Working Paper
2011-OR-06

2011

한미FTA의 간접수용 조항과 도시계획 분야를 위한 시사점

김지엽

서울시정개발연구원
Seoul Development Institute

Working Paper
2011-OR-06

한미FTA의 간접수용 조항과 도시계획 분야를 위한 시사점

2011

서울시정개발연구원
SEOUL DEVELOPMENT INSTITUTE

▌연구진▐

연구책임　김지엽 • 아주대학교 건축학부 교수

이 보고서의 내용은 연구진의 견해로서
서울특별시의 정책과는 다를 수도 있습니다.

목 차

Ⅰ. 서 론 ····· 1

Ⅱ. 도시계획과 관련된 한미FTA 내용 ····· 3

2.1 FTA의 법적 성격 ····· 3

2.2 Chapter 11의 투자자 보호 조항과 투자자-국가 소송제도(ISD) ····· 4

2.3 간접수용(Indirect Expropriation) 조항 분석: Article 11.6과 Annex 11-B ····· 8

Ⅲ. 간접수용과 손실보상법리 ····· 13

3.1 간접수용(Indirect Expropriation)과 규제적 수용(Regulatory Taking) ····· 13

3.2 간접수용 개념의 변화 ····· 16

3.3 최근 간접수용 해석의 경향 ····· 21

3.4 간접수용과 손실보상법리의 비교 ····· 21

Ⅳ. 한국과 미국의 도시계획 관련 법적 원칙과 쟁점 비교 ····· 27

4.1 한국과 미국의 도시계획 체계와 법적 원칙 비교 ····· 27

4.2 한국과 미국의 도시계획 관련 주요 법적 쟁점 ····· 30

Ⅴ. 시사점 ····· 35

5.1 간접수용에 대한 도시계획 관련 법·제도 검토 ····· 35

5.2 손실보상법리와 보상제도에 대한 점검 ····· 37

5.3 도시계획 체계와 절차에서 합리성과 투명성 제고 ····· 38

Ⅵ. 결 론 ····· 41

참고문헌 ····· 43

Ⅰ 서 론

지난 2007년 체결한 한미FTA는 2011년 11월 국회의 비준절차가 마무리됨에 따라 2012년 3월부터 발효되었다. 다른 국가와의 FTA와 더불어 한미FTA는 세계화·개방화의 흐름을 더욱 가속화시킬 것으로 예상되며 우리나라의 모든 분야에 걸쳐 크고 작은 변화를 요구할 것이다.

그러나, 그동안 한미FTA에 따른 '투자자-국가 소송제도(Investor-State Dispute Settlement: ISD)' 도입을 두고 많은 논란이 있었으며, 특히 우리나라의 도시계획 관련 법과 규제들이 ISD 도입으로 인하여 "무력화"되거나 미국 개인 투자자들의 도전을 받게 될 수 있다는 우려가 제기되었다. ISD는 개인 투자자가 해당 국가를 상대로 정부 정책 등으로 피해를 입었다는 요지의 소송을 '국제투자분쟁중재센터(International Center for Settlement of Investment Disputes: ICSID)' 또는 '유엔국제통상법위원회(United Nations Commission on International Trade Law: UNCITRAL)'에 할 수 있는 제도이다. 이에 따라, 미국의 개인 투자자는 우리나라 도시계획 관련 규제 또는 행위가 한미FTA에서 보장하고 있는 투자자 보호조항들을 위반하였다고 판단하면 우리나라 중앙 또는 지방정부를 상대로 직접 소송을 제기할 수 있다.

특히, 이러한 논쟁의 핵심은 한미FTA 협정문에 포함되어 있는 "간접수용(Indirect Expropriation)" 조항에 관련된 것이다. '수용'이란 국가가 공공의 목적 등을 위해 보상을 전제로 개인의 재산권을 강제로 취득하는 것을 의미한다. 간접수용이란 직접적인 '수용'이 발생하지 않았다 하더라도 국가의 정책이나 제도 등으로 인해 직접적인 수용에 준하는 효과를 갖는 손실이 발생한다면 이는 '수용'의 종류, 즉 '간접수용(indirect expropriation)'으로 인정되어 수용 시와 동등한 보상이 요구된다는 개념이다. 간접수용은 미

국의 “규제적 수용(Regulatory Taking)” 법리를 도입한 것으로 도시계획 관련 규제에 있어 직접적인 수용이 아니더라도 그 규제가 “어느 정도”를 넘어서면 수용과 마찬가지로 고려되어 “정당한 보상(just compensation)”이 요구된다는 도시계획 법·제도에서 가장 기본적인 미국 헌법상의 법리이다. 또한 간접수용을 판단하는 기준은 우리나라 법이 아닌 국제법을 기본으로 하며, 특히 FTA의 간접수용 해석은 미국법이 기준이 되고 있다.

우리나라에는 국제법상 간접수용 또는 미국법상 규제적 수용과 유사한 손실보상법리가 있다. 일반적으로 도시계획에 의한 규제는 헌법 제23조 제3항에 의하여 보상이 필요한 “공용제한”이 아닌 개인이 감내해야 할 “계획제한”으로 인식되었다. 그러나, 1998년 헌법재판소의 개발제한구역에 대한 헌법불합치 결정에서 처음으로 직접적인 수용이 아니더라도 이에 버금가는 규제는 보상이 요구되는 “공용제한”이 될 수 있다는 것을 인정하였고, 다음 해 장기미집행 도시계획시설의 헌법불합치 결정을 거쳐 현재에 이르고 있다. 그러나, 한미FTA가 도입하고 있는 간접수용 또는 규제적 수용의 기준에서 본다면 우리나라의 손실보상법리는 아직 초보적 수준에 머물러 있기 때문에, 국제법 또는 미국법의 관점에서 우리나라 도시계획 관련 법·제도와 규제들에 대한 전반적인 진단과 평가가 필요하다. 또한, 무분별하게 양산되고 있는 ISD와 간접수용에 대한 막연한 우려를 감안하고 관련 국제법과 미국법, 미국 도시계획 체계를 비교해 우리나라 도시계획 체계와 법·제도 특성을 객관적이고 정확하게 이해하고 이를 통해 불필요한 논쟁을 피하면서 한미FTA 시대에 냉철하게 대응할 필요가 있다.

따라서, 이 연구는 한미FTA 협정문 중 간접수용 조항들에 대한 이해를 바탕으로 관련 국제법과 미국법의 분석, 관련 사례 및 판례, 미국과 우리나라의 도시계획 체계 및 주요 법적 쟁점 파악 등을 통해 한미FTA의 간접수용 조항이 우리나라 도시계획 체계에 어떤 시사점을 주고 있는지 진단해 보고자 한다.

Ⅱ 도시계획과 관련된 한미FTA 내용

2.1 FTA의 법적 성격

FTA(Free Trade Agreement)는 법적으로 '조약'에 해당한다. 우리나라 헌법 제6조제1항에 "헌법에 의해 체결, 공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다."고 되어 있어, 조약도 법률과 동등한 효력을 부여받고 있다. 다만, 국회에서 제정되는 일반적인 법률과 달리 조약은 국무회의의 심의를 거쳐 대통령이 체결권과 비준권을 가지고 있으며[1], FTA처럼 "국가나 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 조약 또는 입법사항에 관한 조약의 체결·비준"은 국회의 동의절차를 거쳐야 한다[2].

미국에서도 조약은 우리나라처럼 헌법에 의해 연방법과 같은 위계를 갖는다[3]. 따라서, 주법들도 조약에 구속된다. 그러나, FTA의 체결 과정에 대한 법적 논란은 아직 해결되지 않고 있다. 즉, 일반적인 조약은 상원의원 2/3 이상의 동의를 바탕으로 대통령에게 체결 권한이 주어지고 있지만[4], FTA는 대통령이 협상과 체결을 한 후 상·하원 과반수

---

1) 대한민국 헌법 제73조 "대통령은 조약을 체결·비준하고, 외교사절을 신임·접수 또는 파견하며, 선전포고와 강화를 한다."; 대한민국 헌법 제89조제3항 "다음 사항은 국무회의의 심의를 거쳐야 한다..... 3. 헌법개정안·국민투표안·조약안·법률안 및 대통령령안"

2) 대한민국 헌법 제60조 "①국회는 상호원조 또는 안전보장에 관한 조약, 중요한 국제조직에 관한 조약, 우호통상항해조약, 주권의 제약에 관한 조약, 강화조약, 국가나 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 조약 또는 입법사항에 관한 조약의 체결·비준에 대한 동의권을 가진다."

3) 미국 연방헌법 Article VI(2): "This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby..."; 미국 연방헌법 Article II, Section 2(2): "He shall have Power, by and with the Advice and Consent of the Senate, to make Treaties, provided two thirds of the Senators present concur..."

동의를 얻어 조약을 비준하고 있기 때문에 절차에 대한 위헌성 논란이 있다[5].

그럼에도 불구하고, 우리나라와 미국에서 FTA는 법률과 동등한 위계를 갖기 때문에 다른 국내법과 상충이 발생한다면 우리나라의 '신법우선의 원칙', 미국의 'Last-Time-In-Rule'에 의해 가장 최근에 제정된 법이 우선하는 것으로 본다.

문제는 우리나라나 미국의 헌법에서도 헌법과 조약의 관계가 명확히 설정되어 있지 않기 때문에 헌법과 조약이 충돌할 때 논란의 소지가 있다는 점이다. 우리나라에서는 헌법우위설, 조약우위설, 절충설, 헌법조약동위설 등의 이론이 있지만 아직 뚜렷한 방향이 정리되고 있지 않다[6]. 이는 미국도 마찬가지이다. 일반적으로 조약은 헌법에 의한 기본적인 국가의 틀에 대해서는 침범할 수 없다고 인식되지만, 미국 연방헌법 수정조항 제10조와 충돌한 캐나다와의 철새보호 조약에 관한 미주리주(Missouri)와 홀랜드(Holland) 간 소송 판례는 헌법을 뛰어넘는 조약의 우위를 인정하기도 하였다[7].

따라서, FTA는 한 나라의 법체계에서 헌법의 하위단계에서 다른 법률과 동등한 효력을 갖는다고 보는 것이 일반적이지만, 때에 따라서는 헌법을 뛰어넘는 초헌법적 성격을 가질 수 있는 위험도 존재한다.

2.2 Chapter 11의 투자자 보호 조항과 투자자-국가 소송제도(ISD)

1) 투자자 보호 조항

성공적인 FTA를 위해서는 안전한 투자환경을 조성하여야 하므로 상대국 투자자를

---

4) 미국 헌법 Article II, Section 2(2): "He shall have Power, by and with the Advice and Consent of the Senate, to make Treaties, provided two thirds of the Senators present concur;..."

5) 이같은 조약체결과 비준과정을 "의회-행정동의(congressional-executive agreement)"라고 함. 이에 대해서는 Ackerman, Bruce(1996), "Is NAFTA Constitutional?", *Harvard Law Review,* vol.108, Yoo, John C.(2001), "The Constitutionality of Congressional Executive Agreements", Michigan Law Review, vol 99 등 참조

6) 박산순(2001), "WTO 협정의 국내법적 지위: 국내법에 직접적으로 반영되지 않은 WTO 규정은 국내법상 효력을 갖는가?". 고대 석사학위 논문, pp.63-66.

7) Missouri v. Holland, 252 U.S. 416(1920).

어떻게 보호하느냐가 중요한 관건이 된다. 투자자 보호에 대한 사항은 한미FTA 협정문 Chapter 11(Investment)에 수록되어 있으며, 이것이 도시계획과 가장 관련 있는 한미FTA의 내용이다.

먼저 Article 11.1은 Chapter 11에 의한 투자자 보호조항들의 범위를 명시하고 있는데, 이 장에서 다루고 있는 국가에 의해 도입되거나 시행되고 있는 "수단(measures)"은 중앙정부, 지방정부 등을 포함하는 모든 지방자치단체들과 정부기관뿐 아니라 이 같은 정부 및 관련 기관에 의해 권한을 위임받은 비정부 기관이나 조직 및 단체들에 의해 도입되거나 실행되고 있는 모든 법과 제도, 행위 등을 포함한다[8]. 따라서, 일반적인 도시계획이나 개발사업의 실행에서 중앙정부나 지방자치단체, LH 공사 등 공공기관뿐 아니라 재건축이나 재개발 사업에서 해당 지방자치단체의 권한을 위임받게 되는 조합 등도 Chapter 11에서 명시하고 있는 보호받는 투자 또는 투자자에 영향을 주는 해당국가의 "수단"에 포함되는 것이다.

ARTICLE 11.1: SCOPE AND COVERAGE

1. This Chapter applies to measures adopted or maintained by a Party relating to:
   (a) investors of the other Party,
   (b) covered investments, and
   (c) with respect to Articles 11.8 and 11.10, all investments in the territory of the Party.
2. For greater certainty, this Chapter does not bind either Party in relation to any act or fact that took place or any situation that ceased to exist before the date of entry into force of this Agreement.
3. For purposes of this Chapter, measures adopted or maintained by a Party means measures adopted or maintained by:
   (a) central, regional, or local governments and authorities, and
   (b) non-governmental bodies in the exercise of powers delegated by central, regional, or local governments or authorities.

8) Chapter 11, Article 11.1(Scope and Coverage).

이와 같은 기본전제를 바탕으로 한미FTA는 가장 기본적인 투자자 보호를 위해 1) 내국민대우(National Treatment), 2) 최혜국 대우(Most-Favored-Nation Treatment), 3) 최소대우기준(Minimum Standards of Treatment), 그리고 4) 수용과 보상(Expropriation and Compensation) 조항을 두고 있다[9].

Article 11.3의 내국민대우(National Treatment)는 상대국 투자자를 내국민과 동등하게 대우하여야 한다는 것이며, Article 11.3의 최혜국 대우(Most-Favored-Nation Treatment)는 해당 국가에서 가장 호의적인 대우를 하는 국가의 투자자들과 동등한 대우를 해야 한다는 것이다. 특히, 최혜국대우 원칙은 GATT(General Agreement on Tariffs and Trade) 1조(Article 1)의 핵심내용이다. 국제관계에서 가장 기본적인 비차별 조항으로 FTA뿐 아니라 BIT의 원칙이기도 하다[10]. Article 11.5의 최소대우기준(Minimum Standards of Treatment)은 국제법상 통용되는 "공정하고 동등한 대우(fair and equitable treatment)"와 "완전한 보호와 안전(full protection and security)"을 포함한다. "공정하고 동등한 대우(fair and equitable treatment)"란 상대국 투자자가 해당 국가에서 적법절차(Due Process)에 따라 형사, 민사, 행정에 관한 소송에서 일반적인 정의와 평등의 원칙을 거부당하지 않을 권리를 포함하며, "완전한 보호와 안전(full protection and security)"은 각 해당 국가가 국제법에서 일반적으로 요구되는 수준의 경찰에 의한 보호를 상대국의 투자자에게 제공해야 하는 것을 의미한다.

마지막으로 Article 11.6은 "수용과 보상(Expropriation and Compensation)" 으로 도시계획과 직접적으로 연관되는 조항이다. 먼저 Article 11.6의 제1항은 a) "공공의 목적"을 위해, b) "비차별적 방법"에 의하여, c) "즉각적이고 적절하며 실질적인 보상(prompt, adequate, and effective compensation)"이 지불되며, d) 최소대우기준(Minimum Standards of Treatment)에 따른 "적법절차"에 따르는 것을 모두 만족하는 경우를 제외하고 수용(expropriation)이나 국유화(nationalization)에 상응하는 수단들을 통해 "직접적(directly)" 또는 "간접적(indirectly)"으로 상대국 투자자의 보호받는 투자를 "수용"하거나 "국유화"

9) Article 11.3~Article 11.6.

10) Vesel, Scott(2007), "Clearing a Path through a Tangled Jurisprudence: Most-Favored-Nation Clause and Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties", *Yale Journal of International Law*, vol.32, p.126.

할 수 없다고 명시하고 있다. 그리고, 동조 제2항은 수용이나 국유화가 발생할 때 요구되는 보상에 대해, a) “지체없이 지불되어야 하며(be paid without delay)”, b) “수용이 발생한 날의 바로 이전에 수용된 투자의 시장가치에 상응하여야 하며(be equivalent to the fair market value of the expropriated investment immediately before the expropriation took place(the date of expropriation)”, c) “완전히 가치가 실현될 수 있고 자유롭게 이전할 수 있어야 하며(be fully realizable and freely transferable)”, d) “의도하였던 수용이 미리 알려져 발생한 가치의 변동은 반영하지 말 것(not reflect any change in value occurring because the intended expropriation had become known earlier)”을 요구하고 있다.

2) 투자자-국가 소송제도(ISD)

FTA를 체결한 한 국가가 위와 같은 투자자 보호조항들을 위반하여 상대 국가 투자자의 투자 손실 등이 발생했을 때, 해당 투자자에게 국가를 상대로 직접 소송을 제기할 수 있는 권한을 부여한 것이 Chapter 11의 Section B에서 자세히 규정하고 있는 ‘투자자-국가 소송제(Investor-State Dispute Settlement - 이하 ISD)’이다. ISD는 상대국 투자자를 보호하기 위한 가장 적극적인 수단으로 볼 수 있으며, 그 기원은 중세시대의 상인연합에서 찾아볼 수 있을 만큼 뿌리가 깊고, 근대 이후에는 1960년대 일부 BIT에서 활용되었으며, 최초의 FTA인 NAFTA에서 본격적으로 도입되었다[11].

ISD에 의한 분쟁은 현재 세계은행(World Bank) 산하기관인 ‘국제투자분쟁조정센터(International Center for Settlement of Investment Disputes: ICSID)’ 또는 UN 산하기관인 ‘유엔국제통상법위원회(United Nations Commission on International Trade Law: UNCITRAL)’에서 담당하며, 3명의 재판관은 사안에 따라 각 당사국에서 한 명씩, 그리고 제3국에서 양국의 동의아래 한 명이 임명되어 구성된다.

그러나, ISD에 대해서는 많은 문제점들이 제기되어 오고 있다. 먼저, ISD는 한 국가의 행정행위뿐 아니라 입법, 사법행위도 다룰 수 있어 국가의 통치권과 자주권을 침해할 수 있는 위험이 있다. 먼저, Chapter 11이 적용되는 범위는 상대국가의 투자자와 투자에

11) Anderson, Amy K.(2006), “Individual Rights and Investor Protections in a Trade Regime: NAFTA and CAFTA”, *Washington and Lee Law Review*, vol.63, pp.1065~1066.

관련된 “수단”들이며, 이러한 수단들은 중앙정부, 지방자치단체, 정부기관, 그리고 이들 정부 및 관련 기관으로부터 권한을 위임받은 비정부 기관이나 조직 및 단체들에 의해 도입되거나 실행되고 있는 모든 법과 제도, 행위 등을 포함하기 때문에(Article 11.1), 이러한 모든 것들이 ISD의 제소대상이 될 수 있는 것이다. 또한, 캐나다 투자가가 미국을 상대로 한 Loewen 소송에서는 해당 사안에 대한 미국 매사추세츠주 대법원의 결정이 소송 대상이 되어, 한 국가의 사법기관이 결정한 사안마저 국제중재기관에 제소되는 경우가 발생하였다.

물론, 최근 FTA에서는 해당 국가의 정부가 소송 과정에 의견을 제시할 수 있도록 하고, 소송 과정에서 재판과정과 내용을 공개함으로써 투명성을 강화하였으며, 일반인들도 법정의견서(amicus brief)를 제출할 수 있도록 허용함으로써, 객관성 확보를 위한 장치를 확보하는 등 ISD의 문제점을 개선하기 위한 노력들이 있었지만, 여전히 ISD는 한 국가의 행정권, 입법권, 사법권을 침해할 수 있는 위험이 있는 것이 사실이다.

따라서, 한 국가의 도시계획 체계 속에서 이루어지는 도시계획 관련 행위들도 ISD의 제소대상이 되며, 이에 따라 한미FTA에 따라 미국 투자자가 우리나라의 도시계획 체계나 법제, 관련 행정행위 등에 도전할 수 있는 문이 열리게 되었다. 그리고, 그러한 판단은 우리나라 법이 아닌 국제법 기준에 의해 이루어지는 것이다.

2.3 간접수용(Indirect Expropriation) 조항 분석: Article 11.6과 Annex 11-B

기본적인 4가지 투자자 보호조항 중에서 “수용과 보상(Expropriation and Compensation)”은 도시계획 분야와 가장 밀접한 관계가 있는 조항이다. 살펴본 바와 같이 Chapter 11의 Article 11.6은 수용이 발생할 시 기본적으로 보상의 요건들을 명시하고 있다. 그러나, 문제는 수용의 정의에서 수용(expropriation)이나 국유화(nationalization)에 상응하는 수단들을 통해 “직접적(directly)” 또는 “간접적(indirectly)”으로 상대국 투자자의 보호받는 투자를 “수용”하거나 “국유화”할 수 없다고 명시하고 있어, 직접적인 수용뿐 아니라 간접적인 수용, 즉 “간접수용(indirect expropriation)”에도 보상이 요구된다는 의미를 내포하고 있다.

이에 대한 자세한 내용은 부속서(Annex) 11-B에서 규정하고 있다. 부속서(Annex) 11-B 제2항은 Article 11.6.1에서 언급하고 있는 수용을 두 가지로 분류하면서, 먼저 "직접 수용(direct expropriation)"은 "어떤 투자가 국유화되거나 공식적인 소유권의 이전 또는 전면적으로 압류(outright seizure)되는 경우"라고 규정하고 있다. 이와 같은 직접수용에 대한 정의는 일반적으로 인식되는 수용의 개념과 다를 바 없다.

그리고, 11-B 제3항은 수용의 두 번째 종류인 "간접수용(indirect expropriation)"에 대해 "공식적인 소유권 이전 또는 전면적인 압류 없이 직접적인 수용에 상응하는 효과를 갖는 행위나 행위들(an action or series of actions by a Party has an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure.)"이라고 하여, 직접적인 수용은 아니지만 수용과 비슷한 효과를 갖는 경우를 간접수용이라고 정의하고 있다[12]. 이러한 간접수용에 대해 동항의 (a)호에서는 간접수용의 판단은 사안별(case-by-case)로 사실에 근거하여 판단해야 한다고 하면서, i) "정부 행위로 인한 경제적 충격(the economic impact of the government action)", ii) "정부의 행위로 인해 확실하고, 합리적 투자기대가 침해된 정도(the extent to which the government action interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations)", iii) "정부 행위의 성격(the character of the government action)" 등 세 가지 판단기준을 제시하고 있다.

이에 대해 좀 더 자세히 살펴보면, "정부 행위로 인한 경제적 충격(the economic impact of the government action)"을 판단할 때 단지 투자의 경제적 가치에 부정적 영향이 있다는 것만으로는 간접수용에 해당하지 않는다고 명시하고 있어 간접수용에 해당하기 위해서는 경제적 손실의 정도가 일정 수준 이상이어야 한다는 것을 의미하고 있다.

"합리적 투자기대(reasonable investment-backed expectations)"는 각주1을 통해 더욱 자세히 설명되고 있는데, 투자자의 투자 기대 또는 예상이 합리적이냐 여부는 해당 분야에서 정부 규제가 어떤 성격을 가지고 있는지를 판단해야 한다고 하면서, 규제가 심한 분야에 투자할 때 상대적으로 규제가 덜한 분야에 투자하는 것보다 해당 규제가 쉽게 변경되지 않을 거라고 생각하는 것은 합리적인 기대가 아니라는 설명도 추가하고 있다.

---

12) 간접수용 개념은 국제법에서는 BIT에서 본격적으로 사용되었고, '점진적 수용(Creeping Expropriation)', '추정수용(Constructive Expropriation)', '사실상 수용(De facto Expropriation)' 등으로도 불려 왔다. 이에 대한 자세한 내용은 김지엽(2007) 참조

마지막으로 “정부 행위의 성격(the character of the government action)”을 판단할 때 해당 행위 또는 규제의 목적과 맥락을 고려해야 하고, 특히 일반적으로 투자자가 공공의 이익을 위해 감내해야 한다고 예상한 정도를 벗어나 특별한 투자자 또는 투자에 “특별한 희생(special sacrifice)”을 부과하는지가 중요한 판단 근거라고 설명하고 있다.

위와 같은 세 가지 판단기준과 함께 (b)항에서는 “공공의 건강, 안전, 환경, 그리고 부동산 안정화(예를 들어 저소득층을 위한 주거환경 개선을 위한 수단 등)와 같은 합법적 공공복리를 위해 도입되고 적용되는 비차별적 규제들(nondiscriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, the environment, and real estate price stabilization(through, for example, measures to improve housing conditions for low-income households))”은 간접수용에 해당하지 않는다고 명시하고 있다. 또한 각주2를 통해 이러한 합법적인 공공복리를 위한 목적을 갖는 것이 위에 열거한 공공의 건강, 안전, 환경, 부동산 안정화에 국한하지 않는다고 다시 한 번 강조하고 있다. 따라서, 이 항목만 놓고 본다면 일반적으로 공공의 복리를 위한 도시계획 관련 법과 규제 등은 간접수용에 해당하지 않아야 한다. 그러나, 문제는 “극히 드문 경우(rare circumstances)”를 제외한다는 예외규정이 다. 즉, (b)항에서는 비록 합법적으로 공공복리를 위한 법이나 규제라 할지라도 도입된 수단이 추구하고자 하는 목적과 효과 측면에서 “극히 가혹하거나 비례하지 않는(severe or disproportionate)” 경우는 “극히 드문 경우(rare circumstances)”가 되어 간접수용에 해당할 수도 있다는 것이다.

이를 종합해 본다면 우선 일반적으로 도시계획 관련 법과 제도, 규제들과 부동산 가격 안정화 정책 등은 공공복리를 위한 합법적인 법이자 규제들이기 때문에 간접수용에 해당하지 않는다. 그러나, 그 수단이 목적에 비해 가혹하거나 비례하지 않는 ”극히 드문 경우(rare circumstances)“에는 간접수용에 해당할 수 있으며, 구체적인 판단은 (a)항에서 제시하고 있는 세가지 기준을 바탕으로 사안별로 모든 관련 있는 사실관계를 파악하여 국제중재재판소에서 하게 된다.

따라서, 우리나라 도시계획 관련 법과 제도, 규제들이 간접수용에 해당할 수 있는지를 예측하기 위해서는 “극히 드문 경우(rare circumstances)”가 어떤 경우인지를 파악하고,

국제법상 간접수용의 법리가 어떻게 해석되고 있는지 그 경향을 파악하여야 하며, 무엇보다 국제법상 간접수용에 큰 영향을 미치고 있는 미국의 “규제적 수용(regulatory takings)” 법리를 이해할 필요가 있다.

Ⅲ 간접수용과 손실보상법리

3.1 간접수용(Indirect Expropriation)과 규제적 수용(Regulatory Taking)

도시계획은 본질적으로 공공의 복리 또는 목적을 위해 개인의 재산권에 제한을 가하게 된다. 그러나, 그 제한의 정도에는 한계가 있다. 국제법상 간접수용은 한미FTA의 협정문에서도 정의되고 있는 것처럼 직접적인 수용이 아니지만 여러 가지 정부의 규제나 행위로 인해 수용에 버금가는 효과를 갖는 경우를 의미한다. 따라서, 정당한 도시계획 수단이나 행위라 할지라도 그로 인한 재산권 또는 투자에 대한 제한이 어느 정도를 넘어 수용에 상응한다고 판단된다면 이를 간접수용으로 간주하여 수용과 마찬가지로 보상이 요구된다. 이러한 간접수용의 개념은 미국의 규제적 수용 법리와 다를 바 없으며, 실제로 국제법상 간접수용 법리는 미국의 규제적 수용 법리의 영향을 받아 발전되어 왔다[13].

일반적으로 미국에서는 공공복리 등의 공공의 목적을 위해 개인의 재산권에 제한을 가할 수 있는 국가의 규제권(police power)은 보통법(common law)상에서 인정되었다. 그리고, 기본적으로 미국 연방헌법 수정조항 제5조(Fifth Amendment)는 수용과 보상에 관한 원칙을 제시하고 있다. 즉, 공공의 목적을 위해서 국가는 개인의 재산을 수용할 수 있으나, 반드시 “정당한 보상(just compensation)”과 “적법절차(due process)”가 있어야 할 것을 요구하고 있다[14]. 그러나, 점차 직접적인 수용은 아니지만 법이나 규제, 행정행

13) 김민호·김지엽(2008) 참조

14) “No person shall be ... deprived of life, liberty, or property, without due process;..nor shall private property be taken for a public use, without just compensation.”

〈그림 1〉 규제적 수용의 법적 개념

위에 의해 수용에 버금가는 경우가 발생할 수 있다는 것을 인식하게 되었다. 이에 따라 1922년 미국 연방대법원은 펜실베니아 석탄회사(Pennsylvania Coal) CO.와 마흔(Mahon) 간의 소송 판례에서 "개인의 재산권은 어느 정도까지 규제될 수 있지만, 그 정도가 너무 과도하다면 이는 수용으로 간주된다(while property may be regulated to a certain extent, if regulation goes too far it will be recognized as a taking.)"고 하여, 직접적인 수용은 아니지만 정부 규제로 인한 재산권의 손실이 어느 선을 넘어서는 경우에는 수용과 마찬가지로 인식하여야 하므로, 수용과 마찬가지로 보상이 필요하다는 규제적 수용(regulatory taking) 개념을 처음으로 인정하였다[15]. 그리고, 이후 미국의 법원들은 일반적인 규제권의 행사가 수용에 상응하는 규제적 수용으로 인식되는 "과도"한 경우를 판단하기 위한 기준들을 발전시켜 왔다.

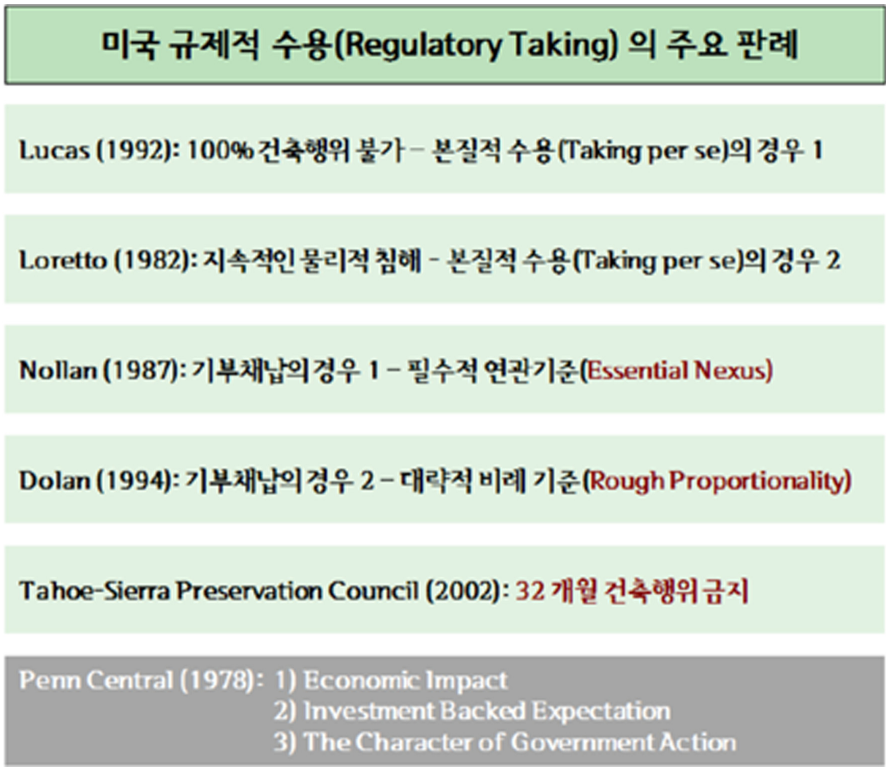
규제적 수용으로 가장 명확하게 인정되는 경우가 Lucas와 Loretto 판례에서 제시된 "본질적 수용(taking per se)"이다. Lucas는 '해변관리법(Beach Management Act)'에 의해 해당 토지의 사용이 100% 금지된 경우이고[16], Loretto는 지방자치단체가 설치한 방송케이블이 원고의 건물 벽면에 부착되어 결국 지속적인 물리적 침해가 발생한 경우이다[17].

Nollan[18]과 Dolan[19]은 기부채납에 관한 경우이다. 미국도 개발 관련 인허가를 조건으

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

16) Lucas v. South Carolina Coastal Commission 505 U.S. 1003 (1992)

17) Loretto v. Teleprompter Manhattan,. 458 U.S. 419 (1982)



〈그림 2〉 대표적인 규제적 수용 판례

로 공공시설의 기부채납을 요구하거나 개발영향부담금 등을 부과하는 등 강제징수(exaction)를 통한 개발로 공공성을 확보하고 있다. 그러나, 이러한 경우에도 그 정도가 지나치면 규제적 수용으로 인정되어 보상이 요구된다. 그 판단기준으로 Nollan에서는 강제징수가 반드시 해당 개발행위와 직접적인 관련이 있어야 한다는 "필수적 연관(essential nexus)" 기준이 제시되었다. Dolan에서는 한 발 더 나아가 비록 강제징수와 개발행위 사이에 관련이 있다 할지라도 그 요구 정도는 강제징수로 얻을 수 있는 효과가 개발행위로 인한 효과와 합리적으로 대략적이나마 비례관계가 있어야 한다는 '대략적 비례(rough proportionality)' 기준을 제시하였다.

또한, 국립공원인 Tahoe 호수 주변지역의 개발에 대해 공공계획이 수립되기 전까지 개발행위를 중지시킨 Tahoe-Sierra Preservation Council 판례에서는 32개월 동안 개발행

18) Nollan v. California Coastal Community, 483 U.S. 825 (1987)

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

위를 금지시킨 경우는 규제적 수용에 해당한다고 판결하였다[20].

그리고, 한미FTA 협정문의 간접수용 판단기준을 이해하기 위한 가장 중요한 규제적 수용 판례가 1978년 Penn Central 판례[21]이다. 여기서는 규제적 수용이 명확한 경우, 즉 Lucas나 Loretto 등 본질적 수용이 아닐 때 규제적 수용을 종합적으로 판단하는 세 가지 기준(Three-part Test)을 제시하였다. 즉 1) 규제로 인한 해당 대지에 경제적 영향(the economic impact of the government action), 2) 관련 규제가 개발로 인해 기대된 경제적 효과에 미치는 정도(investment-backed expectations), 3) 공공규제의 성격(the character of the government action)이 그것들로 바로 한미FTA의 부속서 11-B에서 간접수용의 판단 기준으로 도입된 기준들이다.

3.2 간접수용 개념의 변화

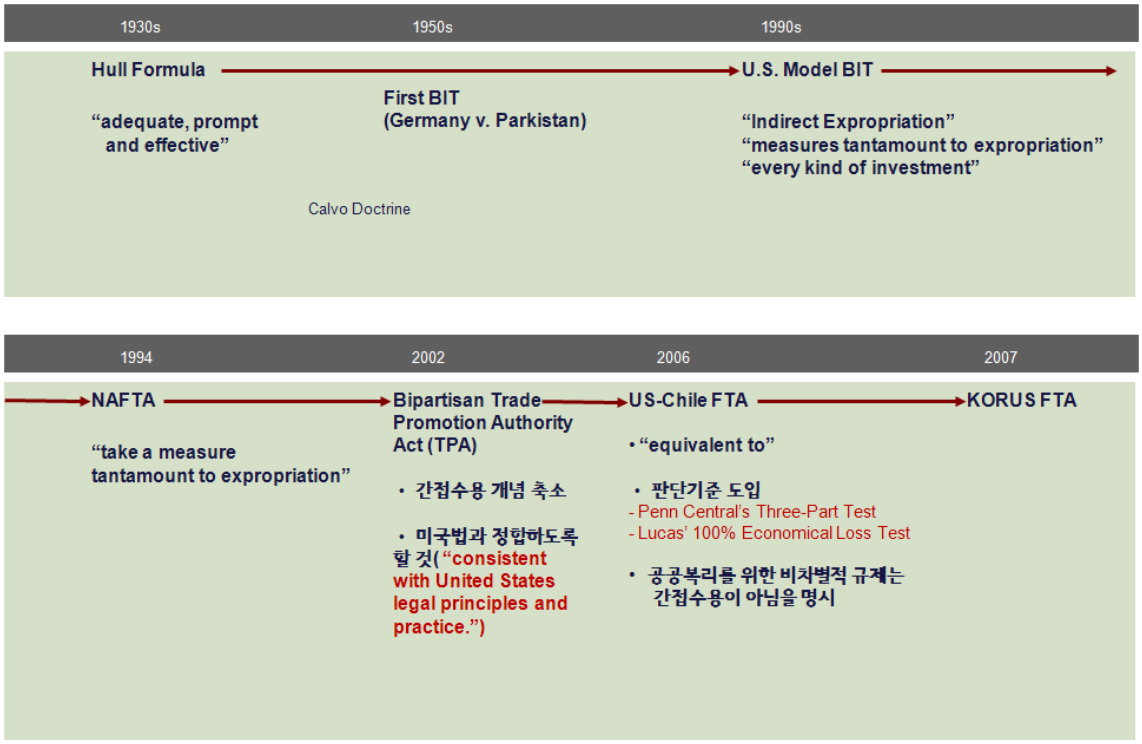
본격적으로 국제법상 수용과 보상이 쟁점으로 부상한 것은 1938년 멕시코 정부가 미국의 석유회사를 국유화한 사건에 대해 당시 미국 국무장관(Secretary of State) Cordell Hull이 한 국가에 의한 수용이 발생할 때 국제법은 “즉각적이고, 적정하며 효율적(prompt, adequate, and effective)”인 보상을 요구한다는 Hull Formula를 주장하면서부터였다. 이에 대해 라틴아메리카 국가들은 수용과 보상에 관한 사항은 나라마다 다른 기준과 법리가 있기 때문에 국제법상에서도 수용이 발생한 국가에서 해당 국민에게 적용되는 것과 같은 원칙이 적용되어야 한다는 ‘Calvo Doctrine’을 주장하였다[22]. 1974년 유엔 총회(General Assembly)에서 회원국들은 Calvo Doctrine을 국제법상 수용과 보상에 대한 기본원칙으로 받아들이기도 하였으나, 1959년 첫 ‘양국투자조약(BIT: Bilateral Investment Treaty)’에서 Hull Formula가 도입되어 널리 활용되면서 점차 국제법에서 수용과

---

20) Tahoe-Sierra Preservation Council, Inc. v. Tahoe Regional Planning Agency, 535 U.S. 302 (2002)

21) Penn Central Transportation Co. v. New York City, 438 U.S. 104 (1978)

22) Been, Vicki & Beauvais, Joel C.(2003), “The Global Fifth Amendment? NAFTA’s Investment Protections And The Misguided Quest For An International Regulatory Takings Doctrine”, *N.Y.U. L.aw Review*, vol.78, pp.47-48.



〈그림 3〉 간접수용 개념의 발전 과정

보상의 원칙으로 자리 잡게 되었다. 이후 1990년대 미국에서 BIT 체결을 위해 작성된 '모델 BIT(U.S. Model BIT)'를 통해 간접수용이 "수용에 상응하는 수단들(measures tantamount to expropriation)"[23]로 정의되고, 보호받는 '투자'의 개념이 "모든 종류의 투자(every kind of investment)"로 넓게 정의되었다.

이러한 모델 BIT의 수용과 간접수용에 관한 조항들은 최초의 FTA인 NAFTA에 그대로 이어지게 되고, 간접수용의 개념은 "수용에 상응하는 수단들(measures tantamount to expropriation)"뿐만 아니라 "수용에 상응(tantamount)하는 수단을 채택(take a measure tantamount to nationalization or expropriation)"하는 행위까지 포함할 정도로 확대되었다. 여기에 ISD를 본격적으로 도입한 NAFTA는 넓게 정의된 간접수용과 보호받는 투자의 범위 확장으로 많은 소송을 유발하였다.

그러나, 확대된 간접수용의 개념에 비해 이를 판단할 수 있는 기준이 없어 국제중재재

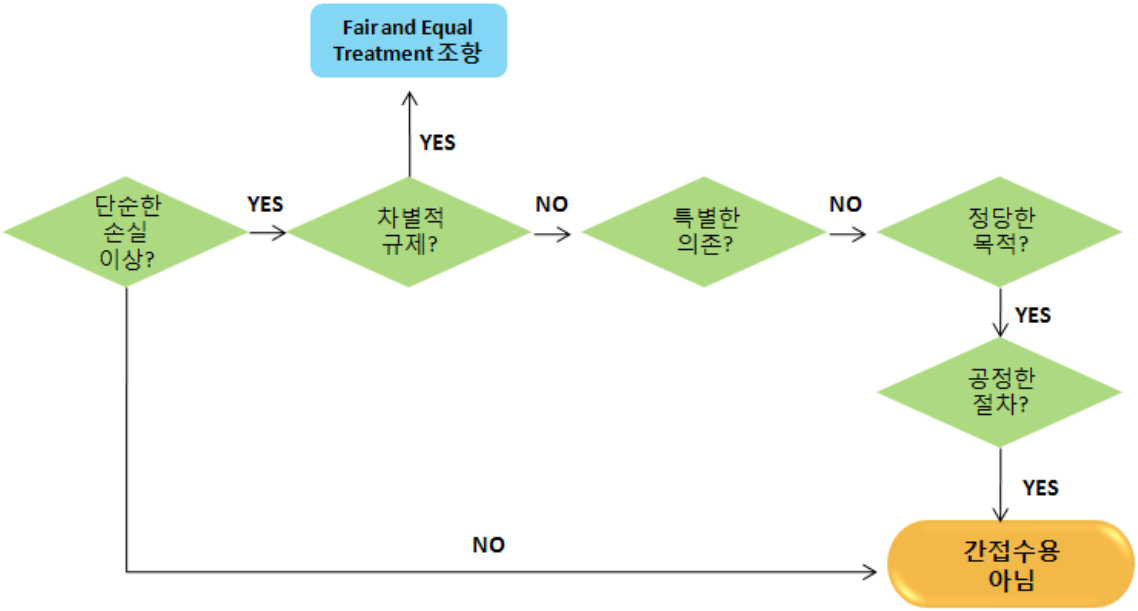
23) U.S.Model BIT, p.657.

판소는 BIT에서의 간접수용 관련 소송과 마찬가지로 사안별로 다른 기준들을 적용하여 간접수용을 판단하였다. 예를 들어, 메탈클래드(Metalclad)사와 멕시코 정부(United Mexican States) 간의 소송에서는 정부규제의 효과와 투자자의 신뢰가 합리적이었는지가 주로 활용되었고, 포프엔드 탈보트사(Pope and Talbot Inc.)와 캐나다(Canada) 정부 간의 소송에서는 해당 규제로 인한 손실의 정도, 에도디 파이어스사(S.D. Myers, Inc.)와 캐나다(Canada) 정부 간의 소송에서는 경제적 손실의 기간과 정부규제의 성격이 주로 사용되었다[24].

이 중 메탈클래드(Metalclad) 판례에서는 멕시코 정부가 미국회사인 메탈클래드사의 유해물질 매립시설 건설을 불허하고 환경관련법 제정을 통해 매립시설의 사용을 전면 금지시킨 것에 대해 간접수용 결정과 함께 16.7백만 달러의 배상판결이 내려졌다. 여기서 국제중재재판소는 환경관련 규제의 입법 목적이나 동기 등을 고려하지 않고, 그로 인하여 투자자가 합리적으로 기대했던 경제적 이익의 전부 또는 일부에 대해 손실을 입는다면 이는 간접수용에 해당한다는, 효과에 바탕을 둔 분석(effect-based analysis)을 통해 간접수용 논리를 뒷받침하였다. 이 판례로 인하여 한 국가의 정당한 법이나 규제도 간접수용으로 인정되어 무력화될 수 있다는 점에서 나프타(NAFTA)의 간접수용 조항에 대한 많은 비판들이 제기되었다.

또한, 메타넥스(Methanex) 판례는 대체에너지의 일종인 MTBE(methyl tertiary-butyl ether)가 지하수나 상수를 오염시켜 시민들의 건강을 위협한다는 연구결과에 따라 캘리포니아 주정부가 MTBE의 판매를 금지하였고 이 여파로 큰 타격을 입은, MTBE의 주원료인 메탄올을 수출하던 캐나다 회사인 메타넥스가 캘리포니아 주정부를 상대로 제기한 970백만 달러의 손해배상 소송에 대한 것이었다. 이 판례에서 국제중재재판소는 간접수용에 해당하기 위해서는 해당 정부가 투자자에 대해 '특정한 의무(specific commitment)'가 있었는지를 고려해야 한다는 새로운 기준을 제시하였고, 단순한 시장점유율 하락은 보호받는 투자의 범위에 해당하지 않는다고 판결하였다. 또한, 환경규제가 다른 주에 비해 엄격한 캘리포니아주에서는 환경규제가 더욱 강화될 것이라는 것을 예측했어야 했다고 명시하면서 국가의 규제권을 존중하는 방향으로 간접수용에 대한 개념을 축소하였다

24) 이에 대한 자세한 내용은 김지엽외(2007) pp.34-40 참조



〈그림 4〉 Methanex에서 간접수용 판단 기준, 김지엽외(2007), p.40.

고 볼 수 있다.

이처럼 미국도 자국의 정당한 환경보호를 위한 법이나 규제마저 외국 투자자의 도전을 받는 상황이 발생하게 되고, 외국 투자자가 내국민에 비해 더 많은 권리를 부여받는 상황에 처하게 되는 문제점이 많은 학자들에 의해 지적되면서 FTA의 간접수용에 대한 개선방안을 마련하게 되었다. 실제로, 미국 연방정부는 2002년 'Bipartisan Trade Promotion Authority Act(TPA)'를 제정하여, 이후 미국과 체결하는 FTA에서 수용과 보상에 관한 조항은 미국법의 체계를 따르도록 명시함으로써[25], 보다 구체적으로 미국의 규제적 수용 법리가 국제법상 간접수용 개념 발전에 직접적인 영향을 미치도록 하였다. 이에 따라, TPA 이후 미국이 체결한 FTA에서는 간접수용의 개념을 축소하면서[26], 간접수용에 대한 판단기준으로 규제적 수용의 대표적 판례인 Penn Central 판례에서 제시된 '세 가지 판단기준(Three-part Test)'을 도입하게 되었다[27].

---

25) 19 U.S.C. §3802(b)(3).

26) NAFTA 에서의 "take a measure"를 삭제하였고, "tantamount to" 대신 "equivalent to"라는 단어를 사용하였다. 김지엽외(2007), p.43.

27) US-Singapore FTA의 협상서한과 US-Chile FTA에서 이와 같은 내용들을 적용하고 이후 미국이 체결하는 FTA의 기본 협정문 조항으로 자리잡게 된다. 김지엽 외(2007), pp.42-43.

한미FTA(KOR-US FTA)의 협정문에서는 이러한 간접수용의 개념이 조금 더 구체적으로 발전되었다. 우선, NAFTA에서 보호받는 투자의 범위로 인정되었던 “시장접근(market access)”, “시장점유(market share)”, “기대이익(expected gains)”, 그리고 “이익을 창출할 수 있는 기회(opportunities for profit-making)” 등은 그 자체만으로는 보호받는 ‘투자’의 범위가 아니라는 것을 분명히 하였다[28]. 또한, “세 가지 판단기준”에 문구나 조항을 추가하여 간접수용 판단기준을 좀 더 보강하였다. 예를 들어, 정부규제의 성격 부분에 “정부규제의 목적과 맥락을 포함(including its objectives and context)”한다는 문구를 추가하여 해당 규제의 정당한 도입 목적을 강조하였다. 그리고 해당 규제가 일반적으로 감내해야 하는 정도를 넘어 “특별한 희생(a special sacrifice)”을 부과하는 것인지를 고려해야 한다는 조항을 추가하였는데 이는 우리나라 손실보상법리에서 사용하는 “특별한 희생”이라는 용어를 도입한 것으로 보인다[29]. 투자에 대한 기대가 합리적이었는지 판단하는 기준에는 각주를 추가하여 다른 분야보다 규제가 심한 분야에서는 더욱 규제가 강화될 수 있다는 것을 명시하였다[30]. 특히 합법적인 목적을 갖는 법이나 규제라 할지라도 간접수용으로 인정되는 “극히 드문 경우(rare circumstances)”란 “해당 규제가 그 목적과 효과에 비해 극단적으로 가혹하거나 비례하지 않는 경우(such as, for example, when a measure or series of measures is extremely severe or disproportionate in light of its purpose or effect)”라는 설명을 추가하였다[31]. 또한, 일반적으로 간접수용에 해당하지 않아야 하는 공공복리의 예로 기존의 “공공건강, 안전, 환경” 이외에 “부동산 가격 안정화(예를 들어 저소득층 주거개선을 위한)”를 추가하고, 각주 2)를 통해 공공복리를 목적으로 하는 합법적인 경우는 본문에 열거되어 있는 것만이 아니라는 것을 다시 한 번 강조하고 있다[32].

---

28) 한미 FTA Chapter 11, Section C, Article 11.28 : “For greater certainty, market share, market access, expected gains, and opportunities for profit-making are not, by themselves, investments.”

29) 한미 FTA Chapter 11, 부속서 11-b, 3(a)(iii); 김지엽 외(2007), p.46 참조

30) 상게서, 부속서 11-b, 각주 1).

31) 상게서, 부속서 11-b, 3(b).

32) 상게서, 부속서 11-b, 3(b) & 각주 2).

3.3 최근 간접수용 해석의 경향

살펴본 바와 같이 국제법과 FTA 협정문의 간접수용의 개념뿐 아니라 현재까지의 FTA와 BIT의 간접수용 판례들도 국가의 규제권(police power)과 자주권(sovereign power)을 존중하는 방향으로 발전해 오고 있다[33]. 특히, 구체적인 간접수용의 판단기준이 없는 BIT와 NAFTA의 판례들은 주로 "비례테스트(Proportionality Test)"를 활용하고 있는데, 비례테스트는 해당 규제의 공공적 목적과 이로 인한 재산권 또는 투자의 침해 정도를 비교하여 해당 규제가 추구하고자 하는 목적보다 적절한지를 가장 중요하게 고려한다[34]. 따라서, 추상적인 "합리성(reasonableness)"에 의한 판단보다 더욱 구체적인 접근과 논리를 구성할 수 있으며, 해당 국가에 대해서는 규제의 목적달성을 위한 구체적인 수단과 절차를 보다 신중하게 도입하게 하는 효과도 있다고 평가된다[35]. 그리고, 무엇보다 비례테스트는 국가의 정당한 규제권 행사를 존중하는 경향을 가지고 있다.

이처럼 국제법상 간접수용에 대한 해석은 미국의 규제적 수용의 법리와 매우 유사하게 청원자의 재산적 손실이 발생했다고 할지라도 국가의 합법적인 목적에 의한 규제라면 간접수용이라는 결론을 쉽게 내리지 않는 경향이 강해지고 있다고 볼 수 있다.[36]

3.4 간접수용과 손실보상법리의 비교

직접적인 수용은 아니지만 재산권에 대한 제한이 어느 정도를 넘어선다면 이는 수용과 동일하게 취급하여 정당한 보상을 지급해야 한다는 것이 국제법상 간접수용, 미국의

---

33) Wagner, Martin. J.(1999), "International Investment, Expropriation and Environmental Protection.", *Golden Gate Univ. Law Review*, vol.29, p.466.

34) 비례테스트에 대해서는 Henckels, Caroline(2012), "Indirect Expropriation and the Right to Regulate: Revisiting Proportionality Analysis and the Standard of Review in Investor-State Arbitration", Journal of International Economic Law, vol.15.

35) 상게서, p.229.

36) Stanley, Jon A.(2001), "Keeping Big Brother Out of Our Backyard: Regulatory Takings as Defined in International Law and Compared to American Fifth Amendment Jurisprudence", *Emory International Law Review*, vol. 15, p.376.

〈표 1〉 한국과 미국 헌법의 수용과 보상조항 비교

대한민국 헌법 제23조 제3항	미국 연방헌법 수정조항 제5조
공공필요에 의한 재산권의 수용 · 사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.	No person shall be ... deprived of life, liberty, or property, without due process;..nor shall private property be taken for a public use, without just compensation.

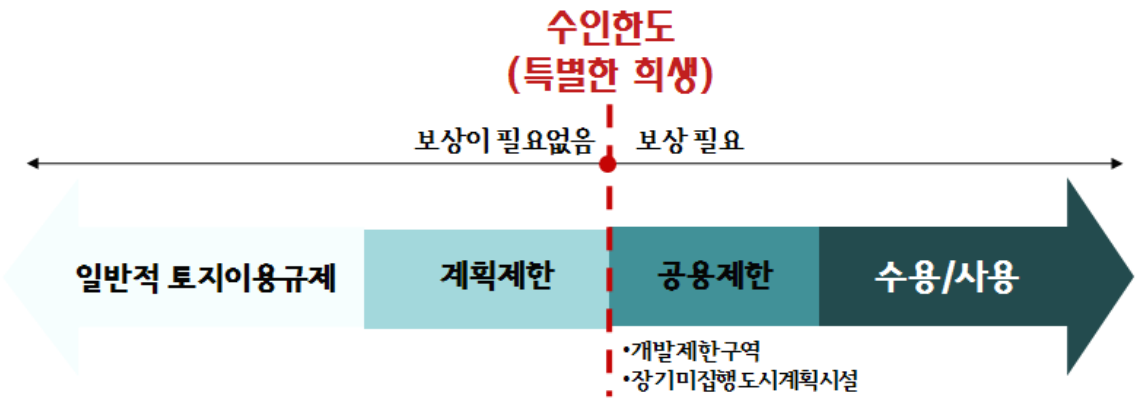
규제적 수용의 개념이다. 그리고, 이와 같은 개념은 그 정도와 방법에서 차이가 있지만 우리나라 법체계에서도 인식하고 있다.

우리나라 헌법 제23조는 재산권에 대한 가장 기본적인 조항으로서 재산권에 대한 보장과 함께 재산권에 대한 내용과 한계, 그리고 수용과 보상에 대해 명시하고 있다. 우선 제1항에서는 재산권은 보장되지만 그 내용과 한계는 법률에 의한다고 하고 있고, 제2항에서도 재산권의 행사는 공공복리에 적합하여야 한다고 하여 보장받는 재산권의 범위에는 어느 정도 제한이 있을 수 있음을 의미하고 있다. 그리고, 제3항에서는 개인의 재산권은 공공필요에 의해 수용과 사용, 제한이 있을 수 있으며, 이러한 경우에는 법률에 의해 정당한 보상이 지급하여야 한다고 명시하고 있다.

따라서, 미국 연방헌법 수정조항 제5조(Fifth Amendment)와 마찬가지로 우리나라 헌법 제23조 제3항 역시 공공의 필요 또는 공공의 목적 등을 위해 국가가 개인의 재산권을 수용할 수 있지만 이때에는 정당한 보상을 지급하여야 한다는 법적 원칙을 가지고 있다. 그러나, 우리나라 헌법 제23조 제3항은 수용뿐 아니라 "제한"의 경우에도 정당한 보상을 지급하여야 한다는 것이 추가되어 있으며, 정당한 보상은 "법률"에 의한다고 되어 있다.

먼저 우리나라 헌법에서 "제한"의 경우에도 정당한 보상이 지급되어야 한다는 의미는 일반적인 도시계획 제한 등에 의한 재산권의 제한을 의미하는 "계획제한"이 아니라 손실보상이 요구되는 정도의 재산권 침해인 "공용제한"으로 해석하고 있다[37]. 따라서, 간접수용이나 규제적 수용의 개념과 유사하게 우리나라 헌법도 합법적인 목적을 갖는 도시계획 등으로 인한 재산권에 대한 제한은 일반적인 국가의 규제권 이내에 속하는 사회적 의무로 당연히 보상이 필요 없는 제한이지만, 그 제한의 정도가 일반적으로 개인이

37) 김종보(1999), "계획제한과 손실보상논의의 재검토", 「부동산법학」, p.28.



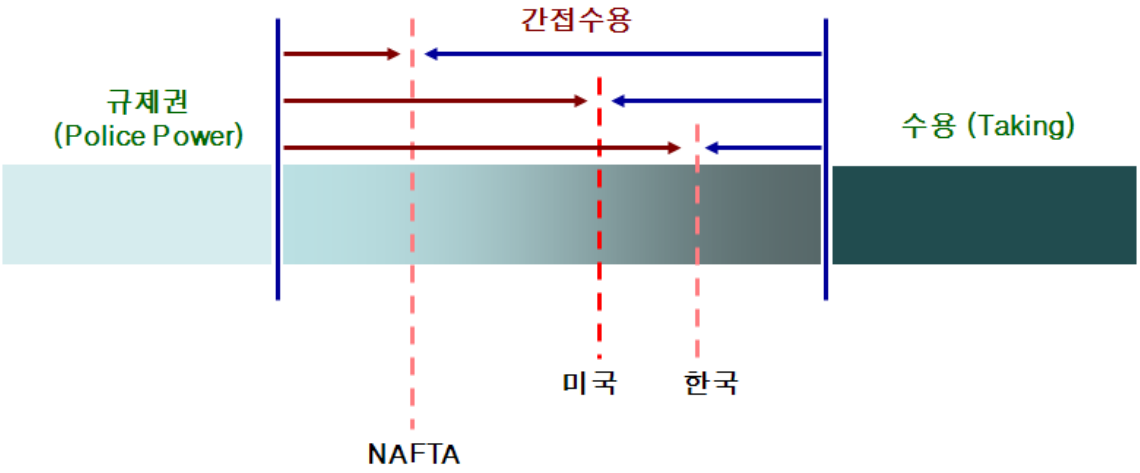
〈그림 5〉 헌법 제23조 제3항의 계획제한과 공용제한의 의미

감내할 수 있는 수준, 즉 수인한도를 넘는 "특별한 희생"이 요구되는 정도라면 이는 보상이 필요한 제한으로 해석할 수 있음을 의미한다. 그러나, 1998년 이전에는 아무리 제한이 과도하더라도 일반적인 도시계획을 통한 제한이라면 보상이 요구되는 특별한 희생으로 인정하지 않았다[38]. 이에 대해, 헌법재판소는 1998년 개발제한구역 헌법불합치 결정에서 공공복리를 위한 목적을 갖는 도시계획 제한이라 할지라도 그 정도가 "실질적으로 토지의 사용·수익의 길이 없는 경우에는 토지소유자가 수인해야 하는 사회적 제약의 한계를 넘는 것으로 보아야" 하며, "토지의 사용도 할 수 없거나 실질적으로 사용·수익을 전혀 할 수 없는 예외적인 경우에도 아무런 보상 없이 이를 감수하도록 하고 있는 한 비례의 원칙에 위반되어 당해 토지소유자의 재산권을 과도하게 침해하는 것으로서 헌법에 위반"된다고 하였다. 또한, 이듬해인 1999년 장기미집행 도시계획시설에 대한 헌법불합치 결정에서는 "토지의 실제적 사용에 대한 배제는 사회적 제약의 범위를 넘는 수용적 효과를 인정하여야 한다."고 하여 도시계획 제한도 그 정도가 실제적으로 토지를 사용하지 못할 정도에 이른다면 수용과 같이 볼 수 있다는 점을 인정하였다. 이 같은 판례들은 규제가 어느 정도를 넘어서면 수용으로 간주("if regulation goes too far, it will be recognized as a taking.")하며, 토지의 경제적 가치를 전혀 활용할 수 없다면

38) 1998년 이전까지 대법원은 개발제한구역이나 군사시설보호구역에 대한 판결에서 도시계획 제한이 공공복리를 위한 합법적 제한이고 그 정도 역시 토지소유자가 감수해야 할 정도의 것이므로 이에 대한 보상규정이 없다 해도 헌법23조3항에 위배되는 것은 아니라는 입장을 보여 왔다. 대법원 1990.5.8. 선고 89부2 결정; 1992.11.24. 선고 92부14 판결.

규제적 수용으로 보아야 한다는 미국 규제적 수용의 대표적 판례인 펜실베니아 석탄기업 및 루카스 판례 등과 그 내용이 매우 유사한 것을 알 수 있다[39]. 따라서, 우리나라의 법체계도 도시계획 제한으로 인해 재산권에 대한 침해가 과도하다면 수용에 준하는 것으로 보아야 한다는 국제법상 간접수용과 미국의 규제적 수용과 다를 바 없는 개념을 인식하고 있다.

그러나, 우리나라 헌법 제23조 제3항에서는 보상은 "법률"에 따른다고 되어 있어, 어떤 제한을 보상이 필요한 간접수용 또는 규제적 수용 정도의 침해라고 본다고 하더라도 헌법에 의해 직접적으로 보상을 해야 한다는 점은 인정하지 않고 있다[40]. 따라서, 헌법재판소는 개발제한구역과 장기미집행도시계획시설에 대해 헌법불합치 결정을 내리면서 입법보완을 통해 보상규정을 마련하도록 하였고, 결과적으로 직접적인 보상 대신 매수청구권을 도입하게 된 것이다[41].



〈그림 6〉 한국, 미국, NAFTA의 간접수용 개념의 범위(김지엽(2012), 한미FTA의 간접수용 조항이 부동산법제에 미치는 영향, 「국토」 2012.3월호, p.33)

39) 이에 대해서는 김지엽·정종대(2007), "토지이용규제에 대한 한국과 미국의 비교 연구", 「국토계획」 제42권 제4호 참조

40) 법률상 보상규정이 없는 경우 헌법을 근거로 손실보상을 할 수 있는지에 대한 대표적인 학설로는 1) 헌법에 의한 손실보상 규정은 입법에 대한 방침규정일 뿐이므로 법률상 보상규정이 없다 해도 헌법에 근거하여 보상을 청구할 수 없다는 '방침규정설', 2) 헌법상의 보상규정은 입법을 기속하는 행위이므로 보상규정을 두지 않은 법률은 위헌무효라는 '위헌무효설', 3) 보상은 법률에 직접적인 규정을 요하지 않고 직접 헌법규정에 의해 보상청구권이 발생한다는 '직접효력설', 그리고 4) 보상규정이 없는 경우 헌법 제23조 제1항(재산권보장) 및 제11조(평등원칙)에 근거하고 헌법 제23조 제3항 및 관계규정의 유추해석을 통하여 보상을 청구할 수 있다는 '유추적용설' 등이 있다. 그러나, 이에 대한 관련 판례들

결론적으로 우리나라 법체계는 국제법상 간접수용, 미국의 규제적 수용과 같이 일반적인 도시계획 제한도 어느 정도를 넘어서면 수용과 마찬가지로 보상이 필요한 제한이 될 수 있다는 것을 인정하고 있다. 그러나, 그 "어느 정도"는 특히 미국의 규제적수용 법리와 비교해 본다면 아직 초보적 단계에 있음을 알 수 있다. 또한, 보상 방법에서도 우리나라는 매수청구권 등을 통해 간접적으로 보상을 하고 있어 직접적인 보상이 요구되는 간접수용이나 규제적 수용과 가장 큰 차이를 보이고 있다.

역시 일관된 입장을 보이지 못하고 있다(유인출(2003), "도시계획제한에 따른 사유재산권의 침해와 권리구제에 관한 연구: 개발제한구역을 중심으로", 한남대 박사학위 논문, pp.57-60; 박철곤(2003), "토지소유권 제한의 한계에 관한 사법적 연구", 전주대학교 박사학위 논문. pp.144-145).

41) 이에 대해 경계이론과 분리이론에 관한 논쟁이 있다. 자세한 사항은, 김민호·김지엽(2008), "한미FTA의 간접수용과 한국 손실보상법리의 비교연구,「토지공법연구」제39권, pp.24-26; 정하중(2003), "헌법상의 재산권보장체계에 있어서의 경계이론과 분리이론",「서강법학연구」제5권; 한수웅(1999), "재산권의 내용을 새로이 형성하는 법규정의 헌법적 문제",「저스티스」제32권 2호; 김문현(2004), "재산권의 사회구속성과 공용수용의 체계에 대한 검토: 소위 '분리이론'의 한국헌법상 수용에 대한 평가를 중심으로",「공법연구」제32집 제4호 등 참조

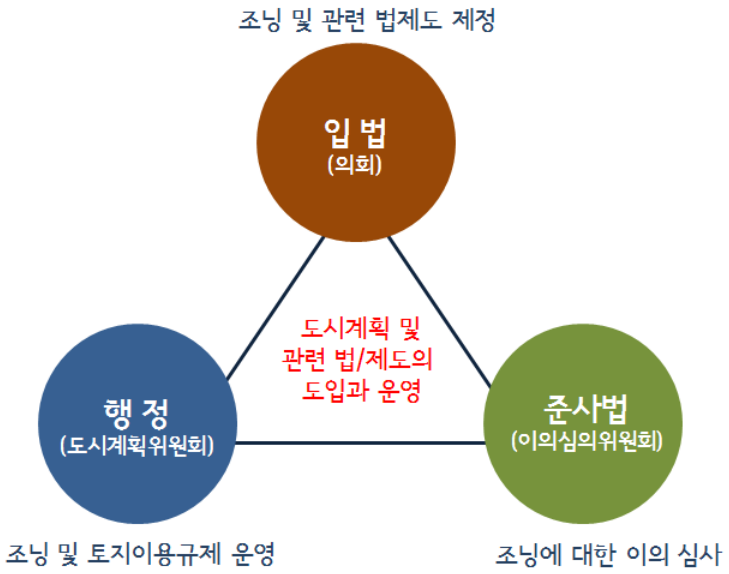
Ⅳ 한국과 미국의 도시계획 관련 법적 원칙과 쟁점 비교

4.1 한국과 미국의 도시계획 체계와 법적 원칙 비교

한국과 미국의 도시계획 체계의 가장 큰 차이점 중 하나는 미국의 경우 주정부로부터 권한을 위임받은 각 지방자치단체가 도시계획 사항을 담당하고 있다는 것이다. 이는 근본적으로 미국 연방헌법 수정조항 제10조에 따라 연방정부가 헌법과 의회에서 위임된 권한을 제외하고 주정부에 개입할 수 없기 때문이다. 따라서, 1916년 뉴욕시가 조닝(Zoning)을 도시계획의 기본 수단으로 도입한 이후 연방정부는 각 지방정부에 조닝의 채택을 장려하기 위해 1922년 '표준주조닝수권법(Standard State Zoning Enabling Act)'과 '표준도시계획수권법(Standard City Planning Enabling Act)'을 제정하였다. 그리고 이를 바탕으로 각 주정부는 각자의 수권법을 제정하여 다시 각 지방정부에게 도시계획에 관한 모든 권한을 위임하게 된 것이다. 이에 따라, 각 지방정부는 자신들의 상황에 맞게 조닝법을 제정하고 이를 운영하기 위한 입법, 행정, 준사법기관의 체계를 구축하게 된다.

이처럼 우리나라와 미국의 도시계획 권한 체계와 역사적 발전 배경에는 차이가 있다[42]. 그러나, 우리나라와 미국 모두 도시계획의 가장 궁극적인 목적이 공공복리의 실현이므로 이를 위해 국가의 규제권(Police Power)를 활용하여 개인의 재산권에 제한을 가할 수 있는 법적 권한이 폭넓게 인정된다. 우리나라는 헌법 제23조 제1항에 의해 재산권에 대한 내용과 한계를 법률로 정할 수 있도록 하고 있고 제3항에서는 공공필요를 위해 개인의 토지재산권을 수용하거나 사용할 수 있는 근거를 제공하고 있으며, 헌법 제122

42) 김지엽·정종대(2007) 참조.



〈그림 7〉 미국의 기본적인 도시계획 관련 체계

조에서는 국토의 효율적 이용과 개발, 보전을 위해 재산권에 대한 제한과 의무를 부과할 수 있다는 것을 다시 한 번 강조하고 있다. 한편, 미국의 각 주정부는 공공의 건강, 안전, 복지 등 공공복리를 위한 법과 규제 등을 도입할 수 있는 규제권(Police Power)과 공공의 목적을 위해 토지를 수용할 수 있는 수용권(Eminent Domain)이 보통법(Common Law) 상에서 인정되어 오고 있다[43].

또한, 우리나라와 미국은 도시계획 관련 법과 제도를 제정하고 운영할 때 기본적으로 요구되는 법적 원칙들이 매우 유사하다. 먼저, 우리나라는 개인의 기본권을 침해할 수 있는 입법 시 헌법37조 제2항에 근거하여 비례의 원칙을 준수하여야 한다. 비례의 원칙은 개인의 기본권을 제약하는 입법의 목적이 정당해야 하며, 그 목적을 달성하기 위해 도입된 수단이 적절해야 하고, 그 수단이 침해받는 개인의 기본권에 대한 피해를 최소화하여야 하며, 기본권의 제한으로 인한 사익의 침해와 해당 입법을 통해 얻고자 하는 공익 사이의 균형이 있어야 할 것을 요구한다[44]. 헌법재판소의 개발제한구역에 대한 헌법불합치 결정에서도 “실질적으로 토지의 사용, 수익권이 폐지되는 경우에 아무런 보상

43) Nolon(2007), 전게서, p.827.

44) 권영성(1982), 「헌법학 원론」. 법문사, pp.352-353.

없이 이를 감수하는 것은 비례성의 원칙에 위반되어 토지소유자의 재산권을 과도하게 침해"한다고 하여 비례의 원칙을 중요한 판단기준으로 활용하였다. 미국에서도 연방헌법 수정조항 제5조와 제14조에 따라 개인의 기본권을 침해할 수 있는 입법은 "적법절차(Due Process)"를 따라야 하는데, 여기서 적법절차의 의미는 적법한 과정뿐 아니라 해당 법의 목적이 정당해야 하고 채택된 방법이 이 목적을 달성하기 위한 필수적 수단이어야 한다는 것을 의미한다. 더불어, 미국과 우리나라에서 기부채납을 요구할 때에도 이 비례의 원칙이 공통적으로 요구된다. 그러나 미국은 일반적인 비례의 원칙에서 한 단계 더 발전하여 Dolan 판례를 통해 기부채납의 양과 그고 인한 효과 사이에 대략적인 비례관계가 있어야 한다는 '대략적 비례 기준(Rough Proportionality Test)'을 도입하였다.

미국에서도 기부채납이나 개발영향부담금(Development Impact Fee) 등의 강제징수(Exaction)는 개발행위를 통해 공공성을 확보하는 가장 기본적인 수단이다. 이러한 강제징수를 개발행위의 허가를 조건으로 요구하는 경우에도 우리나라의 기부채납을 위한 부관의 기본원칙인 '부당결부금지의 원칙'과 마찬가지로 Nollan 판례에서 도입된 "필수적 연관 기준(Essential Nexus Test)", 즉, 요구되는 기부채납 등은 해당 개발행위와 직접적인 관련이 있어야 한다. 이를 통해 보면, 일반적인 도시계획 관련 법과 규제를 도입할 때 우리나라와 미국의 기본적인 법적 원칙은 거의 유사하다고 할 수 있다.

그러나, 우리나라의 신뢰보호의 원칙과 유사한 미국의 "확정된 권리(Vested Rights)"는 오히려 우리보다 공공의 규제권에 더욱 무게를 두고 있다. 예를 들어, 우리나라에서는 건축허가를 받기 이전이라도 행정청이 준 건축허가에 대한 긍정적 답변을 믿고 건축

〈그림 8〉 한국과 미국의 도시계획 관련 주요 법적 원칙 비교

허가를 진행하였다면 이는 신뢰보호의 원칙에 따라 보호될 수 있다. 그러나, 미국에서는 비록 건축허가를 받았다 할지라도 “확정된 권리”가 인정되는 시점 이전이라면 자유롭게 도시계획 변경을 통해 해당 건축허가를 취소할 수도 있다. 이러한 확정된 권리의 시점은 주마다 다르지만, 예를 들어 뉴욕주는 건축허가를 취득한 이후 실제 공사를 위한 터파기가 시작되었다면 이를 권리가 확대된 시점으로 본다. 이를 통해 본다면 오히려 미국이 우리나라보다 공공의 도시계획 관련 권한을 더욱 강하게 인정해 주는 부분도 있다고 볼 수 있다.

4.2 한국과 미국의 도시계획 관련 주요 법적 쟁점

1) 미국의 도시계획 관련 주요 법적 쟁점

미국의 도시계획 관련 소송에서 주요 법적 쟁점은 크게 다섯 가지로 요약할 수 있다[45]. 1) 해당 도시계획 관련 법과 규제가 해당 정부에 주어진 법적 권한을 벗어난 월권행위가 아닌지(Ultra Vires), 2) 해당 법과 규제를 제정하는 과정에서 절차상 문제가 없으

〈그림 9〉 미국 도시계획 관련 주요 법적 쟁점

45) 김지엽(2010), “미국 토지이용계획 및 규제 체계와 주요 법적 쟁점”, 「토지공법연구」 제50집, p.16.

며, 정당한 목적과 채택된 수단이 적절한지(Due Process), 3) 규제적 수용(Regulatory Taking)에 해당하지 않는지, 4) 연방헌법 수정조항 제1조에서 보장하고 있는 표현 및 종교의 자유를 침해하지 않았는지, 그리고 5) 연방헌법 수정조항 제14조에 의한 평등권을 침해하지 않았는지가 그것이다. 어느 법적 쟁점이 이슈가 되든지 미국 법원은 도시계획 관련 사항을 판단 시 기본적으로 해당 도시계획 법과 규제를 도입하고 운영하는 행정부의 재량과 권한을 최대한 존중하고 있다.

무엇보다, 도시계획뿐 아니라 미국에서 행정행위의 가장 기본적인 법적 요건은 해당 법이나 규제 또는 이를 집행하는 행정행위가 "임의적이고 비합리적(arbitrary and capricious)"이지 않아야 한다는 것이다. 이를 판단하기 위해 미국 법원은 "실질적인 증거(substantial evidence)"를 바탕으로 "합리성(reasonableness)"을 고려하며, 관련 법의 해석 시 행정기관의 재량적 판단을 최대한 존중한다[46]. 만약 쟁점 사안이 "임의적이고 비합리적(arbitrary and capricious)"이라고 생각된다면, 이는 해당 정부에 주어진 권한을 넘는 월권행위(ultra vires)로 보아 위법한 것으로 판단한다. 일반적으로 도시계획과 관련하여 해당 법이나 규제, 행정행위가 월권행위인지를 판단할 때 가장 기본적인 요인은 해당 사안이 종합계획(Comprehensive Plan)이나 기본계획 등 상위계획에 부합하는가 하는 것이다[47]. 예를 들어, 전체적인 종합계획 또는 기본계획 없이 용도지역을 지정하거나 변경한다면 이는 합리성이 결여된 것으로 볼 수 있다. 따라서, 미국에서 계획의 정합성과 도시계획 관련 행정행위의 합리성이 도시계획을 위한 가장 기본적인 법적 요건이라고 볼 수 있다.

이처럼 미국의 도시계획 관련 소송에서는 도시계획이 갖추어야 할 헌법적 요건과 합리적인 행정상 과정 및 판단의 근거가 주요 법적 쟁점으로 다루어지고 있다.

---

46) Chevron U.S.A. v. NRDC, 467 U.S. 837 (1984).

47) 모든 지방정부가 종합계획을 필수적으로 갖추고 있는 것은 아니다. 주정부에 따라 별도의 종합계획을 법적으로 요구하는 곳도 있고 조닝 자체를 종합계획으로 보는 곳도 있다. 자세한 내용은 김지엽(2010), 전게서, pp.17-18 참조

2) 한국의 도시계획 관련 주요 법적 쟁점

우리나라에서 도시계획은 도시 내 합리적인 토지이용을 위해 대상지역에 대한 용도지역 등 법적 성격을 확정하고, 도시계획시설과 건축단위를 정하며, 건축단위별 건축의 허용성과 건축허가요건을 정하는 행정계획으로 정의될 수 있다[48]. 이러한 행정계획은 행정행위를 통해 실행되게 된다.

그리고 도시계획과 관련된 주요 법적 쟁점은 손실보상법리를 인정한 헌법 제23조 제3항에 따른 보상이 필요한 제한인지, 도시계획 등 행정계획의 처분성을 인정하여 그 자체가 취소소송의 대상이 될 수 있는지[49], 도시계획 변경 등을 청구할 수 있는 국민의 권리가 인정될 수 있는지, 도시계획의 위법성은 무엇인지 등이다[50].

먼저, 헌법 제23조에 근거하여 해당 도시계획 관련 제한이 헌법에서 보장하고 있는 재산권에 대한 침해가 위헌적인지 또는 보상이 요구되는 공용제한인지에 관한 소송은 1998년 개발제한구역 판례 이후로 꾸준히 제기되어 오고 있다. 특히, 2003년 무상귀속에 대한 헌법재판소의 판결에서 위헌결정을 내릴 수 있는 정족수인 6명에 미달되어 합헌결정이 내려지기는 했지만, 5명의 재판관이 위헌의견을 제시하였다. 그 주요 내용을 보면 무상귀속은 “비례의 원칙에서 요구되는 피해의 최소성 및 법익의 균형성 원칙에 위배되며, 기부채납의 부관이나 당사자 간의 약정의 존재가 불분명한 경우와 무상귀속이 당사자에게 가혹한 조건이 될 수 있는 경우에도 일률적으로 무상귀속을 정하고 있어 사후구제를 사실상 봉쇄“하고 있고, 무상귀속 자체가 ”소유권의 박탈이므로 전형적인 수용에 해당한다고 보아야 하며, 이를 무상으로 함은 보상없는 수용을 금지한 헌법에 정면으로 위반”한다는 것이었다[51]. 2012년 현재까지 도시계획 관련 법과 규제가 보상이 필요한 공용제한으로 인정된 경우는 개발제한구역과 10년 장기미집행 도시계획시설밖에 없는

---

48) 김종보(2008), 「건설법의 이해」, 박영사, p.187.

49) 처분성이란 행정소송에서 본안판결을 받기 위해 요구되는 대상으로서 적격에 대한 소송요건이다. 행정소송법 제4조제1호는 행정청의 위법한 처분 등을 취소 또는 변경하는 소송을 취소소송으로 정의하고, 처분 등의 취소를 구할 법률상 이익이 있을 것과 실질적으로 처분 등 취소에 의해 법률상 이익이 회복될 수 있어야 할 것을 요구하고 있다.

50) 김종보(2008), 전게서, p.541.

51) 헌재 2003.08.21, 2000헌가11.

상황이지만, 앞으로 개인의 재산권 보장에 대한 요구가 높아짐에 따라 유사한 소송들이 계속되면서 공용제한의 기준이 되는 수인한도에 대한 범위도 확대될 것으로 예상된다.

또한, 우리나라는 환지계획을 제외하고 개발법상 행정계획, 도시계획시설의 실시계획, 관리처분계획, 도시계획에 관해 처분성을 인정해 오고 있다[52]. 특히, 용도지역 변경에 대한 취소소송에서 대법원은 "도시계획 용도지역을 일반주거지역에서 전용주거지역으로 변경한 '처분'은 다툼의 대상이 되지만 그 행사에 재량권 남용의 위법이 없다."고 하여 용도지역 변경 그 자체에서도 일반시민들의 처분성을 인정하고 있다[53]. 아울러 도시계획에 대해 광범위하게 형성의 자유를 인정하여 그 범위에서는 사법심사를 제외하고 있지만, 공익 및 사익 상호 간의 비교교량을 통한 이익형량을 실행하지 않았거나, 이익형량을 한 경우에라도 "정당성과 객관성이 결여된 경우"라고 판단된다면 위법한 행정계획 결정으로 본다[54]. 그리고 도시계획의 변경을 요청하는 신청권에 대해서는 일반적으로 인정하고 있지 않지만, 예외적으로 해당 도시계획에 대한 변경의 거부가 "실질적으로 당해 행정처분 자체를 거부하는 결과가 되는 경우"에는 이를 인정하는 판결도 있다[55].

따라서, 우리나라도 일반 시민에게 환지계획을 제외하고 도시계획 등 행정계획에 대한 소송권한을 부여하고 있으나, 미국과 유사하게 도시계획을 수립하고 이를 실행하는 행정의 재량을 광범위하게 인정하고 있고, 그 위법성을 판단하는 가장 중요한 기준은 해당 행위의 합리성이라고 볼 수 있다.

---

52) 김종보(2008), 전게서, pp.549-552.

53) 대법원 선고 95주3831

54) 대법원 2007.4.12. 선고 2005두1893 판결 <원지동 추모공원 사건>.

55) 대법원 2003.9.23. 선고 2003두1806 판결 <국토이용계획 변경승인거부 처분 소송>.

V 시사점

5.1 간접수용에 대한 도시계획 관련 법·제도 검토

한미FTA에서 우리나라 도시계획 분야와 가장 관계가 있는 내용은 Chapter 11에 의한 투자자 보호조항 중 '수용과 보상'이며, 이 중 간접수용은 우리의 법체계와 가장 직접적으로 마찰이 예상되는 부분이다. 따라서, 무엇보다 핵심적인 쟁점은 우리나라 도시계획 관련 법과 제도, 규제들 중 한미FTA의 간접수용에 해당하는 것이 있는지가 될 것이다.

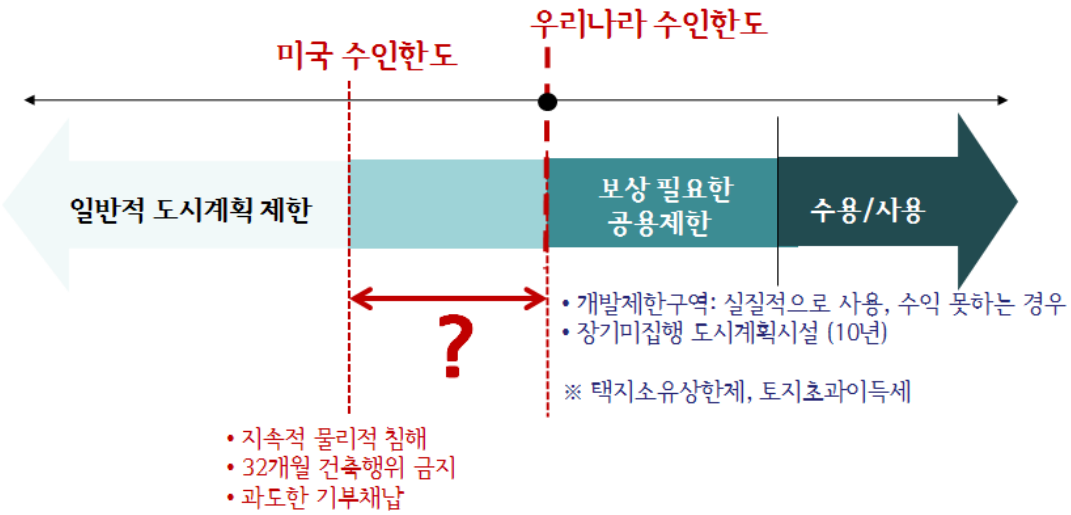
우선, 부속서 11-B의 3(b)항과 3(a)(iii)의 "정부규제의 성격(the character of the government action)"에 의하면, 합법적인 공공의 목적을 가지고 있는 비차별적인 도시계획 관련 규제들은 간접수용에 해당하지 않아야 한다. 물론 이러한 요건은 우리나라에서도 입법의 원칙으로 가장 기본적으로 요구되는 것이다. 또한, 기존의 규제들은 투자자가 미리 인지하여야 하기 때문에 3(a)(ii)의 "합리적 투자기대(reasonable investment-backed expectations)" 조건을 충족하지 못하여 간접수용에 해당하지 않음을 알 수 있다.

그렇다면, 문제는 비록 합법적인 목적을 가지고 있는 정당한 규제라 할지라도 3(b)에서 명시하고 있는 "극히 드문 경우(rare circumstances)"에 해당하는지가 관건이 된다. "극히 드문 경우(rare circumstances)"란 "해당 규제가 극단적으로 심하거나 그 목적 또는 효과와 비례하지 않는 경우(such as, for example, when a measure or series of measures is extremely severe or disproportionate in light of its purpose or effect)"로 정의되고 있으며, 3(a)(iii)에서 명시하고 있는 "특별한 희생"을 특정한 투자자 또는 투자에 부과하는 경우도 "극히 드문 경우(rare circumstances)"에 해당한다고 볼 수 있다.

이러한 원칙은 물론 우리나라에서도 입법과정에서 중요하게 적용된다. 즉, 헌법 제37

조 제2항에 근거한 '비례의 원칙'은 국민의 권리를 제한하는 입법 시 '목적의 정당성', '방법의 적정성', '피해의 최소성', '추구하고자 하는 공익과 침해되는 사익 사이의 균형'을 요구한다. 따라서, 우리나라에서도 정당한 법의 목적 실현을 위해 도입된 수단이 목적달성에 비해 과도하다고 판단되거나, 제한되는 재산권에 대한 침해가 "특별한 희생"의 정도에 해당한다면 이는 위헌적인 법 또는 규제로 인정된다. 그러나, 같은 질문에 대해 우리나라와 국제법, 또는 미국법에서 인정되는 "과도"하다고 판단되는 정도가 다르다.

지금까지 우리나라 도시계획 관련 법과 규제에서 재산권 침해 정도가 매우 심각하여 특별한 희생, 즉 개인이 감내할 수 있는 수인한도를 넘는 경우로 인정된 것은 개발제한구역과 장기미집행 도시계획시설이었다. 그러나, 미국은 살펴본 바와 같이 그동안 규제적 수용 판례들을 통해 우리보다 엄격한 기준을 사용하고 있다. 예를 들어, 미국법은 토지의 사용이 100% 제한된 경우(Lucas 판례)뿐 아니라 과도한 기부채납의 경우(Dolan 판례)도 보상이 필요한 규제적 수용으로 인정하고 있다. 그리고, 미국은 기부채납이나 개발영향부담금 등 '강제징수(exaction)'에 대한 규제적 수용을 판단할 때 우리나라에서 기부채납을 위한 부관의 부과에 적용되는 '부당결부금지의 원칙'과 유사한 '필수적 연관(essential nexus)' 기준뿐 아니라, 해당 강제징수와 개발행위 사이에 해당 기부채납 등으로 얻는 공공의 효과가 개발행위로 인한 효과에 대해 대략적 비율이 있는지를 판단하는 '대략적 비례(rough proportionality)' 기준도 도입하여 활용하고 있다. 또한, 우리나라는



〈그림 10〉 미국 규제적 수용과 우리나라 공용제한 비교

10년이 경과된 장기미집행 도시계획시설에 한하여 수인한도를 넘어선 보상이 필요한 공용제한으로 인정하였지만, 미국은 32개월의 일시적인 건축행위 금지도 규제적 수용으로 인정하여 “특별한 희생”으로 인정되는 기간이 훨씬 짧은 것을 알 수 있다.

이처럼 우리나라에서 “특별한 희생”으로 인정되어 공용제한, 즉 간접수용으로 인정되는 범위는 미국 규제적 수용 법리에 비하면 아직 초보적인 단계에 있다는 것을 알 수 있다. 따라서 “극히 드문 경우(rare circumstances)”에 해당할 수 있는 우리나라의 용도지역, 지구, 구역 등에 의한 재산권 제한의 정도, 기부채납이나 무상귀속 등 개발에 따른 공공성 확보 제도에 대한 보다 면밀한 검토와 적용이 요구된다. 특히, 무상귀속은 이미 2003년 헌법재판소에서도 5명의 헌법재판관이 수인한도를 넘는 과도한 제한이라는 위헌의견을 제시한 바 있기 때문에, 이에 대한 점검도 필요하다고 판단된다.

5.2 손실보상법리와 보상제도에 대한 점검

간접수용 개념은 우리나라 법체계에 전혀 이질적인 것이 아니다. 우리나라도 손실보상법리를 통해 합법적인 도시계획 제한도 어느 정도를 넘어선다면 보상이 필요한 “공용제한”으로 인정하고 있기 때문이다. 그러나, 간접수용 또는 미국의 규제적 수용과 가장 다른 점은 아직까지 우리나라에서는 헌법을 바탕으로 직접보상을 인정하고 있지 않다는 점이다. 즉, 공용제한으로 인정된다 할지라도 보상은 입법보완 등을 통해 이루어지고 있다. 따라서, 우리나라에서 한미FTA에 의한 간접수용이 적용된다면 우리나라 손실보상법리에 대한 점검이 필요하다.

만약 우리도 간접수용과 마찬가지로 공용제한 발생 시 헌법을 바탕으로 즉각적인 보상을 인정한다면, 손실보상법리에 대한 재정의와 함께 관련 법제의 개편이 필요할 것이다. 그러나, 기존 손실보상의 방법을 유지한다면 우리나라 국민과 달리 미국 투자자에 대한 별도의 손실보상 원칙이 마련되어야 할 것이다. 특히, 우리나라에서는 보상의 방법으로 현금보상뿐 아니라 채권보상, 환지, 대토보상, 현물보상, 그리고 매수청구권 등 다양한 방법들이 활용되고 있으나, 한미FTA는 보상이 필요하다면 “지체없이 지불(be paid without delay)”되어야 하고, “완전히 가치가 실현될 수 있고 자유롭게 이전할 수 있어야

(be fully realizable and freely transferable)" 한다고 되어 있기 때문에 미국 투자자들을 대상으로 한 보상방법이 고려되어야 할 것이다.

5.3 도시계획 체계와 절차에서 합리성과 투명성 제고

우리나라와 미국의 도시계획 체계와 주요 법적 쟁점 비교를 통해 살펴보았듯이 근본적인 법적 개념과 원칙에는 커다란 차이가 없다. 또한, 일부에서 우려하듯이 우리나라가 미국보다 도시계획 제한이 더 엄격하지도 않다.

다만, 도시계획 관련 법과 규제의 위법성을 판단하는 공통적인 기준이라고 할 수 있는 "합리성(Reasonableness)"의 판단에서 미국이 우리나라보다 더 엄격하다고 볼 수 있다. 또한, 도시계획 관련 절차에서도 미국은 1970년대부터 뉴욕시의 '표준토지이용심의절차(Uniform Land Use Review Process)'와 같이 주민참여를 바탕으로 한 투명하고 공정한 절차를 발전시켜 왔다.

이에 비해, 우리나라는 도시계획 체계의 발전에서 공공의 목적과 민간의 재산권 보호라는 가장 기본적인 법적 고려사항조차 1998년 헌법재판소의 개발제한구역 판례를 통해 뒤늦게 논의되기 시작하였으며, 용도지역 변경이나 도시계획 시설 결정과 폐지 등 중요한 도시계획 체계가 공공주도의 상향식 체계를 크게 벗어나지 못함에 따라 절차상 객관성과 투명성이 미국에 비해 미흡하다고 볼 수 있다. 다행히 최근 우리나라도 도시계획의 패러다임 변화 요구에 따라 서울시가 사전협상제도 도입 등을 통해 주민에게 용도지역을 발의할 수 있는 권한을 부여하고, 용도지역 변경이나 도시계획시설 폐지 등에서 좀 더 투명하고 공정한 절차를 도입하고자 노력하고 있다[56]. 또한, 도시계획 관련 사안들에 대한 처분성이 확대되어 인정되어 오고 있으며, 지구단위계획이 계약상 조건으로 인식되어 목적물에 하자가 있다며 법적 쟁점, 즉 소송의 대상이 되는 사례도 나타나고 있다[57]. 이처럼, 우리나라도 재산권에 대한 인식 강화, 도시계획에 대한 주민참여 요구

56) 이를 위해 국토의계획및이용에관한법률과 시행령 개정이 이루어져 2012년 4월 21일부터 발효됨.
57) 인천영종신도시 사례

증대, 기존의 상향식 도시계획 절차에 대한 변화 요구 등에 따라 도시계획 체계와 절차가 보다 합리성과 투명성을 담보할 수 있는 방향으로 발전하고 있음은 확실해 보인다.

그러나, 아직도 우리 스스로가 판단해도 법적으로 미흡한 도시계획 관련 규제나 제도, 공정하고 투명하지 못한 도시계획 관련 절차 등이 존재한다고 가정할 때, 지금까지는 국내적 관행이나 관습으로 덮을 수 있는 문제들도 한미FTA가 적용된다면 국제적, 또는 미국적 관점에서 같은 사안에 대해 보다 엄격한 잣대가 적용될 것임을 인식해야 할 것이다.

Ⅵ 결 론

살펴본 바와 같이 한미FTA의 간접수용은 우리나라 법체계에서 전혀 이질적인 것은 아니며, 우리나라의 도시계획 관련 규제가 미국보다 심한 것도 아니다. 또한, 우려한 바와 같이 ISD와 간접수용 조항에 의해 우리나라 도시계획 관련 법과 규제, 관련 행정행위들이 소송의 대상이 되기는 쉽지 않을 것이다. 특히 최근 국가의 정당한 규제권을 강조하고 있는 국제법이 간접수용 해석의 경향을 보임에 따라 해당 사안들에 대한 간접수용이 인정되기는 더욱 쉽지 않을 것이다.

그러나, 분명 한미FTA에 따른 국제적 관점에서 본다면 우리나라의 도시계획 체계와 절차에 대한 문제점들이 존재하고 있으며, 이는 곧 우리 시스템 자체의 문제로 귀결된다. 즉, 지금까지는 법적이나 절차적으로 문제가 있는 도시계획 관련 법과 규제가 국내에서는 비록 용인되어 왔다 할지라도, 같은 사안들에 대해 한미FTA에 의해 보호를 받는 미국 투자자들에게는 쉽게 받아들여질 수 없을 것이다. 무엇보다 ISD에 의해 국가를 상대로 소송할 수 있는 길을 열어 두었기 때문에, 사안에 따라 우리나라 도시계획 관련 법과 제도, 규제들이 소송의 대상이 될 수 있는 가능성은 얼마든지 존재하는 것이다.

따라서, 한미FTA 시대에 우리나라의 도시계획 체계는 법적 기반을 더욱 명확하게 구축하고, 절차의 투명성과 공정성을 확보해 나가는 것이 무엇보다 시급하다. 또한, 현재 우리나라의 체계로는 수용 또는 간접수용 등에 따른 보상의 기준이나 방법에서 내국민에 비해 미국 투자자들에게 유리한 상황이 발생할 수 있기 때문에 이에 대한 법·제도적 대응이 필요하며, 다른 한편으로는 이 같은 상황을 악용할 수 있는 가능성에 대한 대비책도 함께 고려되어야 할 것이다.

참고문헌

김종보, 2005,「건축행정법」, 학우출판사.

김민호・김지엽, 2008, “한미FTA의 간접수용과 한국 손실보상법리의 비교 연구”,「토지공법」제39집.

김종보, 1999, “계획제한과 손실보상논의의 재검토”,「부동산 법학」, 1999.2.

김지엽・정종대, 2007, “토지이용규제에 대한 한국과 미국의 비교 연구 - 헌법의 재산권 보장 관점을 중심으로”,「국토계획」제42권 4호.

정하중, 2003, “헌법상의 재산권보장체계에 있어서의 경계이론과 분리이론”,「서강법학연구」제5권.

김지엽, 2012, “한미FTA의 간접수용 조항이 부동산법제에 미치는 영향”,「국토」2012.3월호

김영혜, 2004, “토지이용규제법제에 관한 연구”, 원광대 박사학위 논문.

박산순, 2001, “WTO 협정의 국내법적 지위: 국내법에 직접적으로 반영되지 않은 WTO 규정은 국내법상 효력을 갖는가?”, 고대 석사학위 논문.

박영주, 2005, “토지재산권 침해에 따른 손실보상에 대한 연구: 토지보사법의 운영실태와 개선방안을 중심으로”, 경원대 석사학위 논문.

박철곤, 2003, “토지소유권 제한의 한계에 관한 사법적 연구”, 전주대 박사학위 논문.

서용태, 2003, “헌법상 손실보상청구의 내용과 한계: 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률을 중심으로”, 부경대 석사학위 논문.

유인출, 2003, “도시계획제한에 따른 사유재산권의 침해와 권리구제에 관한 연구: 개발제한구역을 중심으로”, 한남대 박사학위 논문.

이재윤, 2005, “손실보상제도의 개선방안에 관한 연구”, 단국대 석사학위 논문.

홍선기, 2005, “자유무역협정(FTA)에 관한 헌법적 고찰: 한·칠레 자유무역협정을 중심으로”, 동국대 석사학위 논문.

Ackerman, Bruce, 1996, “Is NAFTA Constitutional?”, *Harvard Law Review*, vol.108.

Aldrich, George H., 1994, “What Constitutes a Compensable Taking of Property?: The Decisions of the Iran-United States Tribunal”, *Am. J. International Law*, vol.88.

Allahyar, Mouri, 1994, “The International Law of Expropriation as Reflected in the Work of the Iran-U.S. Claims”, *Tribunal*, vol.70.

Amirfar, Catherine M. & Dreyer, Elyse M., 2007, “Thirteen Years of NAFTA’s Chapter 11: The Criticisms, The Unites States’s Responses, and Lessons Learned”, *New York International Law Review*, vol.20.

Anderson, Amy K., 2006, “Individual Rights and Investor Protections in a Trade Regime: NAFTA and CAFTA”, *Washington and Lee Law Review*, vol.63.

Been, Vicki & Beauvais, Joel C., 2003, “The Global Fifth Amendment? NAFTA’s Investment Protections And The Misguided Quest For An International Regulatory Takings Doctrine”, N.Y.U. L.aw Review, vol.78

Christie, George C., 1982, “What Constitutes a Taking of Property Under International Law?”, *Brit. Y.B. Int’l Law*, vol.38.

Edsall, Rachel D., 2006, “Indirect Expropriation Under NAFTA and DR-CAFTA: Potential Inconsistencies in the Treatment of State Public Welfare Regulations”, *Boston University Law Review*, vol.86.

Henckels, Caroline, 2012, “Indirect Expropriation and the Right to Regulate: Revisiting Proportionality Analysis and the Standard of Review in Investor-State Arbitration”, *Journal of International Economic Law*, vol.15.

Mouri, Allahyar, 1994, “The International Law of Expropriation as Reflected in the Work of the Iran-U.S. Claims”, *Tribunal*, vol.70.

Muse-Fisher, Michael, 2007, “CAFTA-DR and the Iterative Process of Bilateral Investment Treaty Making: Towards a United States Takings Framework for Analyzing International Expropriation Claims”, *Pacific McGeorge Global Business & Development Law Journal*, vol.19.

Nolon, John R. & Gitelman, Norton, et al., 2004, Land Use: Cases and Materials, 6th Edition, New York: West Group.

Nolon, John R., 2007, “Historical Overview of the American Land Use System: A Diagnostic Approach to Evaluating Governmental Land Use Control”, *Pace Environmental Law Review* (2007 Special Edition).

Parisi, Michael G., 2005, “Moving toward Transparency? An Examination of Regulatory Takings in International Law”, *Emory International Law Review*, vol.10.

Sampliner, Gary, 2003, “Arbitration of Expropriation Cases Under U.S. Investment Treaties: A Threat to Democracy or the Dog that Didn't Bite?”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol.18.

Sheppard, Benjamin H. & et al., 2005, “International Commercial Dispute Resolution”, *International Law*, vol. 39.

Stanley, Jon A., 2001, “Keeping Big Brother Out of Our Backyard: Regulatory Takings as Defined in International Law and Compared to American Fifth Amendment Jurisprudence”, *Emory International Law Review*, vol. 15.

Vesel, Scott, 2007, “Clearing a Path through a Tangled Jurisprudence: Most-Favored-Nation Clause and Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties”, *Yale Journal of International Law*, vol.32.

Wagner, Martin. J., 1999, “International Investment, Expropriation and Environmental Protection”, *Golden Gate Univ. Law Review*, vol.29.

Weston, Burns H., 1976, “Constructive Takings Under International Law: A Modest Foray into the Problem of ‘Creeping Expropriation’ ”, *Virginia Journal of International Law*, vol.16.

Yoo, John C., 2001, “The Constitutionality of Congressional Executive Agreements”, *Michigan Law Review*, vol 99.

〈한국 판례〉

헌법재판소 1998.12.24. 89헌마214. 90헌바16. 97헌바78병합 (도시계획법 제21조에 대한 위헌소원)

헌법재판소 1999.10.26. 97헌바26 (장기미집행 도시계획시설에 대한 보상을 위한 입법개선 촉구)

헌법재판소 1999.4.29. 94헌바37 외 66건(병합) (택지소유상한에관한법률 제2조 제1호 나목 등 위헌소원)

헌법재판소 1997.6.26. 92헌바5

헌법재판소 1996.8.29 선고 96헌바36 결정

헌법재판소 2000.7.20 선고 99헌마452 결정

대법원 1990.5.8. 선고 89부2 결정; 1992.11.24. 선고 92부14 판결

서울고법 1996.10.15. 선고 96나7801 판결

〈미국 판례〉

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

Lingle v. Chevron U.S.A. Inc., 544 U.S. 528 (2005)

Loretto v. Teleprompter Manhattan, 458 U.S. 419 (1982)

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

Missouri v. Holland, 252 U.S. 416 (1920)

Nollan v. California Coastal Community, 483 U.S. 825 (1987)

Penn Central Transportation Co. v. New York City, 438 U.S. 104 (1978)

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

Tahoe-Sierra Preservation Council, Inc. v. Tahoe Regional Planning Agency, 535 U.S. 302 (2002)

〈국제 판례〉

Metalclad Corp. v. United Mexican States, Award P 103 (ICSID (Additional Facility) Case No. ARB(AF)/97/1, Aug. 30, 2000), 16 ICSID Rev. - Foreign Inv. L.J. 168

Feldman v. Mexico, Award, (NAFTA Trib. 2002)

Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, 43 I.L.M. 133(2004)

MTD Equity Sdn. Bhd. v. Chile, ICSID Case No. ARB/01/7

Ethyl Corp. v. Canada, Statement of Claim (Oct. 2, 1997)

Pope & Talbot v. Canada, Statement of Defense, PP 155-56 (NAFTA Ch. 11 Arb. Trib. Oct. 8, 1999

S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada

Methanex Corp. v. United States, 44 I.L.M. 1345 (NAFTA Ch.11 Arb. Trib. 2005)
Ukr., Inc. v. Ukr., ICSID (W. Bank) ARB/00/9 (2003) (Award)

〈웹사이트〉

http://www.fta.go.kr/user/index.asp
http://www.moct.go.ke/
http://www.worldbank.org/
http://www.uncitral.org/
http://www.state.gov/
http://www.export.gov/fta/
http://www.ustr.gov/Trade_Agreements/Section_Index.html
http://www.unctad.org/Templates/StartPage.asp?intItemID=2068

Working Paper
2011-OR-06

한미FTA의 간접수용 조항과 도시계획 분야를 위한 시사점

발 행 인 이 창 현

발 행 일 2012년 5월 15일

발 행 처 서울시정개발연구원

137-071 서울시 서초구 남부순환로 340길 57

전화 (02)2149-1234 팩스 (02)2149-1025

본 출판물의 판권은 서울시정개발연구원에 속합니다.