公共信託理論과 한국에서의 適用可能性

趙 弘 植(서울대 법대 전임강사)

序 論

우리 나라의 국토에는 우리 國民이 속해 있는 공동체의 존속과 발전에 필수적인 여러 가지 귀중한 자연자원이 곳곳에 퍼져 있다. 이러한 자연자원의 이용과 개발은 원칙적으로 그 所有權者의 — 개인이건 정부이건 관계없이 — 意思에 달려 있다고 하겠으나, 所有權者는 그 자연자원을 혼자서가 아니라 다른 사람과 공동생활을 하는 속에서 지배하고 그 지배하는 방식에 따라 공동체의 환경에 영향을 끼치는 것이므로 所有權의 행사에는 일정한 제한이 따르는 것이 불가피한 것이다.

그런데, 필자는 이러한 所有權의 制限에 관한 일반적 法原則만으로는 현재 沸騰点을 향하여 치닫고 있는 환경문제를 해결하는 데 한계가 있다고 본다. 所有權의 制限 중 私法상의 制限은 기본적으로 所有權 사이의 균형적 행사를 통하여 특정한 他人의 응축된 法益에 대한 侵害를 막기 위한 것이고,[1] 公法상의 制限은 성장 위주

1) 민법상 상린관계 규정이 그 대표적인 예라 하겠다. 민법 §215~§244 참조.

의 정책 하에서 책정된 行政目標에서 볼 수 있듯이 주로 可視的 경제성과를 목적으로 하거나 그에 따른 弊害를 교정하기 위한 것인 반면, 환경은 이른바 公益의 대명사로서 不特定多數人에게 분산되어 쉽게 感知할 수 없는 不可量의 價値이므로 기존의 所有權制限原理로는 그 보호를 도모하기 힘들기 때문이다.

따라서, 환경보호 및 자연자원의 보전을 위하여는 이제까지 논의된 所有權의 制限에 관한 法原理와 다른 環境法 특유의 法原理가 필요하다고 하겠다.[2] 필자는 이러한 環境法 특유의 法原理의 하나로 공공신탁이론을 소개하고자 한다. 環境法상 "가장 柔軟하고 革新的인 메카니즘 중의 하나"("one of the most flexible and innovative mechanisms of United States environmental law")[3]인 공공신탁이론은 자연자원 중 어떤 것은 共同體의 存續과 繁榮에 必修不可缺한 것이므로 이를 반드시 보호하여야 한다는 평범하지만 우리 사회에 깊이 뿌리박힌 신념에 기초하고 있다. 공공신탁이론은 이러한 신념에 기초하여 공동체의 존속과 번영에 필수적인 자원의 소유자에게 受託者로서의 義務를 부과하여 소위 信託資源들은 일반 國民의 利益을 위하여 그 소유자에게 信託되어 있다고 이론 구성한다.[4] 예를 들면, 國有地인 개펄이 우리 나라 국토의 安定性을 도모하고 생태계의 파괴를 방비하는 데 필수적이라고 판단되면 비록 습지보전법이 國會를 통과하지 않아 개펄을 보호할 實定法이 존재하지 않더라도 소유자인 國家는 위 개펄의 受託者로서 일반 國民을 위하여 이를 보전할 法的 義務를 지게 되어 이 개펄을 농지로 개간하거나 공장

2) 환경에 관한 문제는 公益 대 私有財産權(Public Interest v. Property Right)의 대결로 도식화될 수 있고, 環境法과 政策은 私益 추구본능에 의해 자연스럽게 보호되고 있는 私有財産權의 전횡적 행사에 대하여 어떻게 하면 不特定多數人에게 분산된 不可量의 가치를 보전할 수 있는가에 그 초점을 맞추고 있는 것이다.

3) Ved P. Nanda and William K. Ris, Jr., *The Public Trust Doctrine: A Viable Approach to International Environmental Protection*, 5 ECOLOGY L.Q. 291, 292 (1976).

4) 拙稿, The Public Trust Doctrine and Global Commons, 6 (Unpublished Dissertation, UC Berkeley, 1995).

부지로 사용키 위하여 기초공사를 할 수 없게 되는 것이다.

이 글은 미국법상의 공공신탁이론의 기본적인 골격(fundamental framework)을 찾아 이 理論이 한국에서 창궐하는 환경문제를 극복하는데 유용한 法理論으로 적용될 수 있는지를 살펴보는 데 그 목적이 있다. 제1장에서는 공공신탁이론을 개관하고, 제2장에서는 공공신탁이론이 한국에서 적용될 수 있는 여러 가지 근거, 특히 그 包括性 및 柔軟性으로 인하여 비록 상황이 다른 國家이더라도 적용될 수 있음을 살펴보고, 제3장에서는 우리 나라에 적용될 수 있는 實定法的 根據 및 立法論을 살펴보고, 마지막으로 제4장에서는 우리 나라에 적용되었을 경우 현실적으로 얻을 수 있는 法律的 長處를 살펴보기로 한다.

Ⅰ. 미국의 公共信託理論

A. 序 言

미국에는 51개의 공공신탁이론이 있다는 사실이 시사하듯이,[5] 공공신탁이론은 복잡하고, 다양한 형태로 표현되고 있다.[6] 수많은 학자들이 공공신탁이론을 定義하려고 노력하였지만,[7] 아무도 이 理

5) Charles F. Wilkinson, *The Headwaters of the Public Trust: Some Thoughts on the Source and Scope of the Traditional Doctrine*, 19 ENVTL. L. 425, 426 (1989) ("[t]he federal public trust doctrine announced in Illinois Central. R. R. v. Illinois, 146 U.S. 387 (1892), and the varying, state-law based trust doctrines total 51 separate public trust doctrines").

6) 미국의 각 州의 공공신탁이론을 살펴보기 위해서는 다음과 같은 자료가 있다. Comment, *The Public Trust Doctrine in Wisconsin*, 1 WIS. ENVTL. L.J. 105 (Spring, 1994); F. Lorraine Bodi, *The Public Trust Doctrine in the State of Washington: Does it Make Any Difference to the Public?*, 19 ENVTL. L 645 (1989); Michael B. Huston & Beverly Jane Ard, *The Public Trust Doctrine in Oregon*, 19

論을 包括的으로 파악하였다는 평가를 얻지 못한 이유는 이 理論

ENVTL. L. 623 (1989); Scott W. Reed, *The Public Trust Doctrine in Idaho*, 19 ENVTL. L. 655 (1989); Deborah B. Schmidt, *The Public Trust Doctrine in Montana: Conflict at the Headwaters*, 19 ENVTL. L. 675 (1989); Note, *The Public Trust in Massachusetts Land Law*, 11 B.C. ENVTL. AFF. L. REV. 839 (1984); Comment, *The Emergence of the Public Trust as a Public Right to Environmental Preservation in South Dakota*, 29 S.D. L. REV. 496 (1984) [이하, *The Emergence of the Public Trust*]; Margit Livingston, *Public Access to Virginia's Tidelands: A framework for Analysis of Implied Dedications and Public Prescriptive Rights*, 24 WM. & MARY L. REV. 669 (1982~1983); Note, *A Tidelands Trust for Georgia*, 17 GA. L. REV. 851 (1983); Comment, *The Public Trust Doctrine as a Basis for Environmental Litigation in Louisiana*, 27 LOY. L. REV. 469 (1981); Comment, *The Public Trust Doctrine: A New Approach to Environmentalism*, 81 W. VA. L. REV. 455 (1979); James M. Olson, *The Public Trust Doctrine: Procedural and Substantive Limitations on Governmental Reallocation of Natural Resources in Michigan*, 1975 DET. C.L. REV. 161; Bradford W. Wyche, *Tidelands and the Public Trust: An Application for South Carolina*, 7 ECOLOGY L.Q. 137 (1978); Comment, *The Pennsylvania Public Trust Doctrine: Its Use as a Restraint on Government*, 13 DUQ. L. REV. 551 (1975); Comment, *The Mississippi Public Trust Doctrine: Public and Private Rights in the Coastal Zone*, 46 MISS. L.J. 84 (1975); Comment, *Public Trust as a Constitutional Provision in Montana*, 33 MONT. L. REV. 175 (1975); Leonard R. Jaffee, *The Public Trust Doctrine is Alive and Kicking in New Jersey Tidalwaters: Neptune City v. Avon-by-the-Sea, A Case of Happy Activism*, 14 NAT. RESOURCES J. 309 (1974); Note, *California's Tidelands Trust for Modifiable Public Purposes*, 6 LOY. L.A. L. REV. 485 (1973); Comment, *California Beach Access: The Mexican Law and the Public Trust*, 2 ECOLOGY L.Q. 571 (1972) [이하, *California Beach Access*]; Note, *State Citizen Rights Respecting Greatwater Resource Allocation: From Rome to New Jersey*, 25 RUTGERS L. REV. 571 (1971).
한편, 각 州의 공공신탁이론이 가지고 있는 특성을 살펴보기 위해서는 David B. *Hunter, An Ecological Perspective on Property: A Call for Judicial Protection of the Public Interest in Environmentally Critical Resources*, 12 HARV. ENVTL. L. REV. 311, 369-70 (1988)을 참조.

7) 예를 들면, "[i]n essence, the public trust doctrine commands that the state may not abdicate its duty to preserve and protect the public interest in common natural resources," Gary D. Meyers, *Variation on a Theme: Expanding the Public Trust Doctrine to Include Protection of Wildlife*, 19 ENVTL. L. 723, 734 (1989); the legal theory "[involving] filling or disposition of submerged lands to private or to allegedly inappropriate public uses," Joseph L. Sax, *The Limits of Private Rights in Public Waters*, 19 ENVTL. L. 473 (1989) [이하, *Limits of Private Rights*]; "certain defined property is held by the sovereign in trust for [the benefit] of the public," Nanda & Ris, *supra* 註 3, 296면; a doctrine that "legitimize[s] restrictions that might otherwise be constitutionally dubious," and serves to vindicate "government regulations, in coastal and wetland areas which might otherwise be challenged under the taking clause," FINDLEY & FARBER, ENVIRONMENTAL LAW IN A NUTSHELL 273-96 (1991), 279, 92면; a viable legal theory to "take the government the public guardian of those valuable natural resources which are not capable of self-regeneration and for

자체가 오랜 시간에 걸쳐 진화하여 여러 가지 상황의 환경문제를 처리하는 理論으로 쓰였기 때문이다.[8]

공공신탁이론은 현대 미국법의 발전사에 있어서 논란거리를 가장 많이 제공한 理論 중의 하나로 평가되는데, 그 이유는 크게 두 가지 맥락에서 찾을 수 있다.[9] 첫째, 이 理論은 "再生이 불가능하고 인간이 그 代替物을 만들 수 없는 귀중한 자연자원"을 다루고 있으며,[10] 둘째, 이와 같은 귀중한 자연자원의 소유자(대개는 토지소유

---

which substitutes cannot be made by man," Bernard S. Cohen, *The Constitution, The public Trust Doctrine, and the Environment*, 1970 UTAH L. REV. 388 (1970); "the state as trustee for the public cannot, by acquiesce, abandon the trust property or enable a diversion of it to private ends different from the objects for which the trust was created," State v. Cleveland & P.R.R., 94 Ohio St. 61, 80, 113 N.E. 677, 682 (1916); the public trust doctrine, indeed, "imposes a duty upon the state to protect navigable waters and the lands beneath them for the permanent use of the public, not only for navigation and fishery ··· but for ecosystem protection as well" and subordinate private right involving public trust property to the public trust obligation, Joseph L. Sax, *The Search for Environmental Rights*, 6 J. LAND USE & ENVTL. L. 93 (1990) [이하, *Search for Environmental Rights*].

8) Wilkinson, *supra* 註 5, 426면.

9) *Id.*
사실상 미국에서의 환경법의 발전은 공공신탁이론의 도입으로부터 시작되었다고 하여도 지나친 말이 아니다. Richard J. Lazarus 교수가 지적한대로, Sax 교수가 그의 공공신탁이론에 관한 논문을 쓰고 있을 당시 주된 연방 환경법이나 州환경법의 어느 것도 책에 실리지 않았고 환경보호청(EPA)은 존재하지도 않았다. Richard J. Lazarus, *Changing Conceptions of Property and Sovereignty in Natural Resources: Questioning the Public Trust Doctrine*, 71 IOWA L. REV. 631, 690 (1986).
Joseph L. Sax 교수의 공공신탁에 관한 논문, 즉, Joseph L. Sax, *The Public Trust Doctrine in Natural Resource Law: Effective Judicial Intervention*, 68 MICH. L. REV. 471 (1970) [이하, *Effective Judicial Intervention*으로 줄임]은 1985년을 기준으로 지난 40년동안 가장 자주 인용된 논문들 중 49번째로 순위가 매겨졌다. Fred R. Shapiro, The Most-Cited Law Review Articles, 73 CAL. L REV. 1540, 1551-53(1985). 또한 Sax 교수의 논문은 최소한 33개의 판결에 인용되기도 하였다. Michael C. Blumm, *Public Property and the Democratization of Western Water Law: A Modern View of the Public Trust Doctrine*, 19 ENVTL. L. 573, 574 (1989).

10) Cohen, *supra* 註 7, 388면.
이러한 귀중한 자연자원 중에는 전통적으로 공공신탁이론에 의하여 보호되어 온 해안선·항구·강에서, 근래에 들어와 인정되기 시작한 야생동물·연방정부 소유의 공유지(federal public lands)·식용수(drinking water) 등을 포함하고, 그 범위는 계속 늘어날 것으로 보인다.

자)의 期待利益과 일반 대중의 期待利益(예컨대 江岸이 누구의 소유이든지 강을 자유롭게 航行할 수 있으리라는 기대) 사이에서 균형을 잡기 위해서,[11] 공공신탁이론은 그 소유자에게 그 귀중한 자연자원의 보호자로서 봉사할 受託人으로서의 管理義務를 부과한다는 점이다.[12] 공공신탁이론이 매우 가치있는 자연자원의 所有權에 대한 制限으로 작용하였으니 그 인정 여부 및 범위에 관하여 격론이 벌어지지 않을 수 없었던 것이다.

미국의 공공신탁이론은 그 뿌리를 두고 있는 로마法이나 보통법과 마찬가지로 航行가능한 水域(navigable waters)과 海岸線(shorelines)을 보호하고 관리하기 위하여 시작되었다.[13] 엄청난 면적의 국토를 가진 미국에서 강과 바다는 통상을 수월하게 하고 개척지로의 이민을 가능하게 하며 州들 간에 의사 소통할 수 있는 길을 열어 놓음으로써 國民을 하나로 묶는 역할을 하였다. 따라서, 建國 당시 미국에서의 수역과 해안선은 엄청난 가치가 있었고 국민들에게 그 자유로운 利用을 보장해 줄 필요가 있었던 것이다.[14]

이러한 水資源(water resources)의 실질적인 가치를 인식한 美大法院은 19세기에 들어와 공공신탁이론을 발전시키기 시작하였고,

---

11) Wilkinson, *supra* 註 5, 426면 (private land owners expect their titles to land and water to remain secure, and the general public expect that most of its rivers will remain rivers, its lakes, and its bays). 공공신탁이론의 법익형량기능에 관하여는 Sax, *Limits of Private Rights*, *supra* 註 7, 473면을 참조.

12) Cohen, *supra* 註 7, 388면 ("public guardian of those valuable natural resources").

13) Nanda & Ris, *supra* 註 3, 297면("[o]f all the evolutionary lines of the public trust doctrine, protection and control of navigable waters and shorelines is the oldest and best developed"); Wilkinson, *supra* 註 5, 426-27면 ("[b]y the traditional doctrine, I mean the trust principles that the United States Supreme Court has applied to those watercourses that are navigable for the purposes of title — those watercourses whose shorelines, beds, and banks pass by implication to states at the time of statehood. Those natural resources were the subject of such leading nineteenth century cases as *Shively v. Bowlby and Illinois Central Railroad v. Illinois.*").

14) Wilkinson, *supra* 註 5, 437-38면.

> [W]ater was a unifying factor for the Nation. Rivers and lakes facilitated trade, allowed immigration to new areas, and established

미대법원의 이와 같은 노력에 각 州들이 공공신탁이론을 내용으로 한 憲法 및 制定法의 제정으로 응답하여 공공신탁이론은 그 입지를 더욱 단단히 할 수 있었다.[15]

필자는 다음 節에서 공공신탁이론의 의미와 역할을 보다 정확히 이해하기 위하여 미대법원의 공공신탁이론에 관한 초기 判例理論을 자세히 살펴보고자 한다.

B. 공공신탁이론의 槪觀

1. 공공신탁이론 탄생의 사회경제적 배경

法律理論이 발전하는 것은 기존의 理論으로 새롭게 발생하는 사회현상에 적절히 대응할 수 없기 때문에 法的 安定性을 해하지 않는 범위 내에서 具體的 妥當性을 도모하기 위하여 논리조작을 통하여 새로운 理論을 구성하고 이로써 합리적인 결과를 도출하려는 필요에 기인한다. 놀랍게도 미국에서 공공신탁이론이 태동하게 된 원인은 대륙의 서쪽에서 탄생한 여러 州들을 연방의 품 안에 통합하여야 할 聯邦制의 필요성에서 찾을 수 있다.

미연방은 서부 지역의 대지를 프랑스, 멕시코 및 러시아와의 조약을 통하여 취득하였다. 이 서부 지역에서 새로운 州정부를 구성하는 데 성공한 시민들의 요구에 따라, 聯邦정부는 州構成法 (statehood acts)과 土地讓與法(land grant statutes)을 통하여 州정부 기능 수행에 필요하다고 판단되는 연방정부 소유 토지 중 일부를

---

communication lines among the states.…
…
… Thus, the ribbons of waterways tied the early nation together — economically, politically, and symbolically.

Id.

15) 공공신탁이론을 선언한 여러 州의 憲法 및 制定法을 살펴보기 위해서는, Jan S. Stevens, *The Public Trust: A Sovereign's Ancient Prerogative Becomes the People's Environmental Right*, 14 U.C. DAVIS L. REV. 195, 226-230 (1980)을 참조.

州정부에게 넘겨주었다.[16] 그러나, 이 州構成法과 土地讓與法은 양여된 토지 내에 위치한 航行 가능한 수역의 河床과 堤防의 所有權(ownership of the beds and banks of navigable watercourses)에 대하여 전혀 규정하지 않아 그 所有權의 귀속이 문제가 되었다. 미연방대법원은 이 귀중한 財産的 利益을 넘겨줄 의사가 연방정부에 없었다고 判決하는 것이 반대해석의 원칙상 보다 자연스러운 法解釋임에도 불구하고,[17] 이 문제가 최초로 문제된 Pollards Lessee v. Hagan 사건에서 연방憲法 해석상 항행가능한 수역의 하상과 제방의 所有權은 평등 기초의 원칙(the 'equal footing' doctrine) — 새로운 州가 연방에 가입할 때는 기존의 州와 정치적으로 완전히 평등한 기초 하에서 가입하여야 한다는 원칙 — 에 의하여 州구성 시점에 州정부에 묵시적으로 이전되었다고 하여야 한다는 判決을 선고하였다.[18]

이에 그치지 않고 미연방대법원은 또 다른 중요한 쟁점에 있어서 州정부에 유리한 판단을 하였는데, 그것은 州정부에 그 所有權이 양여되었다고 인정되는 하상과 제방의 범위를 넓게 해석한 것이다. 즉, '밀물과 썰물에 의하여 영향받는 水域'(waters affected by the ebb and flow of the tide) 뿐만이 아니고 '사실상 항행가능한 큰 江이나 大湖水'(great rivers and inland seas which were navigable in fact)까지도 州정부에 그 所有權이 양여되었다고 판시한 것이다.[19]

이러한 判決들이 가지는 영향은 실로 엄청난 것이었다. 그것은 방대한 면적의 토지, 그것도 건국 초기의 미연방의 젖줄로 비유될 수 있는 미대륙 내의 수많은 호수 및 강과 관련된 하상과 제방의 所有權이 아무런 대가없이 연방정부의 손에서 州정부에게로 넘어가

16) Wilkinson, *supra* 註 5, 439-42면.
17) 州構成法과 土地讓與法이 일부 연방정부 소유의 토지만을 이전하였으므로 이에 포함되지 않는 하상과 제방의 所有權은 연방정부에 그대로 남아 있다고 하는 것이 타당했던 것이다. 자세한 것은 *Id.* 442-43면.
18) Pollards Lessee v. Hagan, 44 U.S. (3 How.) 212, 230 (1845).
19) Genesee Chief v. Fitzhugh, 53 U.S. (12 How.) 443, 455 (1851).

게 되었다는 것을 의미한다. 法院이 法律의 규정이 없음에도 이와 같이 적극적인 태도를 취한 것은 극도로 예외적인 것이어서, 그 반작용으로 法院은 이 귀중한 자원에 대한 國家的인 利益을 보호할 필요성을 강력하게 느끼게 되었다(현재도 그렇지만 건국 초기에는 더더욱 어업, 운송, 상업 활동이 모두 이 귀중한 자원을 통하여 이루어졌음을 상기하라).[20] 따라서, 法院은 항행가능한 수역에 관련된 토지에 대한 州정부의 憲法的 權利를 확인하였지만 州정부가 그 토지를 마음대로 사용할 수 없도록 州정부의 裁量에 일정한 制限을 가하는 것을 잊지 않았다. 이와 같은 州정부의 권한을 제한하는 理論 중 하나로 도입 발전된 것이 바로 공공신탁이론인 것이다.[21]

2. Illinois Central Railroad v. Illinois

1892년에 미연방대법원이 선고한 Illinois Central Railroad v. Illinois[22] 사건은 공공신탁이론이 가지는 사회경제적 영향력을 적나라하게 보여주는 선도적인 사건이다. 1869년 일리노이州 의회는 1,000 에이커가 넘는 경제적으로 엄청난 가치의 토지를 Illinois Central Railroad라는 私기업에 양도하는 결정을 내렸다. 이 양여된 토지는 시카고 항구 내에 있는 河床과 미시간호의 워터프론트에 면한 상업지구의 거의 전부에 해당하는 것이었는데, 그 크기가 프랑스의 마르세이유 항구 지역의 두 배이고 영국 런던시의 템즈강을 따라 늘어선 상가지역 전부 또는 미국 뉴욕시의 워터프론트를 따라 늘어선 항구지역 전부와 맞먹는 크기였다고 한다.[23] 일리노이州 의회는 4년의 논란 끝에 결국 이 특혜양도를 스스로 取消하였고 이에 Illinois Central Railroad는 그 無效를 주장하며 訴訟을 제기하였다.

---

20) Wilkinson, *supra* 註 5, 448면.
21) Wilkinson, *supra* 註 5, 449-50면.
22) 146 U.S. 387. (1892) Sax 교수는 이 사건이 미국법에 있어서 가장 각광받는 사건이라는 데 동의한다. Sax, *Effective Judicial Intervention*, *supra* 註 9, 489면 참조.
23) Illinois Central Railroad v. Illinois, 146 U.S. 454면.

미 연방대법원은 먼저 시카고 항구의 이 사건과 관련된 河床과 湖岸의 所有權이 일리노이州 정부에 州정부 구성 당시에 묵시적으로 이전되었다는 Illinois Central Railroad의 주장을 받아들였다.[24] 그러나, 法院은 비록 위 토지가 연방정부가 아니라 일리노이州 정부의 소유에 속한다 하더라도 시카고와 같은 대도시의 워터프론트 전부를 일개 사기업에게 양여하는 것은 航行에 관하여 규율할 수 있는 州의회의 權限을 포기한 것과 같다고 판단한 후 다음과 같은 유명한 判決을 내렸다:

> [The states title to these lands was a] title held in trust for the people of the State that they may enjoy the naviga- tion of the waters, carry on commerce over them, and have liberty of fishing therein freed from the obstruction or interference of private parties.··· The trust devolving upon the State for the public, and which can only be discharged by the management and control of property in which the public has an interest, cannot be relin- quished by a transfer of the property. The control of the State for the purposes of the trust can never be lost, except as to such parcels as are used in promoting the interests of the public therein, or can be disposed of without any substantial impairment of the public interest in the lands and waters remaining.[25]

法院은 이러한 州정부의 責任의 관점에서 州정부는 항행가능한 물 및 그 밑의 땅과 같은 전체 國民의 利益이 관련된 재산 위에 형성된 信託관계를 포기할 수 없으며 이러한 신탁재산의 사용과 관리를 전적으로 私人의 손에 넘기는 것은 그 信託관계를 포기하는 것에 해당한다고 판시하였다.[26] 法院은 나아가 이런 종류의 양도는 필연적으로 取消가능하고 이러한 귀중한 자원에 대한 신탁관계는

24) 146 U.S. 434-35면.
25) 146 U.S. 452-53면.
26) 146 U.S. 453면.

어느 때나 回復가능하며[27] 모든 항행가능한 수역에 관하여 그 적용이 있다[28]고 판시하였다.

Illinois Central Railroad 사건에서 이와 같이 인정된 信託관계를 관리하는 實體的인 基準을 정함에 있어 유념할 것은 州정부의 利益(즉, 州구성 당시 항행가능한 수역 및 그 부대토지의 所有權이 묵시적으로 州정부에 이전되었다는 法解釋을 이끌어낼 만큼 절실한 州정부의 利益)과 國家的 利益(이러한 귀중한 자연자원 위에 묵시적으로 信託관계가 형성되었다는 法解釋을 도출해 이를 보호해야 할 만큼 강력한 國家的 利益) 兩者를 고려하여야 한다는 것이다.[29] 비록 州정부가 신탁관계에 대하여 넓은 범위의 재량을 가지고 있지만 州정부는 동시에 신탁재산(항행가능한 수역과 그 부대토지)을 대중이 마음대로 사용할 수 있게 한다는 信託目的이 '實質的인 損傷'을 받지 않도록 할 의무를 부담하고 있는 것이다.[30] 실질적 손상의 금지는, 구체적으로 州정부가 확장할 수는 있되 축소할 수는 없는 行爲基準(a set of minimum standards that can be expanded, but not contracted, by the states)을 의미한다.[31]

Illinois Central Railroad 사건 이후 실제로 州정부들은 여러 가지 방면에서 州법원의 判決 및 州의회의 立法을 통하여 공공신탁이론을 확대 적용시켜 왔다. 그 결과 공공신탁이론의 적용을 받는 이른바 신탁자원은 항행가능한 수역과 그 부대 토지의 한계를 벗어나 물과 관계없는 자연자원(예컨대 국립공원)을 포함하게 되었고, 공공신탁이론에 의하여 보호되는 利益의 범위도 통상, 항행, 어로에 그치지 않고 레크리에이션, 미적 가치, 생태적 가치 등을 포함하게 되었다.[32] 다음 節에서는 공공신탁이론이 발전적으로 진화하는 모

27) 146 U.S. 455면.
28) 146 U.S. 435면.
29) Wilkinson, *supra* 註 5, 459-64면.
30) Illinois Central Railroad v. Illinois, 146 U.S. 453면.
31) Wilkinson, *supra* 註 5, 464면의 註 164.
32) *Id.* 465-66면.

습을 가장 극적으로 보여 주는 사건인 Mono Lake 사건을 분석하기로 한다.[33]

3. Mono Lake 判決

공공신탁이론은 Illnois Central Railroad 사건이 선고된지 약 1세기만에 제기된 이 사건을 통하여 法理論으로서의 무한한 가능성을 보여 준다. 이 사건 당시만 해도 공공신탁이론은 州정부에 어떤 積極的 義務를 부과하는 기능을 하였다기보다는 단지 州정부가 信託土地를 양여하려고 할 때 이를 저지하는 消極的인 制限으로서 기능하였다고 볼 수 있다.[34] 이 사건에서 California州대법원은 Los Angeles市가 관련 州法하에서 1940년부터 보유하고 있던 모노레이크湖水로 흘러 들어가는 4개 支流의 流水에 대한 流水專用權(appropriative rights)에 공공신탁이론을 적용하였다. 당시만 해도 LA市의 流水專用權은 거의 절대적이라고 할 만큼 확립된 先取專用權 制度(prior appropriation system)에 의하여 인정된 것이어서 LA市는 위 4개 지류에서 시의 유지에 필요한 만큼 얼마든지 물을 뽑아 쓸 수 있었다. 그러나, LA市의 무분별한 물의 사용은 위 호수의 水位를 현저하게 떨어뜨렸고 이 수위 低下는 모노레이크 호수의 야생상태를 해하는 결과를 초래하였다. 모노레이크 호수의 생태계 파괴를 우려한 민간환경단체가 訴訟을 제기한 이 사건에서, 法院은 일반 國民이 이러한 야생생태계를 보호하는 데 가지고 있는 公益이

33) National Audubon Society v. Superior Court, 33 Cal. 3d 419, 189 Cal. Rptr. 346, 658 P.2d 709, *cert. denied*, 464 U.S. 977 (1983). 이 사건에 관하여 자세한 논평은 Jan S. Stevens, *The Public Trust and In-Stream Uses*, 19 ENVTL. L. 605 (1989); Note, *National Audubon Society v. Superior Court: The Expanding Public Trust Doctrine*, 14 ENVTL. L. 617, 623면을 참조.

34) District of Columbia v. Air Florida, Inc., 750 F.2d 1077, 1083 (D.C. Cir. 1984) (the public trust doctrine "has evolved from a primarily negative restraint on states ability to alienate trust lands into a source of positive state duties")와 National Audubon Society v. Superior Court, 189 Cal. Rptr. 356면, 658 P.2d 719면("the public trust … is an affirmation of the duty of the state to protect the people's common heritage of streams, lakes, marshlands and tidelands …")을 비교 참조.

절대적인 先取專用權 制度하에서 인정된 流水專用權보다 더욱 보호할 가치가 있다고 판시하였다. 이 역동적인 判決로 인하여 공공신탁이론은 "現代의 다양한 需要를 충족시키기에 충분할 만큼 柔軟하다"는 평가를 받게 된다.[35]

California州대법원의 이와 같은 積極的인 法解釋은 이를 뒷받침할 만한 國民의 지지가 없으면 불가능한 것이다. 공공신탁이론이 사실상 Mono Lake 사건과 같은 전향적 발전을 이루는 데 터전이 된 國民적 지지를 얻게 된 것은 미국에서도 비교적 근래의 일이다.[36] 다음 節에서는 미국에서 19세기 후반에 선보인 공공신탁이론이 근래에 들어 각광을 받기 시작한 歷史的 背景을 조명해 보기로 한다.

4. 공공신탁이론의 발전

19세기 미국에서의 자연자원의 운용은 自由放任思想(laissez faire)의 영향에 따라 보전보다는 그 이용 및 개발에 中心軸이 놓여 있었다.[37] 따라서, 정부는 항행가능한 수역을 포함한 公有地(public lands)를 私人의 손으로 이전하라는 압력에 쉽게 굴복했던 것이 사실이다.[38] 이같은 경향은 비교적 근래에까지 이어 오다가 1960년대 말과 1970년대 초에 걸쳐 급격히 변하기 시작했는데 그것은 政府의 자발적인 각성에 기인한 것이 아니었다. 바로 國民들이 行政府의 노력에 기대하는 것을 포기하고 公益(public interest) 보호의 선도적인 역할을 自任하기 시작했던 것이다.[39] 國民들은 公益을 보호할 책임 있는 行政機關을 상대로 訴訟을 제기함으로써 司法府에

35) 750 F.2d 1083면.
36) GEORGE C. COGGINS ET AL., FEDERAL PUBLIC LAND AND RESOURCES lAW 323 (1993).
37) 자세한 것은 see Note, *The Public Trust in Tidal Areas: A Sometimes Submerged Traditional Doctrine*, 79 YALE L.J. 762, 769-70 (1970)[이하, Note, *The Public Trust in Tidal Areas*] 참조.
38) *Id.* 210면.
39) Sax, *Effective Judicial Intervention, supra* 註 9, 473면.

대하여 자신들의 權利를 확인해 줄 것을 요구하였던 것이다. 물론, 이러한 도전은 자연자원의 이용 및 관리에 관한 政府의 다양한 결정에 대항한 것이었다.

이러한 訴訟은 그때까지와는 다른 새로운 시도였으므로 환경에 대한 國民의 관심을 환경보호에 박차를 가할 수 있는 실제적인 힘으로 승화시킬 수 있는, 그리고 다양한 처지의 國民들이 法廷에서 쉽게 援用할 수 있는 法律理論을 고안하는 것이 필요하게 되었다.[40] 사실상 이러한 필요에 의하여 고안된 法律理論은 매우 다양하였는데, 학자들이 평하기를 오로지 공공신탁이론만이 자연자원관리 문제를 해결할 수 있는 包括的 法律理論으로, 國民들이 일반적으로 의존할 수 있는 "幅과 實體的 內容"("the breadth and substantive content")을 가지고 있었던 것이다.[41] 바로 이 특성이 왜 미국에서 그 수많은 사람들이 공공신탁이론에 의존해 왔는지를 설명한다. 나아가, 공공신탁이론은 일반국민과 非政府團體(Non Governmental Organizations, 이하 "NGOs"라 약칭함)들이 環境訴訟을 통하여 환경보호 면에서 중요한 의사결정과정에 참여할 수 있게 함으로써 그들의 관심을 환경보호 문제로 이끄는 데 성공하였다.[42] 공공신탁이론이 앞서 살핀 바와 같이 시간이 갈수록 진화하여 그 적용범위가 확대될 수 있었던 것도 바로 이 특성에 기인하는 것이다.

5. 수탁인의 관리자로서의 의무(fiduciary duty of trustee)

공공신탁이론이 전통적인 信託法에서 빌려온 개념 중에서 가장 중요한 것은 受託人의 管理者로서의 注意義務(fiduciary duty of trustee)이다. 國民의 利益을 위하여 신탁되어 있는 자연자원, 즉 再生이 불가능하고 인간이 그 代替物을 만들 수 없는 귀중한 자연자원으로 파악된 소위 信託資源(trust resources)에 대하여 수탁자인

40) Cohen, *supra* 註 7, 388면.
41) 자세한 것은 Sax, *Effective Judicial Intervention, supra* 註 9, 474면; Wilkinson, *supra* 註 5, 472면 참조.
42) Sax, *Effective Judicial Intervention, supra* 註 9, 473-74면.

政府는 公的 後見人으로 봉사하게 되고,[43] 이러한 관리자로서의 의무는 신탁자원의 양여에 의하여 소멸하는 것이 아니고 오로지 그 관리 및 운용에 의해서만 이행될 수 있는 것이다.[44]

이 수탁인의 관리자로의 의무가 구체적으로 어떻게 政府를 구속할까? 공공신탁원리에 관한 한 미국 내 최고의 권위자라고 할 수 있는 U.C. Berkeley 대학의 Joseph L. Sax 교수에 따르면 정부는 수탁인의 관리자로서의 의무를 다하기 위해서 다음과 같은 세 가지 형태의 제약을 받는다:

> First, the property subject to the trust must not only be used for a public purpose, but it must be held available for use by the general public; second, the property may not be sold, even for a fair cash equivalent; and third, the property must be maintained for particular types of uses.[45]

아무리 좋은 理論이라 하더라도 우리 나라의 사정상 그 도입이 불가능한 것이라면 결국 무용한 理論으로 귀결되는 것이므로 다음 章에서는 공공신탁이론의 한국 내 적용가능성을 살펴보기로 한다.

---

43) Cohen, *supra* 註 7, 388면.

44) Phillips Petroleum Co., 484 U.S. 469면("this fiduciary duty can only be discharged by the management and control of property [and] ··· cannot be relinquished by a transfer of property").

45) Sax, *Effective Judicial Intervention*, *supra* 註 9, 477면. 또한 Hayes v. Bowman, 91 S.2d 795, 799 (Fla. 1957)도 참조.

Ⅱ. 公共信託理論의 한국 내 適用可能性

A. 序 言

Sax 교수는 공공신탁이론의 역동적이고 탄력적인 면에 착안하여 법원은 이 理論을 대기 오염, 살충제 살포, 발전소 위치 선정, 政府로부터 허가를 받아야 하는 私有地상의 濕地 干拓사업 등 환경문제를 유발하는 다양한 상황에 적용할 수 있다고 주장한 바 있다.[46] 공공신탁이론은 특정한 상황에만 적용할 수 있는 것이 아니다. 오히려 공공신탁사건에서 발전한 司法的 테크닉은 公益이 침해될 우려가 있는 상황이라면, 즉 분명하고 직접적인 목적의식 아래 똘똘 뭉친 利益集團이 분산되어 제대로 지켜지기 어려운 公益을 침해할 우려가 있는 경우라면 언제나 이를 적용할 수 있다는 것이 그의 논거이다.[47]

오늘날 우리가 겪고 있는 환경문제는 자기이익 추구본능에 의하여 응집력있게 뭉쳐진 利益集團에 의해 위기에 처한 公益의 보호문제로 귀착하는 바, Sax 교수가 지적한 대로 공공신탁이론이 이익집단에 대한 관계에서 보호가 요망되는 公益을 보호하는 데 용이하게 쓰인다면 그것은 결국 공공신탁이론이 어떤 상황에도 적용할 수 있는 包括性(comprehensiveness)을 가지고 있다는 지적이 된다.

Ved P. Nanda와 William K. Ris, Jr.는 이러한 공공신탁이론의 包括性에 착안하여 최초로 공공신탁이론을 국제관계에 적용할 것을 제한한 바 있다. 그들은 다음과 같은 두 가지 특성으로 인하여 공공신탁이론은 국제환경문제에 대하여도 실효성있는 理論으로 작용할 수 있다고 주장한다:

First, its roots exist both in the civil and common law systems.

46) Sax, *Effective Judicial Intervention, supra* 註 9, 556-57면.
47) *Id.* 556면.

> Second, as it has evolved in recent years, the doctrine has qualities of breadth and flexibility.[48]

필자는 Nanda와 Ris가 지적한 위 두 가지 특성은 이 理論의 한국내 적용가능성을 밝게 해 준다고 생각하며, 여기에 比較法的, 國際法的 고찰 및 우리 국내법에 대한 再解釋을 통한 우리 나라 法과의 兩立可能性(compatibility)을 덧붙이고자 한다. 이 특징들은 節을 바꾸어 상술하기로 한다.

B. 歷史的 背景

우리 나라에 어떤 法理論이나 制度를 도입하려고 할 때 그 뿌리에 대한 歷史的 탐구는 매우 중요하다. 왜냐하면 우리 法은 기본적으로 로마法에 뿌리를 둔 大陸法을 계수하였기 때문에 이와 관계없는 외국의 法理論을 우리 法體系에 적응시키는 것이 어렵기 때문이다. 더불어 이와 같은 어떤 理論의 역사적 탐구는 그 理論의 의미를 정확히 파악하고 그 적용범위를 이해하는 데 도움이 된다.

이제까지 학자들은 현대 공공신탁이론의 起源을 로마法과 普通法에서 공히 찾아냈다.[49] 양법체계는 여러 가지 점에서 대립되는 체계임에도 모두 강, 바다, 해안에 관계된 土地所有權의 중요성에 많은 주의를 쏟았다는 공통점을 가지고 있다.[50] 어떤 학자들 및 判決

48) Nanda & Ris, *supra* 註 3, 296면.

49) Cohen, *supra* 註 7, 389면. 공공신탁이론의 역사적인 분석에 관한 논문으로는 Patrick Deveney, *Title, Jus Publicum, and the Public Trust: An Historical Analysis*, 1 SEA GRANT L.J. 13 (1976)와 Glenn J. MacGrady, *The Navigability Concept in the Civil and Common Law: Historical Development, Current Importance and Some Doctrines That Don't Hold Water*, 3 FLA. ST. U. L. REV. 511 (1975)을 참조.

50) 예를 들면, JOSEPH L. SAX ET AL., LEGAL CONTROL OF WATER RESOURCES 514 (1991); Sax, *Effective Judicial Intervention, supra* 註 9, 475면; MacGrady, *supra* 註 49을 참조. 판결로는 Geer v. Connecticut, 161 U.S. 519, 522-523 (1896) (공공신탁이론의 진화를 추적해 보고 로마法, 봉건시대의 법, 프랑스 민법, 영국 普通法에 대하여 논함); District of Columbia v. Air

은 나아가 공공신탁이론은 自然法사상에서 그 기원을 찾을 수 있다고 주장하기도 한다.[51]

공공신탁이론의 기원을 大陸法과 英美法 양법체계에서 공히 찾을 수 있다는 것은 다음과 같은 두 가지 점을 시사한다.[52] 첫째, 이것은 공공신탁이론이 적어도 그 일반적 적용을 가능하게 하는 理論的 妥當性을 가지고 있다는 것을 의미한다. 둘째로, 공공신탁이론이 양법체계에서 自發的으로 발전하였다는 사실에 비추어 보면 그 적용이 더욱 확대될 수 있다는 생각이 가능해진다. 英美法에서의 공공신탁이론은 시간적으로 앞선 로마法의 그것을 계수한 것이 아니다.

공공신탁이론이 양법체계에서 자발적으로 발전한 이유는 양법체계하의 시민들이 모두 귀중한 자연자원을 보호할 필요성을 똑같이 느꼈기 때문이다. 양쪽 시민들에 의해 共有된 가치가 同種의 法律理論을 갖게 했다고 할 수 있는 것이다. 이런 점에서 볼 때 비록 우리 나라에서 固有의 法源이 발견되지 않는다 하더라도 환경문제의 심각성 및 자연자원의 보호 필요성에 대한 깊어가는 인식에 비추어 공공신탁이론의 도입을 현실적인 대안 중에 하나로 인식할 필요가 있다고 하겠다.

공공신탁이론의 歷史的 뿌리의 탐구는 이 理論의 법률이론적 기초를 이해하는 데 도움이 되는 것은 물론이지만, 보다 중요한 것은 이 理論이 현대적 상황에 적용될 때 만나게 되는 여러 난점을 해결하는 데 참조할 자료를 제공하는 풍부한 저수지 역할을 하게 된다는 것이다. 또한 역사적 탐구는 공공신탁이론의 중심 원리와 부수적인 원리를 구별하는 데 도움이 된다. 이 글에서는 이제까지의 역

Florida, 750 F.2d 1082면 (1984) ("the ancient roots [of the public trust doctrine] meander circuitously back to Rome through England …") 참조.

51) Stevens, *supra* 註 15, 197면; Meyers, *supra* 註 7, 734면; Arnold v. Mundy 6 N.J. L. 1 (1821); Geer v. Connecticut, 161 U.S. 519 참조.

52) 자세한 것은 拙稿, The Public Trust Doctrine and Global Commons, *supra* 註 4, 72면 참조.

사적 연구를 자세히 되풀이하는 대신 공공신탁이론의 한국 내의 적용가능성을 가늠하는 데 도움이 될 만한 점을 추려서 살펴보기로 한다.

1. 로마法

로마法은 航行과 漁撈와 같은 특정한 利益을 일반대중을 위하여 특별히 보존하려고 하였다. 따라서 이러한 목적에 제공된 토지에 대하여는 일반 公有地를 사개인에게 쉽게 양도할 수 있었던 君主의 자유가 인정되지 않았다.[53] 로마法을 집대성한 유스티니아누스法典(The Institutes of Justinian) 은 "공기, 流水, 바다, 따라서 그 해안 같은 것들은 自然法에 의하여 인류가 共有하는 것이다"라고 규정하였다.[54] 그 결과 일반대중은 비록 그 權利의 내용이 확정된 것은 아니었지만 이러한 자연자원을 使用 享有할 수 있는 權利를 가지고 있었으며, 君主는 대중을 위하여 後見人으로서 이러한 자원을 보존하여야 했던 것이다.[55] 로마法에서 기원한 바로 이 막연히 定義된 후견인과 같은 개념이 현대 공공신탁이론의 뿌리로 인식되고 있다.[56] 일반적으로 볼 때, 大陸法 체계를 취하고 있는 수많은 나라들은 이러한 로마法에 의하여 직·간접적으로 영향을 받았다고 할 수 있다.

2. 普通法

로마法 체계에서와 마찬가지로 英美法 체계에서도 일반 대중이 향유하는 利益 중 어떤 것은 특별히 보호하여야 한다는 의식이 있었다. 초기 英國法은 원칙적으로 君主가 潮水(tidewaters)의 영향이 미치는 토지의 所有權을 가지고 있고 이러한 所有權은 私的인

53) Sax, *Effective Judicial Intervention, supra* 註 9, 475면.
54) The INSTITUTES OF JUSTINIAN, 2.1.1.
55) Sax, *Effective Judicial Intervention, supra* 註 9, 475면; W. A. HUNTER, ROMAN LAW 311 (1987).
56) Nanda & Ris, *supra* 註 3, 297면.

것이어서 또한 양도 가능한 것이라고 보았다.[57] 그러나, 君主가 조수 및 그 토지를 제한없이 마음대로 사용할 수 있는 것은 아니었다. 다시 말해서, 군주라 할지라도 일반대중이 위와 같은 자원을 이용하여 항행, 교역, 어로에 종사할 수 없을 정도의 배타적 권리를 가지는 것은 아니었던 것이다.[58] 조수 및 그 밑의 토지에 관하여 시민에게 「권리」가 인정된다는 주장은 大憲章(Magna Charta)의 출현을 기다려야 했다.[59] 시민에게 이러한 권리가 인정됨에 따라 초기 영국법하에서 인정된 君主의 讓渡權은 더 이상 인정되지 않게 되었는데, 이러한 시민의 권리가 형성된 것은 시민을 대표한 議會와 君主 사이의 기나긴 鬪爭에 기인한다.[60] 조수 및 그 밑의 토지에 대한 로마시민의 권리가 自然法 사상에 터잡고 있는데 반하여 영국시민의 권리는 君主와의 오랜 줄다리기 끝에 형성되었기 때문에 그 권리의 내용은 시대 상황에 따라 변천을 거듭한다.[61] 간단히 설명하면 議會가 君主와의 역학관계하에서 현재의 경찰권과 비슷한 권력에 기하여 시민의 권리를 신장하거나 축소시킬 수 있었던 것이다.[62]

미국법은 위에서 본 바와 같은 君主의 권리를 제한한다는 영국법상의 기본 개념을 받아들였고 이것이 결국 현대 공공신탁이론의 기초가 된 것이다. 미연방대법원은 Martin v. Waddell 사건에서 미국이 독립함과 동시에 미국민들은 스스로 主權者가 되었고, 바로 그 主權者의 지위로부터 모든 항행가능한 물과 그 밑의 땅을 공동으로 사용할 수 있는 절대적인 권리 — 憲法이 政府에 委讓한 권리에 대해서만 복종하는 절대적인 권리 — 를 보유하게 된다고 판시한 바 있

57) Cohen, *supra* 註 7, 389면; Stevens, *supra* 註 15, 197-98면; Shively v. Bowlby, 152 U.S. 11면.
58) District of Columbia v. Air Florida, Inc., 750 F.2d 1082면.
59) Cohen, *supra* 註 7, 389면.
60) *Id.*; Nanda & Ris, *supra* 註 3, 297-298면.
61) Sax, *Effective Judicial Intervention*, *supra* 註 9, 475면; Nanda & Ris, *supra* 註 3, 298면 참조.
62) Cohen, *supra* 註 7, 389-390면 참조

다.[63] Stevens가 지적한 대로 초기 형태의 공공신탁은 "성질상 不可讓의 主權의 한 屬性으로, 항행가능한 물 밑 河床의 所有權의 添性" (as an adjunct of the ownership of the beds of navigable waters, an attribute of sovereignty inalienable in its nature)으로서 발전하였던 것이다.[64]

이런 普通法상 공공신탁의 역사는 첫째, 공공신탁에 의하여 인정된 신탁자원에 대한 시민의 권리는 主權의 屬性으로서 인정된다는 것과, 둘째, 신탁 관계의 내용은 千篇一律的이거나 不變的이지 않다는 것을 잘 보여주고 있다. 공공신탁이론은 실로 柔軟性(flexibility)이 있는 탄력적인 理論이다. 사회가 진화할수록 시대의 요구가 변할수록 공공신탁관계는 변화하는 상황에 卽應하기 위하여 변화를 거듭해 왔다.

우리 나라 法과 기본적인 軌를 같이하는 로마法에서 뿌리를 찾을 수 있고 우리 나라 憲法이 받아들인 근대시민의 主權의 한 속성으로 인정되었으며 상황에 卽應할 수 있는 柔軟性까지 갖춘 공공신탁이론이 비록 우리 나라와 역사적·사회경제적 상황이 다른 곳에서 태동하고 발전하였다 하더라도 그 기본적인 내용은 우리 나라에도 적용될 수 있다고 생각된다. 다음 節에서는 공공신탁이론이 普遍妥當性을 가지고 있음을 보다 분명히 나타내기 위하여 미국 이외의 다른 나라에서 공공신탁이론을 받아들였는지 혹은 그와 비슷한 기능을 하는 다른 이름의 理論이 있는지 여부를 살펴보기로 한다.

63) Martin v. Waddell, 41 U.S. (16 Pet.) 367, 367 (1842)("[w]hen the Revolution took place, the people of each State became themselves sovereign; and in that character held the absolute right to all their navigable waters, and the soils under them, for their own common use, subject only to the rights since surrendered by the constitution to the general government"). 또한 U.S. v. 11.037 Acres of Land, 685 F. Supp. 214 (N.D. Cal. 1988) ("[i]n this country, title to lands subject to the public trust was passed to the States as the sovereign successors to the English Crown") 참조.

64) Stevens, *supra* 註 15, 200면.

C. 공공신탁이론의 比較法的 考察

필자가 조사한 바에 의하면 전세계에 걸쳐 다수의 國家들이 비록 공공신탁이론만큼 발전하지는 않았지만 다양한 이름으로 공공신탁이론의 기본적인 法律槪念을 가지고 있다.[65] 이와 같이 공공신탁이론 타입의 理論들이 전세계에 걸쳐 퍼져 있는 것은 대부분의 나라가 공공신탁이론을 가지고 있던 대륙법체계나 보통법체계를 계수하였기 때문이다. 그러나, 보다 근본적인 이유는 사람들이 어느 곳에 살고 있든 간에 자연자원이 갖는 고유의 높은 公的 가치를 인식하고 이를 보호하고 보전할 필요가 있다는 것을 깨달았기 때문이다.

水路(waterways)와 같은 자원에 대한 일반 國民의 관심은 로마의 유스티니아누스 법전이나 영국의 大憲章에서뿐만 아니라 중세 스페인[66]이나 프랑스[67]에서도 그 유래를 찾을 수 있다. 中國에서 공공신탁이론의 전통은 Ch'in 王朝(249-207 B.C.)시대의 물에 관한 法律로 거슬러 올라간다. 이 法律하에서는 물에 관하여 私所有權은 인정되지 않았고 개인이 취수할 때는 결국 공공복지를 고려하고 이를 증진하는 방향으로 사용되어야 했던 것이다.[68]

아프리카의 나이지리아에서는 國民들이 潮水 혹은 내륙의 대규모의 水路에서 자유롭게 항행하고 고기를 잡을 수 있는 권리를 오랜 세월 동안 누려왔다.[69] 이슬람 國家에서도 비슷한 전통을 가지고 있다. 즉, "이슬람의 물에 관한 법의 기본은 이슬람 공동체의 모든 구성원에게 물을 이용할 수 있게 하는 것으로 통한다."[70] 또한 아

65) Nanda & Ris, *supra* 註 3, 306면. 다른 나라의 공공신탁이론 또는 그 유사 理論을 찾아보기 위해서는 일반적으로 W. SIGLER, WILDLIFE LAW ENFORCEMENT (2D ED. 1972); Comment, *California Beach Access*, *supra* 註 6.
66) Wilkinson, *supra* 註 5, 426면; Stevens, *supra* 註 15, 197면 참조.
67) Stevens, *supra* 註 15, 197면 참조.
68) Wilkinson, *supra* 註 5, 429면 참조(U.N. ECONOMIC COMM'N FOR ASIA & THE FAR EAST, WATER LEGISLATION IN ASIA & THE FAR EAST, 210면, U.N. Sales No. E69. II.F.6 (1968)을 인용함).
69) *Id.* (T. ELIAS, NIGERIAN LAND LAW 48 (1971)을 인용함).
70) *Id.*(U.N. ECONOMIC COMM'N FOR ASIA & THE FAR EAST, *supra* 註 68,

메리칸 인디언의 전통적인 문화는 땅, 공기, 물에 관하여 私所有權의 가능성을 전면 부인하는 것이다.[71]

이상에서 필자는 수많은 나라가 애당초 물에 관하여 일반 대중이 느끼는 公的 가치를 인식하고 있었음을 살펴보았다. 이와는 달리 특히 토지에 관하여 이러한 公的 가치를 인식하고 있었던 나라들이 있다. 예를 들면, 우리 나라와 일본과 같은 동아시아에서는 공공신탁이론에 의하여 보호되는 공원과 유사한 洞里 林野에 관한 독특한 法體系가 있다. 우리 나라의 洞이나 里의 住民들은 마을 뒷동산에서 자유롭게 나무도 하고 여가도 즐길 수 있는 권리가 있었는데 이는 민법상 總有로 보호되고 있다.[72] 公園에 관하여는 카나다와 뉴질랜드도 미국과 비슷한 法體系를 가지고 있다.[73] 멕시코도 그 해변의 이용에 대하여 일반 國民의 권리를 인정하고 있는데 이는 해변에 관하여 성립된 미국의 공공신탁관계와 매우 유사하다고 한다.[74]

동유럽國家들은 미국에 의하여 이용되는 방식과 유사한 방식으로 야생동식물을 보호하고 있다.[75] 로마法을 계수한 프랑스에서도 다양한 자연자원에 대한 대중의 이용권이 보장되고 있다.[76] 또한 많은 방대한 자연공원 및 야생동물의 피난처가 여러 아프리카 國家에 의하여 창설되어 운영되고 있다.[77]

D. 國際法規상의 공공신탁이론

공공신탁이론이 첫째, 일반 대중에게 중요한 가치를 가지고 있는 자연자원을 보호하는 데 그 목적이 있고, 둘째, 이 목적을 달성하

211면, U.N. Sales No. E69. II.F.6을 인용함).
71) *Id.* 430면.
72) 민법 제275조.
73) Nanda & Ris, *supra* 註 3, 305면.
74) Wilkinson, *supra* 註 5, 429면 참조.
75) SIGLER, *supra* 註 65, 7-9면.
76) Nanda & Ris, *supra* 註 3, 305면.
77) *Id.*

기 위한 수단으로 귀중한 신탁자원을 소유하고 있는 國家나 개인에게 일반 소유자에게 인정되는 의무보다 무거운 의무를 부과한다는 크게 두 가지 구성요소를 가지고 있음은 앞서 살핀 바와 같다. 다양한 종류의 條約에서부터 소위 "soft law"[78]에 이르기까지 수많은 國際法規들은 공공신탁이론의 첫 번째 요소를 그 내용으로 하여 각 國家들로 하여금 적절한 조치를 취할 것을 촉구하고 있으며, 그럼으로써 전 인류의 관점에서 귀중하다고 인정되는 자연자원의 보호 및 보전에 이바지하려 하고 있다.

이러한 國際法規는 역사적으로 주로 해양의 생물자원의 보호 및 보전을 목표로 하여 왔다.[79] 예컨대, 1958 Geneva Convention on Fishing and Conservation of the Living Resources of the High Seas,[80] 1958 Geneva Convention on the Continental Shelf[81] 및 유엔해양법(United Nations Convention on the Law of the Sea, 이하, UNCLOS)[82]으로 집대성된 특정 지역 및 종류에 관하여 체결된 다양한 어업협정 등이 그것이다. 이러한 경향은 여러 나라, 다양한 단체 및 개인들이 UN에 제출한 다양한 제안에서 재확인되고 있다. 다만 이런 제안들은 생물자원뿐만 아니라 비생물자원에 대하여도

78) 國際法상 구속력이 인정되는 國際慣習法, 條約, 확립된 國際法상의 一般原則과 구별하여 國際法상 구속력이 인정되지 않는 각종 선언(Declarations of Principles), 권고안(Recommendations), 지침(Guidelines) 등의 國際規範을 "soft law"라고 한다. 일반적인 참조를 위해서는 PATRICIA W. BIRNIE & ALAN E. BOYLE 16면, 자세한 참조를 위해서는 Pierre-Marie Dupuy, *Soft Law and the International Law of the Environment*, 12 MICH. J. INT'L L. 420(1991)을 보라.

79) Nanda & Ris, *supra* 註 3, 307면.

80) Convention on Fishing and Conservation of the Living Resource of the High Seas, April 29, 1958, 17 U.S.T. 138, 559 U.N.T.S. 285, T.I.A.S. No. 5969 (entered into force March 20, 1966).

81) Convention on the Continental Shelf, April 29, 1958, 15 U.S.T. 471, 499 U.N.T. S. 311, T.I.A.S. No. 5578 (entered into force June 10, 1964).

82) 예를 들면 United Nations Convention on the Law of the Sea, Arts 192, Dec. 10, 1982, U.N. Doc. A/Conf.62/122, 21 I.L.M. 1261 (1982) (entered into force Nov. 16, 1994) ("States have the obligation to protect and preserve the marine environment").

깊은 관심을 보이고 있는 점이 특색일 뿐이다.[83]

이러한 제안들은 인구증가와 무서운 속도로 발전하는 과학기술에 의하여 그 속도가 가속되고 있는 무책임한 자원남용 및 그로 인한 자원고갈 위험을 우려한 데서 비롯된 것이다.[84] 이러한 우려는 남극대륙과 우주에 관한 國際法規에서도 반영되어 있다.[85] 방사능에 의한 오염으로부터 환경을 보호하기 위하여 체결된 조약에서도 같은 경향을 발견할 수 있다.[86] 최근에는 이러한 보호 필요성에 대한 인식이 기본적으로 미적인, 문화적인, 유전학적인, 또는 역사적인 가치를 갖고 있는 자원으로까지 확대되고 있다.[87]

공공신탁이론의 첫 번째 구성요소가 많은 國際法規에 반영된 반면, 그 두 번째 구성요소가 — 國家나 개인소유자에 대한 무거운

83) 제안들의 예를 참조하려면 Nanda & Ris, *supra* 註 3, 308-309면을 보라.

84) 해양오염에 관한 다양한 국제협정은 이러한 경향을 반영하고 있는데 그 예로 들 수 있는 것이 International Convention for Prevention of Pollution of the Sea by Oil, May 12, 1954, 12 U.S.T. 2989, 327 U.N.T.S. 3, T.I.A.S. No. 4900(entered into force July 26, 1958); Convention on the High Seas, April 29, 1958, 13 U.S.T. 2312, 450 U.N.T.S. 82, T.I.A.S. No. 5200(entered into force Sept. 30, 1962)[이하, the 1958 Geneva Convention]; Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter, Dec. 29, 1972, 26, U.S.T. 2403, 1046 U.N.T.S. 120, T.I.A.S. No. 8165, 11 I.L.M. 1294(1973); Convention for the Prevention of Marine Pollution from Land-Based Sources, June 4, 1974, 13 I.L.M. 352(1974)(entered into force May 6, 1978); Montreal Guidelines for the Protection of the Marine Environment Against Pollution From Land-Based Sources, May. 24, 1985, UNEP/GC.13/9/Add.3, UNEP/GC/DEC/13/1811, UNEP ELPG No. 7, reprinted in 14 ENVTL. POL'Y & L. 77(1985); UNCLOS, *supra* 註 82, Arts 192-195, 197-210, 213, 242-244.

85) Antarctic Treaty, Dec. 1, 1959, 12 U.S.T. 794, T.I.A.S. No. 4780, 402 U.N.T.S. 71 (entered into force June 23, 1961), Art. IX, para. 1(f); Treaty on Principles Governing Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, Including the Moon and Other Celestial Bodies, Art. 3, Jan. 27, 1967 610 U.N.T.S. 205, 6 I.L.M. 386(entered into force Oct. 10, 1967) [이하, Outer Space Treaty] 참조.

86) Outer Space Treaty, *supra* 註 85, Art. IV; Antarctic Treaty, *supra* 註 85, Art. V(1); Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, July 1, 1968, 21 U.S.T. 483, 729 U.N.T.S. 161, T.I.A.S. No. 6839 (entered into force March 5, 1970) 참조.

87) 예를 들면 Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora, Mar. 6, 1973, 27 U.S.T. 10878, 993 U.N.T.S. 243, T.I.A.S. No. 8249; 1969 European Convention on the Protection of the Archaeological

의무의 부과 — 반영된 國際法規는 그리 많지 않은 것이 사실이다. 그러나, 어떤 한 國家의 영토에 속하지 않는 이른바 地球 共有地(소위 "non-allocated global commons")에 관하여는 많은 國際法規가 공공신탁이론의 두 번째 구성요소를 통합한 것으로 파악된다. 예를 들면, Outer Space Treaty는 우주공간의 개발 및 이용은 全人類의 救濟와 利益을 위하여 수행되어야 함을 분명히 條文化하였다.[88] 나아가, 스톡홀름 선언의 몇몇 원칙들도 공공신탁이론의 두 번째 기본요소를 받아들이고 있다.[89] 그 원칙 제1조(Principle 1 of the Stockholm Declaration)는 "인간은 … 현재 및 미래의 세대를 위하여 환경을 보호하고 개선할 엄숙한 책임을 지고 있다"고 규정하고, 그 제2조는 지구의 자연자원은 현재 및 미래의 세대의 利益을 위하여 보호되어야 한다고 명령하고 있다. 원칙 제5조는 재생불가능한 자원의 고갈에 대하여 경고하고 있다. The Charter of Economic Rights and Duties of States도 "현재 및 미래의 세대를 위하여 환경을 보호, 보존, 개선하는 것은 모든 國家의 책임"임을 분명히 하고 있다.[90] 이러한 선언 및 원리들을 구체적으로 실현할 수 있는 수단이 마련되어 있지 않다는 비판에도 불구하고,[91] 이 선언 및 원칙들은 수많은 사람들이 환경문제의 심각성을 깨닫기 시작하

Heritage, May 6, 1989, European T.S. 66 참조.

88) Outer Space Treaty, *supra* 註 85, Art. 1 (the exploration and use of outer "shall be carried out for the benefit and in the interests of all countries … and shall be the province of all mankind").

89) Stockholm Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment, 16 June 1972, U.N. Doc. A/CONF.48/14/Rev. 1 at 3 (1973), U.N. Doc. A/CONF.48/14 at 2-65, and Corr. 1 (1972), 11 I.L.M. 1414(1972)[이하, the Stockholm Declaration]. 자세한 내용은 Nanda & Ris, *supra* 註 3, 312면 참조.

90) Charter of Economic Rights and Duties of States, Art 30, Dec. 12, 1974, G.A. Res. 3281, U.N. GAOR, 29th Sess., Supp. No. 31, at 50, U.N. Doc. A/9631 (1975), 14 I.L.M. 251 (1975) ("[t]he protection, preservation and enhancement of the environment for the present and future generations is the responsibility of all States").

91) 비판에 관하여 자세한 것은 *Developments in International Environmental Law*, 104 HARV. L. REV. 1484, 1541면 (1991) 참조.

였음을 상징적으로 나타내준다는 의미에서 매우 중요한 것이다.

E. 공공신탁이론의 柔軟性; 包括的 接近方法으로서의 공공신탁이론

Nanda and Ris가 지적한 그 "幅과 柔軟性"으로 인하여 공공신탁이론은 환경이 훼손될 염려가 있는 거의 모든 상황에 適用될 수 있다.[92] 이러한 특성에 힘입어 앞서 간단히 살핀대로 공공신탁이론의 적용을 받는 이른바 신탁자원은 항행가능한 수역과 그 부대 토지의 한계를 벗어나 물과 관계없는 야생동물, 국립공원과 같은 公有地(public lands),[93] 그리고 史蹟地[94]를 포함하게 되었다.[95] 또한, 공공신탁이론에 의하여 보호되는 利益의 범위도 통상, 항행, 어로 등 경제적 利益에 그치지 않고 레크리에이션, 미적 가치, 생태적 가치 등을 포함하게 되었다.

공공신탁이론은 항행가능한 수로와 그 기슭의 보호에서 출발하였지만 이제는 湖水의 생태계를 보호하기 위하여 미서부에서 물의 取水權을 제한하는 데까지 사용되고 있는 실정임은 앞서 살핀바와 같다. 나아가, Bernard S. Cohen과 Ralph W. Johnson교수는 유추해석을 통하여 공공신탁개념을 수질오염을 제어하는 데 적용한다. 그들의 논리에 따르면, 물고기를 毒殺하는 것이나 물을 폐냄으로써 물고기를 질식시켜 죽이는 것이나 다를 것이 없다는 것이다.[96] 이와 같은 오랜 세월에 걸친 진화를 통해 공공신탁이론은 일반적 환경보

92) Nanda & Ris, *supra* 註 3, 296면 참조.
93) 예를 들면 Light v. United States, 220 U.S. 523, 537 (1911).
94) 예를 들면 the Historic Sites and Buildings Act of 1965, 16 U.S.C. §461 (1970) ("it is a national policy to preserve for public use historic sites, buildings and objects of national significance for the inspiration and benefit of the people of the United States").
95) 예를 들면 New Jersey Dep't of Envtl. Protection v. Jersey Cent. Power & Light Co., 125 N.J. Super. 97, 102, 308 A.2d 671, 675 (Law Div. 1973), *rev'd on other grounds*, 351 A.2d 337 (N.J. 1976); Geer v. Connecticut, 161 U.S. 522~523면 참조.
96) Cohen, *supra* 註 7, 392~393면; Ralph W. Johnson, *Water Pollution and the*

호를 위한 강력한 도구("a powerful tool for general environmental protection")로서 인식되어 온 것이다.[97]

Ⅲ. 公共信託理論의 한국 내 實定法的 根據

주지하다시피 우리 나라는 大陸法系 國家이고 成文法主義를 취하고 있는 나라이다. 따라서, 아무리 좋은 理論이라 하더라도 그 實定法的 근거가 없는 한 이를 국내에 적용할 수는 없는 것이다. 우리 나라에서 환경보호에 대한 인식이 비교적 최근에 시작되었다는 점을 감안하면 환경보호의 긴급성이나 그 법적 장치의 필요성에 기하여 환경보호 관련의 慣習法이 형성되었다고 주장하는 것도 시기상조라고 판단된다. 이러한 상황인식에 터잡아 필자는 우리 나라 實定法상의 근거로 들 수 있는 규정들을 먼저 찾아본 후 立法論的 필요성과 형식에 관하여 살펴보기로 한다.

A. 解釋論

1. Sax교수가 제시한 공공신탁이론의 試金石

현재까지 국내에 공공신탁이론을 소개하는 글이 다수 있었지만 이 理論의 國內法 體系 내의 지위에 관하여 언급된 것은 없다고 보여진다. 이 理論이 우리 나라 實定法상 아무런 法效力을 가지고 있

Public Trust Doctrine, 19 ENVTL. L. 485 (1989) 참조.

97) Nanda & Ris, *supra* 註 3, 301, 302면 (the expansion of the public trust doctrine have made it "a strong and flexible mechanism for confronting complex environmental problems").

지 않다고 생각하였기 때문에 그 언급의 필요성조차 느끼지 못했던 듯하다

그러나, 공공신탁이론은 미국의 한 法院의 표현대로 "다른 모든 普通法 原理들과 마찬가지로 固定的이거나 靜的이지 않고 대중의 변화하는 조건과 필요를 충족시켜 주기 위하여 변형되고 확장되는" 理論이기 때문에[98] 그 적용범위가 굉장히 넓고, 따라서 앞의 章에서 잠시 살폈듯이 우리 나라에도 공공신탁이론의 모습을 띠거나 혹은 그렇지 않더라도 그 기능을 담당하고 있는 理論이 있을 가능성을 배제할 수 없다고 하겠다.

여러 번 반복하였지만 공공신탁이론은 柔軟性이 있고 역동적인 理論이기 때문에 자칫하면 일반 國民의 公益을 위한 法理論은 무엇이나 공공신탁이론과 일맥상통한다거나 그 理論에 그 뿌리를 두고 있다고 잘못 평가될 우려도 있다. 이런 이유로 Sax 교수는 환경보호를 위하여 창조된 수많은 法理論과 공공신탁이론을 구별시키는, 또한 공공신탁이론이라고 평가할 수 있기 위하여 반드시 갖추어야 할 試金石으로 다음과 같은 세 가지의 본질적 요소를 제시한 바 있다:

> It must contain some concept of a legal right in the general public; it must be enforceable against the government; and it must be capable of an interpretation consistent with contemporary concerns for environmental quality.[99]

필자는 이 세 가지 요소에 터잡아 우리 나라 實定法 체계상 현재 공공신탁이론이라고 할 만한 法規定이 있는지, 없다면 적극적인 法

98) Neptune City v. Avon-by-the Sea, 61 N.J. 304면, 294 A.2d 52면 ("[the] public trust doctrine, like all common law principles, should not be considered fixed or static, but should be molded or extended to meet changing conditions and needs of the public it was created to benefit").

99) Sax, *Effective Judicial Intervention, supra* 註 9, 474면. 이 요소들은 문제의 상황에 공공신탁이론이 적용될 수 있는지 여부를 가늠하는 척도가 될 수 있다.

解釋을 통하여 이 理論을 받아들일 수 있는지, 마지막으로, 현재 법규정의 解釋論으로는 이 理論을 도출할 수 없다면 어떤 형식으로, 어떤 문구로 규정하는 것이 가장 바람직한 立法인가를 살펴보기로 한다.

2. 現實的 解釋論

공공신탁이론은 신탁자원의 소유자에 의한 所有權의 행사를 公益을 위하여 제한한다. 따라서 우리 나라에서 공공신탁이론이라고 할 수 있는 法制度나 理論을 찾기 위해서는 所有權의 行使를 제한하는 理論이나 契約의 自由를 제한하는 理論을 먼저 찾아보아야 한다. 앞서 필자는 공공신탁이론과 비슷한 기능을 수행하는 것으로 洞里의 주민들에게 인정된 民法上 總有制度를 들었으나 이 總有制度 역시 동리주민 이외의 일반대중에게 총유재산에 대한 권리를 인정할 수 없고 그 권리행사도 다른 구성원에 대하여 할 수 있는데 그치고 政府에 대하여 할 수 없다는 점에서 공공신탁이론이라고 보기 어렵다. 行政法상 여러 제약도 예컨대 개발제한구역제도나 토지거래허가제도 역시 그 제한규정 위반을 이유로 일반대중의 한 사람이 소유자를 상대로 대상 토지에 관한 賣買契約의 無效를 구할 수 없을 뿐만 아니라 政府가 스스로 이 제도를 철회하였을 때 政府를 상대로 訴訟을 제기할 수 없다는 점에서 공공신탁이론으로 보기는 어렵다. 또한, 우리 나라의 어떠한 法令도 소위 일반대중 또는 일정 요건을 갖춘 단체에게 當事者適格을 인정하는 市民訴訟(citizen suit)이나 團體訴訟(Verbandsklage)을 인정하지 않는다. 따라서, 현실적으로 볼 때 우리 나라에는 현재 공공신탁이론이라고 볼 수 있는 法理論이나 制度가 존재하지 않는다고 보아야 할 것이다.

3. 司法積極主義的 解釋論

공공신탁이론이 미연방대법원에 의하여 도입된 지 한 세기가 지난 현재 아직도 定說이 없는 논점이 있는데 그것은 바로 공공신탁

이론의 法源이 무엇인가이다.[100] 그동안 州법원 및 연방법원 判例를 통하여 공공신탁이론이 연방법에서 기원하였고 미국의 모든 州를 구속한다는 데 대하여는 異論의 여지가 없으나,[101] 구체적으로 그 法源이 무엇인가에 관하여는 의견이 분분한 것이다.

초기 공공신탁이론의 法源에 관하여는 네 가지의 견해 즉, 첫째 연방 보통법(federal common law)이라는 견해, 둘째 연방憲法상의 保障條項(Guaranty Clause)이라는 견해,[102] 셋째 앞서 설명한 바와 같이 항행가능한 수역에 관련된 땅이 묵시적으로 州에 양여되었다는 해석을 가능하게 한 州構成法이라는 견해,[103] 마지막으로 연방憲法상의 通商條項(Commerce Clause)이라는 견해가 있다. 신탁자원의 대명사인 水路(watercourse)가 미국의 통상뿐만 아니라 政府形成에 있어 결정적인 역할을 하였고 또한 하고 있으므로 연방憲法 차원에서 이를 규율하는 것이 타당하고 공공신탁이론도 그런 차원에서 유래하였다는 점에서 마지막 견해가 설득력이 있다고 보는 Wilkinson교수의 견해에 동의한다.[104] 미대륙의 젓줄에 관한 法理論인 공공신탁이론의 法源을 미합중국의 근간을 정한 연방憲法 자체에서 찾아내는 것이 설득력이 있다고 여겨지는 것이다.

이와 마찬가지로 우리가 가지고 있는 實定法의 적극적 해석을 통하여 공공신탁이론을 도입하고자 할 때, 抽象的인 憲法 規定에서 그 단서를 찾는 것이 가장 설득력이 있다고 할 것이다. 그것은 憲

100) 자세한 것은 Wilkinson, *supra* 註 5, 453면 참조.
101) *Id.* 453~45면. 공공신탁이론에 관한 대표적 사건인 Illinois Central 사건의 미연방대법원도 이 점을 분명히 한 바 있고, Illinois Central, 146 U.S. 435면, 그 후 후속 사건에서 이 점은 재차 확인되었다. Wilkinson, *supra* 註5, 455면 참조.
102) 보장조항은 "미합중국은 연방에 속한 모든 州에 대하여 共和國 國體를 보장한다"라고 규정하고 있는바, U.S. CONST. art. Ⅳ, §4, cl. 1. Field 대법관은 Illinois Central 사건에서 州정부가 공공신탁을 포기하는 것은 공공안전을 위한 경찰권을 포기하는 것과 같다고 주장함으로써, 공공신탁이 공화국 정부가 존재하기 위하여 가져야 할 최소한의 권한이라는 점을 밝힌 바 있다. 자세한 것은 Illinois Central, 146 U.S. 453면 참조.
103) Wilkinson, *supra* 註 5, 456~58면 참조.
104) *Id.* 458~59면.

法이 最上位의 법규범이어서 공공신탁이론이 憲法에서 보장된 理論이라는 해석이 가능하다면 최상의 보호를 받을 수 있기 때문이기도 하지만, 우리 나라와 같은 成文法 國家에서는 立法目的 등이 비교적 분명하고 法律의 규정 형식이 具體的이어서 多義的이라기보다는 一義的이기 때문에 法律의 확대해석에는 일정한 한계가 있기 때문이다.

우리 나라의 憲法規定상 공공신탁이론의 요소를 내포 또는 함축하고 있는지 여부를 살필 가치가 있는 규정으로는 憲法 제35조 제1항 및 제23조 제2항을 들 수 있다.

> 모든 國民은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 國家와 國民은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다. (헌법 제35조 제1항)
>
> 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다. (헌법 제23조 제2항)

규정형식만을 보면 아래에서 보는 바와 같이 공공신탁이론을 憲法化한 미국의 여러 州의 憲法規定과 달리 공공신탁이론을 받아들였다고 볼 만한 요소를 찾아볼 수 없지만 法院의 해석이 이러한 법규정의 문면에 의하여 결정되어지는 것은 아니다. 예컨대 Michigan州 抗訴法院은 *People ex rel MacMullan v. Babcock* 사건에서 공공신탁이 Michigan州 憲法에 의하여 인정되고 있다고 판시하였는데,[105] 그 法院이 의존한 Michigan州 憲法規定은 "議會는 州의 공기, 물 및 다른 자연 자원을 공해, 손상, 파괴로부터 보호하여야 한다"라고 규정하여 議會의 환경보호의무만을 선언하고 있을 뿐이다.[106]

위와 같은 판례에도 불구하고 필자는 우리 나라 憲法상의 위 규정들 중 실효성 있는 공공신탁이론이 되기 위하여 갖추어야 할 Sax

105) 38 Mich. App. 336, 337, 196 N.W.2d 489, 490면 (1972).
106) "The legislature shall provide for the protection of the air, water and other natural resources of the state from pollution, impairment and destruction." MICH. CONST. art. Ⅳ, §52.

교수의 세 가지 요건들을 뒷받침할 만한 규정은 없다고 고백하지 않을 수 없다. 그 어느 규정에 의하여도 일반 國民이 國家를 상대로 法的인 권리를 주장하면서 訴訟을 통하여 그 권리실현을 法院에 일임할 수 있는 근거가 될 수는 없는 것이다. 더구나, 현재 대법원의 環境權 규정의 直接的 效力 유무에 대한 태도를 고려하면 새로운 立法의 필요성을 더욱 절실히 느끼게 되는 것이다.

B. 立法論

憲法改正節次의 엄격성 때문에 憲法改正을 기대하기 어려운 현실에 비추어 볼 때 立法論으로 처음 생각할 수 있는 것은 國會의 立法을 통하여 공공신탁이론을 받아들이는 것이다. 미국의 여러 州의 立法府가 공공신탁이론에 관한 判例理論에 立法으로 화답한 것은 앞서 본 바와 같은데[107] 그 대표적인 것으로는 1970년의 Sax 교수의 논문발표 직후에 제정된 Michigan州의 환경보호법(Environmental Protection Act)이 있다.

그러나, 法律로 공공신탁이론을 받아들이는 경우에는 공공신탁이론의 柔軟性·包括性을 살릴 수 없게 되는 한계가 있다. 공공신탁이론은 어떤 자연자원은 공동체의 유지·존속에 필수적이어서 이를 보호하여야 한다는 우리 사회의 신념에서 출발한 理論이고 시대에 따라서 보호할 자원과 가치는 변하게 마련이어서 理論 자체도 변화하는 사회의 필요와 태도에 부응하기 위하여 진화를 거듭하여 왔는데, 法律의 규정형식은 憲法에 비하여 구체적이고 열거적이기 때문에 공공신탁이론의 柔軟性·包括性을 활용할 수 없게 되기 때문이다. 따라서, 공공신탁이론의 特長을 살리려면 宣言的 形式으로 될 수밖에 없는데, 공공신탁이론을 도입함에 있어 선언적 형식의 法律

107) 공공신탁이론의 立法例를 살펴보기 위해서는 Stevens, *supra* 註 15, 226~230면.

이 얼마나 효과적일지 의문이다. 일반적으로 추상적·선언적인 憲法規定을 구체화·세부화하는 것이 法律이라고 생각할 수 있는데, 法律에 선언적 규정을 넣으면 그야말로 실천적인 法律理論으로서도 아니고 大原則을 천명하는 것으로서도 아닌 일종의 細部政策을 제시하는 것으로 오인될 여지가 있는 것이다. 따라서 憲法的 차원에서의 규정이 불가피하다고 여겨진다.

미국의 여러 개의 州는 공공신탁이론을 憲法的 차원으로 끌어올려 州헌법에 州가 수탁자로서 신탁자인 國民들의 利益을 위하여 환경을 관리 보호한다고 규정하고 있다.[108] 州 자체가 자연자원의 수탁자임을 선언하고 있는 Pennsylvania州헌법은 그 대표적인 예이고,[109] 수산자원의 보존과 보호의무를 州의회에 부과한 Rhode Island州헌법[110]과 州內의 일부 산악지역을 영원한 야생지역으로 보존할 것을 명한 New York州헌법[111]도 이에 속한다고 하겠다. Alaska州헌법은 물고기, 야생동물 및 수로(waters)가 州民들이 함께 사용할 수 있도록 유보되어 있다고 규정하고 있고,[112] Louisiana州헌법은 공기와 수자원을 國民의 利益을 위하여 보호하여야 한다고 규정하고 있다. 가장 명시적인 규정을 두고 있는 州는 하와이로 다음과 같은 규정을 갖고 있다:

> For the benefit of present and future generations, the State and its political subdivisions shall conserve and protect Hawaii's natural beauty and all natural resources, including land, air, water, minerals, and energy sources, and shall promote the development and utilization of these resources in a manner consistent with their conservation and in furtherance of the self-sufficiency of the State.

108) 자세한 것은 拙稿, 미국 헌법상의 환경권, 479 법조 74, 95-96 (1996. 8); Robert A. Mclaren, *Comment, Environmental Protection Based on State Constitutional Law: A Call for Reinterpretation*, 1 U. HAW. L. REV. 123, 128 (1990) 참조.
109) PA. CONST. Art. Ⅰ, §27.
110) R.I. CONST. Art. Ⅰ, §17.
111) N.Y. CONST. Art. XIV, §1.
112) Alaska CONST. art. Ⅷ, §3.

All public natural resources are held in trust by the State for the benefit of the people.[113]

공공신탁이론을 憲法化하면 그 순간 최상의 법규범이 되어서 모든 法律, 命令, 法院의 判決 위에 서게 되는 것은 물론이거니와 憲法은 특정의 法律보다 國民에게 친숙하기 때문에 많은 國民이 따를 모델로서 기능하여 國民들의 行動擧止를 啓導하는 역할을 하게 된다.[114] 따라서, 공공신탁이론의 내용을 담은 위와 같은 규정을 憲法改正을 통하여 우리 나라 憲法에 올리고 더불어 그 규정이 直接效力이 있음을 선언하는 것이 공공신탁이론을 우리 나라에 도입하는 가장 확실한 길임에는 異論의 여지가 없다.

공공신탁이론을 憲法化함에 있어 規定形式으로 생각할 수 있는 것은, 첫째 정부가 귀중한 자연자원의 수탁자로서 이를 보호할 의무가 있다고 선언하는 公共政策規定형식이 있고, 둘째 國民이 자연자원의 신탁자로서 그 보호를 요구할 기본권을 가지고 있다고 선언하는 基本權宣言형식, 셋째 정부가 자연자원의 수탁자로서의 기능을 수행함에 있어 필요한 재원을 마련할 수 있도록 수권하는 財政支援형식, 마지막으로 공공신탁의 취지에 반하는 立法活動을 금하는 議會權限制限형식이 있다. 공공정책규정형식과 재정지원형식은 후속 법규가 제정되어야 효력이 발휘될 수 있는 이른바 프로그램적 조항으로 보기 쉽고 기본권선언형식은 憲法상 환경권이 직접적인 효력이 없다고 판시한 대법원의 태도에 비추어 볼 때 그 실효성이 의심스럽다. 따라서 의회권한제한형식이 공공신탁이론의 도입방법으로 적절하다고 판단되고 이 규정에 위반되는 立法活動이나 行政作用은 憲法裁判所에서 違憲 결정을 받을 수 있다고 생각된다. 그러한 규정의 한 가지 예시로서 다음과 같은 규정을 제시할 수 있겠다.

113) HAW. CONST. Art. XI, §1.
114) Ernst Brandl and Hartwin Bungert, *Constitutional Entrenchment of Environmental Protection: A Comparative Analysis of Experiences Abroad*, 16 HARV. ENVTL. L. REV. 1, 4 (1992).

國家 소유의 모든 자연 자원은 國民 全體의 利益을 위하여 國家에 게 信託되어 있다. 國家는 이러한 자연 자원의 受託者로서 이를 보전하고 보호할 義務를 지고 이에 반하는 政策을 추진하여서는 아니 된다.

Ⅳ. 公共信託理論의 한국에서의 역할

미국에서 공공신탁이론의 내용이 개개의 사건을 통하여 구체화되고 발전한 것처럼 우리 나라에 도입된 공공신탁이론의 내용도 개별적인 문제를 해결하는 理論으로 적용됨으로써 구체화되고 실체화되리라 생각된다. 그러나, 우리 나라에 적용되었을 때의 그 대체적인 윤곽은 미국에서의 여러 가지 사건을 참조, 분석하여 수많은 사건을 관통하는 본질적 개념들을 추출하고 이러한 개념을 국내상황에 적용함으로써 그려질 수 있으리라 판단된다.

國家 재산의 사개인에 대한 특혜양여의 경우에서와 같이 분산되어 알팍한 公益이 분명하고 직접적인 목적의식 아래 똘똘 뭉친 利益集團으로부터 침해될 우려가 있는 경우라면 공공신탁이론이 언제나 그 기능을 다할 수 있음을 앞서 살펴보았다. 필자는 공공신탁이론의 가장 본질적인 개념은 바로 위와 같은 상황 즉, 소위 신탁자원으로 판단된 자연자원의 사용과 관리에 있어 公益權(*jus publicum*)과 私益權 또는 行政權(*jus privatum or jus regium*)의 均衡을 모색하고 이를 통하여 우리사회의 共通的 利益(common interest)을 도모하는 데 있다고 생각한다. 먼저 公益權과 私益權 내지는 行政權의 균형에 관하여 살펴보면, 어떤 신탁자원이 아무리 공동체의 유지와 존속에 중요한 의미를 가지고 있다 하더라도 공공신탁이론은 그 신탁

자원에 대하여 인정된 기존의 私所有權을 부정하지 않는다. 신탁자원의 소유자는 공공신탁이론에 의하여 그 所有權을 박탈당하는 것이 아니라 그 所有權의 행사에 또 하나의 制限이 덧붙여지는 것이다. 환언하면, 공공신탁이론은 신탁자원에서 公益權(*jus publicum*)을 찾아내지만 소유자들이 신탁자원에 대하여 가지고 있는 私益權(*jus privatum*)에 대하여 충분히 배려하는 것을 잊지 않는다. *People v. California Fish Co.* 사건에서, California州 대법원은 이 점을 분명히 하고 있다. 이 法院은 신탁자원의 소유자는 대중의 권리(public right)가 보존되는 방식으로 그 신탁자원의 私益權을 보유하고 개인의 권리(private right)는 대중의 利益이 허용하는 한 최대한 보장된다고 판시한 바 있다.[115]

다음으로, 共通的 利益의 추구를 살펴보면 어떤 사회나 공동체의 공통적 利益은 시대에 따라 변하게 되어있다. 무엇이 공통적 利益에 부합하는지는 그 시대의 사회경제적 상황에 따라 변하는 것이다. 예컨대 우리 나라의 1950년대부터 1970년대까지 경제개발에 박차를 가하는 것이 환경보호보다 우선 순위에 있었으며 이를 위하여 私有財産權의 자유로운 행사를 방해하지 말아야 했다. 이러한 경제개발의 성과를 향유하게 되면서 그 부작용 또는 부산물의 악영향 또한 이를 피부로 느끼게 되는 현 시점에 있어서는 무분별한 私有財産權 행사로 피폐되어가는 우리의 환경을 보호하는 일에 우선 순위를 두는 것이 우리 공통의 利益에 부합한다고 할 것이다. 공공신탁이론은 바로 이러한 시대상황 속에서 公益權과 私益權을 조화롭게 함으로써 변화하는 社會的 欲求를 수용하여 공동체의 利益을 추구하게 하는 것이다.

아래에서는 공공신탁이론이 실제로 환경보호의 측면에서 어떤 역할을 하는지 살펴보기로 한다. 이해의 편의를 위해서 오늘날 우리 나라의 환경문제와 관련하여 우리 환경법이 그 역할을 제대로 수행

115) People v. California Fish Co., 166 Cal. 576, 591, 138 P. 79, 85 (1913).

하지 못하고 있는 부분에 관하여 이 이론이 어떤 역할을 할 수 있는지를 살펴본다.

A. 未備된 環境法 體系에서의 역할

첫 번째로, 공공신탁이론은 환경법령이 未備되어 있는 분야에서 환경보호를 도모할 수 있는 理論으로 작용할 수 있다는 것이다. 이해를 돕기 위하여 근래에 한창 논란의 대상이 되었던 가야산 골프장 사건에 공공신탁이론을 적용해 보도록 한다. 보도된 바에 따르면 가야산에 골프장을 건설하려는 사업주체는 소정의 요건을 모두 갖추어 건설허가를 취득하였음에도 가야산 국립공원의 환경적·문화적 및 미적 가치의 훼손을 우려한 나머지 이를 막으려고 하는 사람들에 의하여 그 건설이 저지되고 있다. 건설주체는 자신이 소유자이거나 혹은 소유자에게서 그 所有權을 적법하게 양수하였고, 行政當局은 法令의 범위 안에서 정당한 行政權을 행사하여 건설허가가 공공복리 및 國家안보에 미치는 여러 가지 효과를 검토해 본 결과 이를 허가하는 것이 적법 타당하다는 판단을 내린 것이다. 사실 지역주민들은 좋은 풍광만을 감상하면서 살 수 없는 노릇이어서 일자리가 생기고 땅값이 오르는 지역개발을 반대하기 어렵고, 지방자치단체를 대표하는 정치인들은 주민들이 환영하는 것을 막을 이유가 없으며, 개발업자는 속되게 표현해 돈벌어 좋은 것이다.

그러나, 가야산 국립공원은 보통의 산림이나 토지가 가지는 가치 이상의 無形의 價値를 가지고 있다. 수려한 山勢는 수많은 세월을 거치는 동안 원형 그대로 보존되어서 수많은 사람들의 휴식처가 되어 왔고 佛子들이 자유롭게 찾을 수 있는 道場으로 기능하는 수백년 묵은 해인사가 위치하고 있으며 그 산사에는 國寶이자 유네스코가 지정한 인류의 보물인 팔만대장경이 있다. 가야산을 개발하는 것이 비록 지역적이고 단기적인 利益에는 봉사할지 모르나, 이들

귀중한 환경적·문화적 및 미적 가치를 보존하는 것이 國家 전체적인 시각에서 보면 國益에 합치하는 것이다.

그런데, 문제는 가야산을 개발하려는 측에서 소정의 법적 요건을 모두 충족하였다는데 있다. 그들은 토지 소유자이거나 소유자에게서 동의를 득하였으며, 관련 법규, 예를 들면 환경영향평가와 같은 요건을 모두 통과하였다. 현행법 체계하에서는 골프장의 건설을 허가하는 데 있어 흠결을 찾아볼 수 없는 것이다.

그러나, 가야산 국립공원이 전체 國民을 수익자로 하여 그 소유자에게 신탁되어 있다고 한다면 공원이 위치한 토지의 소유자들은 일반적으로 소유자가 지는 所有權 행사의 限界 외에 受託者로서의 義務를 추가로 부담하게 되고, 따라서 그 토지를 신탁관계의 목적에 따라 사용하고 보전하여야 하는 것이다. 즉, 가야산 국립공원이 가진 가치를 원상태대로 보호·보존하는 것이 가야산에 형성된 공공신탁관계의 목적이고 이 목적에 반하는 사용 및 개발은 비록 통상의 경우에 필요한 소정의 절차를 거쳤다하더라도 그 法律的 有效性을 유지할 수 없는 것이다.

공공신탁이론을 받아들임으로써 얻을 수 있는 효과는 바로 여기에 있다. 立法에는 한계가 있다. 모든 상황을 예견하고 이에 대비해 法律을 제정할 수도, 또 제정해서도 안된다. 또한 行政府가 立法 목적을 수행하는 데에도 일정한 한계가 있다. 관료제의 무능·부패가능성을 차치하더라도 利益團體에 의하여 사로잡혀(소위 "Capture") 그들의 利益을 정책결정에 편향적으로 반영할 수 있는 것이다. 이와 같은 상황에서 일반적으로 우리 공동체에 없어서는 안될 자연자원이 그 소유자에게 國民들 전체의 利益을 위하여 신탁되어 있어 그에 대하여 所有權을 행사하거나 行政權을 행사할 경우 그 이용관리에 특별한 주의가 요망된다고 일반적 법규정의 형식으로 선언하면, 어떤 자연자원의 이용·개발·처분이 문제될 경우 그 規制法이 없어도 國民은 위 일반적 法規定에 의거하여 그 처분 등의 違法不當性을 法院에서 다툴 수 있게 된다. 따라서, 공공신탁이

론을 받아들이는 것은 선진화된 法律理論 하나를 받아들이는 것에 그치는 것이 아니라 法院을 환경에 관한 정책판단의 場으로 승격시키는 것이고, 國民을 유력한 국정의 監視者로 만드는 의미가 있는 것이다.

만약 공공신탁이론이 우리 나라 法院에 의하여 그 法律的 效力을 인정받는다면, 가야산의 경우 비록 그 개발업자측이 소정의 法律規定을 다 지켰다고 하더라도 가야산은 전 國民의 利益을 위하여 그 소유자에게 信託되었다고 할 수 있는바, 그렇다면 소유자는 그 규제법규의 규정을 모두 지켰다는 것으로 義務를 모두 수행하였다고 할 수 없고 그 개발이 과연 全國民의 利益의 관점에서 바람직한가 여부까지를 감안하여야 하고, 行政當局 또한 형식적으로 관련규정의 준수 여부만을 심사할 것이 아니라 가야산을 보존하는 것이 全國民의 利益에 부합하는 것인가 여부에 대하여 實體的인 判斷을 하여야 하는 것이다. 國民의 판단과 달리 소유자와 行政當局이 그 개발을 강행하려고 하는 경우에는 國民들이 訴訟을 제기하게 되면 결국 法院에 의하여 그 당부가 판정될 것인바, 이 때 法院은 國民의 일반적 法感情이라는 잣대에 의하여 무엇이 우리 國民 전체의 共通의 利益(common interest)에 부합하는가를 판단하게 될 것이다.

자연자원은 그 각 특유의 가치가 있고, 이러한 각 특유의 가치에 대한 인식 및 평가도 시대에 따라 다르고 그 가치의 보호방법도 개별적일 수밖에 없다. 일반적 목적 및 보호법익을 가진 一般法을 제정하는 데 이러한 특수한 상황을 모두 염두에 두고 일을 처리할 수 없을 뿐만 아니라 빠른 속도로 변하는 시대의 요구에 부응하지 못하는 상황은 얼마든지 발생할 수 있는 것이다. 예를 들면, 과거에는 개펄의 경제적 가치에 대한 연구가 되어 있지 않았으나, 오늘날에는 개펄의 경제적 가치가 농토로 개간하였을 때보다 3배 가량 높다는 연구결과가 나와 있다. 개펄이란 자연자원의 인식과 평가는 곧바로 그 이용 및 관리방법에 영향을 주어, 과거에는 개펄을 개간하여 농경지나 공장부지로 바꾸는 것이 능사라고 여겼으나 이제는

개펄을 보존하여야 한다는 여론에 따라 이른바 "濕地保全法"의 제정을 서두르고 있는 실정이다. 분명한 것은 예나 지금이나 개펄의 가치는 변하지 않았으나 그 가치를 제대로 평가하지 못했을 뿐이라는 사실이다. 인간의 능력의 유한성, 특히 자연과학적 지식의 한계성을 고려하면 이와 같이 그 가치가 발견되지 못한 자연자원이 많을 것이다. 따라서 그 보존을 그 개발보다 우선적으로 고려하여야 함에도 불구하고 그 자원은 계속 무분별하게 개발되고 있다. 나아가 이 같은 현상은 그 자원의 가치가 재평가되더라도 그 보호·보존을 위한 法이 立法府에서 통과할 때까지 계속될 것이다. 바로 여기에 공공신탁이론의 包括性이 작용한다. 즉, 만약 공공신탁이론이 도입되었다고 가정하면 우리는 습지보존법을 기다릴 필요 없이 가장 최근의 연구결과에 터잡아 이 습지를 國民의 利益을 위하여 소유자에게 신탁된 신탁자원이라 이론 구성할 수 있고 이에 터잡아 訴訟을 제기함으로써 그 개발을 막을 수 있는 것이다. 다시 말하면, 國有地인 개펄이 우리나라 국토의 安定性을 도모하고 생태계의 파괴를 방비하는 데 필수적이라고 판단된다면 비록 濕地保全法이 국회를 통과하지 않아 개펄을 보호할 實定法이 존재하지 않는다 하더라도 소유자인 國家는 위 개펄의 受託者로서 일반 國民의 環境的 利益을 위하여 이를 보전할 法的 義務를 지게 되어 이 개펄을 농지로 개간하거나 공장부지로 사용키 위하여 기초공사를 하게 할 수 없게 되는 것이다. 이와 같이 공공신탁이론은 "일반적 환경보호를 위한 강력한 도구"("a powerful tool for general environmental protection")로서 작용할 수 있는 것이다.

이해를 위하여 미국에서 개펄개발에 공공신탁이론이 적용되었던 *Marks v. Whitney*[116] 사건을 소개하고자 한다. 이 사건은 문제의 개펄의 소유자인 Marks가 그의 개펄을 간척하여 개발하려는 데서 출발한다. 이웃에 살고 있던 Whitney는 일반 대중의 한 사람의 자격

116) 6 Cal. 3d 251, 491 P.2d 374, 98 Cal. Rptr. 790 (1971).

으로 Marks 소유의 토지에 대해 권리를 주장하고 나섰는데, 그 내용은 Marks의 간척사업이 개펄에 대한 일반대중의 권리를 침해한다는 것이었다(Whitney는 상린관계나 불법행위에 기하여 소송을 제기한 것이 아님). Whitney가 當事者適格(Standing)을 결하고 있다고 판시한 下級審 法院의 判決을 뒤엎으면서 California州 대법원은 만약 法院이 Marks가 개펄을 개발하는 것을 허용하고 Whitney가 "개펄에 대한 공공신탁권리"("public trust rights in tidelands")를 주장하는 것을 막는다면 이는 Marks로 하여금 Whitney에게서 그가 "일반대중의 구성원으로 가지는 권리"("rights to which he is entitled as a member of the general public")를 빼앗도록 허용하는 것과 같다고 판시해서 결과적으로 그 개펄 개발을 막은 바 있다.[117]

참고로 미국에서는 위 Marks 사건의 판결이 선고된지 약 15년 후인 1980년대 중반에 이르러 濕地保全에 관한 法律(예컨대 "Coastal Wetlands Planning, Protection, and Restoration Act" 또는 "Emergency Wetlands Resources Act of 1986")이 제정되었고, 위 Marks 사건과 같은 사건에서 法院이 공공신탁이론에 기하여 개펄 개발을 막은 것이 위 법률의 제정에 기여하였음은 재차 설명할 필요가 없다 할 것이다.

환경보호 또는 가치 있는 자연자원의 보존은 간단한 문제가 아니다. 오히려, "자연과학적, 도덕적, 윤리적, 정치적, 경제적, 사회적, 그리고 기술적인 문제들이 설명할 수 없을 정도로 얽히고 설킨 복잡한 문제"인 것이다.[118] 따라서, 이러한 환경문제에 관하여 무엇이 國民 전체적인 입장에서 공통이익인가를 法院이 판단하는 것이 힘들다는 것은 不問可知의 사실이다. 논리적으로는 과연 法院이

117) 6 Cal. 3d 261면, 491 P.2d 380~81면, 98 Cal. Rptr. 797면 (the Court concluded that "[t]here is absolutely no merit in Marks' contention that as the owner of the *jus privatum* ··· he may fill and develop his property").

118) BIRNIE & BOYLE, *supra* 註 78, 119면("a complex issue in which scientific, moral, ethical, political, economic, social, and technological issues are inextricably intertwined").

그와 같은 政策的 判斷을 하는 것이 바람직한가 여부를 먼저 따져 보아야 할 것이지만 필자는 이에 대한 판단은 다음 글에서 심도 있게 논의할 것을 약속하고 이 글에서는 다만 法院에게 어떤 역할, 즉 귀중한 자연자원을 개발하려고 하는 사람들이 반드시 거쳐야 할 마지막 關門으로서의 機能을 부여하는 것 자체에 의미가 있다는 점을 강조하고자 한다. 법원이 자연자원개발의 당부를 판단할 때 그 판단을 우리가 속한 사회의 모든 구성원을 관통하는 社會通念에 기초한다면 법원의 積極主義的 法解釋은 立法·行政 과정의 미비점을 보완하여 社會統合作用에 긍정적인 기여를 할 수 있을 것이다.

B. 當事者適格에서의 역할

두 번째로, 공공신탁이론을 도입함으로써 얻을 수 있는 이점은 當事者適格(standing)에 관한 것이다. 자연자원의 이용·관리에 관하여 제기되는 환경소송에는 대개 세 가지의 이해관계인이 관련되어 있다. 즉, 자연자원을 개발하려는 개발업자와 이를 허가하는 행정당국, 그리고 그 개발에 의하여 피해를 보기 때문에 그 개발을 막으려는 지역주민 또는 일반적으로 환경에 관심을 갖고 있어 환경이 파괴되는 것을 막으려는 一般國民이 그것이다. 앞서 본 바와 같이 개발하려는 쪽은 자기이익추구 본능에 똘똘 뭉쳐진 이익집단들이고 이들의 파상공격에 행정당국은 넘어가기 일쑤이다. 따라서 이 같은 상황에서 환경을 수호하는 역할을 담당할 수 있는 사람들은 개발허가와 직접적인 관계가 없는 제3자 즉, 지역주민이거나 일반국민일 수밖에 없다. 예를 들면 가야산 사건에서 개발업자와 개발허가를 내준 행정당국에 대하여 지역주민과 전국의 종교계 인사들, 환경론자들, 문화재론자들이 그 개발허가를 다투려고 하였던 것이다. 대개 이들은 환경침해를 고려하지 않은 개발허가의 違法性을 이유로 行政訴訟을 제기하는데 이때에 當事者適格이 문제된다. 이

와 같은 행정소송에 있어서는 지역주민들의 環境的 利益이 당해 行政處分의 根據法令에 의하여 보호되는 法律上 利益이라고 인정되지 않기 때문에 當事者適格을 인정받지 못하고 있는 실정이다.

1970년대 이후에 미국에서 공공신탁이론에 의거하여 제기된 자연자원 관련 소송에서는 실로 다양한 부류의 사람과 집단이 당사자로 등장한다: 일반시민이 정부를 상대로 한 소송; 일반시민이 일반시민을 상대로 한 소송; 정부가 일반시민을 상대로 한 소송 등이 그것이다. 이와 같이 공공신탁소송에 관련된 다양한 원고들과 관련하여 그 當事者適格 유무가 문제가 된 것은 미국에서도 당연한 것이었다. 즉, 공공신탁이론이 환경피해나 자연자원의 남용에 대한 남다른 관심 이외의 다른 특별한 法律的 利益을 가지고 있지 아니한 듯한 당사자들에게 原告適格을 부여할 수 있는지 여부가 문제였던 것이다.

이에 대한 대답을 요약하면 "Yes"이다. 즉, 공공신탁이론은 지역주민은 물론이고 환경피해나 자연자원의 남용에 대한 남다른 關心 이외의 다른 특별한 法律的 利益을 가지고 있지 아니한 당사자들에게 當事者適格을 성공적으로 부여할 수 있다. 왜냐하면 공공신탁이론은 우리가 속해 있는 공동체의 유지·존속에 필수적인 자연자원이 一般國民의 利益을 위하여 그 소유자에게 신탁되어 있다고 이론구성하고 있는바, 그렇다면 一般國民은 受益者의 위치에 있게 되고 따라서 이른바 原告適格의 기초가 되는 法律上 利益 내지는 權利를 제공받게 되는 것이다. 미국의 법원은 명시적으로 일반국민이 귀중한 신탁자원에 대하여 "正式의 法的 權利"("a formal legal right to environmental quality")를 가지고 있다고 판결하고 있다.[119]

이같은 판결은 미국에서 굉장히 중요한 의미가 있었는데, 그것은 Sax 교수가 공공신탁이론에 관한 기념비적 논문인 *"The Public Trust Doctrine in Natural Resources Law; Effective Judicial Intervention"*을 발표

119) Lazarus, *supra* 註9, 658면.

한 1970년만 해도 환경피해에 대한 구제를 구하는 원고가 정부의 행위에 대하여 사법심사를 청구하기 위해서는 "법률적 이익에 대한 피해"를 입증하여야 했고,[120] 따라서 공공신탁이론이 일반 국민을 공공신탁의 수익자라고 이론구성하는 것은 피해의 전제조건이 되는 "法律的 利益"을 충족시키는 기능을 성공적으로 수행할 수 있었던 것이다. 당시, 미대법원의 판례는 "침해된 권리가 법률적 권리 — 재산권으로 나오는 권리, 계약으로부터 나오는 권리, 불법행위에 대하여 보호되는 이익, 혹은 특별법의 규정에 의하여 인정된 권리가 아닌 한" 그 當事者適格을 부인하였던 것이다.[121] 이와 같이 당사자적격 문제를 해결할 수 있었기 때문에 환경소송에 있어 공공신탁이론의 의존도는 더욱 높아졌던 것이다.

C. 環境的 收用에서의 역할

마지막으로 공공신탁이론이 가져올 수 있는 또 다른 이점은 소위 "環境的 收用"("Environmental Taking")에 관한 것이다. 소위 환경적 수용이라는 것은 환경에 관한 여러 행정규제 때문에 소유권의 행사가 제한당하는 것을 말한다. 미국에서는 이와 같이 환경규제 때문에 손발이 묶인 소유자들이 여타의 國民에게 "환경공짜점심"("Environmental Free Lunch")을 제공하고 있다고 해서 경우에 따라서는 이에 대하여 正當한 補償을 해주고 있다. 미국의 국토의 방대함을 고려할 때 이 보상비용은 막대한 것이어서 政府와 國民에게 엄청난 부담이 되고 따라서 환경규제를 함에 있어서 이 문제가 논란의 대상이 된다.

우리나라에도 예컨대 그린벨트의 경우처럼 여러 가지 환경규제로 인하여 소유권의 행사가 제한되는 경우가 많다. 얼마 전 일간신문에 대모산의 소유자가 자신이 소유한 땅 안에 체육시설을 설치해서

120) *Id.*
121) Tennessee Power Co. v. TVA, 306 U.S. 118 (1939).

일반공원과 같이 사용하게 한 것에 대하여 서울시를 상대로 보상을 요구한 것이 대서특필된 적이 있다. 앞으로 이와 같이 환경규제에 묶여 개발이 제한되는 토지의 소유자에게 보상을 해주는 것은 피할 수 없게 될 것으로 생각된다.

공공신탁이론이 도입된다면 바로 이때 보상을 해주어야 할 것과 해 줄 필요가 없는 것, 즉 옥석을 가려주는 역할을 할 수 있을 것으로 생각된다. 어떤 토지가 신탁자원으로 평가된다면 그 신탁자원의 소유자는 자기 財産權의 일부, 즉 개발할 權利를 박탈당하는 것이 아니라 원래부터 개발할 수 없는 신탁자원을 소유하고 있었고 다만 그 제한을 확인받은 것에 불과하다고 보기 때문이다. 즉, 신탁자원은 로마法과 普通法의 역사에서 볼 수 있듯이 처음부터 일반대중의 이용에 봉사하여 왔고, 따라서 그 소유자는 公的인 國民의 利用權이 부착된 상태에서 그 토지를 소유하기 시작한 것이기 때문에 처음부터 개발이 자유로운 땅을 소유해 본 적이 없다는 것이다. 따라서 政府는 신탁자원이라고 판명된 토지의 개발을 제한 또는 금지시킨다 하여도 이에 대하여 보상할 필요가 없는 것이다.

이상에서 공공신탁이론의 역할을 개관하여 보았지만 우리 나라에 도입된 공공신탁이론의 구체적인 내용은 결국 사건을 통하여 구체화될 것이다. 미국에는 수많은 사건을 통하여 발전한 判例理論이 축적되어 있다. 이 판례들이 우리 나라에 적용될 때에는 그 결론뿐만 아니라 그 결론에 도달할 수 없었던 상황을 동시에 고려하여 그 원용여부를 결정하여야 함은 물론이다. 그럼에도 불구하고 미국의 판례들은 공공신탁이론의 개괄적 모습을 파악하는데는 물론이고 앞으로 한국에서 적용될 경우에 참조할 수 있는 가이드라인으로 충분히 기여할 수 있으리라 생각된다.

結 論

우리가 속해 있는 공동체에는 再生이 불가능하고 그 代替物을 구할 수 없어 그 보존·보호가 공동체의 존속과 번영에 필수적인 귀중한 자연자원이 있다. 공공신탁이론은 일반대중이 이러한 자연자원에 대하여 가지는 公的 利益을 보호하기 위하여 그 소유자 — 政府이건 個人이건 관계없이 — 에게 자연자원이 信託되었다고 擬制하여 그 소유자로 하여금 受託者로서 이를 보존하고 보호하여야 할 義務를 지우는 理論이다.

미국 法院에 의하여 判例理論으로 발전한 공공신탁이론은 오랜 시간에 걸쳐 진화하여 여러 가지 상황의 환경문제를 처리하는 理論으로 사용되어 왔다. 본래 水路와 그 附帶土地에 대한 일반 대중의 利用利益을 보호하기 위하여 사용되던 공공신탁이론이 오늘날 수많은 환경문제를 해결하는 包括的 理論으로 진화할 수 있게 된 까닭은 미국 法院이 국가적으로 귀중한 자연자원에 대하여 형성된 대중의 公益權과 소유자의 私益權 사이의 調和를 공공신탁이론의 본질적 요소로 파악하고 이를 새롭게 발생하는 환경문제에 柔軟하게 적용하여 문제를 해결하였기 때문이다. 미국 國民들은 바로 이 공공신탁이론의 包括性·柔軟性에 기하여 각종 환경문제에 訴訟으로 대항함으로써 미국 法院으로 하여금 환경문제에 관한 立法的 不備를 보완하게 하고 利益團體에 의하여 야기된 환경정책결정의 偏向性을 교정하게 함으로써 法院을 환경에 관한 정책판단의 場으로 승격시켰다.

비록 우리와 法體系가 다른 미국에서 발전한 공공신탁이론이지만 그 包括性 및 柔軟性은 이 理論의 한국 내 도입가능성의 기초가 된다. 또한, 이 理論이 英美法뿐만 아니라 로마法에도 그 뿌리를 두고 있고, 오늘날 다양한 國際法規에 그 이론적 요소가 반영되고 있

는 점은 그 도입 가능성을 한층 밝게 해 준다고 하겠다.

그러나 현행 法律의 解釋論을 통하여 공공신탁이론을 우리 나라에 도입하는 것은 무리라고 하겠다. 成文法主義를 취하고 있는 우리 나라에서 그 實定法的 근거를 찾아볼 수 없고, 아직 자연자원의 보호에 관하여 國民의 法律觀念이 확고히 형성되지 아니한 상황에서 憲法의 積極的 解釋에 의존할 수도 없기 때문이다. 따라서, 우리 나라가 공공신탁이론을 받아들이는 현실적인 방안은 立法을 통하는 것이고 공공신탁이론의 包括性 및 柔軟性을 살리기 위해서는 憲法改正을 통하여 憲法條文化하는 것이 가장 바람직하다고 하겠다. 國民의 확고한 환경보호의식과 이에 발맞춘 法院의 적극적인 태도가 뒷받침된다면 그 節次的 難易性에도 불구하고 이와 같은 憲法改正이 불가능하지 않을 것이다.