

법과 코스 정리에 대한 논쟁: 민경국 vs 정기화

민경국 교수가 자신이 자유주의연구회 월례포럼 제24회(2019.4.4.)에서 발표한 <자유론: 시장경제에 적합한 자유개념>의 18~19쪽 '재산권 존중 문제와 로널드 코스(원래의 제목은 로널드 코스의 반자유주의)'에 대한 논평을 정기화교수(전남대 경제학과)에게 부탁했다. 다음은 정기화 교수의 논평문이다.

법과 코스 정리

-민경국 교수의 <코스의 반자유주의>에 대한 논평-

정기화 전남대 경제학과 교수

1. 일반인의 도덕과 법 규범

민 교수님이 지적하신대로 일반인의 법 감정은 어떤 사람의 행동으로 자신이 피해를 보면 누구나 그로 인해 피해를 입었다고 주장합니다. 특히 물리적 피해를 입을 때에는 그렇다고 할 수 있습니다. 법 규범은 일반인의 법 감정에 의해 형성된 측면이 있습니다.

이때 문제가 되는 것은 무엇이 피해냐는 것입니다. 특히 법적 책임을 지는 피해냐는 것입니다. 발표문에서 지적하고 있듯이 기차에서 배출된 불씨가 주변 작물에 화재를 일으키면 농민이 피해를 입었다고 흔히 주장합니다.

그런데 기차회사가 먼저 열차를 운행하고 있었고 후에 농민이 경작을 시작하였는데 불씨로 인한 화재로 열차운행에 차질이 발생하였다고 합시다. 물리적으로 보면 농민이 피해를 입었지만 그것을 피해라고 할 수 있을까요. 이러한 경우 규범적으로는 피해에 접근한(attracted) 농민이 책임이 있다고 말합니다. 또는 농민이 이를 예견할 수 있으면서도 농사를 지었기 때문에 책임이 있다고 말하기도 합니다. (증기기관차시절에는 철길로부터 일정거리 내에서는 아예 경작을 하지 못하도록 법이 이를 금지하였습니다)

일반인의 법 감정은 물리적 피해에 그치지 않습니다. 옆집 대형마트가 들어서면

주변 시장상인이 피해를 입는다고 흔히 말합니다. 언론 보도로 피해를 입었다고 주장하기도 합니다. 의사의 잘못된 치료로 피해를 입었다고 주장하기도 합니다.

결국 문제는 법이 권리를 어디까지 보장하느냐는 것입니다. 법이 주어져야 재산권의 내용이 구체화되듯이 법이 주어져야 누가 피해를 입었는지 구체화됩니다. 불법행위법에 따르면 나의 행위로 누가 피해를 입었어도 나의 과실이 없다면 법적 책임을 지지 않습니다.(경제학은 권리를 구체화하거나 과실여부를 가릴 때 유용한 분석을 제공하기도 합니다.)

2. 코즈 정리

문자로 주고받았던 흡연으로 인한 비흡연자의 물리적 피해를 살펴봅시다. 흡연으로 인한 주변 사람의 피해가 알려지기 전에 주민의 대부분이 흡연을 하고 있다고 합시다. 이때는 어떤 장소에서나 누구나 자유롭게 흡연을 하고 있었다고 합시다. 이때 흡연이 주변 사람에 피해를 준다는 사실이 알려졌다고 합시다. 어떻게 해야 할까요. 그동안 어떤 장소에서나 흡연하는 것이 관습적으로 굳어졌기 때문에 흡연자의 권리를 보호해야 할까요 아니면 흡연자는 주변사람에게 피해를 줄 권리가 없기 때문에 흡연으로 인해 피해가 발생하면 이를 보상하도록 해야 할까요.

코즈 정리가 말하고자 하는 것은 어떻게 하든 결과는 동일하다는 것입니다. 즉 흡연자의 권리를 보호하면 비흡연자는 피해를 우려하여 흡연자 곁에 가지 않는다는 것입니다. 만일 흡연자가 피해에 보상하도록 하면 흡연자가 비흡연자에서 멀리 떨어진 곳으로 흡연한다는 것입니다. 혹 거래비용이 존재하지 않는다면 당사자들이 자발적 거래를 통해 적절한 수준에서 흡연이 제한된다는 것입니다.

코즈 정리와 달리 코즈가 말하고자 한 것은 현실적으로 거래비용이 적지 않기 때문에 사회적 이익이 크도록 권리를 정해야 한다는 것입니다. 즉 인구 중 흡연자의 비중이 높으면 비흡연자가 자리를 피하도록 하는 것이 바람직하고 비흡연자의 비중이 크면 흡연자가 흡연을 하려면 자리를 피하도록 하는 것이 바람직하다는 것입니다.(이것은 가상의 기준으로 하나의 기준에 지나지 않습니다. 물론 법관이 이러한 계산을 잘못하면 더 나쁜 결과(법의 실패)가 나오기 때문에 기존의 법리의 틀 내에서 문제를 해결해야한다고 주장하는 학자도 있습니다.)

실제 도로를 횡단하다 보행자가 차에 친 교통사고가 발생하였을 때 항상 가해자인 운전자의 책임을 묻는 것은 아닙니다. 보행자가 야간에 고속도로를 무단 횡단하여

발생한 사고에 대해서는 운전자의 책임을 묻지 않습니다.

결국 코즈 정리는 자유주의에 어긋나기보다 보통의 법 감정에 맞지 않다고 할 수 있습니다.

사족: 부작위는 모든 행위에 적용되기보다 어떤 행동을 하여야할 의무가 있는 자가 그러한 행동을 하지 않음으로써 타인에게 피해가 발생한 경우에 적용합니다. 그리고 층간 소음은 피해를 주었다라도 일정한 수인의 범위를 넘어서야만 피해에 대해 배상책임을 묻습니다. 법 감정은 중요하지만 흔히 감정 자체는 안정적이지 않습니다. 그래서 법 감정은 법의 안정성이나 예측 가능성과 갈등을 일으키기도 합니다.

코즈 정리와 외부효과의 상호의존성

-정기화 교수의 논평에 대한 민경국 교수의 답변-

민경국 강원대 경제학과 명예교수

코즈의 정리와 관련하여 나의 입장은 두 가지다. 첫째로 코즈의 정리에서 중요한 역할을 하는 것이 부작위 개념이라는 것이 나의 입장이다. 그러나 그럼에도 정 교수는 코즈의 정리에서 부작위 개념은 “사족”이라고 한다. 이는 그 개념은 없어도 된다는 뜻인 것 같다. 둘째로 코즈는 피해와 관련된 정의감 또는 법감정을 무시하고 있고 그래서 그의 정리는 자유주의와 맞지 않는다는 점이다. 정 교수는 법 감정은 중요하지만 감정 자체는 안정적이지 않다는 것이다.

1. 부작위 개념은 코즈 정리에서 불필요한가?

내가 코즈의 정리를 쟁점으로 만든 계기는 <자유론: 시장경제에 적합한 자유개념>에서 다룬 존 스튜어트 밀의 자유론의 핵심개념인 “타인에게 해악을 끼치지 않는 한 누구나 자유롭다”는 해악원칙이었다. 이 원칙에서 문제가 되는 것은 타인에게 직접 해가되는 어느 한 개인의 행동(작위) 뿐만 아니라 어느 한 낯선 사람이 물에 빠진 사람을 구하지 않아서 (부작위: nonaction) 그 익사했다면 이는 부작위에 의한 피해라는 것이 밀의 생각이었다.

정 교수와는 달리 나는 바로 그 ‘부작위’ 개념이 코즈의 법이론의 핵심이라고 여긴다. 따라서 코즈의 정리를 설명하는 것이 중요하다. 코즈에게 국가의 역할은 법질서 확립이다. 그런데 코즈에게 문제가 되는 것은 피해의 상호성이다. 예를 들면 어느 한 공장의 연기 때문에 세탁소의 세탁물이 더럽게 되었다. 세탁소를 위해 공장의 매연을 막으면 공장이 피해를, 공장매연에 대한 책임을 세탁소가 짊어지면 세탁소가 피해를 본다는 것이 피해의 상호성이다.

국가가 할 일은 그 피해에 대해 누가 책임질 것인가 결정해야 할 것이다. 그런데 거래비용이 제로인 경우에는 책임을 누구에게 할당하든 관계가 없이 자원배분의 결과는 동일하다는 것이 코즈의 정리다. 제로인 경우 국가는 어느 쪽이든(제비뽑거나 또는 어떤 다른 식으로) 책임을 할당하기 하면, 더 이상 개입할 필요 없이 개인들의 상호작용(협상)을 통해서 피해의 문제가 해결된다.

거래비용이 큰 경우에는 국가가 어느 쪽에 책임(권리)을 부여할 것인지를 결정해야 한다. 이 때 비용 또는 편익을 계산하여 사회적 비용의 최소화, 또는 사회적 편익의 극대를 보장하는 방향으로 책임(권리)을 할당해야 한다.

이상이 법과 코즈의 정리다. 나의 주장은 ‘코즈 정리와 법’에서 중요한 역할을 하는 것이 부작위 개념이라는 점이다. 이 개념이 없이는 피해의 상호성을 설명하기가 곤란하다. A의 공장에서 방출하는 연기 때문에 B의 세탁소가 바깥에 널어둔 세탁물이 더럽게 되었다. 그런데 A가 매연방출을 중단하거나 혹은 B가 옷을 말리는 기계를 구입할 수 있다면 문제는 끝난다. 그러나 그들은 이를 거부한다. 그래서 생겨난 게 피해다

따라서 피해의 상호성을 전제하려면 기회가 있을 때 행동하지 않는 것을 말하는 부작위도 작위(action)만큼 목적의식적이라는 전제가 반드시 필요하다. 이런 전제 없으면 피해의 상호성은 설명할 수가 없다. 이미 잘 알려져 있듯이 그 전제는 루트비히 미세스의 행동이론이 정당화하고 있다. 그의 행동이론에서 적극적인 행위와 그리고, 행동하지 않는 것, 행동하기를 생략하는 것과 동일시하고 있다. 그러나 법에서도 그 동일성을 전제할 수 있는가의 문제다.

2. 코즈 정리는 부도덕한 넌센스

부작위는 법률과는 관계가 없다. 왜냐하면 법에서는 누가 타인의 인격이나 재산 또는 건강과 자유를 침해했는가가 중요하다. 법의 역할은 그 침해자, 즉 불법 행위

자를 찾아내어 그에게 책임을 지게 하는 데에 있기 때문이다. 부작위는 침해행동이라고 볼 수 없다. 그럼에도 양측 모두에게 책임이 있다는 전제에서 누가 최소비용으로 피해를 회피할 수 있느냐 아니면 누구에게 피해의 책임을 면제하는 것이 국가 경제에 더 큰 기여를 할 수 있는가의 문제를 다루고 있다.

따라서 그 같은 입법이나 재판은 개인의 인격, 재산 생명 존중의 도덕감을 무력화시킨다. 정부에 의한 권리의 믿을 만한 보호와 집행이 없기 때문이다. 효율적인 사회적 목표나 사회적 선의 이름으로 이루어진다고 해도 “코즈 정리”는 도덕적으로 가장 음험한 년 센스 중 하나이다

3. 법감정에 대한 정 교수의 입장.

상호성론은 우리의 상식적 원리 및 법 감정과도 일치되지 않는다는 게 나의 주장이었다. 우리는 서슴없이 매연 공장이 세탁소의 재산에 해를 끼쳤다고 말한다. 어느 철도회사 열차의 불티로 농부의 소유물을 해쳤다고 말하는데 주저하지 않는다. 층간소음도 위층의 소음으로 아래층에 피해를 준다. 이것이 피해의 상호성이라고 한다면 재판관은 각 당사자들이 타인들에게 얼마나 피해를 가해도 좋은가를 밝혀내는 코즈의 법경제학은 사악한 경제학이라는 게 나의 입장이다.

그러나 이런 문제를 극복하는 길은 엄격책임원칙이다. 원인자가 책임지는 경우다. 원인자에게 책임을 부여하는 것이 항상 법감정에 해당되는가? 이 문제에 대해서는 정 교수가 예를 들어 잘 설명하고 있다.

“기차회사가 먼저 열차를 운행하고 있었고 후에 농민이 경작을 시작하였는데 불씨로 인한 화재로 열차운행에 차질이 발생하였다고 합시다. 물리적으로 보면 농민이 피해를 입었지만 그것을 피해라고 할 수 있을까요. 이러한 경우 규범적으로는 피해에 접근한(attracted) 농민이 책임이 있다고 말합니다. 또는 농민이 이를 예견할 수 있으면서도 농사를 지었기 때문에 책임이 있다고 말하기도 합니다. (증기 기관차시절에는 철길로부터 일정거리 내에서는 아예 경작을 하지 못하도록 법이 이를 금지하였습니다)”

정 교수가 든 예는 원인자가 피해자보다 공간을 먼저 소유한 경우다. 이는 어떤 소유가 정의로우냐의 문제를 말해주는 취득시효의 고전적인 법 개념, 즉 홈스테딩 원칙(homesteading principle)의 적용이다. 이는 누구에게도 소유되지 않은 자산이

있다면 그것은 최초의 소유자가 주인이 된다는 뜻이다. 그러나 그런 경우에도 만약 농민이 경작을 시작했을 때보다 열차 운행회수가 늘어나 농민에게 주는 피해가 늘어났다면 그 피해에 대한 책임은 기차회사에게 있다는 것은 우리의 도덕 감정과 일치된다.

그 같은 대표적 예는 아무도 살지 않는 넓은 공터에 일정한 정도의 소음을 내는 공항을 설치했다. 그런데 얼마 후 공항 주변에 주택회사가 주택을 건설했다. 이 경우 주택회사가 그 소음에 대한 책임을 지는 것은 당연하다. 그러나 시간이 지남에 따라서 비행기 이착륙 횟수가 늘어나 공항의 소음이 점차 늘어난다면 늘어난 만큼은 공항이 책임지는 것이 법 감정이다.

4. 과실책임원칙이 법원리가 될 수 있는가?

정 교수는 피해에 대하여 다음과 같이 말한다.

“일반인의 법 감정은 물리적 피해에 그치지 않습니다. 옆집 대형마트가 들어서면 주변 시장상인이 피해를 입는다고 흔히 말합니다. 언론 보도로 피해를 입었다고 주장하기도 합니다. 결국 문제는 법이 권리를 어디까지 보장하느냐는 것입니다. 법이 주어져야 재산권의 내용이 구체화되듯이 법이 주어져야 누가 피해를 입었는지 구체화됩니다. 불법행위법에 따르면 나의 행위로 누가 피해를 입었어도 나의 과실이 없다면 법적 책임을 지지 않습니다.(경제학은 권리를 구체화하거나 과실여부를 가릴 때 유용한 분석을 제공하기도 합니다.)”

“결국 문제는 법이 권리를 어디까지 보장하느냐는 것입니다.”라는 정 교수의 주장은 전적으로 옳다고 본다. 그 문제는 첫째로 피해개념과 둘째로 책임원칙의 문제로 나눌 수 있다. 우선 첫 번째 개념이다. 피해는 물리적 피해에 국한된다. 이는 경제학에서 말하는 ‘기술적 외부비용’으로 표현된다. 대형아파트의 존재로 인한 주변시장 상인의 피해(금전적 외부효과)를 피해로 여기는 법감정이 지배했다면 사장경제는 등장하지 못했을 것이다.

두 번째 문제는 정 교수가 제안하는 과실책임원칙이다. 이 원칙의 핵심은 ‘이성적인 사람(reasonable man)’이라면 기울였을 주의를 하지 못해서 타인에게 끼친 피해에 한해서만 책임을 진다. 이 원칙의 문제는 두 가지다. 첫째로 ‘이성적인’이라는 개념의 뜻이 막연하고 주관적이라는 점이다. 둘째로 어느 한 사람이 특정한 행동으로 우연하게도 타인의 재산이나 신체에 물리적 피해를 주었다고 해도 그를 처벌하

지도 앓고 희생자에게 어떤 보상도 없다. 따라서 엄격책임원칙이 타당하다. 이것이 개인의 자유와 신체 그리고 재산권을 효과적으로 보호할 수 있다고 본다.