

## 葛藤調停의 法經濟學의 一考： 不法妨害法을 中心으로\*

金 一 仲\*\*

### 논문 초 록 :

本稿는 불법행위법의 재정립을 통해 심화되는 갈등구조의 조정에 일조하려는 데 그 목적을 둔다. 이는 현재 우리 나라에서 발생하는 상당수 갈등이 불법행위(tort)에 해당할 뿐만 아니라 불법행위법의 실정적·구제적 측면에 대한 연구들이 법경제학 내에서 오랜 기간 동안 축적되어 왔기 때문이다. 한편, 여러 불법행위 중에서 소위 불법방해(nuisance)로 구분되는 행위들의 폭과 빈도수가 우리 사회에서 특히 급증하는 추세이다. 따라서, 불법방해의 속성을 경제학적으로 규명하고, 불법방해와 관련된 갈등을 어떤 식으로 조정할 것인가에 本稿의 구체적 목표를 설정한다. 말하자면 불법방해법의 범주와 그 원칙에 관한 경제학적 탐구라 할 수 있다. 本稿에서는 불법방해의 속성을 파악하기 위해 먼저 불법행위의 일반적 범주를 설명한다. 불법행위 관련문헌에서 자주 등장하는 침해(trespass), 불법방해, 사고(accident)를 체계적으로 정의하기 위해서 기존의 분산되어 있는 연구문헌을 종합하여 그 구분에 관한 이론을 재정립해 본다. 물론 이는 불법행위가 발생했을 때 언제든지 책임(liability)의 문제가 관건이 되지 않을 수 없고, 불법행위의 유형에 따라 무엇보다도 책임의 배분방식이 다를 수밖에 없기 때문이다. 다음으로 갈등조정을 위한 불법방해법의 원칙에 대해 논한다. 그 동안 학계 및 법조계에서는 불법방해법의 목적을 놓고 크게 '正義' 對 '經濟效率性'이라는 두 개념을 서로 대치시켜 왔으나, 이러한 구분방식이 반드시 옳지 않다는 점을 부각시킬 것이다. 이러한 주장은 곧 불법방해법에서 자주 거론되는 '矯正正義(corrective justice)'의 정확한 개념을 탐구하는 과정에서 자연스럽게 도출될 것이며, 재산권의 개념에 근거한 矯正正義는 놀랍게도 '動態的 經濟效率性의 제고'와 상당부분 일치한다는 점이 강조될 것이다.

핵심주제어 : 갈등조정, 불법방해, 법경제학.  
경제학문헌목록 주제분류 : K1

\* 本稿는 長文의 拙稿 “不法行爲法の 範疇와 目的에 關한 少考”를 修訂・拔萃한 것이다. 공공경제학회, 서울대, 숭실대 등 발표시 특히 건설적인 조언을 해 주신 숙명여대 신도철 교수, KDI 김재형 박사, 그리고 세심한 논평을 해 주신 두 심사자께 감사드린다. 편집을 도와 준 숭실대 대학원의 장재호 군에게도 고마움을 표한다.

\*\* 숭실대학교 경제학과 조교수.

“나는 불법행위법의 가장 대표적 문제의 하나에 관해 (최소한 나 자신은 만족할 수 있을 정도로) 종합적인 원칙들을 발견하고 싶었다. 그것은 누가 피해를 입었을 때 과연 어떤 상황에서 다른 사람의 책임으로 돌릴 수 있는가의 문제였다. 이에 답하기 위해서 인과관계(causation)는 물론이고, 재산권(property rights)에 관한 이론개발이 필수적이라는 사실을 곧 깨달았다. 왜냐 하면, 어떤 사람이 무엇을 소유했는가를 먼저 밝히지 않고서는 그 사람이 왜 손실로부터 구제받아야 하는가를 설명할 수 없기 때문이다. 그러나 인적 및 물적 자산에 관한 소유(ownership)의 문제 역시 쉬운 주제가 아니었다. 요컨대, 사적 자치(individual autonomy) 및 자산취득(property acquisition)의 정당성에 관한 이론을 개발하는 일이 핵심관건으로 떠올랐다.……” (Epstein, 1993a, xi)

## I. 葛藤構造의 深化와 不法行爲法

한국 사회의 갈등구조가 심화되고 있다. 경제주체들 사이에 갈등과 분쟁이 발생하는 근본이유는 재산권(property rights)의 설정이 불완전하기 때문이다 (Coase, 1960). 1996년 이후 계속되는 한국의 경제위기를 우려하면서 언론, 정치권 및 재계에서는 연일 고임금·고금리·경상수지 적자 등을 논했지만, 정작 경제위기의 핵심은 심각한 갈등구조에 있다고 본다. 재산권이 불완전하므로 경제하려는 의지가 제대로 발현될 수 없기 때문이다. Umbeck(1981)이 묘사한 대로 힘(violence)에 대한 투자만 늘어날 것이다.

각종 갈등이 발생하는 원인은 여러 군데서 찾을 수 있다. 인구증가, 지역집중, 규범변화, 공권력약화, 물가치 등 연구자의 분야에 따라 다양한 진단을 내릴 것이다. 결국 경제용어로 표현하자면 경쟁심화, 회소성증가 및 경제자원의 상대가격 변화로부터 갈등은 시작된다고 보겠다. 한편, 갈등의 유형 못지않게 급속도로 증가하고 있는 것은 갈등주체의 다양성이다. 갈등의 한 유형인 환경분쟁만 하더라도, 전통적인 個人 對 個人의 문제에서 이제는 個人 對 中央政府, 個人 對 地方政府, 中央政府 對 地方政府, 또는 地方政府 對 地方政府의 대결구도처럼 그 다양성이 확산되고 있다. 말하자면 소득증가·정치민주화·정보공개·지자체실시 등을 계기로 오랜 기간 잠복해 있던 갈등들이 한꺼번에 분출되고 있는 것이다.

갈등문제의 심각성과 그에 대한 우려는 선진 외국에서도 마찬가지이다. 상

대적으로 매우 안정된 분쟁조정체계를 갖추고 있는 미국에서도 1980년대 후반부터 葛藤調停을 위한 다각적인 연구에 박차를 가하고 있다.<sup>1)</sup> 국내에서도 이에 대한 관심을 보이기 시작한 점은 고무적인 사실이 아닐 수 없다.<sup>2)</sup> 그러나 아직은 그 논의가 분쟁의 양상 또는 조정절차 등에 국한되고 있다. 갈등조정을 위한 규칙들을 모두 다섯 가지로 구분한 바 있는 Ellickson(1991, pp. 132-136)의 기준을 따른다면 실질적 규칙(substantive rules)과 구제적 규칙(remedial rules)에 관해서도 본격적으로 검토해야 할 시기가 도래했다고 믿는다.<sup>3)</sup> 갈등조정에서 무엇보다도 중요한 것은 역시 권리의 배분원칙에 있기 때문이다.

本稿의 목적은 불법행위법의 재정립을 통해 葛藤調停에<sup>4)</sup> 일조하려는 데 있다. 이는 현재 발생하는 상당수의 갈등이 불법행위(tort)에 해당할 뿐만 아니라 불법행위법의 실질적·구제적 측면에 대한 연구들이 법경제학 내에서 오랜 기간 동안 축적되어 왔기 때문이다.<sup>5)</sup> 筆者는 여러 불법행위 중에서 소위 불법방해(nuisances)로 구분되는 행위들의 폭과 빈도수가 우리 사회에서 특히 급증하는 추세라고 믿는다. 따라서, 불법방해의 속성을 경제학적으로 규명하고, 불법방해와 관련된 갈등을 어떤 식으로 조정할 것인가에 本稿의 구체적 목표를 설정한다. 말하자면 불법방해법의 범주와 그 원칙에 관한 경제학적 탐구라 할 수 있다.

本稿의 순서는 다음과 같다. 불법방해의 속성을 파악하기 위해 먼저 불법행위의 일반적 범주를 설명한다. 불법행위 관련문헌에서 자주 등장하는 침해(trespass), 불법방해, 사고를 체계적으로 정의하기 위해서 분산되어 있는 기존

1) 이에 대한 연구는 무수히 많으나 本稿의 논의와 밀접한 관계를 갖고 있을 뿐만 아니라 동시에 종합적 시각을 보여 주는 저서의 예는 Ellickson(1991), Susskind(1987), Conley and O'Barr(1990) 등이다.

2) 예컨대, 전재경(1996), 박재묵(1996), 한국지방행정연구원(1994), 이시경(1995), 이종열(1995) 등이 특정 유형의 갈등상황과 조정절차를 논하고 있다.

3) 나머지 세 가지는 절차적(procedural), 제정적(constitutive) 및 통제자선택(controller-selective)의 규칙이다.

4) 현재 민사분쟁의 해결방식은 대개 재판, 화해, 조정, 조정, 알선, 중재 등으로 구분되나, 본문에서 사용되는 '조정'은 이들 유형을 모두 포괄하는 광의의 의미를 갖는다.

5) 물론 후술되는 대로 그 주장들의 폭은 매우 넓다. 영미법에 뿌리를 두고 발전한 법경제학이 이제 한국에서 소개되고 있는 초기단계에서 불법행위에 대한 정확한 이해가 없고서는 그 동안 축적되어 온 연구결과를 제대로 활용할 수 없게 된다. 물론 대륙법을 따르고 있는 우리의 법과는 용어나 법체계에 있어서 차이가 있다. 그러나 경제주체들을 움직이는 근본 인센티브 체계는 전혀 차이가 없다는 사실과 따라서 그러한 경제주체들 사이에서 발생하는 불법적인 행위 및 분쟁형태 역시 매우 유사할 수밖에 없다는 점에 대한 강한 믿음을 筆者는 갖고 있다. 결국 本稿의 대부분 논의들이 한국의 법과 경제에 매우 직접적인 시사를 주리라 본다.

의 연구문헌을 종합하여 그 구분에 관한 이론을 재정립해 본다. 물론 이는 불법행위가 발생했을 때 언제든지 책임(liability)의 문제가 관건이 되지 않을 수 없고, 불법행위의 유형에 따라 그 책임의 배분방식이 다를 수밖에 없기 때문이다.

다음으로 불법방해법의 원칙에 대해 논한다. 그 동안 학계 및 법조계에서는 불법방해법의 목적을 놓고 크게 ‘正義’ 對 ‘經濟效率性’이라는 두 개념을 서로 대치시켜 왔으나, 이러한 구분방식이 반드시 옳지 않다는 점을 부각시킬 것이다. 이러한 주장은 곧 불법방해법에서 자주 거론되는 ‘矯正正義(corrective justice)’의 정확한 개념을 탐구하는 과정에서 자연스럽게 도출될 것이며, 재산권의 개념에 근거한 矯正正義는 놀랍게도 ‘動態的 經濟效率性’의 제고와 상당부분 일치한다는 점이 강조될 것이다.

## II. 葛藤의 核心: 不法妨害

### 1. 不法行爲法 一般

보통법을 연구하는 학자들에게 가장 큰 혼란을 주는 것이 바로 어디까지 재산법(property law), 계약법(contract law), 그리고 불법행위법(tort law)을 적용시켜야 하는가의 문제이다.<sup>6)</sup> 보통법상의 불법행위는 형법보다 그 역사가 깊다. 심지어 국가의 등장 이전에 생성되었다고 봐야 한다. 사실 근대 불법행위법의 상당부분은 고대 또는 원시사회에 그 근간을 두고 있다고 봐야 할 것이다(Posner, 1980).<sup>7)</sup>

그 역사적 유구성에서 쉽게 짐작할 수 있듯이 불법행위의 원래 개념은 매우 광범위하다. 예컨대, Posner와 Landes는 불법행위를 위법한(tortious) 행위의 전체 집합으로 보고 있다.<sup>8)</sup> 이렇게 불법행위를 광범위하게 정의한다면 그 책임의 배분에 대하여 단일원칙을 제시하는 것이 매우 힘들 것이다.<sup>9)</sup> 또한 일단 불

6) 각 개별법에 대한 개관은 박세일(1994)을 참조할 수 있다.

7) 이에 대한 자세한 설명은 김일중(1996b)을 참조할 수 있다.

8) “불법행위(a tort)란 계약의 파기를 제외하고 민사소송의 대상이 될 수 있는 잘못된 행위를 일컫는다. 화가 나서 사람을 때린다든지(battery, 폭행), 차를 부주의하게 몰아 인도로 침입한다든지(negligence, 과실), 허가 없이 타인의 토지에 들어간다든지(trespass, 침해), 남을 부당하게 비방하는 행위(defamation, 명예훼손) 등이 위법행위(a tortious)의 대표적인 예이다.”(Landes and Posner, 1987, p. 1).

9) 미국의 법대생들에게 불법행위는 일반적으로 다음과 같이 정의된다.

법행위가 성립되었다고 가정할 때 그 책임의 부과방식도 광범위할 것이라고 짐작할 수 있다. 법경제학에서는 그 방식을 크게 두 가지로 구분한다. 첫째는 재산(권)원리(property rule)이고, 두 번째는 책임원리(liability rule)이다. 주지하다시피 전자는 留止命令(injunction), 후자는 일반적으로 損害賠償(damages)의 구제방식을 사용한다.

재산원리의 기본이 되는 재산권이란 특정 자원을 사용·통제·향유할 수 있는 권리이다. 따라서, 그 권리 소유자의 승낙이 없다면 그 자원을 사용하려 하는 어떤 제3자도 합법적으로 배제시킬 수 있다. 즉, 甲이 특정 승용차에 대한 재산권을 갖고 있다면, 보상 여부에 관계없이 乙은 그 차를 취할 수 없다는 의미이다. 이에 반하여 책임원리란 특정 자원의 사용에 있어서는 타인의 참여가 능성을 배제할 수 없지만 해당 자원사용으로부터 받은 피해에 대해서는 배상을 요구할 수 있는 권리를 창출시킨다. 예컨대, 인도의 통행자라고 해서 승용차운전자가 실수로 인도에 들어와 자신에게 피해를 입히는 행위를 미리 막을 수는 없다. 다만 사고 때문에 발생한 피해에 대해서는 배상을 청구할 수 있다.

지난 30년 동안 법경제학에서는 불법행위의 구제방식에 관한 이 두 가지 원리를 놓고 매우 활발한 논의를 해 왔다. 결국 이 무수한 연구들에서 귀착되는 질문은 어떤 상황에서 어떤 원리를 사용해야 하는가이다. 구체적으로 상당수 연구들의 주제는 왜 ‘물건의 단순점유권(possessory interests of things)’은 주로 재산원리에 의해 보호되고, ‘해로운 외부효과(harmful externalities)로부터 자유로워야 할 권리’는 주로 책임원리에 의해 보호되고 있는가에 대한 질문에 답하려 한 것이라 볼 수 있다(Kaplow and Shavell, 1996, p. 716).<sup>10)</sup>

“법에 의해 요구되는 의무를 준수하지 않고 타인의 인체, 자산, 기타 이해관계에 피해를 야기(cause)시켰기 때문에 그를 보상해 주어야 하는 민사상의 권리침해”(Kionka, 1992, p. 4).

그러나 이 매우 포괄적인 정의만으로는 과연 어떤 것이 불법행위인가에 대한 명쾌한 답을 주지 않는다. 무엇보다도 법에 의해 요구되는 의무가 무엇인지 불분명하다. 이와 관련하여 법에 의한 의무를 준수하지 않아도 반드시 불법행위가 성립하는 것은 아니라는 점도 유의해야 한다. 예컨대, 계약상의 약속을 지키지 않으면 계약파기로 취급하지 불법행위는 아니다. 더불어 ‘야기’시켰다는 표현 역시 애매모호하다. 실제 상황에서 법적인 인과관계를 뚜렷하게 규명하는 일이 결코 쉽지 않기 때문이다. 불법행위의 정의가 이렇게 단순하지 않기 때문에 불법행위에 대한 책임 또는 구제방식 역시 간단하지 않다. 그 동안 불법행위를 명쾌하게 정의하고 그 책임에 대한 일관적인 논리를 개발하려는 시도는 100년이 넘도록 계속되어 왔다. 그러나 위에서와 같이 그 정의가 너무 포괄적이므로 불법행위의 책임원리에 대한 단일이론을 제시하는 작업은 거의 불가능했다고 Kionka는 강조한다.

10) 즉, 그로부터 두 원리의 상대적 소망도(relative desirability)에 관한 일반원칙을 도출하려 하였다. 이러한 구제방식에 관해서는 김일중(1997e)에서 자세히 다루고 있으며, 흥미롭게

## 2. 不法妨害의 經濟的 屬性

주로 침해·불법방해·사고를 포함하는 광의의 불법행위를 좀더 체계적으로 구분하여 本稿의 주대상이 되는 불법방해의 경제적 속성을 결정해 보자. 먼저 침해와 불법방해의 구분작업을 시도해 보자.

Keeton *et al.* (1984)에 따르면 불법방해의 법적인 의미는 토지의 사용 또는 향유에 대한 방해를 뜻한다. 가축사육장에서 내뿜는 악취는 이웃 주민들의 자산을 향유할 권리를 방해하므로 불법방해를 구성한다. 한편, Posner (1992, pp. 56-57)는 자원의 사용에 있어서 발생하는 갈등(conflicting uses)이 불법방해인 데 반하여, 침해는 자원의 소유권에 대한 갈등(conflicting claims)이라고 구분하고 있다. 따라서, 일단 침해는 책임의 부과방식에서 재산권에 의한 원리와 책임원리 사이에 금을 긋는 법률용어라 정의할 수 있겠다.

침해의 경우 재산권을 가장 확실하게 지켜 주고자 하기 때문에 대부분의 거래는 시장에서 이루어질 것이라고 예상할 수 있다.<sup>11)</sup> 그런데 근간에 법경제학 분야에서 가장 획기적인 이론 중의 하나가 침해와 불법방해의 차이를 바라보는 새로운 시각이다. 특히 Posner에 의해 주창된 이 시각은 다음과 같다. 민간끼리의 협상이 가능한 경우, 즉 거래비용(transaction costs)이 낮은 경우에는 침해를 이용해야 하고, 거래비용이 높은 경우에는 불법방해의 원리를 적용해야 한다는 것이다. 요컨대, 거래비용의 크기가 침해 또는 불법방해의 적용 여부를 결정한다는 논리이다. 나아가 거래비용이 낮아 민간끼리 협상이 쉽기 때문에 침해는 시장 내의 거래를 촉진시킨다는 주장이다(Posner, 1992, p. 70). 다소 차이가 있으나 본질적으로 Merrill (1985)도 흡사한 논리를 주장하고 있다.

그러나 筆者는 이상과 같은 주장이 Coase (1960)에서 제시된 거래비용의 중요성을 지나치게 강조한 나머지 발생한 오류라고 판단된다.<sup>12) 13)</sup> 요컨대, 거래비

도 그 기본논리는 특정 목적을 달성하려는 규제의 효율적 방식을 결정하는 요소들과도 (김일중, 1995a) 상당부분 일치하고 있다.

11) 즉, 침해로 발생한 손실에 대해서는 후술되는 대로 재산원리, 즉 物權에 의한 보호를 해 주기 때문에 잠재적 침해자는 가능한 한 잠재적 피침해자로부터 그 권리를 구매하려 할 것이다.

12) Coase의 1960년 논문은 법경제학자들에게 실로 지대한 영향을 끼쳤다. 그러나 같은 논문이지만 그 영향은 학자에 따라 다소 차이가 있음을 알 수 있다. 예컨대, 불법방해가 어떤 것인가라는 질문에 대하여 Epstein (1993b)은 (자신도 인정하고 있듯이) Coase의 영향을 받아 '상호관계(reciprocal nature)가 있는 행위'라 규정하고 있다. 즉, 상호간에 서로 피해를 발생시킬 수 있는 성격을 갖는 행위라고 정의한다. 또한 바로 이 점에서 침해와 구별하면서,

용이 낮다는 사실이 침해성립의 중요한 기준이 될 수는 있으나 ‘充分條件’이 될 수는 없다. 이웃하고 있는 두 건물 사이에 발생하는 일조권에 대한 분쟁도 거래비용만 따진다면 침해를 성립시킬 수 있을 것이다. 그럼에도 불구하고 Coase(1960)에서도 볼 수 있듯이 보통법상에서 일조권에 관한 분쟁은 대부분 불법방해의 범주 속에서 다루어 왔다.

마찬가지로 침해가 성립했다고 해서 거래비용이 반드시 낮다고만은 볼 수 없다. 즉, 거래비용이 높더라도 침해는 성립할 수 있기 때문에 거래비용이 낮다는 사실이 침해성립의 ‘必要條件’도 아니라는 의미이다. 특히 토지 이외에 재산권을 절대적으로 보호하고자 침해의 원리를 적용시킬 수 있는 대상, 예컨대 인체나 지적재산권에 대한 의도적인 침해의 경우 거래비용만으로는 설명력이 부족하다는 것을 알 수 있다.<sup>14)</sup> 결국 재산권에 대한 직접적인 침범이 찾아질 위험이 존재할 때에는 거래비용에 관계없이 침해로 규정하여 재산원리를 사용해야 한다는 Epstein(1993b)의 논리가 가장 설득력을 갖는다고 판단된다.<sup>15)</sup>

불법방해를 빈번히 일어날 수 있는 비침해성(nontrespasatory) 행위라고 인식하고 있다. 따라서, 불법방해에 대해서는 피고에게 권리를 어느 정도 인정해 주어야 한다는 시각이다. 만약 그렇지 않으면 원고측의 홀드아웃(holdout)문제가 심각해질 것이기 때문이라는 것이다.

Epstein의 이러한 구분이 의미하는 바는 거래비용이 중요한 개념임에는 틀림없으나 침해와 불법방해를 구분하는 핵심적도는 아니라는 것이다. 차라리 일단 불법방해로 간주되고 난 후 책임을 배분하는 과정에서 거래비용의 중요성이 부각된다고 판단하는 듯하다. 이 사고체계는 이미 1979년 그의 논문에서 확립된 것으로 보이는데 제Ⅳ절에서 자세히 논의한다.

- 13) Coase가 거래비용의 중요성을 강조하면서 실제로 정교한 분석을 한 예는 대부분 불법방해에 해당되는 것이었다. 원래 보통법에서 사용되던 침해는 피고의 고의성 피해에 주로 적용되었다(Burke, 1993, p. 2). 또한 원고의 토지가 ‘직접적이고, 즉각적이며, 가시적인’ 주체에 의해 침범되었다는 사실이 침해의 성립요건이었다. 이 경우 원고는 실제 피해를 입증할 의무도 지지 않았다(Kionka, 1992, pp. 142-143). 즉, 침해는 직접적인 권리의 침해가 발생하는 경우에 그 재산권을 최대한 보호하려는 목적으로 사용되었음을 알 수 있다.
- 14) 필자가 아는 어느 섬은 30세대의 주민에 의해 공동으로 소유되어 있는데, 섬의 일부를 외부인에게 매각하기 위해서는 전원의 동의가 있어야 한다는 제약이 존재한다고 하자. 그 섬에 관광단지를 짓고자 하는 기업은 당연히 상당한 거래비용을 예측할 것이다. 그렇다고 주민들이 모르게 또는 강압적으로 건물을 짓고 나서 배상을 하겠다는 기업의 의사를 법원이 존중할 수는 없는 것이다. 즉, 침해가 발생했다고 해서 거래비용이 반드시 낮은 것은 아니다.
- 15) 거래비용의 크기로써 불법방해 또는 침해를 구분할 수 없다는 본문의 논의와는 별도로, 심지어 Polinsky(1980, pp. 1090-1095)와 Ayres and Talley(1995, p. 1027)는 거래비용이 높더라도 책임원리의 사용이 바람직할 수 있다는 상황이 존재한다고 주장한다. 더불어 Kaplow and Shavell(1996, pp. 759-763)은 거래비용이 높아도 재산원리가 우월해질 수 있는 상황의 가능성에 관해 논하고 있다. 한편, Ellickson과 마찬가지로 Epstein(1975)과 Trebilcock(1976)은 사적 자치의 중요성을 피력하며, 거래비용과 책임원리의 연계에 대해서는 전반적으로 별 비중을 두지 않고 있다. 이에 대한 더욱 자세한 설명은 김일중(1996a, 1997e)을 참조할 수 있다.

요약건대, 불법행위의 구분이 학계에서 아직 일률적으로 정립되지는 못한 듯하다. 예를 들어, 앞에서 본 대로 가장 넓은 의미에서 본 불법행위의 한 부분을 차지하는 침해는 기존의 문헌에서 한편으로는 매우 빈번하게 재산법관련 위법행위로 취급되고 있다. 반면 똑같이 넓은 의미에서 불법행위의 한 부분인 불법방해는 가끔 재산법에서 논의되고 있으나(Ackerman, 1977; Polinsky, 1980; Merrill, 1985; Cooter and Ulen, 1988; Ayres and Talley, 1995; Kaplow and Shavell, 1996 등), 때로는 불법행위법에 포함되어 문헌에 나타난다(Coase, 1960; Calabresi and Melamed, 1972; Fletcher, 1972; Posner, 1982; Epstein, 1973, 1979; Wittman, 1984; Lewin, 1990; Biggar, 1995 등). 한편, 불법방해까지도 제외시키면서 명백히 사고에 해당하는 것만을 뚜렷하게 불법행위로 취급하는 문헌들도 존재한다(Calabresi, 1970; Brown, 1973; Shavell, 1987; Cooter, 1985; Posner, 1992; Rubin, 1995; Epstein, 1995 등).

침해는 전적으로 재산권에 의한 원리를 사용하고, 불법방해는 재산권원리 및 책임원리를 병용하지만, 사고는 대부분 책임원리를 사용하는 관례를 볼 때, 이 세 가지(광의의) 불법행위 사이에는 재산권에 의한 원리에 의존하는 정도를 기준으로 일면 수직적인 관계가 존재한다고 볼 수 있다. 앞에서는 상위 두 부류가 어떻게 구분되는가에 대해 논했으므로, 이제 하위 두 부류인 불법방해와 사고는 어떻게 구별할 수 있는가에 대해 간략히 검토하자.<sup>16)</sup>

이 두 가지 부류의 불법행위를 구분하는 데 있어서 언뜻 떠오르는 기준은 후자에 비해 전자는 의도하지 않은(unintentional) 경우가 대부분이 아니겠는가라는 명제이다.<sup>17)</sup> 그러나 최소한 경제학적 시각에서 보자면 이는 그리 설득력을 갖지 못한다. 방지노력을 하면 의도하지 않은 사고 역시 줄일 수 있고, 방지노력을 하는 데는 비용이 소요되기 때문에 사고가 줄어드는 상태, 즉 안전(safety)은 고의성의 여부를 떠나 일단 전형적인 경제재화이다(Shavell, 1987; Viscusi, 1992).<sup>18)</sup>

16) 작금 그 빈도수가 급증하고 있는 환경분쟁의 예를 보자. 똑같은 오염이라 하더라도 씨프린스호의 원유방출, 원자력발전소의 방사선 누출 등으로 인한 오염과, 낙동강 공장폐수 및 한강 상류 가축사육장에서 나오는 폐기물 등으로 인한 오염과는 커다란 차이가 있다. 두 경우 모두 주위 사람들에게 피해를 준 것은 동일하지만, 아마도 전자는 사고를 적용하는 대표적인 경우이고, 후자는 불법방해를 적용하는 대표적인 예이다.

17) 예컨대, Kaplow and Shavell(1996, p. 716)은 이와 비슷한 논리를 사용하고 있다.

18) 바다에 원유방출하는 사고를 100% 없애기는 힘들겠지만, 실력 있는 항해사를 고용하고, 일

법경제학적으로 설명하자면 이 두 가지 불법행위의 가장 근본적인 차이는 위험에 관련하여 사전협상(*ex ante negotiation*)이 얼마나 가능한가에 있다. 환언하면, '사전협상에 소요되는 제반 거래비용'의 차이에 있다고 할 수 있다. 거래비용의 규모를 결정짓는 요소들에는 여러 가지가 있다. 대표적으로 피해가 '지속성(*sustenance*)'을 띠고 있을수록 피해를 계산하기 쉬우며,<sup>19)</sup> 그 밖에도 피해계산 및 보상수준을 사전적으로 도출할 수 있는 가능성에 영향을 미치는 요소들이 다양하게 존재한다. 따라서, 사고의 기본특성은 그 방지를 위해 당사자 간 사전협상이 거의 불가능하다는 것을 의미한다. 그러므로 사후해결만이 가능하다.

사고로 발생하는 피해의 대부분은 일시적(*transitory*)이라는 사실이 사전협상을 힘들게 한다. 만약 사고피해가 지속적 또는 반복하여 발생한다면 이는 이미 사고의 범위를 벗어나 불법방해에 관한 법의 적용을 받게 된다. 매우 격리된 땅을 통과하던 폐기물처리 트럭이 실수로 폐기물을 쏟게 되었는데, 알고 보니 그렇게 그 지역에 폐기물을 갖다 버리는 것이 비용효율적이라고 판단되었다고 하자. 처음 실수로 방출한 사건은 그 트럭주인이 일으킨 사고가 되지만, 향후 계속적으로 그렇게 하는 과정에서 발생하는 트럭회사측과 지역 소유주의 갈등은 더 이상 사고의 적용대상이 아니다. 그 때부터는 불법방해원리가 적용되어야 한다.<sup>20)</sup>

---

기예보를 위한 최첨단장비를 구입하고, 충돌시 원유의 방출을 억제하는 이중탱크를 사용하면 그 빈도수는 줄일 수 있다. 보통 사람이라면 환경에 엄청난 피해를 주는 이러한 사고를 내놓고 고의적으로 일으키지는 않을 것이다. 그러나 그 방지노력을 얼마나 하는가는 별개의 문제이다. 결국 정화비용 때문에 매일 폐수를 그대로 낙동강에 방출하는 공장 주인의 경우와 마찬가지로 비용 때문에 원유의 방출을 방지할 수 있는 시설을 구입하지 않는 유조선 주인의 인센티브에는 큰 차이가 없다. 즉, 어디까지 고의성을 인정하는가는 매우 주관적이고 애매모호해질 수밖에 없는 것이다. 안전관련 법제의 경제학적 논의는 김일중(1997a, c) 참조.

- 19) 여기서의 '피해의 지속성'은 피해 자체가 물리적으로 얼마나 지속되는가를 의미하지 않고, 그러한 피해를 야기시킨 사고가 얼마나 계속적으로 발생하는가를 의미한다. 예컨대, 씨프린스호의 원유방출로 인한 환경피해는 수 년 또는 수십 년 지속될 것이다. 그러나 씨프린스호의 원유방출이 (같은) 사고지점에서 매일 또는 매달 발생하지는 않을 것이다.
- 20) 왜냐 하면, 후자의 경우 특정 시점에서 불 때 피해가 향후 지속적으로 발생하므로 주민들은 현재까지 발생한 피해에 대한 배상뿐만 아니라 향후 되풀이될 그 방출에 대한 유지명령을 청구할 수 있기 때문이다. 만약 법원이 유지명령청구를 받아들인다면 주민과 트럭회사 간의 협상, 즉 시장거래가 진행될 수 있다. 트럭회사측에서 불 때 폐기물방출을 향후 지속적으로 할 수 있는가에 대한 합의를 도출하는 목적을 갖고 있으므로 이는 사전협상이 된다.

### 3. 綜合

이제까지의 논의를 요약하자면 가장 광의의 의미로 정의되는 불법행위에는 대표적으로 침해·불법방해·사고를 들 수 있다. 침해와 불법방해를 구분하는 가장 핵심기준은 그 행위가 타인의 재산권에 얼마나 직접적으로 피해를 주었는가였다. 직접적으로 피해를 준 경우 침해의 영역이 되며, 이 때 구제방식은 향후 확실한 억지력(deterrence)을 제공하기 위해 재산원리를 사용한다. 따라서, 침해에 대해서는 법원이 절대적으로 보호해 주고자 하는 권리의 침범이므로 무엇보다도 사전협상을強制하려는 의도를 갖고 있으며, 동시에 침해사건을 보면 그 속성상 사전협상이 대체로 가능하다는 점도 알 수 있다. 이러한 이유로 많은 학자들은 침해를 재산법이라는 별도의 영역에서 다루고 있다.<sup>21)</sup>

한편, 불법방해와 사고를 구분하는 기준은 이와 다르다. 불법행위가 일어난 상황에 비추어 얼마나 사전협상이 가능했는가로 구분할 수 있다. 그리고 사전협상의 가능성을 결정하는 가장 중요한 변수는 불법행위로 인한 피해가 얼마나 지속적인가이다. 그 피해가 일시적이라면 사전협상이 원천적으로 불가능하기 때문에 사고로 취급한다. 반대로 지속적인 피해에 대해서는 사전협상이 가능하므로 불법방해의 범주에 포함시킨다.

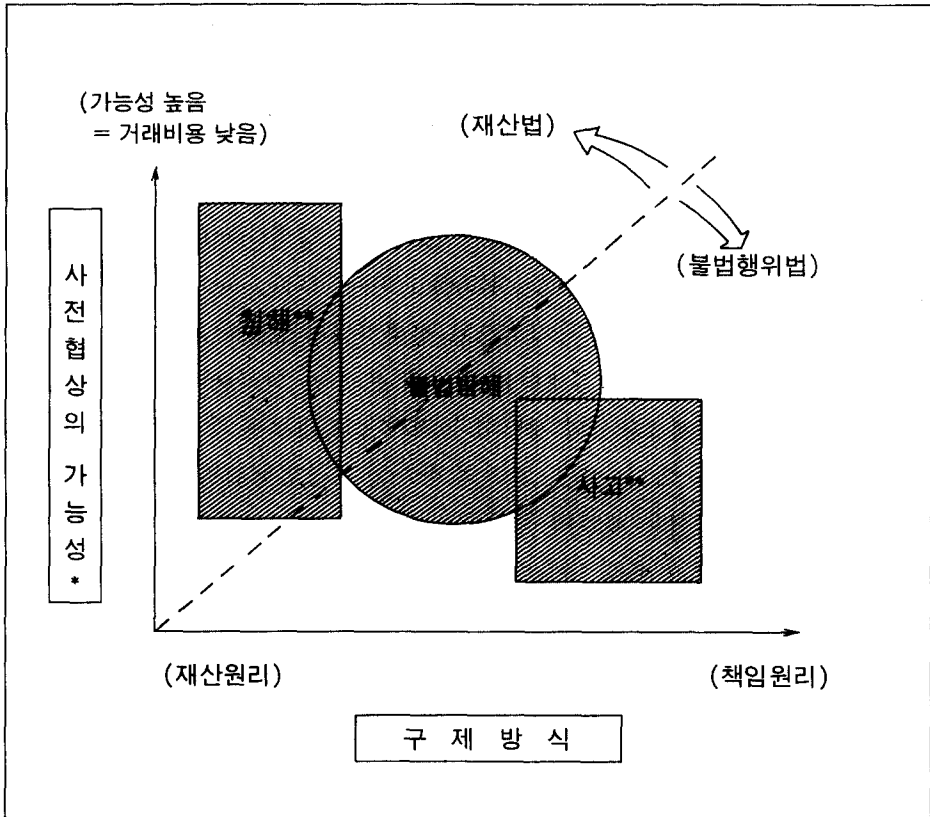
이상의 논의를 ‘사전협상 가능성’ 및 ‘책임원리 의존도’라는 두 가지 변수로 표현하면 <그림 1>과 같다. <그림 1>에서 표시된 바와 같이 침해의 경우에는 사전협상을 법원이 강제화시키는 특성을 강하게 띠고 있다. 물론 사전협상의 거래비용을 구성하는 여러 조건들이 있겠으나, 침해를 성립하기 위해서는 피해의 지속성(예, 타인 토지의 불법점유)이 필요조건으로서 전제되어야 할 것이다.<sup>22)</sup>

21) 나아가 本稿에서 정의된 침해는 Kaplow and Shavell(1996)의 ‘물건의 수용(taking of things)’의 의미와 상당히 일치한다. 또한 그들은 “물건의 점유권리에 대해서는 재산원리를 통해 보호해야 한다(Kaplow and Shavell, 1996, p. 16)”고 주장했는데, 이는 本稿의 “국가가 의도적으로 사전협상을 강제하려는 의도의 침해에 대해서는 재산원리를 사용한다”는 입장과도 일치한다.

22) 한편, 침해와 불법방해를 구분하는 데 있어서 本稿는 Landes and Posner와 이견을 보였지만, 아래 인용에서 보듯이 불법방해와 사고의 구분을 하기 위해 本稿에서 제시된 방식은 그들의 이론과 거의 일치한다.

“불법방해에 의한 피해는 반드시 그러한 것은 아니나 계속적이고(continuous) 확실한(certain) 반면 사고로 인해 발생하는 피해는 단속적이고(intermittent) 확률적(probabilistic)이다. 아마도 이 점이 불법방해와 사고를 구분하는 기준이 될 것이다”(Landes and Posner, 1987, p. 42).

〈그림 1〉 불법행위(tort)의 구분



\* 침해의 경우 법원에 의해 사전협상이 강제되며, 피해의 지속성이 필요조건임.

\*\* 침해와 사고는 구제방식에서 각각 재산권에 의한 원리와 책임원리를 전적으로 따름.

첫번째 피해의 '계속성 대 단속성(또는 1회성)' 문제는 앞에서 주장된 피해지속성의 차원을 의미한다. 두 번째 '확실성 대 불확실성' 문제 역시 확실할수록 협상테이블에 응할 당위성(원고측) 및 의향(피고측)이 커지므로 결국 사전협상의 가능성이 커진다고 볼 수 있다. 本稿에서는 '사고 → 불법방해'의 순으로 갈수록 피해가 지속적이며 기타 사전협약의가 가능한 상황이라 주장하였다. 따라서, Landes와 Posner의 첫째 차원은 本稿의 주장과 그대로 일치하며, 둘째 행위의 주체문제 역시 '기타' 사전협약의를 가능하게 하는 조건 속에 포함된다. 피해발생이 확실할수록 가해자의 주체가 뚜렷해지고, 따라서 사전협약의를 위한 거래비용을 줄일 수 있기 때문이다. 本稿의 이러한 구분방식을 대체로 지지하는 시각은 Epstein (1979, p. 65)에서도 찾을 수 있다. 특별히 사고와 차별화하려는 목적은 없었으나, 그는 보통법상의 의도(intention)에 관한 개념에 초점을 맞추고 불법방해란 고의성 있고(purposive), 반복적인(repetitive) 행위로부터 야기되는 알려진 부산물(known by-products)이라 규정하고 있다. 한편, 사고에 대해서는 단일의(single), 갑작스런(sudden), 그리고 고립된(isolated) 사건이라 정의하고 있다(Epstein, 1979, p. 79).

### III. 葛藤調停의 原則: 矯正主義 論爭<sup>23)</sup>

#### 1. 相衡되는 目的들

불법행위에 대한 경제학적 분석이 30여 년 전 본격적으로 시작되기<sup>24)</sup> 이전의 대부분 학자들 또는 현재에도 기존의 순수한 법학이론을 따르는 학자들에게 불법행위법의 목적은 대개 보상(compensation) · 정의(justice) · 억지력(deterrence)의 세 가지로 요약되었다(Kionka, 1992, 5-11). 반면 많은 법경제학자들은 불법행위법의 목적이 궁극적으로 경제자원의 효율적 배분에 있다는 주장을 해 왔다. 이 부분은 법경제학을 연구해 온 모든 학자들에 의해 수용되는 명제는 아니지만 경제효율성의 개념이 본격적으로 대두된 것은 분명히 법경제학의 공헌이라 할 수 있다. 한편, 일군의 학자들은 불법행위법이 경제효율성보다는 정의로운 실현을 제일의 목적으로 삼아야 한다고 피력해 왔으며, 이러한 주장을 뒷받침하기 위해 대부분 일종의 도덕론으로부터 출발한다. 그렇다면 과연 불법방해관련 갈등의 조정원칙은 어떻게 설정되어야 하는가?

불법방해의 논의 전반에 걸쳐 정의 · 공정성 등의 개념이 등장하는 것은 불법행위법 자체가 상정하고 있는 한 가지 전제조건 때문이다. 즉, 불법행위법의 영역을 낯선 사람들(strangers)과의 권리분쟁으로 보기 때문이다. 그러므로 불법행위법에서는 소위 ‘矯正正義’라고 표현되는 개념이 핵심역할을 하게 된다. 비자발적 상황에서 피해를 입었다면 구제를 해 주어야 할 것이라는 기본목표가 깔려 있다. 그러나 늘 그런 것은 아니지만 정의를 실현한다는 사실 자체가 최소한 정태적인 개념으로 볼 때 경제효율성의 극대화와 서로 다른 방향을 가질 수 있고, 때로는 매우 심각한 상충관계(trade off)를 갖게 될 수 있다.<sup>25)</sup> 그런데 이와 관련하여 매우 심각한 문제는 아직도 학계에서는 ‘정의’와 ‘경제효율성’을 서로 상극의 개념으로 보거나 기껏해야 독립적이라고 보는 시각에 있

23) 본질의 구성이 더욱 매끄럽도록 조언해 준 한 심사자에게 감사드린다.

24) 이 과정에 대한 자세한 설명은 김일중(1995b)을 참조할 수 있다.

25) 후술되는 대로 Epstein(1973, 1979, 1993a, 1993b, 1995 등)은 불법행위법에 있어서 矯正正義의 역할이 가히 절대적이라 보고 있다. 반면 계약법에서는 정의 및 (정태적) 경제효율성이라는 두 가지 목표가 갖는 상충관계가 본질적으로 덜 심각하며, 또 법원 역시 양자를 조화시킬 수 있는 수단이 존재한다고 Epstein(1975)은 주장한다. 한 마디로 그 수단이란 계약당사자의 사적 자치(private autonomy)를 최대한 존중하는 것이다. 이에 대한 자세한 논의는 김일중(1997b)을 참조할 수 있다.

다. 서론에서 지적한 대로 本稿에서는 이 시각이 오류이며, 정의와 경제효율성은 서로 보완적일 수 있으며, 나아가서 불법방해법에서의 矯正正義는 바로 이 두 가지 목적을 동시에 달성할 수 있도록 定義되어야 한다는 점을 보이고자 한다.

본절에서는 이 주제에 관한 대표적 연구들이라 평가되는 이론들을 체계적으로 비교·평가하는 데 그 목적을 둔다. Coase의 1960년 논문은 발표 직후 정부 규제 등 주로 公法분야에 영향을 미쳤다. 私法에 대한 영향은 좀더 늦게 시작하였는데,<sup>26)</sup> 특히 矯正正義에 대한 논쟁은 1970년대 초반 불붙어서 1980년대 초반까지 약 10여 년 동안 심화된다.<sup>27)</sup> 본절의 이하에서는 논쟁과정에서 핵심적인 역할을 담당했던 Fletcher, Epstein, Coleman, Posner의 이론을 주로 소개하되, 기타 학자들의 이론들도 논의를 진행하면서 부분적으로 설명한다. 본절의 논의를 바탕으로 다음 절에서는 재산권에 입각한 矯正正義論을 자세히 고찰하며 갈등조정 원칙을 정립해 본다.

## 2. Fletcher의 公正성과 效用

Fletcher(1972)는 과실책임주의(negligence)와 엄격책임주의(strict liability)에 관한 법리들을 논함으로써 불법행위법의 전체를 설명하고 있는 것처럼 여기는 학자들이 많다는 관찰로부터 자신의 불법행위법이론을 출발시킨다.<sup>28)</sup> 그러나 Fletcher는 그러한 구분이 옳지 않으며 차라리 불법행위법 이론을 대분하기 위해서는 다른 구분방법이 존재한다는 주장을 펼치고 있다.<sup>29)</sup>

26) 물론 본절에서 소개되는 모든 학자들이 Coase의 이론을 직접적으로 추종 또는 반박하는 입장에서 자신들의 이론을 시작했다고 보지는 않는다. 그러나 불법행위법에서 矯正正義의 개념이 무엇인가라는 질문은, 얼핏 경제효율성 외에는 다른 변수들을 고려하지 않았던 것처럼 보였던 Coase의 논문에 대하여 갖게 된 질문들이 10여 년 동안 축적되면서 자연스럽게 태동된 것이 아닌가 판단된다.

27) 1980년대 이후에도 개별 사건별로 나타난 특수성을 감안하여 矯正正義에 관한 이론을 정교화시키는 작업은 계속되었으나, 筆者가 보기에 불법행위법의 근본목적에 대한 논쟁의 큰 줄기는 초기 10여 년 동안 일단락되었다고 판단된다. 이는 최근의 Fletcher(1993)에서도 인정되고 있다.

28) 이 논문에 대해 먼저 지적해야 할 점은 저자가 사용하는 불법행위 개념은 불법방해와 사고를 함께 포함하고 있다는 것이다. 그러나 불법방해관련 矯正正義에 관한 이론의 한 획을 그은 논문으로 평가되고 있으므로 이 절에서 소개한다.

29) 즉, 지난 150년 동안 불법행위법에 대하여 수없이 많은 논란이 있어 왔던 것이 사실이나, 그것은 과실과 엄격책임에 대한 논란이 아니고, 근본적인 철학에 관련된 문제였다고 파악하고 있다.

요컨대, 불법행위법에 대한 철학적 문제는 두 가지의 패러다임이 서로 경쟁함으로써 발생했다고 보고 있다. 첫째는 ‘상호관계 패러다임(the paradigm of reciprocity)’이고, 둘째는 ‘합리성 패러다임(the paradigm of reasonableness)’이었다. 불법행위법을 제대로 파악하려면 양쪽의 기본생각을 이해해야 한다는 것이다. 먼저 상호관계 패러다임에 의하면 불법행위법에서 다음의 두 가지 이슈를 독립적으로 취급해야 한다는 것이다. 첫째, 원고는 보상받을 수 있는가이며, 이는 둘째 문제인 그 보상이 피고에 의해 이루어져야 하는가의 이슈와는 별개라는 것이다. 원고가 보상받는 문제는 피해를 입은 당시 원고행위의 속성 및 피고에 의해 만들어진 위험의 속성에 의해 절대적으로 결정된다는 입장이다. 다음으로 그 보상을 피고가 해야 하는가의 문제는 피고가 창출한 위험이 면책사유를 갖고 있는지를 검토해야 한다. 예컨대, 피고가 해당행위를 한 시점에서 미래에 그러한 위험이 일어날 가능성에 대해 전혀 알 수 없었다는 등의 면책사유이다. 만약 이러한 면책사유가 인정된다면 해당위험을 일으킨 점에서 일반인과 피고를 차별하여 취급할 만한 정당성이 결여된다는 논리이다.<sup>30)</sup>

이 첫번째 패러다임에 비추어 원고가 보상받아야 하는 경우의 몇 가지 예를 저자는 관련 보통법 법리들을 정리해 놓은 『불법행위의 리스테이트먼트』에서 찾고 있다. 희귀하고(uncommon), 매우 치명적인(extra-hazardous) 위험이 거기에 해당한다는 것이다. 여기에 깔린 의미는 피고가 원고에게 부과한 위험과 원고가 피고에게 가한 위험이 동시에 존재한다고 가정하고, 전자가 후자보다 훨씬 크다고 판단될 때 비로소 원고는 보상받을 수 있다는 것이다. 말하자면, 피고가 가한 위험이 비상호관계적인(nonreciprocal) 경우에 원고는 보상받을 수 있다는 말이다. 이를 다시 표현하면 원고가 만들어 내는 위험에 비하여 피고가 가한 위험이 비대칭적이고 과다할 때 원고는 누구에게인가 책임을 지을 수 있다는 것이다.<sup>31)</sup>

다음으로 합리성 패러다임은 누가 권리를 가지며 또 누가 보상해야 하는가

30) 그가 제시한 면책사유의 예는 김일중(1996a) 참조.

31) 본문의 상호관계 패러다임과 비슷한 이론을 전개한 학자로는 Ellickson(1973, pp. 731-732)을 들 수 있다. 그는 어떤 물리적인 침범을 했다고 해서 반드시 불법방해를 성립시키는 것은 아니며, 행위의 속성상 당시 지역사회의 기준상 ‘비이웃적(unneighborly)’일 때에만 불법방해가 성립된다고 주장한다. 그러나 무엇이 지역사회의 기준인가 파악하는 일, 그리고 그 기준을 무조건 받아들여야 하는가의 문제 등이 과제로 남는다.

의 문제를 결정함에 있어 사회의 후생수준을 높인다는 측면에서 접근하는 패러다임이다. 따라서, 상호관계 패러다임과는 달리 불법행위법의 두 가지 질문을 구분하여 묻지 아니하며, 두 질문 모두 행위의 합리성에 기준하여 해결한다. 행위의 합리성은 비용/편익에 의해 결정된다. 특정 위험이 순사회편익을 낳는다고 판단되면, 원고는 보상받지 못한다는 의미이다.<sup>32)</sup> 만약 순사회편익이 음의 값을 갖는다면 피고는 보상받아야 한다는 것이다. 따라서, 이 패러다임에 의하면 불법행위에 관한 판결을 할 때에는 이러한 비용/편익분석이 반드시 실시되어야 한다는 점을 시사하고 있다.<sup>33)</sup>

따라서, 상호관계 패러다임은 기본적으로 모든 사람이 위험으로부터 안전할 권리를 남들과 동일한 정도로 갖고 있다는 철학이므로, 일면 Rawls(1971)의 정의론에 가까운 것으로 해석하고 있다. 곧 모든 사람은 보상 없이 일정 수준의 피해를 감수해야 하는 경우도 있다는 의미이다. 다만 상호관계 패러다임에 의하면 이유 없이 위험이 불균등하게 분포되었음이 입증되면 어떤 식으로든 보상은 해야 한다는 것이다.<sup>34)</sup> 그리고 그것이 바로 공정성이라 정의하고 있으며, Fletcher 矯正正義論의 골자이다.

마지막으로 저자는 상호관계 및 합리성 패러다임의 선택문제에 대해 언급하고 있다. 두 패러다임이 갖고 있는 서로간의 갈등은 결국 부담의 분포를 정당화해야 하는가를 놓고 발생하는 법체계상의 갈등이라 보고 있다. 그 분포가 사회 전체의 이익을 최적화시키는 것이라면 정당화시킬 수 있다는 점이 효용에 근거한 전략, 즉 합리성 패러다임이 취하는 태도이다. 반면 모든 사람은 거의 동일한 수준의 안전을 향유할 권리가 있다는 것이 상호관계 패러다임의 기본 전제이며, 예컨대 피고와 원고가 동일한 수준의 위험을 부과하고 있을 때에는 문제시하지 않는다. 쉽게 예측할 수 있듯이 두 패러다임이 가장 큰 갈등을 겪는 경우는 사회적으로 유용한 행위가 한편으론 비상호관계적 위험에 해당될

32) 따라서, Kaldor-Hicks류의 경제효율성에 근접한 개념이다. 이에 대한 자세한 설명은 김일중(1997b)을 참조할 수 있다.

33) 결국 두 패러다임의 차이점이란 집단공동체를 이루어 살아가면서 감수해야만 하는 기본위험(background risks)을 상호관계 패러다임은 우리가 살아가면서 상호 부과하는 위험에 대해서는 감수해야 한다는 주장이다. 예컨대, 우리 모두 운전을 한다면 운전에 수반되는 상당부분의 위험은 서로 감수해야 한다는 의미이다. 합리성 패러다임에서는 합리적인 위험을 감수해야 한다는 주장이다. 개발가치가 매우 큰 사업을 추진하는 과정에서 주변에 발생시키는 상대적으로 작은 환경위험은 감수되어야 한다는 의미이다. 왜냐 하면, 합리적인 위험이란 정의상 공동체의 효용을 극대화시킨다고 믿기 때문이다.

34) 물론 몇 가지 피고의 면책사유도 언급하고 있다.

때이다. 예컨대, 자동차 운전, 항공기 과다운행, 대기오염, 원유유출 등이 이에 해당한다.

Fletcher는 다음과 같이 결론짓고 있다. 만약 법관이 해당 사건 자체(without looking beyond the case at hand)에 관심을 가져야 한다면 상호관계 패러다임에 의존해야 한다. 저자는 이를 矯正正義를 실천하는 것이라 여겼다. 반면에 법관들이 미래에 발생할 개연성이 존재하는 민사분쟁들이 지역사회 전체의 이익을 극대화하는 방향으로 해결되기를 원한다면 합리성 패러다임을 택해야 한다는 것이다.<sup>35)</sup> 따라서, 합리성 패러다임의 정당성을 이론적으로 인정하고 있으나, Fletcher는 矯正正義를 구현하기 위해 상호관계 패러다임을 강화해야 한다는 믿음을 논문 전반에 걸쳐 피력하고 있다.

### 3. Coleman의 矯正正義와 不當利益

불법방해법에서의 矯正正義에 관하여 나름대로 체계를 세워 온 또 한 사람의 학자로서 Coleman(1974a,b; 1982)을 들 수 있다. 그의 이론 역시 책임(liability)과 구제(recovery)를 구별하고 있다. 요컨대, 책임의 문제는 과오(fault)의 여부<sup>36)</sup> 및 矯正正義로서 판단할 수 있으나, 구제의 문제는 矯正正義만으로는 접근하기 힘들다는 주장이다.

Coleman에서 갈등조정的基本은 다음의 두 가지 질문으로 표현할 수 있다. 첫째, 가해자에게 그 보상을 의무화시킬 수 있는 조건은 무엇인가? 둘째, 피해자의 보상요구를 정당화시킬 수 있는 필요충분조건은 무엇인가? 저자는 이렇게 책임과 구제의 문제를 구별하여 생각할 수 있다는 명제가 일단 가능하다고 지적한다. 왜냐 하면, 개념적으로 볼 때 모든 사고피해자들을 보상할 수 있는 보험체계를 사회가 만들 수 있다고 믿기 때문이다.<sup>37)</sup>

35) 저자는 합리성 패러다임에 관해 언급하는 이 마지막 부분에서 '미래에 발생할 개연성'이라는 표현을 사용함으로써 동태적 경제효율성의 함의를 시사하고 있다. 그러므로 이러한 맥락에서는 후술되는 Posner(1981) 및 Epstein(1979)의 시각과 어느 정도 일치하고 있다. 그럼에도 불구하고 Fletcher는 두 패러다임으로 구분하고 있다는 점에서 이들과 차이를 보이고 있다. 말하자면 Epstein은 이러한 동태적 경제효율성을 미리 고려한 재산권의 분포에 따라 현재의 사건도 판단해야 한다는 시각이므로 단일 패러다임을 사용한다고 볼 수 있다.

36) 여기서의 과오는 다분히 과실(negligence)의 의미로서 사용되고 있다.

37) 이는 소위 비과오체계(no-fault system)라 불리는데, 과오의 유무에 관계없이 모든 피해자는 보상받을 수 있기 때문이다. 이 체계하에서는 뚜렷한 과오가 있는 자들에게 좀더 보험료를 많이 내게 한다. 하지만 보상금 속에는 피해자 자신이 납부한 보험료도 포함되어 있다는

구제와 책임의 이슈를 이처럼 구분한 다음 Coleman은 과연 矯正正義가 각 각의 문제에서 어떠한 역할을 하는가 검토한다. 그는 矯正正義를 ‘부당한’ 이득과 손실(wrongful gains and losses)에 관한 개념으로 파악하고 있다.<sup>38)</sup> 즉, 부당이득 및 그로 인한 부당한 손실을 보정(rectify)하여 왜곡된 분배를 바로잡는 것이 矯正正義라는 것이므로 순수한 교정정의가 적용되는 범위는 결코 넓지 않다.

부당한 손실이란 타인의 부당한 행위(예, 불법점유하여 영업) 또는 과오에 의해 입게 되는 고통으로 정의된다. 그런데 여기서 주목할 만한 사항은 손실을 보상받기 위해서 반드시 그 손실이 타인의 부당행위에 의해 야기될 필요는 없다는 주장이다. 이를 보상받아야 할(compensable) 또는 온당하지 못한(undeserved) 손실이라 표현하였다. 乙이 확실히 권리를 갖고 있는 물건을 甲이 수용했는데, 甲의 행위가 부당하지 않았다 하더라도 보정의 청구가 인정될 수 있다는 주장이다. 환언하면, 甲이 부당한 이득을 취한 경우가 아니어도 乙은 보정받을 권리가 있다는 의미이다. 그는 이 역시 정의의 실현이며, 따라서 자신이 정의한 矯正正義보다 광의의 개념으로 해석하고 있다. Fletcher 矯正正義論에서 가해자에게 부여한 면책사유들과는 일면 대조를 이루고 있다.<sup>39)</sup>

말하자면, 가해자에게 피해자의 손실을 설사 보상하도록 하더라도 그것이 오히려 矯正正義를 실현시키기 위한다는 구실만으로는 부족하다는 뜻이다.<sup>40)</sup>

사실이 통상적인 보험체제와 특별히 다른 점이다. Coleman의 비과오체제에 대한 지지는 가해자의 특별한 잘못 없이 피해자가 억울하게 손해보는 경우라면(보험체제를 통해) 보상을 해 주어야 한다는 의미이다. 따라서, 과오는 가해자 책임의 필요조건이 될 수는 있으나, 피해자 구제의 필요조건은 아니라는 것이다. 환언하면, 피해자가 보상받기 위한 주장이 가해자에게 보상의무를 지우기 위한 주장과 일치될 필요는 없다는 것이다. 그러나 현실적으로 이러한 비과오체제는 잠재적 가해자 및 피해자의 도덕적 위해 때문에 매우 비효율적이라는 사실이 많은 학자들에 의해 지적받게 된다(Posner, 1981; Cooter and Ulen, 1988 등). 무엇보다도 이 체계하에서는 서로의 잘잘못을 엄격히 따져 경험률이 정확히 조정하려는 인센티브가 작아지기 때문이다.

38) 그러나 부당함의 필요충분조건들에 관해서는 구체적으로 언급하지 않고 있다.

39) 예컨대, 등산을 하다가 눈보라를 만나서 사경을 헤매다 겨우 주인이 비워 둔 산장 하나를 발견하였다. 며칠 동안 눈보라를 피해 지내면서 산장에 있던 음식과 땀감을 사용하였다고 하자. 저자는 이 경우 등산객의 행위가 결코 부당이득을 취한 것은 아니나, 그럼에도 불구하고 산장 주인에게 손실을 보상해 주어야 할 의무가 생긴다는 것이다. 즉, 부당한 손실은 구제되어야 하나, 과오가 구제의 필요조건은 아니라는 것이다. 구제와 책임의 이슈를 구분하여 생각할 수 있다는 점을 강조하고 있다.

40) 이러한 철학하에서 저자는 비과오보험체제를 옹호했다고 판단된다. 피해자의 손실보상은 반드시 가해자의 부당행위를(따라서 가해자의 책임을) 전제조건으로 하지 않기 때문에 모든 사람이 기여하여 만든 보험체제로 부당한 손실을 보전시키자는 구상이다.

피해자의 손실에 부응하는 부당한 이득이 없으므로 矯正正義의 기반도 성립되지 않는다는 주장이다. 요컨대, Coleman에서 矯正正義의 범주는 다른 학자들에 비해 상대적으로 협소하며, 그 자신은 일종의 도덕론으로서 해석한다. 이상과 같은 배경하에서 저자는 이제 부당한 이득 또는 손실을 보정하는 방식(mode) 중의 하나인 과실책임주의에 대해 논한다. 과실책임주의란 결국 가해자가 과실이 입증될 때 부당이득을 취했는가에 관계없이 피해자의 손실을 보상하도록 하는 것이다. 전술한 바와 같이 이러한 원칙은 矯正正義만으로 설명할 수는 없다는 점을 강조하고 있다. 그럼에도 불구하고 과실책임주의가 矯正正義와 완전히 배치되는 것은 아니라고 강조한다.<sup>41)</sup>

종합하면 Coleman에서 矯正正義의 범주는 상대적으로 좁다. 그럼에도 불구하고 과실책임주의가 그 자신이 정의한 교정주의의 개념과 양립할 수 있다는 견해이다. 따라서, 불법행위가 발생했을 때 과실이 있는 가해자에게는 설사 부당이득을 취하지 않았더라도 경제적인 접근방식(economic approach)을 사용하여 보상의무를 부과하고, 피해자의 보상권에 대해서는 전술한 대로(주로 무과오보험체계를 이용하여) 광의의 矯正正義 접근방식(corrective justice approach)을 사용한다면 과실책임원리를 적절하게 설명할 수 있다고 저자는 주장한다. 다시 말해 과실책임원리는 ‘경제이론’과 ‘도덕론’의 합치(merger)로서 이해가 가능하다는 결론이다.

#### 4. Epstein의 財産權과 矯正正義

Epstein의 글에서 矯正正義에 대한 개념이 처음으로 등장하는 것은 그의 1973년 논문이다. 그는 불법행위를 처리하는 데에는 엄격책임원리가 대체로

41) 저자는 과실책임주의의 정당성을 지지하기 위해 다음의 세 가지 주장을 추가로 제시하고 있다. 첫번째는 과실에 의한 책임을 징벌적(retributive) 정의의 실현으로 보는 것이다. 부당 이득을 취하지 않았더라도 남에게 피해를 입힌 것은 죄스러운 일이기 때문에 처벌받아야 한다는 논리이다. 즉, 보상을 의무화시키는 것은 가해자의 도덕적 잘못(moral wrong)을 벌하기 위함이라 해석한다. 둘째, 피해자의 권리를 보호한다는 측면은 분명 矯正正義를 실현하는 일인데, 이 과정에서 가해자에게 연관의무(correlative duty)가 창출된다는 주장이다. 셋째, 설사 가해자가 부당이득을 확보하지는 않았더라도 보상을 의무화시킴으로써 사고방지 노력을 제고시키거나 결국 사고방지비용을 줄이겠다는 의도를 구현할 수 있다는 것이다. 즉, 합리적이고 꼭 필요한 사고방지 노력을 기울이게 함으로써 미래에 사고 및 사고방지비용의 합을 극소화시키겠다는 의도이다. 이는 Calabresi(1970)의 불법행위법에 대한 경제적 접근방식과 정확히 일치하는 논리라 보겠다.

우월성을 갖는다는 주제를 전개하면서 矯正正義에 대한 기본입장을 밝히고 있다. 그의 완성된 이론은 다음 절에서 상세히 검토될 것이므로 여기서는 논리전개의 방식만을 중심으로 간략히 소개한다.

그의 이론에서 쉽게 관찰되는 점은 앞서 설명한 Fletcher의 이론과 논리전개방식이 유사하다는 것이다. 그들은 먼저 과실책임 및 엄격책임원리에 공통으로 흐르는 요소를 찾아내려고 하였다. 그 다음에는 이 공통요소가 구체 및 책임에 있어서 핵심적인 개념이라는 주장을 보였다. 마지막으로 과실 및 엄격책임원리의 이 같은 특성이 각자 설정한 矯正正義에 대한 개념에 어떠한 규범성을 갖는지 보이려 하였다.

그런데 문제는 과실 및 엄격책임원리에 흐르는 공통요소에 대하여 두 학자가 견해를 달리하였다는 점이다. 참고로 Fletcher는 공통요소로서 비상호관계적 위험으로 희생자에게 피해를 입혔다는 주장을 하였다. 다만 엄격책임주의는 '지역 내 존재하는 기본위험들'에 입각하여 상호관계를 따지는 것이고, 과실책임주의는 어떤 '구체적인 행위'를 수행하면서 파생되는 기본위험을 기준으로 비상호성을 따진다는 것이다.<sup>42)</sup> 그러므로 이 구체적 행위의 범주를 점점 넓혀가면 엄격책임주의에서의 보편적 위험기준까지 확장될 수 있다는 주장이었다. 그러나 Epstein에서 두 책임원리의 공통요소는 가해자가 희생자의 피해를 결과(cause)시켰다는 점이라고 파악되었다.

Epstein의 논문에서는 책임과 구제를 결정하는 과정에서 과실이 차지하는 역할 또는 비중을 줄여 보려는 그의 의도가 역력히 나타난다. 이는 이후 그의 여러 차례 회고(Epstein, 1993a, 1995)에서도 확인할 수 있듯이, 불법행위법에 관한 도덕론이 쇠퇴하고 경제적인 접근방식이 점차 힘을 얻기 시작하던 시대적 배경에 대한 반대표명을 하고자 했던 것으로 이해할 수 있다.<sup>43)</sup>

그의 이론을 요약해 보자. 사건이 발생하기 전에 경제주체들은 일종의 균형 상태에 있게 된다. 불법방해에 대한 책임이란 위해행위에 의해 유발된 불균형

42) 비행중이던 항공기가 추락한 경우가 전자이며, 항공기 간의 공중충돌은 후자에 해당한다고 설명한다.

43) 과실책임의 비중을 줄여 보자는 근본주제를 이끌면서 Epstein은 다음의 사실을 강조하였다. 즉, 언제든지 책임을 부과하려면 甲이 乙의 피해를 결과시켰다는 점이 전제되어야 한다는 것이었다. 인과관계가 책임부과의 필요조건이라는 말이다. 과실의 유무 조건이 인과관계의 유무에 관한 질문으로 대체된 것이다. 그는 인과관계 조건이 과실조건보다 더욱 포괄적인 도덕론이라는 주장을 하였다. 그 이유는 전자가 과실책임원리뿐만 아니라 엄격책임원리에도 적용되기 때문이다.

을 복원시키는 장치로서 이해되고 있다. 즉, 책임과 구제 이전에 존재하던 균형을 복원시키는 것이다. 잘못된 이득과 손실을 무효화시키는 작업으로서 이해되기 때문이다. 바로 이 과정이 정의를 실현하는 것이며, 그래서 특별히 矯正正義라 부르게 된 것이다.

이러한 그의 사고방식은 다음 절에서 자세히 고찰할 1979년의 논문을 통해 초기 재산권분포에 입각한 포괄적인 이론으로 발전되면서 매우 정교화된다. Epstein의 초기 矯正正義論에 따르면, 예컨대 甲이 이득을 보고 乙에게 손실이 있었다면 대체로 甲의 부당함을 인정할 것이다. 하지만 이후 그렇더라도 반드시 甲의 부당함을 증명하는 것이 아니라는 (예컨대, 경제적 접근론자의) 반론에 직면하게 되었다. 이러한 상황들을 면밀히 고찰한 후 결국 그는 다음과 같이 대응하게 된다. 즉, 乙의 '재산권'을 침범한 경우에만 乙의 손실은 보상해야 한다는 것이었다. 따라서, 개인의 권리를 침범한 경우에만 한하여 그 때 발생하는 이득과 손실을 무효화시켜야 한다고 矯正正義의 개념을 재정립시켰다.<sup>44)</sup>

종합하면 Epstein의 재산권 개념에 입각한 矯正正義論은 이후 매우 체계적인 학문으로 발전하게 된다. 소위 권리론과 경제론을 접목시키는 계기를 마련하게 된다. 이 과정에서 Coase(1960)의 거래비용 및 인과관계의 상호성에 관련된 이론들이 핵심적인 역할을 하였다. 그 적용범위 역시 불법방해법은 물론이고 각종 경제정책 및 공용수용 등 공법분야에까지 확대되었다.

## 5. Posner의 經濟效率性和 矯正正義

Posner(1981) 역시 불법방해법상의 矯正正義論에 한 획을 그었다고 볼 수 있다. 경제적 개념과 교정주의를 접목시키려고 했다는 점에서 큰 공헌을 했다고 평가된다. 그는 Holms 대법관의 『보통법』이 출간된 이후 지난 100년 동안 불법행위에 대한 법리는 효용주의 또는 경제적 개념에 그 바탕을 두어야 한다는 믿음이 학자들에게 신봉되었다는 명제에서부터 출발한다.<sup>45)</sup>

44) 따라서, Epstein의 矯正正義論에서는 '인과관계 = 책임'이라는 공식이 후에 '재산권침해 = 책임'이라는 공식으로 전환했다고 표현할 수 있겠다. 그러므로 재정립된 그의 이론에서는 인과관계가 책임의 필요조건은 되나, 일견 증거가 명백한 사건이라도(*prima facie case*) 충분조건으로서는 의미를 잃게 되었다.

45) 즉, 불법행위법의 목적은 과실을 평가하는 것보다는 손실을 분산시키는 데 있다고 믿었다. 또한 이 믿음은 Carebresi의 1970년 저서에서도 잘 나타나고 있으며, 같은 무렵 발간된 Fletcher의 논문에서도 (부분적으로) 나타났다고 전제한다. 결국 특정 책임원리가 보상,

그러나 이러한 경제적 개념에 바탕을 둔 이론에 반하는 주장들도 대두되었는데, 그 주종을 이루는 것이 불법방해법은 矯正正義에 근간을 두어야 한다는 주장이다. 즉, 경제개념과 矯正正義를 상충관계로 보았다는 지적이다. Posner는 이 논문에서 불법행위법의 지침으로서 矯正正義가 사용되어서는 안 된다는 주장을 하기보다는, 矯正正義가 경제적 접근방식에 반한다는 학자들의 주장을 반격하고 있다. 그리고 자신의 이론을 뒷바침하기 위해 아리스토텔레스의 『윤리학(Nicomachean Ethics)』에 나오는 矯正正義의 개념에서 논문의 출발점을 찾고 있다.

아리스토텔레스의 矯正正義에 대한 철학을 종합하자면 우수한 사람이라 할 지라도 남에게 잘못된 행동을 할 권리는 갖고 있지 못하다는 것이다. 따라서, 한쪽으로 치우치지 않은 법적 교정이 중요하다는 것이다. 이것이 바로 矯正正義의 개념이었다고 Posner는 강조한다. 그러나 현대 학자들이 주장하는 矯正正義는 이보다 훨씬 광의의 개념이 되어 버렸으며, 바로 여기에 문제가 있다는 것이 Posner의 견해이다. Posner는 이 분야에서 대표적인 학자인 Fletcher (1972)와 Coleman(1974a, b)의 주장을 반박하고 있다.<sup>46)</sup>

억지, 위협분산, 또는 사고비용 극소화 등의 목적을 달성하느냐의 문제를 논하는 것이 불법행위법의 근본이 되어야 한다는 것이다.

- 46) 우선 Fletcher의 결론에 따르면 矯正正義를 실시하려면 상호관계 패러다임에 의존해야 하며, 따라서 피고 및 원고의 행위가 사회후생에 미치는 영향을 무시되어도 된다는 의미였다. 또 이것이 아리스토텔레스의 矯正正義에 부합한다고 함축하였다. 이에 대해 Posner는 특정 행위의 잘못됨이나 정의롭지 못함을 결정할 때 사회후생에 대한 고려가 제외되어야 한다는 주장을 아리스토텔레스가 한 적이 없다고 반박하였다. 즉, 특정 사고가 정의롭지 않다고 결론내릴 때 피고의 행위가 사회후생에 미치는 효과 역시 한 변수로서 고려될 수 있다는 가능성이 남아 있다고 주장한다.

한편, 전술한 바와 같이 Coleman의 矯正正義에서 엿볼 수 있는 특징은 가해자의 죄보다도 희생자의 복구에 비중을 두어야 한다고 강조한 점이다. 그는 만약 가해자가 그의 잘못된 행위에서 실제로 얻는 것이 없더라도 피해자가 부당한 손실을 입었다면 피해자를 구제해야 한다고 주장했다. 그런데 여기서 중요한 것은 그 구제를 반드시 가해자가 보상을 할 필요는 없다는 함의를 주고 있다는 점이다. Posner는 그의 이러한 논리가 옳지 않음을 검토한다. 우선 가해자는 부당한 이득이 없다, 즉, 가해자의 과오가 없다는 대목부터 보자. Hand공식에 의하면 과실이란 비용정당성이 있는 주의를 하지 않았다는 의미인데, 무과오보험하에서는 아무런 제재를 받지 않으므로 가해자에게 잘못된 행위로부터 얻는 이익이 존재한다고 볼 수 있다. Posner는 이 대목에서 아리스토텔레스가 언급한 이득과 손실의 정확한 경제적 개념을 저자가 충분히 이해하지 못했기 때문이라 반박하고 있다. 다음으로 피해자의 보상 문제도 도전받는다. 피해자가 보험회사로부터 보상을 받는 것은 사실이지만 그 돈 속에는 피해자 자신이 의무적으로 납부한 보험료도 포함되어 있다. 말하자면 가해자의 부주의로 상승하는 보험료를 잠재적 피해자들이 부담하는 격이다. 그러므로 무과오보험은 가해자의 잘못된 행동을 충분히 교정시키지 못하므로 矯正正義에 어긋난다는 것이 Posner의 주장이다.

이어 Posner는 矯正正義의 경제적 기초에 대해 논하기 시작한다. 경제적 의미에서 해석하자면 법의 목적은 한마디로 외부효과 및 자원배분상의 각종 왜곡을 수정함으로써 자원의 효율적 배분을 꾀하는 데 있다는 것이다. Posner는 아리스토텔레스의 矯正正義 개념 속에는 이러한 경제효율성이 함축되어 있다고 피력한다. 즉, 경제효율성에 어긋나는 행위도 잘못(do wrong)에 해당된다는 생각이다. 예컨대, 피해발생의 방지에 비교우위를 갖고 있는 甲이 주의의무를 게을리하여 乙에게 피해를 입혔는데, 乙에 대한 보상을 의무화하지 않는다고 가정하자. 甲은 불법방해의 방지를 하려는 인센티브가 없으므로 미래에 불법방해의 빈도수가 늘어날 것이다. 乙의 입장에서는 아무런 보상을 받지 않으므로 자구책으로서 자신이 스스로 방지노력을 할 것이다. 乙의 노력으로 불법방해 빈도수는 줄어들겠지만 자원배분이 비효율적으로 이루어짐에 따라 사회 전체의 후생은 저하될 것이다. 따라서, 정의도 실현되지 못할 것이라는 주장이다.

요컨대, Posner는 법이 경제주체의 동태적 인센티브에 미치는 영향을 중시하고 있다. 그리고 동태적 인센티브 중에서도 경제효율성에 미치는 효과를 기준으로 삼고 있다. 따라서, 동태적 경제효율성을 중시하는 권리론자(예, Epstein, Buckley 등)에 수렴하고 있다.<sup>47)</sup> 또한 불법방해법에서는 矯正正義를 실현함에 있어서 분배상의 고려는 제외되어야 하며, 이 역시 아리스토텔레스의 주장과 일치된다는 시각을 피력하고 있다.

자신의 논문을 종합하면서 Posner는 다음 두 가지 사실을 지적한다. 첫째, 이제까지의 矯正正義에 대한 논의는 아리스토텔레스의 개념에 바탕을 두었다는 점이다. 따라서, 다른 학자들의 개념을 사용했다라면 경제적 접근방식과는 모순되는 결론을 얻을 수 있다는 가능성도 인정하고 있다. 다만 그런 정도의 정교한 이론이 아직 개발된 것 같지 않다는 단서를 붙이고 있다. 둘째, 경제효율성과 아리스토텔레스의 矯正正義가 결국은 동일한 형태의 손실보상 메커니즘을 지지한다는 사실을 보였으나, 두 접근방식의 출발점에는 한 가지 중요한 차이점이 존재한다는 것이다. 아리스토텔레스는 어떤 형태의 이상적인 정의를 실현하기 위해 이론을 출발시켰으나, 경제적 접근방식은 처음부터 한마디로 사회 富의 극대화를 위해 출발했다는 점이다. 즉, 전자에서는 矯正正義의 구체적인 목적을 밝히지 않았다는 것이다. 반면 후자에서는 富의 극대화라는 구체

47) 그러나 이들 사이에도 다소의 차이점은 있다. 자세한 내용은 김일중(1997b)을 참조할 수 있다.

적인 목적달성을 위해 矯正正義가 필요함을 보였다는 점을 부각시키고 있다. 그럼에도 불구하고 결과는 경제효율성을 추구하는 동일한 메커니즘으로 나타났다는 점을 강조한다.

#### IV. 財産權理論과 葛藤調停原則의 確立<sup>48)</sup>

##### 1. 葛藤調停의 原則: 財産權保護

불법방해법에서 矯正正義와 경제효율성이라는 두 변수의 중요성을 매우 포괄적으로, 그리고 체계적으로 다룬 이론은 Epstein(1979)에서 찾을 수 있다. 그의 이론이 갖고 있는 가장 특이한 점은 모든 현상을 두 단계로 나누어 고찰하는 방식이다. 즉, 갈등조정을 위한 그의 불법방해론은 이원화되어 있다고 볼 수 있는데, 첫째 제반 사건을 우선 '矯正正義'의 측면에서 분석하는 것이다. 한 사람의 고유한 권리가 침해된 경우에는 그를 구제해 주어야 한다는 단순한 矯正正義의 개념으로부터 출발한다.<sup>49)</sup>

矯正正義에 입각하여 판단을 한 후 두 번째로 고려해야 할 사항들을 Epstein은 '效用主義의 制約(utilitarian constraints)'이라 명명하고 있다. 矯正正義를 실천하는 데 소요되는 제반 비용 역시 고려해야 한다는 의미이다. 여기에는 대표적으로 행정비용, 거래비용, 착오비용 등이 포함되는데, 이 비용항목들 때문에 矯正正義를 따르는 실정법상의 법리들은 수정이 불가피할 경우가 있다는 논리이다. 이러한 효용주의적 제약을 제대로 고려하지 않는다면 현실에서 불법방해법 자체가 붕괴할 수도 있기 때문이다.<sup>50)</sup>

48) 이하의 내용을 집필하는 동안 필자로 하여금 생각을 정리토록 가장 많이 도와 준 것은 서울에서의 운전경험이었음을 밝혀 둔다. 재산권의 미실정으로 운전자들에게 끊임없는 갈등을 연출하는 현상이기 때문이다. 예컨대, 지하철공사 때문에 갑자기 차선의 수가 줄어들어 끼어들기가 시작될 때, 뽁뽁히 주차해 놓아 한 대밖에 지날 수 없는 골목길에서 다른 차와 마주쳤을 때, 어느 날 갑자기 남산터널에서 2,000원을 받기 시작할 때, 강북강변도로에서 영동대교로 빠지는 차들이 두세 개의 차선을 점유하고 있을 때, 또는 그러한 점유를 막기 위해 잠실방향 올림픽대로상 반포대교 출구에 길게 뻗어 있는 설치물들을 지날 때 등을 통해 갈등의 증감과 도로의 효율적 사용은 결국 재산권을 어떻게 설정하는가에 달려 있다는 확신을 할 수 있었다.

49) 따라서, 이 단계에서 중요한 작업은 원고의 고유권리 또는 재산권이 무엇인지, 피고의 권리 침범이 갖는 속성은 무엇인지, 책임의 근거는 무엇인지, 그리고 소송원인에 반한 피고의 행변은 어떠한 것들이 있는지 등이다.

本稿의 결론부터 말하자면 불법방해로 인한 갈등을 조정할 때 ‘정의 대 경제 효율성’이라는 전통적인 대결구도를 상정하는 패러다임이 옳지 않다는 것이다. 矯正正義란 결국 동태적인 경제효율성을 실현하는 데 가장 큰 비중을 두고 설정된 권리들을 보호하는 데 그 목적이 있기 때문이다. 본절에서는 이러한 주장을 가장 뚜렷하게 전하고 있는 Epstein의 논문을 중심으로 재산권이론에 바탕을 둔 矯正正義를 재정립해 보고자 한다.

먼저 원고의 재산권이란 무엇인가? 이는 곧 원고가 갖는 법적 권리의 속성에 대해 알아야 한다는 것이다. 甲이 폭행의 사유로써 乙에 대하여 소송을 제기했다. 그러나 만약 甲이 자신의 신체에 대한 재산권을 갖고 있지 않다면 아무리 피해의 인과관계가 명백하게 입증되더라도 甲은 구제의 권한이 없을 것이다. 마치 아무도 소유하지 않은 땅을 乙이 밟로 찬 것이나 유사한 경우이다. 만약 甲의 신체가 (예컨대, 노예제도하에서) 丙의 소유로 되어 있다면 소송의 제기권은 丙에게 귀속될 것이다. 말하자면 피해의 구제를 위한 소송이 가능하려면 원고에게 이미 해당 재산권이 설정되어 있었음을 전제조건으로 한다는 것이 Epstein 논리의 출발점이다. 이러한 논리는 부동산이나 물건에도 그대로 확장된다.<sup>51)</sup>

불법방해로 인한 갈등을 조정할 때 矯正正義를 구현하기 위해 다음으로 필요한 일은 피고가 어떻게 원고의 권리를 침범했는가를 밝히는 것이다. 즉, 불법방해로 인한 소송원인을 성립시키기 위해서는 최소한 피고가 문제의 불법방해를 결과시켰다는 점이 증명돼야 한다.<sup>52)</sup> 따라서, 진짜 문제가 되는 것은 발생한 피해를 피고의 고유한 책임으로 할당하기 위한 인과관계론을 만들 수 있는

50) 후술되는 대로 여기에서의 효용주의적 제약이란 표현은 통상 불법행위법의 목적을 논할 때 등장하는 경제효율성의 개념과는 다소 다르다. 예컨대, Kaldor-Hicks 식의 경제효율성이나 전절에서 소개된 Fletcher의 합리성 패러다임은 차라리 Epstein의 첫번째 질문인 矯正正義를 설정하는 차원에서 함께 논의될 문제이며, 효용주의적 제약이란 이미 설정된 교정정의를 불가피하게 포기하도록 만드는 요인을 지칭한다. 즉, 권리설정보다는 구체적인 구제방식의 결정에 관련된 개념이다.

51) 문제는 자신의 신체에 대한 소유권은 큰 논쟁 없이 확립될 수 있는 반면, 토지나 물건에 대한 소유권을 모든 사람들이 흔쾌히 합의할 정도로 뚜렷하게 설정하는 일은 쉽지 않다는 데 있다. 흔히 권리의 설정은 재산법에 의해 이루어지고 불법행위법은 설정된 재산권을 보호하는 데 그 목적이 있다고 하지만, 보호는 그 설정을 기반으로 하고 있으므로 불법행위법에서도 역시 재산권이 중요한 역할을 한다고 볼 수 있다.

52) 말하자면 토지 소유의 특성 때문만으로 발생한 불법방해에 대해서는 피고가 책임이 없다는 뜻이다. 그러므로 피고 소유의 늪지에서 발생하는 악취나, 바람이나 비에 의해 피고의 산에서 생기는 낙석, 또는 피고의 나무에서 떨어져 나온 곤충 등에 대해서 피고는 책임이 없게 된다.

가에 있다고 Epstein은 강조한다.

기본적으로 인과관계를 논하는 데 있어서는 두 가지 패러다임이 존재한다. 첫째는 사람과 물건에 반하여 직접의 그리고 즉각적인(direct and immediate) 힘이 가해진 경우이다. 남에게 총을 쏘거나 폭력을 가하는 경우가 이에 해당한다. 두 번째는 일종의 위험조건(dangerous conditions)을 결과시킨 경우인데, 여기서 위험조건이란 외부로부터 조금만 힘이 가해져도 사람이나 물건에 피해를 입힐 수 있는 상황을 의미한다. 따라서, 이 두 번째 패러다임은 인과관계를 입증하는 데 있어서 보다 복잡한 문제들을 만들어 낸다고 할 수 있다. 인과관계란 물리적인 관계(physical relationship)를 의미하는데,<sup>53)</sup> 마지막으로 직접적인 힘을 가한 쪽과 위험조건을 만들어 낸 자 사이의 관계를 규명하는 것이 종종 쉽지 않기 때문이다. 어쨌든 이 두 가지 패러다임을 적절히 운용해야지만 불법방해사건에서 矯正正義를 실현할 수 있다. 그러나 사실상 물리적 침범의 명확한 구분을 하는 것이 쉽지 않기 때문에 결국 인과관계를 입증하는 것은 그만큼 어렵다고 Epstein은 지적한다.

## 2. 不法妨害의 相互性(reciprocity)과 葛藤調停

이제 갈등조정을 위한 인과관계의 개념이 근본적으로 상당히 모호해질 수 있다는 사실을 완전히 다른 차원에서 검토해 보자. 이러한 시각은 물론 Coase의 1960년 논문에서 처음으로 심각하게 제시되었다. 불법방해는 원고와 피고 사이의 공동인과관계(joint causation)로서 이해할 수도 있다는 명제가 강하게 부각된 것이다.<sup>54)</sup> 따라서, Coase의 주장에 의하면 전통적인 인과관계의 물리적 테스트가 갖는 의미가 없어질 수 있다는 것이다. 사실 전술한 침범의 물리적 테스트를 실시하려면 기존의 권리분포가 전제되어야 한다. 그러나 만약 그러

소위 행위요건(act requirement)을 만족시키는 데 전혀 어려움이 없는 것은 물론 아닐 것이다. 그럼에도 불구하고 제조업, 광업, 시추업, 기타 산업활동에서 발생하는 전형적인 불법방해의 경우에 행위요건의 확보는 대부분 가능하다.

53) 여기서 물리적이란 실제로 발생했다는 사후적(ex post) 개념과 일맥상통한다. 예컨대, 물리적인 침범에 의해 토지가격이 하락한 경우와 그러한 침범의 위협만으로 토지가가 하락한 경우에는 구별해야 한다는 의미이다. 전자는 불법방해로서 인정하고 책임을 부과해야 하나, 후자에 대해서는 책임을 부과하지 않는 것이 일반적인 관례이다.

54) 즉, 불법방해의 구체적 형태가 어떤 것이든 만약 당사자 한 쪽이 자신의 행위를 변경시켰더라면 그러한 갈등은 발생하지 않았을 것이라는 의미에서 두 당사자의 행위는 어떤 식으로든 원인을 제공한다는 논리이다.

한 권리분포가 모호하거나 또는 객관적으로 수용되지 않는다면 문제는 몹시 복잡해진다.<sup>55)</sup>

Coase는 자신의 논문에서 Bryant v. Lefever(C. P. D. 1878-1879)를 예시로 들면서 인과관계의 상호성에 대한 논리를 펼치고 있다. 피고와 원고는 서로 이웃이었는데, 수 년 동안 원고는 자신의 벽난로를 사용해 왔고 그 때문에 자신은 물론 피고에게도 피해를 일으키는 일은 없었다. 그런데 피고가 자신의 옛 집을 허물고 더 높은 집과 담장을 지었으며 통나무로 지붕을 올렸다. 이제 원고가 벽난로를 사용할 때마다 연기가 높은 건축물 때문에 제대로 빠져나가지 못하고 굴뚝이 그을게 되었다. 이에 소송을 제기하였는데, 원심의 배심은 피고의 행위가 원고에게 토지의 사용 및 향유에 있어서 중대한 불편함을 야기시켰다고 판단하여 배상을 명령하였다. 그러나 항소심에서 원심판결은 기각되었는데, 그 이유는 불법방해를 구성할 증거를 찾지 못했다는 것이었다.

이 항소심의 판결은 불법방해법에서 침범(invasions)과 권리(rights) 양자의 상호 중요성을 가장 극명하게 밝혀 주었다고 Coase는 주장한다.<sup>56)</sup> 환언하

55) 역설적이지만 이렇게 문제가 그리 간단하지 않다는 점을 시사한 점이아말로 Coase 정리가 특히 私法분야에 미친 가장 큰 영향이자 공헌이라고 筆者는 생각한다. 그리고 처음 Coase 정리를 강하게 부정하다가 가장 강력한 지지자로 Epstein이 변할 수 있었던 것도 바로 이 인과관계의 상호성 때문이었다(Epstein, 1993a, b).

56) 판결의 주요 부분은 다음과 같다.

“... 원심의 배심원은 피고가 원고의 집에 불법방해를 일으켰다고 평결하였다. 우리가 생각하기에는 그를 입증할 증거가 없다고 본다. 물론 불법방해가 존재했다는 점은 인정하지만 그것이 피고에 의해 야기된 것이라고 보지 않는다. 피고는 해당 불법방해를 야기시킨 행위를 하지 않았다. 피고의 집과 통나무는 전혀 피해를 야기시키지 않았다. 피고의 집에 아주 가깝게 위치한 굴뚝에서 석탄을 때서 연기가 제대로 빠지지 않고 집으로 다시 돌아오게 된 것은 바로 원고 자신의 행위 때문이다. 원고가 더 이상 석탄을 때지 않거나, 자신의 굴뚝을 딴 곳으로 옮기거나, 굴뚝의 높이를 올리면 불법방해는 사라질 것이다. 그렇다면 애초에 누가 불법방해를 일으킨 것이 되는가? 만약 피고가 높은 집을 지은 후에 원고가 그러한 굴뚝을 지었다면 원고 자신이 불법방해의 원인이었다는 점이 명백해질 것이다. 따라서, 본 사건에서 설사 원고가 먼저 굴뚝을 짓기는 했으나 사실상 논리는 동일하게 적용될 수 있다.

... 원고가 연기를 배출했으며, 그로 인해 불쾌감을 얻게 된 것이다. 원고가 본래 보유하고 있던 권리가 피고에 의해 어떤 식으로든 침범당했다는 사실이 전제되지 않는 한 피고를 상대로 소송을 제기할 수 없다. 왜냐 하면, 연기가 제대로 빠질 수 있는 장치를 마련하지 않았기 때문에 스스로 불편을 당한 것이기 때문이다. 이는 마치 자신의 땅에서 나오는 오수를 이웃의 땅으로 배출하려는 경우와 흡사하다. 이웃으로부터 그러한 권리를 취득하지 않는 이상 그 이웃은 배출행위를 금지할 수 있고 그에 대해 책임을 질 필요도 없다. 오수가 발생하는 토지의 소유자가 느끼는 불쾌감은 당연히 클 것이라 본다. 그럼에도 불구하고 이웃의 제재행위는 합법적인 것이며, 마땅한 장치를 마련하지 않고 오수를 모아 놓은 결과 발생하는 피해이므로 책임을 질 필요가 없는 것이다.”(Coase, 1960, p. 12)

면, 침범의 물리적 테스트는 매우 신중하게 사용되어야 한다는 점을 강하게 시사하고 있다. 피고의 높은 건축물이 연기의 자연스런 흐름을 방해한 것은 사실이다. 그러나 방해받지 않는 연기흐름에 대한 권리가 먼저 설정되지 않고서는, 그 사실만으로 어떤 법적 결과를 귀속시키지는 않는다는 점이다. 만약 그러한 권리를 인정한다면 피고가 자신의 땅에 건축하는 권리를 제한하게 되는 것이다. 즉, 상호성이 존재한다. 따라서, 법원의 입장에서는 건축하는 권리를 제한하면서까지 자연스런 연기흐름에 대한 권리를 확보해 주어야 하는가의 질문으로 귀속된 것이고, 그 답은 건축의 권리쪽으로 내린 것이다.

상호성의 논리를 부각시키기 위해 좀더 다른 각도에서 이 판결을 해석해 보자. 이제 모든 사람들이(uniformly) 이러한 피고의 권리를 향유할 수 있다고 하자. 따라서, 만약 연기의 배출과 관련하여 이웃에게 불편함을 주더라도 그 이웃 스스로 감수해야 한다는 의미이다. 여기에는 이웃이 먼저 굴뚝을 지었거나 아니면 나중에 지었거나 차이가 없다. 그러나 법원이 인정한 건축의 권리에는 물론 한계가 존재한다는 점을 유의해야 한다. 예컨대, 심각한 소음을 생산하는 건축물의 경우에는 상황이 달라질 것이다. 이제 위 판결과는 반대로 자연스런 연기흐름에 대한 권리를 모든 사람에게 인정한다면 수많은 문제가 발생할 것임을 쉽게 짐작할 수 있다. 예를 들어, 이제는 건축물의 높이를 낮추는 쪽으로 경쟁이 일어날 수 있다. 극단적으로 모든 사람이 자신의 권리를 주장하다 보면 아무도 집을 짓지 않는, 그야말로 태고의 자연상태가 되어야 갈등이 종료될 것이다. 법경제학에서 인과관계의 상호성이란 이처럼 중요한 개념이며, 법원의 과오를 방지하기 위해 심사숙고해야 할 개념이다.<sup>57)</sup>

57) 불법방해의 인과관계에 있어서 상호성을 부각시킨 Coase의 이론이 후학에게 미친 효과는 실로 지대하였다. 本稿의 논의대상인 불법방해의 맥락에서 보더라도 매우 중요한 시사점을 제공한다. 특히 피고의 침범 여부를 결정하는 Epstein의 물리적 침범 테스트에 주는 교훈은 크게 두 가지이다. 첫째, 통상적인 물리적 테스트는 矯正正義를 실현하지 못할 수 있다는 것이다. 이와 연관된 두 번째 교훈은 권리의 명쾌한 분포가 선행되어야지만 특정 행위와 불법방해 사이에 존재하는 결정적인 인과관계를 성립시킬 수 있으며, 그래야지만 궁극적으로 矯正正義를 실현할 수 있다는 점이다. 筆者 생각으로는 흥미롭게도 Coase의 이 교훈이 시카고학파와는 전통적으로 상당한 견해차를 보여 왔던 공공선택론자들에게도 충분히 수용된 것으로 보인다. 예를 들어, 1962년 *The Calculus of Consent*을 집필한 Buchanan은 10여년이 흐른 후 국가 및 법의 생성을 다루면서 결국 권리설정이 가장 중요하다는 자신의 깨달음을 다음과 같이 고백하고 있다.

"*The Calculus of Consent*를 집필할 당시만 해도 우리는 계약의 초기단계에 이미 모든 개인들에게 각 권리가 대체로 잘 정의되어 있었다고 하는 사실을 가정으로서 그냥 받아

Coase가 다룬 Bryant v. Lefever 사건을 토대로 하여 Epstein은 물리적 침범 테스트를 좀더 정교하게 적용하기 위해 몇 가지 예시를 들고 있다. 소음, 악취, 가스 등에 대해서는 보편적으로 불법방해가 성립하지만, 반면 갈등조정이 그리 쉽지 않은 경우도 무수히 많음을 제시하고 있다. 예컨대, 조망·일조·공기를 막는다거나, 장의사나 공동묘지의 입지, 또는 미관상의 불법방해 등을 들고 있다. 작금 급증하고 있는 우리 사회의 갈등 중 상당부분을 차지하는 사례들이다(예, 쓰레기소각장·주유소·홍등가). 이런 경우에는 얼핏 보기에 불법방해가 성립하는 것 같아도 矯正正義를 실현하기 위해서는 매우 정교한 물리적 침범 테스트가 필요하다는 주장이다.

우선 조망권에 장애를 일으키는 경우를 보자. 먼저 집을 지은 甲은 자신의 집으로부터 매우 아름다운 경관을 바라볼 수 있었다. 그런데 乙이 집을 지음으로써 그 경관이 훼손되었다. 만약 甲이 그 경관의 조망에 대한 재산권, 즉 조망권을 갖고 있다고 전제한다면 乙의 행위는 불법방해가 될 것이다. 따라서, 甲은 유지명령을 청구할 수 있고, 또한 이제까지의 피해에 대한 손해배상 역시 청구할 수 있을 것이다. 문제는 이제 乙의 권리는 어떻게 설정해야 하는가이다.<sup>58)</sup>

정작 이런 식으로 초기권리(initial entitlements)를 추적해 가다 보면 결국에는 모든 토지에 어떠한 건축물도 들어서지 말아야 한다는 결론에 도달된다. 또는 모든 사람이 자신의 토지에 이웃의 조망권을 동일하게 손상시키는 정도로 집을 지어야 한다는 결론도 가능하다. 따라서, 이러한 상황에서 물리적 침범 테스트는 실패하게 되는 것이다. “원고가 본래 보유하고 있던 권리가 피고에 의해 어떤 식으로든 침범당했다는 사실이 전제되지 않는 한 피고를 상대로 소송을 제기할 수 없다”는 Bryant v. Lefever 사건의 판결이 적용되는 경우라 하겠다. 그러므로 이 상황에서 矯正正義의 실현을 위해서는 조망권의 손상을 배상하지 않는 것이다.

현재 서울의 주택가에서 수없이 많은 갈등을 일으키고 있는 일조권에 관련해서도 비슷한 결론을 도출할 수 있다. 우선 빛이 침투하는 경우에는 대부분

---

들었다. 돌이켜보면 그러한 태도는 잘못된 것이었다. 개인 간 갈등이 심화되고 있는 시대에는 권리의 설정에 관한 제반 문제들을 우선 다루는 것이 관건이며 절대 이를 간과해서는 안 된다.”(Buchanan, 1975, p. 8)

58) 환언하면, 어떤 단계에서 甲이 그러한 재산권을 부여받을 수 있는가이다. 만약 甲의 집 때문에 乙의 조망권에 손상이 있다면 乙도 똑같이 자신의 권리를 주장하거나, 또는 자신의 토지에 집을 지을 수 있는 권리를 제한하고 있기 때문에 오히려 甲을 상대로 먼저 주택을 건축한 사실에 근거하여 손해배상을 청구할 가능성도 있다는 의미이다.

불법방해로 간주된다. 어떤 이유에서든 한밤중에도 강한 빛을 이웃집에 비추어 그들의 프라이버시나 수면에 지장을 초래했다면 물리적 침범 테스트를 통과하게 될 것이고, 결국 불법방해를 범한 것이 된다. 그러나 빛을 막는 경우에는 상황에 따라 결론이 달라질 수 있다. 이에 관해서는 *Fountainbleu Hotel Corp v. Forty-Five Twenty-Five, Inc.* (Fla. App. 1959)의 판결이 상당한 영향력을 발휘해 왔다. 항소법원은 결국 원고의 유지청구를 기각했다. 원고가 주장한 대로의 일조권을 과연 원고가 보유하고있던가의 질문에 봉착하여, 만약 그러한 권리를 보편적으로 인정하기 시작하면 조망권 경우처럼 모든 토지에서 어떤 개발도 허용되지 말아야 한다고 법원이 인식했기 때문이다. 결국 물리적 침범 테스트가 실패한 것이고, 그러므로 矯正正義에 의하면 그러한 권리를 인정하지 말아야 한다고 판단했다.<sup>59)</sup>

요약컨대, 제Ⅱ절에서 언급된 세 가지 불법행위 중 불법방해야말로 경제학도의 세심한 검토(scrutiny)가 가장 필요하고 또 빛을 발할 수 있는 부문이라 판단된다. 그 동안 필자가 생각하기로는 어느 정도 확고히 설정된 재산권을 직접적으로 (그리고 지속적으로) 침범할 때 침해는 성립하므로 그러한 행위를 원천적으로 봉쇄하는 유지명령을 사용하면 된다. 한편, 사고의 경우에는 한마디로 사고방지에 비교우위가 있는 쪽에 손해배상의 책임을 부과함으로써 총사고비용의 극소화를 꾀할 수 있다.<sup>60)</sup>

59) 물론 빛을 어느 정도 차단하는가에 따라 결론은 달라질 수 있을 것이다. 한편, 장의사나 공동묘지의 입지에 대해서도 Epstein은 동일한 논리를 펴고 있다. 사람들이 이웃에 이들이 입지하는 것을 싫어하는 이유는 그들이 실제로 어떻게 영업을 영위하고 있는가, 또는 혹시 지하수에 어떤 해로운 물질이 스며들지나 않을까 하는 우려에서가 아니고, 장의사나 공동묘지에 대해 보통 사람들이 추상적으로 갖는 느낌이 싫은 것이고, 따라서 부동산의 가격이 하락하기 때문이라는 점에 착안한다. 만약 그저 느낌상 싫은 것이 이유의 전부라면 입지의 반대이유가 될 수 없다는 것이다. 그러한 이유로 입지를 허용하지 않게 되면, 고아원, 비전염성 질환환자를 다루는 병원, 지역사회에 다수와 다른 이념 또는 종교에 관계된 시설 등에 대해서도 모두 유지명령을 하게 될 것이기 때문이다.

미관상 불법방해에 대해서도 마찬가지이다. 이웃집이 외형상 제대로 보수유지되지 않거나, 빨래를 걸어 놓는다가나 하는 행위가 원고의 입장에서는 미관을 해치는 것으로 해석할 수 있다. 그러나 인과관계를 따지기 위해 정교한 물리적 침범 테스트를 해 보면 그 불편해하는 마음이 전적으로 원고의 주관에서 비롯된 것이며, 이웃에게 미관을 회복시키기 위한 행위를 요구할 재산권이 존재하지 않는다는 점을 알게 된다. 따라서, 矯正正義를 위해 이웃의 행위를 제약할 만한 근거가 없다는 주장이다.

60) 물론 사고를 관장하는 책임원리의 유형도 다양하게 존재한다. 개괄적 논의는 박세일(1994)에 잘 기술되어 있고, 그 최적유형을 결정하는 핵심변수에 관한 필자의 생각은 김일중(1996b, c)에 요약되어 있다.

따라서, 불법방해와 비교할 때 두 경우 모두 갈등조정이 상대적으로 용이하다. 본절에서는 주로 불법방해시의 권리설정문제에 논의를 국한시켰으나, 설정된 권리를 구체적으로 어떻게 보호하는가, 즉 구제방식도 매우 중요한 이슈이다. 사안에 따라 그 최적방식이 달라질 수 있기 때문이다. 김일중(1997e)에서는 그러한 구제방식의 선택기준들을 논하고 있는데, 여러 가지 변수 중 특히 '거래비용'과 '갈등대상 재산권의 가치에 대한 법원의 정보불확실성'이 강조되고 있다.<sup>61)</sup> 다소 과장하자면 불법방해관련 갈등을 해결하기 위해서는 솔로몬의 지혜가 필요한 듯하다.

### 3. 不法妨害로의 進入抗辯과 葛藤調停

불법방해로 인한 갈등이 야기되었을 때 통상 적극적 항변(affirmative defense) 요건으로서 주장되고 있는 '불법방해로의 진입(coming to nuisance)'에 관한 Epstein의 시각 역시 갈등조정에 많은 시사점을 준다. 예컨대, 피고는 오랜 기간 동안 자신의 토지를 사용해 온 반면, 원고는 사용하지 않거나 사용하더라도 덜 집중적으로 사용해 왔다고 하자. 이제 원고가 집중적으로 사용하려는 순간 피고의 토지로부터 발생하는 소음·악취·진동 등을 불법방해로 간주할 때 흔히 불법방해로의 진입 항변이 대두된다. 즉, 원고는 불법방해가 존재하는지 알고서도 진입하였기 때문에 면책이라는 항변이다. Sturges v. Bridgman(Ch. 1879)에서 피고는 제과업에 종사하면서 자신의 뜰에서 기계를 많이 작동시키고 있었다. 의사였던 이웃의 원고는 새로이 검사실을 설치하였는데, 기계로부터의 소음 때문에 환자들을 검사할 수가 없게 되어 소송을 제기한 것이다.

이미 제과기계가 설치되어 있었기 때문에 원고가 검사실을 설치하지 않았더라면 이러한 분쟁 자체가 발생하지 않았을 것이라고 피고측에서는 주장할 수 있다. 그러나 설사 원고가 시간적으로는 나중에 검사실을 설치하였으나, 그 행위가 피고의 권리를 물리적으로 침범한 것은 아니라는 점을 주목할 필요가 있다. 즉, 자신의 땅에서 검사실을 만들어 의료행위를 영위하는 것은 이웃 제과

61) 전술한 Bryant v. Lefever 사건에서도 예컨대, 첫째 어떤 이유에서든 원·피고 사이의 거래가 도저히 불가능하고, 둘째, 원활한 연기흐름에 대해 느끼는 원고의 가치가 피고보다 크다는 사실을 법원이 확신한다면 피고의 건물을 원상복귀시키되 그에 상응하는 손해배상의 구제를 명할 수 있다.

업자에 대한 물리적 침범이 아니라는 것이다. 다만 Coase의 이론대로 그 영업을 제대로 영위하려면 제과업자의 기계조작을 제약해야 하는 상호성은 존재하므로, 결국 문제는 검사실을 운영하는 권리를 인정해야 하는가의 문제로 귀착된다. 결론은 그 권리를 인정해야 한다는 것이다.<sup>62)</sup> 이러한 결론은 검사실이 먼저 또는 나중에 들어섰건 달라지지 말아야 한다는 것이 Epstein의 주장이다. 반면 제과업자의 행위에 같은 물리적 침범 테스트를 사용하면 불법방해를 범하고 있다는 사실을 별 어려움 없이 인정할 수 있기 때문이다.<sup>63)</sup>

Epstein의 ‘불법방해로의 진입’항변에 대한 시각이 크게 부각되는 부분은 바로 다음의 결론이다. 만약 불법방해가 오로지 피고에 의해 야기되었다면 책임이 전적으로 피고에 귀속되어야 하며, 원고와 피고 사이의 상대적 비용편익분석의 결과가 갈등조정을 위한 책임배분의 결정에 영향을 주어서는 안 된다는 점을 강조하고 있다.<sup>64)</sup> 이상을 종합하면 원고측에서 피고의 행위가 불법방해를 구성한다는 사실을 물리적 침범 테스트를 통해 간단히 보일 수 있는 한, 矯正正義의 패러다임하에서 ‘불법방해로의 진입’항변은 결코 인정되지 말아야 한다는 것이다.

다만 Epstein은 전통적으로 이 항변이 단지 일종의 효용주의적 차원에서 법원에 의해 채택되었다는 점을 지적한다. 불법방해와 유사한 행동이 발생하더라도 이후 원고가, 예컨대 자신의 재산권을 좀더 집중적으로(intensive) 사용함으로써 비로소 물리적 침범이 가시화될 때까지 기다리는 것이 좋다는 법원이 입장 때문에 채택되었다는 것이다. 분쟁이 가시화될 때까지 피고가 경제가치를 창출토록 허용해 주자는 의도이다. 그러므로 일면 토지주들 간의 분쟁을 연기시키려는 사법적 협상으로 해석할 수 있다는 것이다. 따라서, 단순히 불법방해처럼 보이는 행위를 했다고 해서 피고의 행위를 즉시 중단시키지는 말되, 실제로 불법방해가 발생하면 제한을 가한다는 입장이다. 그럼에도 불구하고 장시간 사용했다는 취득시효(prescription)의 이유로 불법방해를 야기시킨 지

62) 바로 이 점에서 Bryant v. Lefever 판결에서 자연스런 연기흐름에 대한 권리를 인정하지 않은 점과 크게 대비된다.

63) 인과관계의 상호성에 입각하여 이러한 판단이 矯正正義에 부합된다는 사실을 강조하기 위해 이 상황을 좀 다른 각도에서 해석해 보자. 즉, 자신의 땅에서 조용히 영업을 할 권리를 모든 사람에게(uniformly) 인정해 주더라도 필요한 건물은 들어서고 정상적인 영업행위는 유지될 것임을 예측할 수 있다.

64) 즉, Kaldor-Hicks의 정태적 경제효율성이나, Pareto 경제효율성으로서 초기권리를 무시해서는 안 된다는 의미이다. 이에 대한 자세한 설명은 김일중(1997b)을 참조할 수 있다.

역권(easement)을 인정해서는 안 된다는 주장이다.<sup>65)</sup>

#### 4. 效用主義的 制約과 無救濟의 原則

결국 갈등조정의 제일원칙은 矯正正義인데, 그를 실천하려면 먼저 개인의 권리가 잘 정의되어 있어야 한다는 것이 Epstein의 지론이다. 요컨대, ‘財産權 分布論’으로 명명할 수 있겠다(김일중, 1997b). 권리의 고유한 분포가 전제되지 않으면 재분배의 결과 정의·공정성 등에 어떤 영향을 주는지를 평가할 수 있는 기준이 없는 것과 마찬가지라는 것이다. 그러므로 여기까지는 법경제학에서 소위 권리론을 중시하는 학자들과 큰 이견이 없다. 그러나 Epstein의 재산권분포론에서는 권리의 고유한 분포를 정의하는 과정에서 동태적 경제효율성이 가장 큰 역할을 하고 있음을 기억해야 한다. 환언하면, 대부분의 상황에서는 최소한 자원의 경제효율적 배분을 유도하는 것이 중요하다는 시각이 강하게 나타나 있다.

矯正正義에 입각한 불법방해이론을 이상과 같이 피력한 후, Epstein은 이제 효용주의적 고려를 통한 이론의 재구성을 추구한다. 효용주의에 근거한 조건들의 정당성이 커지면 이른바 ‘효용주의적 제약’이 되는데, 따라서 矯正正義에 따른 갈등조정의 원리에 수정이 가해질 수밖에 없다는 사실을 인정하고 있다. 효용주의를 간과할 수 없는 첫번째 요소는 갈등을 조정하는 과정에서 발생하는 행정비용(administrative costs)이다. 두 번째 요소는 분쟁이 발생하기 전 민간인끼리 서로 권리와 의무를 조정하는 데 소요되는 각종 거래비용(transaction costs)이다. 전자는 갈등이 일단 시작된 후 발생하는 문제이며, 후자는 그 이전의 문제를 다루고 있다.<sup>66)</sup> 말하자면 이 두 가지 요소 모두 갈등조정체계에 상존하는 마찰을 대변하고 있다고 볼 수 있다.<sup>67)</sup>

65) 그러나 불법방해를 야기시키는 지역권은 물론 거래가 가능하다(예, 부근 주민으로부터 공항의 소음권 구입). 따라서, 원고가 피고에게 지역권을 판매한 후에는 ‘불법방해로의 진입’ 항변이 갖는 정당성은 본분과는 판이한 양상을 띌 수 있다. 사실 이 문제는 최근은 물론 향후 한국경제에서 그 중요성을 더해 갈 사안이며, 제대로 정립시키지 못하면 엄청난 국가자원의 낭비를 초래할 것이다. 이에 대한 자세한 논의는 김일중(1997e)을 참조할 수 있다.

66) 예컨대, 만약 거래비용이 존재한다면 초기권리를 부여받은 자가 최종사용자가 될 가능성이 커지게 된다. 그 정의상 자발적 거래가 쉽지 않기 때문이다. 따라서, 矯正正義가 효용주의와 상충관계를 갖는다. 그러므로 矯正正義를 달성하면서도 어떤 식으로든 최종적으로는 가장 높은 가치를 부여하는 자의 손에 그 권리가 귀속되도록 해야 할 것이다.

67) 갈등조정에 소요되는 비용에 관한 자세한 설명은 Posner(1992, ch. 22)와 Cooter and Ru-

矯正正義의 실현과 효용주의적 제약에 대한 Epstein의 이론을 요약하면, 다음의 네 가지 조건이 나타날 때 후자를 우선적으로 고려할 수도 있다는 것이다. 그 네 가지는 ① 높은 행정비용, ② 높은 거래비용, ③ 문제가 되는 소유권에 대해서 당사자가 느끼는 가치가 낮음, ④ 암묵적 동종보상<sup>68)</sup>이다.

筆者가 보기에는 세 가지 주의할 점이 있다. 첫째, 앞에서 지적한 대로 여기서 효용주의를 우선한다는 것은 갈등으로 인한 피해자에 대해 유지명령과 손해배상 모두 포함한 구제를 일체 포기한다는 사실을 의미하는 것이다. 즉, 갈등조정 자체를 포기한다는 의미이다. 둘째, ②의 당사자 간 합의도출을 위한 거래비용이 높은 경우에는 구제 자체의 여부를 결정하는 요소라기보다는 구제 방식을 결정하는 요소라고 판단된다. 정확히 표현하면 높은 거래비용이 矯正正義를 포기시키는 충분조건이 아니라는 점이다. 예컨대, 다른 조건들(①, ③, ④)은 모두 괜찮은데 단지 거래비용이 높은 상황이라면 유지명령보다는 손해배상을 택할 수 있을 것이다.<sup>69)</sup> 셋째, 특히 ③의 조건은 면밀한 검토대상이 되어야 한다고 판단된다. 예를 들어, 갈등조정에 소요되는 비용이 높더라도 피해액이 매우 높다면 조정을 포기해서는 안 된다는 의미이다.

Epstein은 이상과 같이 불법방해법에서의 효용주의적 제약을 인정하면서 구체적으로 矯正正義에 우선하는 세 가지 상황을 검토하고 있다. 그것은 상호의 존성(live and let live), 지역성(locality), 원고 과민반응(extra- or hypersensitivity)의 상황인데,<sup>70)</sup> 이 때 갈등의 조정을 끝까지 추구하면 부의 낭비만을 초래할 것이고 당사자들의 후생도 감소할 것이라 주장한다. 사실 이러한 결론을 도출하는 데 사용된 Epstein의 분석은 매우 정교하다. 향후 효율적인 갈등조정체계를 갖추기 위해서는 우리도 이 효용주의적 제약에 관한 철저한 검토가 있어야 한다고 판단된다.

binfeld(1989)를 참조할 수 있으며, 그러한 비용과 불법방해에 대한 구제방식 간의 관계는 김일중(1997e)에서 검토하고 있다.

68) 암묵적 동종보상에 대해서는 Michelman(1967)이 국가의 공용수용( eminent domain)에 대한 이론을 논하면서 처음 논의되었다. 한 마디로 공용수용으로 인한 비용과 편익이 장기적으로 서로 상쇄되는 경향이 있을 때에는 국가가 피수용자에게 특별히 보상해 줄 필요가 없다는 것이다. 그러므로 원래는 공법상으로 논의된 개념이며, 암묵적 동종보상은 후에 Epstein(1985)의 공용수용론에서도 중요한 위치를 차지하게 된다. 그러나 Epstein은 이 개념이 불법행위와 같은 私法의 차원에서도 그대로 사용될 수 있다고 보는 듯하다.

69) Coase를 위시하여 Calabresi, Posner, Shavell, Kaplow 등도 대부분 이러한 류의 접근방식을 따른다. 이에 대한 자세한 논의는 김일중(1997e)을 참조할 수 있다.

70) 이에 관한 Epstein 및 기타 학자들의 설명은 김일중(1996a)을 참조할 수 있다.

## V. 結 論

21세기로 접어드는 문턱에서 한국경제는 여러 과제를 안고 있지만, 폭발하고 있는 불법방해관련 갈등조정에 대한 수요를 어떻게 감당하는가는 매우 중차대한 숙제가 아닐 수 없다. 이러한 수요가 폭증하는 것은 1차적으로 불법방해의 숫자가 급증하기 때문이다. 따라서, 경제행위의 합리적 지침을 세워 직면한 갈등도 조정하고 나아가서는 갈등 자체가 발발하지 않도록 유도하는 일이 어느 때보다도 절실하다고 하겠다. 사실 건국 이후 지난 반 세기 동안 갈등의 발생을 오로지 '힘'으로 막은 적도 많았고, 또 일단 발생한 갈등에 대한 조정도 정치적이거나 자의적인 판단에 의존해 온 관례가 허다했기 때문에, 불법방해의 조정원칙을 정립하는 데에는 상당한 시간과 노력이 소요될 것이다.

本稿는 크게 두 가지 종류의 목적을 갖고 출발하였다. 첫째, 좀더 직접적이고 정책지향적 목적은 불법방해관련 갈등조정원칙이 향후 어떤 일관된 원리를 갖고 나아가야 하는지를 답하는 것이었다. 本稿에서는 그 동안 학계에서 흔히 그 목적이라고 지적되어 온 '矯正正義'의 의미를 이론적으로 체계화시킴으로써 그 원칙을 정립시키고자 하였다. 원칙이 제대로 정립되면 실제 및 잠재적 분쟁 당사자, 법제정자 및 법집행자가 불법방해 및 그로 인한 갈등으로 초래되는 불필요한 국가자원의 낭비를 극소화하는 데 일조할 수 있을 것이다.<sup>71)</sup> 本稿의 두 번째 목적은 다소 원천적이며 동시에 개인적인 성격을 띠고 있음을 고백한다. '市場 對 政府'라는 원천적인 질문을 또 하나의 다른 각도에서 답해 보려는筆者의 의도가 다분히 반영되어 있다. 요컨대, "민간에 의한 자발적 재산권 설정이 힘들 때 정부가 어떤 식으로 재산권을 배분해야 하는가"라는 경제제도 인프라에 관한 궁극적인 질문을 놓고 불법방해를 예로 삼아 부분적으로나마 답하려고 시도하였다.

심화되는 갈등구조를 방치한 채 경제발전을 실현할 수는 없다. 바로 이것이 아무래도 경제학의 전통적 영역을 벗어난다고 할 수 있는 갈등조정의 문제에 더욱 많은 경제학도가 관심을 가져야 한다고 믿는 이유이다. 本稿에서 주로 다룬 갈등조정의 원칙에 관한 주제는 물론 그 절차에 이르기까지 이론논쟁 및

71) 특히 불법방해에 대한 실정원칙을 제대로 정립함으로써, 불필요한 규제도입에 따른 법집행의 자의성 및 부정부패의 발생을 효과적으로 억제할 수 있을 것이다. 이에 대해서는 Benson, Kim, and Rasmussen(1997) 및 김일중(1997d)을 참조할 수 있다.

경험적 분석이 계속 심화되어야 할 것이다.

## 參 考 文 獻

1. 金一仲, “效率의인 規制方式으로의 轉換을 爲한 經濟理論,” 『規制研究』 겨울호, 韓國經濟研究院, 1995a, pp. 4-52.
2. \_\_\_\_\_, 『規制와 財産權: 法經濟學的 視覺으로 본 政府 3府의 役割』, keri 自由主義시리즈(學術部門) 제I권, 韓國經濟研究院, 1995b.
3. \_\_\_\_\_, “不法行爲法の 範疇와 目的에 關한 少考: ‘正義’ 對 ‘經濟效率性’?,” 崇實大學校 經濟學科 Working Paper, 1996a.
4. \_\_\_\_\_, “‘法과 經濟’에 關한 美國의 知的 흐름,” 『美國社會의 知的 흐름에 關한 세미나 發表論文集』, 서울大學校 美國學研究所, 1996b.
5. \_\_\_\_\_, “製造物責任法 導入의 經濟的 效果와 立法方向: 論評,” 『KDI政策研究』, 韓國開發研究院, 1996c, pp. 53-59.
6. \_\_\_\_\_, “韓國의 安全規制,” 『韓國經濟法の 經濟分析』, 韓國經濟研究院, 1997a, pp. 483-557.
7. \_\_\_\_\_, “中小企業政策 理論: 法經濟學的 接近,” 『經濟學研究』, 제45집 제2호, 韓國經濟學會, 1997b, pp. 231-268.
8. \_\_\_\_\_, “製造物責任法 導入에 關한 法經濟學的 一考,” 『消費者學研究』, 韓國消費者學會, 1997c, pp. 79-100.
9. \_\_\_\_\_, “法執行과 不正腐敗: 法經濟學的 屬性,” 『刑事政策研究』, 韓國刑事政策研究院, 1997d, pp. 95-124.
10. \_\_\_\_\_, “不法行爲의 救濟方式에 關한 少考,” 崇實大學校 經濟學科 Working Paper, 1997e.
11. 박세일, 『法經濟學』, 박영사, 1994.
12. 박재묵, “住民과 政府의 政策上 相互作用,” 國家安保政策研究所, 1996.
13. 이시경, “中央政府과 地方政府間의 葛藤과 調停,” 『環境과 社會』, 제8호, 1995, pp. 12-21.
14. 이종열, “核廢棄物處理場 立地選定과 住民葛藤,” 『韓國行政學報』, 제29권 제2호, 1995, pp. 379-396.
15. 전재경, 『環境紛爭 調停制度의 改善方案』, 韓國法制研究院, 1996.

16. 韓國地方行政研究院, 『地方自治團體間 紛爭調停方案』, 1994.
17. Ackerman, Bruce, *Private Property and the Constitution*, New Haven: Yale University Press, 1977.
18. Ayres, Ian and Eric Talley, "Solomonic Bargaining: Dividing a Legal Entitlement to Facilitate Coasean Trade," *Yale Law Journal*, Vol. 104, 1995, pp. 751-821.
19. Benson, Bruce, Iljoong Kim, and David Rasmussen, "Deterrence and Public Policy: Trade-Offs in the Allocation of Police Resources," *International Review of Law and Economics*, 1997(forthcoming).
20. Biggar, Darryl, "A Model of Punitive Damages in Tort," *International Review of Law and Economics*, Vol. 15, 1995, pp. 323-351.
21. Brown, J. P., "Toward an Economic Theory of Liability," *Journal of Legal Studies*, Vol. 2, 1973, pp. 323-349.
22. Buchanan, James, *The Limits of Liberty: Between Anarchy and Leviathan*, Chicago: Chicago University Press, 1975.
23. Burke, Barlow, *Personal Property* (2nd ed.), Paul: West Publishing Co., 1993.
24. Calabresi, Guido, *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, New Haven: Yale University Press, 1970.
25. \_\_\_\_\_ and Douglas Melamed, "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral," *Harvard Law Review*, Vol. 85, 1972, pp. 1089-1128.
26. Coase, Ronald, "The Problem of Social Cost," *Journal of Law and Economics*, Vol. 3, 1960, pp. 1-44.
27. Coleman, Jules, "On the Moral Argument for the Fault System," *Journal of Philosophy*, Vol. 71, 1974a, pp. 473-490.
28. \_\_\_\_\_, "Justice and the Argument for No-fault," *Social Theory and Practice*, Vol. 3, 1974b, pp. 161-189.
29. \_\_\_\_\_, "Corrective Justice and Wrongful Gains," *Journal of Legal Studies*, Vol. 11, 1982, pp. 421-440.
30. Conley, John and William O'Barr, *Rules Versus Relationships: The*

- En ethnography of Legal, Discourse*, Chicago: University of Chicago Press, 1990.
31. Cooter, Robert, "Unity in Tort, Contract, and Property: The Model of Precaution," *California Law Review*, Vol. 73, 1985, pp. 1-51.
32. \_\_\_\_\_ and Thomas Ulen, *Law and Economics*, Glenview, Ill.: Scott Foresman, 1988.
33. \_\_\_\_\_ and Daniel Rubinfeld, "Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolution," *Journal of Economic Literature*, Vol. 27, 1989, pp. 1067-1097.
34. Ellickson, Robert, "Alternatives to Zoning: Covenants, Nuisance Rules, and Fines as Land Use Controls," *University of Chicago Law Review*, Vol. 40, 1973, pp. 681-714.
35. \_\_\_\_\_, *Order without Law: How Neighbors Settle Disputes*, Cambridge: Harvard University Press, 1991.
36. Epstein, Richard, "A Theory of Strict Liability," *Journal of Legal Studies*, Vol. 2, 1973, pp. 45-77.
37. \_\_\_\_\_, "Unconscionability: A Critical Reappraisal," *Journal of Law and Economics*, Vol. 18, 1975, pp. 293-316.
38. \_\_\_\_\_, "Nuisance Law: Corrective Justice and Its Utilitarian Constraints," *Journal of Legal Studies*, Vol. 8, 1979, pp. 49-102.
39. \_\_\_\_\_, *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain*, Cambridge: Harvard University Press, 1985.
40. \_\_\_\_\_, *Bargaining with the State*, Princeton: Princeton University Press, 1993a.
41. \_\_\_\_\_, "Holdouts, Externalities, and the Single Owner: One More Salute to Ronald Coase," *Journal of Law and Economics*, Vol. 36, 1993b, pp. 553-586.
42. \_\_\_\_\_, *Simple Rules for a Complex World*, Cambridge: Harvard University Press, 1995.
43. Fletcher, George, "Fairness and Utility in Tort Theory," *Harvard Law Review*, Vol. 85, 1972, pp. 83-134.

44. \_\_\_\_\_, "Corrective Justice for Moderns," *Harvard Law Review*, Vol. 106, 1993, pp. 1658-1669.
45. Kaplow, Louis and Steven Shavell, "Property Rules versus Liability Rule: An Economic Analysis," *Harvard Law Review*, Vol. 109, 1996, pp. 713-790.
46. Keeton, Page *et al.*, *Prosser and Keeton on the Law of Torts* (5th ed.), Paul: West Publishing Co., 1984.
47. Kionka, Edward, *Torts* (2nd ed.), Paul: West Publishing Co., 1992.
48. Landes, William and Richard Posner, *The Economic Structure of Tort Law*, Cambridge: Harvard University Press, 1987.
49. Lewin, Jeff, "Boomer and the American Law of Nuisance: Past, Present, and Future," *Albany Law Review*, Vol. 54, 1990, pp. 189-299.
50. Merrill, Thomas, "Tresspass, Nuisance, and the Costs of Determining Property Rights," *Journal of Legal Studies*, Vol. 15, 1985, pp. 13-48.
51. Michelman, Frank, "Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundation of 'Just Compensation' Law," *Harvard Law Review*, Vol. 80, 1967, pp. 1165-1258.
52. Polinsky, Mitchell, "Resolving Nuisance Disputes: The Simple Economics of Injunctive and Damage Remedies," *Stanford Law Review*, Vol. 32, 1980, pp. 32-87.
53. Posner, Richard, "Utilitarianism, Economics, and Legal Theory," *Journal of Legal Studies*, Vol. 8, 1979, pp. 103-138.
54. \_\_\_\_\_, "A Theory of Primitive Society, with Special Reference to Law," *Journal of Law and Economics*, Vol. 23, 1980, pp. 42-52.
55. \_\_\_\_\_, "The Concept of Corrective Justice in Recent Theories of Tort Law," *Journal of Legal Studies*, Vol. 10, 1981, pp. 89-128.
56. \_\_\_\_\_, "Economics, Politics, and the Reading of Statues and the Constitution," *University of Chicago Law Review*, Vol. 49, 1982, pp. 263-291.
57. \_\_\_\_\_, *Economic Analysis of Law* (4th ed.), Boston: Little, Brown, and Company, 1992.

58. Rawls, John, *A Theory of Justice*, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1971.
59. Rubin, Paul, "Fundamental Reform of Tort Law," *Regulation*, Vol. 18, 1995, pp. 26-33.
60. Shavell, Steven, *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge: Harvard University Press, 1987.
61. Susskind, Lawrence and Jeffrey Cruikshank, *Breaking the Impasse: Consensual Approaches to Resolving Public Disputes*, Basic Books, 1987.
62. Trebilcock, Michael, "The Doctrine of Inequality of Bargaining Power: Post-Benthamite Economics in the House of Lords," *University of Toronto Law Journal*, Vol. 26, 1976, pp. 359-385.
63. Umbeck, J., "Might Makes Right: A Theory of the Foundation and Initial Distribution of Property Rights," *Economic Inquiry*, Vol. 19, 1981, pp. 38-58.
64. Viscusi, Kip, *Fatal Tradeoffs: Public and Private Responsibilities for Risk*, New York: Oxford University Press, 1992.
65. Wittman, Donald, "Liability for Harm or Restitution for Benefit?," *Journal of Legal Studies*, Vol. 13, 1984, pp. 57-80.