 견지하고 있다. 또한 *United States v. Philbrick*, 120 U.S. 52(1887) 판결에서는 당해 법령의 집행의

이상과 같은 오랜 관행 및 일관성 또는 동시적 법령해석을 중시하는 경향은 이후에도 150여 년 이상 집행적 법령해석에서 존중을 표하는 사유로서 거론되었다(Merill, 1992). 그러나 공용수용의 가장 중요한 조건인 공익의 해석 및 판단과 관련해서는 일관된 존중주의 입장을 보이지 않고 있다. 1890년 *Logan v. Stogdale* 판례는 무엇이 공익인가 여부를 판단하는 것은 사법적 문제이지 입법적인 것이 아니라고 보았다. 반면 1877년 *Munn v. Illinois* 판례는 경제적 규제와 관련하여 입법부의 권력 남용 가능성이 있지만 이를 방지하는 것은 법정에 있는 것이 아니라 투표함에 있다고 보았고, 1908년 *Hairston v. Danville & Western R. Co.* 판결에서는 지역의 공적 소요를 관별하는 경우, 연방법원은 주 입법부와 주 법원에 상당한 존중을 표해야 한다고 했다.³²⁾

그리고 현재도 큰 쟁점인 사적 이익을 위한 수용과 관련해서는 수용 주체와 수용의 목적이 무엇인가에 따라 공익판단과 수용 여부가 달라진다고 보기 때문에 사적 이익을 위한 수용판단에서 존중주의 원칙은 중요한 의미를 갖는다. 이와 관련한 19세기 연방법원의 입장 역시 일관성을 유지하지는 못했다. 예컨대 1896년 연방대법원은 *United States v. Gettysburg Electric Railroad Co* 사건에서 입법부 존중주의 원칙은 민간에 의한 사적 목적의 수용(private-private taking)을 판단할 때는 적용할 수 없다는 것이다.³³⁾ 반면에 1885년 *Head v. Amoskeag* 사건에서는 공익조항이 사적 제

무를 부여받은 관료가 행한 동시적 법령해석에 대해 상당한 존중을 부여해야 하며, 그러한 해석이 오류가 있는지 여부가 분명치 않기 때문에 당시 시점에서 즉각적으로 뒤집어서는 안 된다고 했다.

32) *Logan v. Stogdale*, 23N.E. 135(Ind. 1890). *Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113(1877). *Hairston v. Danville & Western R. Co.*, 208 U.S. 598(1908). 사법적 대상으로 본 취지의 다른 판결로는 *Bassett v. Swenson*, 5 P.2d 722(Idaho 1931).

33) 이 사건에서 연방대법원은 공익에 대한 입법자의 결정을 존중하는 것은 공공에 의한 공익목적의 수용(public-public taking)을 심사하는 경우에 적용하는 원칙이라고 밝히고 있다. 이에 대한 판결문은 *United States v. Gettysburg Electric Railroad Co.*, 160 U.S. 668 (1896).

업체로 재산을 이전하기 위해 사유재산을 몰수하는 공용수용권 행사를 금지하는 것을 명확히 하고 있는 것은 아니라고 보았고,³⁴⁾ 이러한 관점에서는 공익판단과 관련하여 법원은 지방정부가 결정하는 과정의 지역 상황(local exigencies)을 고려하여 존중해야 한다는 입장을 취하게 된다 (Block, 2009).

20세기 초에 들어서는 1925년 연방의회의 공익에 대한 결정을 연방대 법원이 존중하는 원칙을 분명히 밝혔던 것처럼³⁵⁾ 존중주의 원칙을 유지한다. 그럼에도 1930년 *Cincinnati v. Vester* 판결처럼 초창기의 몇몇 연방 대법원 판결들은 수용결정에서 사법심사의 정당성을 주장하면서 무엇이 공익인가에 대한 문제를 사법적 대상으로 보았다.³⁶⁾ 그리고 1946년 연방 대법원 판결에서는 수용권을 집행하는 행정기관과 시민 사이에 다툼이 있는 사안의 경우, 입법부 존중원칙의 준수에 대해 일정한 우려를 표명한다. *United States ex rel. Tennessee Valley Authority v. Welch* 사건에서 수용유형이 공적 사용에 해당하는지 여부를 결정하는 것은 의회의 기능이며, 수용권한을 부여받은 기관은 그 법령의 권한 범위에서 그 기능을 수행할 수 있다고 판결했다. 그러나 동시에 주심을 포함하여 3명의 법관은 다툼이 있는 사안의 경우, 과도한 행정·입법부의 정치권력은 삼권분립이라는 헌법 원리를 제약할 것이라면서 이견을 표명했다.³⁷⁾

34) 자세한 내용은 *Head v. Amoskeag*, 113 U.S. 9(1885) 판결문을 참조할 수 있다.

35) *Old Dominion Land Co. v. United States*, 269 U.S. 55(1925) 판결에서 연방대 법원은 계약의무를 이행할 수 없을 정도의 객관적으로 불능의(불가능한) 상황이 도래하기 전까지는 연방의회의 결정은 존중받아야 한다고 판결했다.

36) *Cincinnati v. Vester*, 281 U.S. 439(1930) 판결은 다음과 같이 주장하고 있다. “사유재산 수용의 판결에 수정헌법 제14조의 적용을 고려할 때, 무엇이 공익인가의 문제는 사법적 문제라는 것은 잘 확립되어 있다. 이러한 문제를 결정할 때 연방대법원은 지역상황의 다양성을 적절하게 고려하며, 입법적 주장에 상당한 존중을 표한다. 특히 지역적 긴급 상황의 시각에서 공익으로 간주하는 이용에 대한 주 법원의 판단에 존중을 표한다. 그러나 이 문제는 연방헌법의 규정을 적용해야만 한다는 측면에서 연방대법원이 결정해야만 하는 사법적 대상으로 남는다.”

그러나 *Lochner* 시대의 실제적인 적법절차심사(due process review)의 방기는 수용쟁점을 포함하여 경제 입법을 심사하는 연방법원의 역할에 위축을 초래했고, 이후 공익에 대한 입법적 결정에 대해 연방법원의 역할을 소극적으로 정의했다. 1981년 레이건 정부 등장이전까지는 법원은 무엇이 타당한 공익인가를 구성하는가에 대해 광범위한 존중을 입법부에 부여했다(Oswald, 2012).

그럼에도 공용수용이라는 전제적 권력(despotic power)을 사용하여 사적 이익을 위해 그 재산을 이용하기로 계획한 다른 사적 주체에게 소유권을 이전하려는 목적의 수용은 사법심사를 통과하지 못했다. 그러나 *Berman v. Parker* 판결은 이른바 공적사인 수용(public-private taking)에서 수용된 재산의 소유권이 사적 주체에게 이전되더라도 수용의 공적 목적에 협의의 심리만을 허용함으로써 공익의 입법적 결정을 심사하는 데 처음으로 존중주의 접근을 채택했다(Coughlin, 2005). 이 사건에서는 공용수용권이 공적 목적을 위해 정당하게 사용되고 있는지 여부를 판단할 때, 사법부의 역할을 아주 좁은 것이라고 했고, 슬림철거가 공공적 이익이 있다고 판단한 입법자의 결정에 법원이 개입하는 것을 거부했다.³⁸⁾ 그리고 2004년 *Hawaii Housing Authority v. Midkiff* 사건 역시 만장일치로 입법부의 목적이 정당하고 수단이 합리적이라면 공용수용의 현명함에 대한 논쟁은 연방법원에서 다루어야 할 것이 아니라고 하면서 역시 법원의 소극적 역할을 규정했다.³⁹⁾

37) 이 사건에서 3명의 법관은 “수용은 공적 목적을 위한 것이지만 그것이 공적인지 아닌지는 사법적 문제이다. 물론 입법부 또는 행정부 결정이 중요성을 갖지만, 이들 행정기관이 그 기관과 시민사이에 다루고 있는 사법적 검토에 대해 무감각할 정도로 행동할 수 있는 정치권력을 초래한다면 권력분립이라는 헌법 원리가 과도하게 제약을 받을 것이다.”라는 의견을 제시했다. 이에 대한 판결은 *United States ex rel. Tennessee Valley Authority v. Welch*, 327 U.S. 546 (1946).

38) 도시재개발과 관련하여 공용수용의 확대를 가능케 한 공익개념에 전환점을 마련한 이 사건의 자세한 판결내용은 *Berman v. Parker*, 348 U.S. 26(1954)을 참조할 수 있다.

이처럼 법원 판례에서 존중주의 입장이 지배적인 견해이지만 사적 이익을 위한 수용이 증가하면서 사법적 심사의 강화를 주장하는 의견도 커지고 있다. 1981년 *Poletown* 사건에서 반대의견을 제출한 Ryan 법관은 입법부 존중주의 입장에 대해 주 입법맥락에서 주 법원의 판단을 강조할 것을 주문한다. 즉 지역상황을 고려하여 공적이든 사적이든 이용의 성격은 궁극적으로 사법적 판단문제라고 본다. 그리고 공용수용을 통해 토지를 취득할 수 있지만 그 한도는 기업의 의지와는 상관없이 수용 이후에도 공공의 이용으로 복무(devote)할 수 있어야 한다는 것이다.

그리고 전 미국의 이목을 집중시킨 2005년 *Kelo* 사건에서는 공익판단에서 연방대법원의 입법부 존중주의와 공익쟁점에서 전례가 없는 내부분열을 보여주었다.⁴⁰⁾ *Hawaii Housing Authority* 사건에서 주문을 작성한 O'Connor 대법관은 *Kelo* 사건에서는 극단적인 입법부 존중주의 입장에서 물러나는 입장을 취했고, Kennedy 대법관은 다수의견에 동의했지만 별도의 보충의견을 작성하여 높은 수준의 사법심사기준을 요청했다.⁴¹⁾ 그러나 *Kelo* 사건은 이러한 반대의견에도 불구하고 연방차원에서 넓은 의미의 공익개념을 채택하면서 존중주의 심사기준을 다시금 확인했다.

동시에 이 사건 판결은 주 법원이 주 헌법이나 주 법령들에 대해서 이러한 입법부 존중주의 원칙을 그대로 따르지 않아도 된다는 것도 명백하게 인정했다. 즉 공익에 대한 입법적 결정과 주 차원의 결정 모두를 존중하는 ‘이중적 존중주의 원칙’을 확인한 것이다. 역사적으로 대부분의 주

39) 토지소유 독과점의 병폐에 주목한 이 사건의 자세한 판결내용은 *Hawaii Housing Authority v. Midkiff*, 467 U.S. 229(1984)를 참조할 수 있다.

40) *Kelo* 사건은 사적 이익을 위해서 아무런 사회적 해악을 주지 않는 사유재산을 정부가 나서서 강제로 수용한 사건이다. 쇠퇴일로에 있던 코네티컷 주 New London 시가 유명 제약회사인 화이자(Pfizer)의 연구개발시설 투자 제안을 받아들여 일자리 창출, 조세기반 확충이 공익 목적에 해당한다고 보아 화이자의 사업부지 조성을 위해 공용수용권을 행사한 사건이다.

41) O'Connor, J., dissenting and Kennedy, J., concurring in *Kelo v. City of New London*.

법원도 연방법원처럼 권력분립 원칙에 기초한 존중주의 심사기준을 채택했지만 필요에 따라서는 상대적으로 약한 존중주의 심사기준을 적용했다(Oswald, 2012). 공용수용 결정에서 존중주의는 연방법원과 주 법원 사이나 사법관할 구역에 따라 다를 수 있다는 것이며, 삼권분립 개념을 넘어 주 법원은 공익판단과 관련하여 입법적 결정에 개입할 수 있다는 것이다. 이러한 관점은 경제개발 목적의 공익과 수용의 정당성 쟁점에서 주에서 독자적으로 사유재산 보호에 대해 강화조치를 취할 수 있다는 것을 의미한다.

그러나 *Kelo* 사건은 전체적으로 광의의 공익관점과 존중적 심사기준 채택이라는 두 기둥을 유지함으로써 사유재산권 보호에서 연방법원 역할의 극심한 퇴각이며, 공익의 문제는 입법부가 결정할 문제로 넘긴 것이라는 비판을 받는다. 이후에도 연방법원의 판결은 이러한 입장을 견지하고 있다. 입법부 결정에 대한 사법부의 지나친 존중주의는 입법부가 공익에 해당한다고 결정하면 그에 대한 반증이 없는 한 정부의 공용수용권 행사를 합헌으로 결정하는 구조가 되었다. 이에 따라 다수의 연구들이 대안으로서 사법심사제도 강화를 주문하고 있다. 이처럼 공익개념의 확장은 사법부의 입법부 존중주의 원칙에 의해 더욱 강화되어 왔으며, 그만큼 공익을 사칭한 위장수용 가능성도 커지고 있다(Cramer, 2004; Kotlyarevskaya, 2006; Bird, 2010; Oswald, 2012; 장민선, 2009).⁴²⁾

5. 맺음말

지금까지 독립혁명기와 건국 초기 미국에서 재산권사상과 공용수용

42) 예컨대 *Goldstein v. Patacki*, 516 F.3d 50(2d Cir. 2008) 사건에서 제2순회법원(the Second Circuit)은 원칙이나 실무적 차원에서 보아 공익요건을 강화하는 주된 기제는 유권자에 대한 정치적 관료의 책무이지 연방법원의 심사대상은 아니라고 표명했다.

판례를 검토했다. 이 시기 건국자들의 재산권 사상은 기본적으로 재산권을 자유와 인격의 기본 범주로 인식하면 사유재산권 보호를 기본 이념으로 정립했다. 그러면서 동시에 사유재산권 강화가 가져오는 사회적 갈등에 주목하면서 사회적 약자를 보호하기 위한 노력도 전개했다. 재산권에 대해 다면적 사고를 갖고 있었다고 할 수 있다. 이처럼 재산권은 다양한 대립적 해석을 낳았음에도 미국 건국과정 및 이후의 역사에서 통치이념과 경제체제의 근본적 범주가 되었다. 그러나 이러한 재산권 사상은 산업화와 공익시설 건설과정에서 많은 도전에 직면하며, 특히 사적 이익을 위한 공용수용 과정에서 많은 사회적 갈등을 낳고 있다. 제분소법 시대의 공용수용은 훗날 사적 이익을 위한 수용의 맹아형태로서 많은 모순을 이미 내재하고 있었다고 볼 수 있다. 또한 주권으로서 공용수용권과 헌법 원리에 의한 연방대법원의 입법부 존중주의 원칙을 일찍부터 정립했지만 그 역사적 전개과정은 건국이념으로서 재산권과 사유재산권 보호 개념을 왜곡시키면서 사적 이익을 위해 기능하는 현상을 보여주고 있다. 이러한 현상은 오늘날에도 더욱 강화된 형태로 지속적으로 이어지고 있으며, 사법 권력을 매개로 하는 자본의 내재적인 공간지배과정이자 자본의 본성이라고 해석할 수 있다. 오늘날 사실상 모든 목적을 공익으로 내세울 수 있게 만드는 공익개념의 확장적 해석추세에서 형식논리에 치중한 존중주의 접근과 주권으로서 공용수용권의 강조는 정치경제권력을 가진 집단 사이 동맹을 고려할 때, 사칭 또는 위장수용 문제를 유발하며, 이러한 위험을 견제할 수 있는 장치를 요구하고 있다.

❖ Abstract

Property Right Thoughts and Eminent Domain for Private Benefits in the
Early Years of Foundation and 19th Century of the United States

Kim, Yong-chang

Today the US give rise to many social problems because of increase of eminent domain for private benefits and expansion of public use concept in spite of strong ideology about protection of private property. This study traces origin of this conflicts back to what was as a embryo in the private property thoughts and cases of eminent domain in the early years of US foundation and Independent Revolution. The founders of the US including Jefferson, Adams and Madison based on Locke's thoughts established liberal thoughts that treat private property thoughts as fundamental ideology, and they also proceeded efforts to protect interests of the social disadvantages. But increase of eminent domain according to industrialization and utilities necessity in the national development process conflicts with the private property thoughts. Especially, era of Mill Acts and issues of excess condemnation show the embryo forms of public-private takings which are core issues in today urban regeneration. The US government early established eminent domain system as a sovereignty and judicial deference approach with the separation of powers, but historical development proves that eminent domain systems turn into public-private takings. This paper interpret these changes as specific processes deepening spatial domination by capital based on judicial powers.

Keywords: property right, public-private takings, eminent domain, Mill Acts,
foundation of the US

참고문헌

- 김남두 엮음. 1993. 『재산권 사상의 흐름』. 천지.
- 김용균. 1994. 「미국연방 헌법과 헌법판례 개관」. 《헌법논총》, 제5집, 5~100.
- 김용창. 2012. 「미국 도시재생사업과 사유재산권 보호의 차별: 법제지리학의 관점」. 《대한지리학회지》, 제47권 제2호, 245~267.
- 김희강. 2006. 「미국 독립선언문의 사상적 기원과 제퍼슨 공화주의」. 《국제정치논총》, 제46집 2호, 121~144.
- 박성우. 2010. 『공공선의 정치와 여론정치의 대결 혹은 수렴: 매디슨 대 해밀턴 논쟁을 중심으로』. 한국의회발전연구회.
- 박종보. 2007. 「미국헌법이 한국헌법에 미친 영향: 적법절차와 평등보호 조항을 중심으로」. 《경제연구》, 제24집 제2호, 59~85.
- 알렉산더 해밀턴·제임스 매디슨·존 제이. 2009. 『페더럴리스트 페이퍼』. 김동영 역. 한울아카데미(Hamilton, A., Madison, J., Jay, J., Pole, J. R. 2005. *The Federalist*. Hackett Pub Co Inc.).
- 유희일. 1983. 「공용수용과 재산권침해: 미국의 판례를 중심으로」. 《월간법제》, 1983년 1월호, 법제처, 49~53.
- 이병규. 2010. 「토마스 제퍼슨의 헌법사상」. 동아대학교 박사학위논문.
- 장민선. 2009. 「미국 헌법상 재산권 수용에 관한 연구」. 이화여자대학교 박사학위논문.
- 정하명. 2010. 「사인수용에 대한 미국연방정부와 주정부의 법적 대응」. 《공법학연구》, 제11권 제4호, 401~421.
- 조지형. 2008. 「실체적 적법절차와 ‘반개혁’의 정치: 로크너 사건을 중심으로」. 《미국사연구》, 제27집, 37~77.
- Adams, J. 1787. "Defence of the Constitutions of Government of the United States." in P. B. Kurland and R. Lerner(eds.). 1986. *The Founders' Constitution*. University of Chicago Press and the Liberty Fund. <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/>
- Asper, L. J. 2007. "The Fair Market Value Method of Property Valuation in Eminent Domain: 'Just Compensation' or Just Barely Compensating?" *South Carolina Law Review*, 58(3), 489~508.
- Bassani, L. M. 2004. "Life, Liberty, and ……: Jefferson on Property Rights." *Journal of Libertarian Studies*, 18(1), 31~87.
- Beard, C. A. 1913. *An Economic Interpretation of Constitution of the United States*. The Free Press.
- Bird, R. C. 2010. "Reviving Necessity in Eminent Domain." *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 33(1), 239~281.

- Block, 2009. "Expropriation and the Public Use Clause: The Legislature's Eminent Domain." *Real Estate Newsletter*, <http://www.sdma.com>.
- Claeys, E. R. 2009. "Virtue and Rights in American Property Law." *Cornell Law Review*, 94(4), 889~947.
- Coffman, M. S. 2002. "Why Property Rights Matter: How Government Regulations Threaten America." American Land Foundation, 1~32.
- Cohen, C. E. 2008. "The Abstruse Science: Kelo, Lochner, and Representation Reinforcement in the Public Use Debate." *Duquesne Law Review*, 46(3), 375~419.
- Cohen, M. R. 1927. "Property and Sovereignty." *Cornell Law Review*(*Cornell Law Quarterly*), 13(1), 8~30(김남두 역음. 1993. 『재산권 주권』, 《재산권 사상의 흐름》, 천지, 242~273).
- Columbia Law Review. 1946. "Note: The Constitutionality of Excess Condemnation." *Columbia Law Review*, 46(1), 108~117.
- Corr, A. 1999, "Philosophy to Squat By: The New Challenge to Property." in *No trespassing!: Squatting, Rent Strikes, and Land Struggles Worldwide*, South End Press, 51~76 (권범철 역. 『스콧의 철학, 소유권에 대한 새로운 도전』, 《점거 매뉴얼북 Art of Squat: 자율적 예술공동체를 위한 실천 지침서》, 오아시스프로젝트, 22~39).
- Coughlin, M. J. 2005. "Absolute Deference Leads to Unconstitutional Governance: The Need for a New Public Use Rule." *Catholic University Law Review*, 54(3), 1001~1038.
- Cramer, B. D. 2004. "Eminent Domain for Private Development; An Irrational Basis for the Erosion of Property Rights." *Case Western Reserve Law Review*, 55(2), 409~441.
- Gold, D. M. 2007. "Eminent Domain and Economic Development: The Mill Acts and the Origins of Laissez-faire Constitutionalism." *Journal of Libertarian Studies*, 21(2), 101~122.
- Hart, F. 1927. "Excess Condemnation a Solution of Some Problems of Urban Life." *Marquette Law Review*, 11(4/5), 222~234.
- Hopperton, R. J. 1997. "Standards of Judicial Review in Supreme Court Land Use Opinions: A Taxonomy, an Analytical Framework, and a Synthesis." *Journal of Urban And Contemporary Law*, 51(1), 1~188.
- Jones, S. J. 2000. "Trumping Eminent Domain Law: An Argument for Strict Scrutiny Analysis Under the Public Use Requirement of the Fifth Amendment." *Syracuse Law Review*, 50(1), 285~314.
- Kelly, D. B. 2009. "Pretextual Takings: Private Developers, Local Governments, and Impermissible Favoritism." *Supreme Court Economic Review*, 17(1), 173~235.

- Kerekes, C. B. 2011. "Government Takings: Determinants of Eminent Domain." *American Law and Economics Review*, 13(1), 201~219.
- Kmiec, D. W. 1991. "The Coherence of the Natural Law of Property." *Valparaiso University Law Review*, 26(1), 367~384.
- Kortlyarevskaya, O. V. 2006. "Public Use Requirement in Eminent Domain Cases Based on Slum Clearance, Elimination of Urban Blight, and Economic Development." *Connecticut Public Interest Law Journal*, 5(2), 197~231.
- Lazzarotti, J. L. 1999. "Public Use or Public Abuse." *UMKC(University of Missouri-Kansas City) Law Review*, 68(1), 49~76.
- Madison, J. 1787. "Federalist, no. 10." in P. B. Kurland and R. Lerner(eds.). 1986. *The Founders' Constitution*. University of Chicago Press and the Liberty Fund. <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/>
- Madison, J. 1792. "Property." in P. B. Kurland and R. Lerner(eds.). 1986. *The Founders' Constitution*. University of Chicago Press and the Liberty Fund. <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/>
- Meidinger, E. E. 1980. "The 'Public Uses' of Eminent Domain: History and Policy." *Environmental Law*, 11(1), 1~66.
- Merrill, T. W. 1992. "Judicial Deference to Executive Precedent." *The Yale Law Journal*, 101(5), 969~1041.
- Merill, T. W. 2005. "The Goods, the Bads, and the Ugly." *Legal Affairs*. January/ February. <http://www.legalaffairs.org/issues/>
- Oswald, L. J. 2012. "The Role of Deference in Judicial Review of Public Use Determinations." *Boston College Environmental Affairs Law Review*, 39(2), 243~281.
- Powell, J. 1996. "John Locke: Natural Rights to Life, Liberty, and Property." *The Freeman: Ideas on Liberty*, 46(8), 577~583.
- Radin, M. J. 1982. "Property and Personhood." *Stanford Law Review*, 34(5), 957~1016.
- Singer, J. W., 2009. "Democratic Estates: Property Law in a Free and Democratic Society." *Cornell Law Review*, 94(4), 1009~1062.
- Steiner, J. B. 1938. "Excess Condemnation." *Missouri Law Review*, 3(1), 1~26.
- Treanor, W. M. 1985. "The Origins and Original Significance of the Just Compensation Clause of the Fifth Amendment." *The Yale Law Journal*, 94(3), 694~716.
- Treanor, W. M. 1995. "The Original Understanding of the Takings Clause and the Political Process." *Columbia Law Review*, 95(4), 782~887.
- Weaver, R. L. 1984. "Judicial Interpretation of Administrative Regulations: An Overview." *University of Cincinnati Law Review*, 53(3), 681~730.
- Zuckert, M., 2000, "Natural Rights in the American Revolution: The American Amalgam."

건국 초기와 19세기 미국에서 재산권 사상과 사적 이익을 위한 공용수용 99

in J. N. Wasserstrom, L. Hunt, and M. B. Young(eds.). *Human Rights and Revolutions*, Rowman & Littlefield Publishers, 59~76.