

환경법에서의 공법과 사법

— 공법상 환경기준의 사법상 효력에 관한 논의를 중심으로 — * **

허성욱***

차 례

- I. 들어가는 말
- II. 공법상 환경기준의 사법상 효력에 관한 기존 논의의 정리
- III. 환경법의 목적으로서 자원배분의 효율성에 관하여
- IV. 환경사법 - 불법행위법의 이념과 역할에 관하여
- V. 환경공법 - 환경규제의 이념과 역할에 관하여
- VI. 환경법에서의 공법과 사법 - 공법상 환경기준의 사법상 효력에 관하여
- VII. 결론

[국문초록]

이 글은 공법상 환경기준의 사법상 효력에 관한 논의를 중심으로 환경법에서의 공법과 사법의 문제에 관해 생각해 본 글이다.

종래 법학에 있어서 공법과 사법은 공사법이원론 등의 영향으로 서로 별개의 것으로 이해되고 연구되는 경향이 있었다. 실제로 사적 자치의 원리에 바탕을 두고 개인들의 사적인 거래에 관한 규율을 담당하고 있는 사법과, 헌법과 행정법과 같이 국가 전체의 운영원리에 관한 내용을 정하고 있는 공법은 서로 다른 성격을 가지고 있었다.

그러나 현대사회에서 환경법과 같이 공법적 성격과 사법적 성격을 같이 가지고 있는 법적 영역의 중요성이 커지면서 공법과 사법의 상호관계에 관해 새로운 관점에서 접근할 필요가 점점 커지고 있다.

* 이 글은 민사판례연구회 2016년 하계심포지엄에서 발표된 글을 수정 보완한 것이고 해당 발표문은 민사판례연구 XXXIX호에 게재될 예정임을 밝혀 둔다.

** 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 아시아태평양법연구소의 2017년도 학술연구비 지원을 받았다.

*** 서울대학교 법학전문대학원 교수.

이 글에서는 판례의 태도를 중심으로 공법상 환경기준의 사법상 효력에 관한 기존의 논의를 정리한 다음, 외부효과로서 환경문제의 본질과 외부효과의 내부화를 통한 자원배분의 효율성 달성이라는 측면에서 환경법의 본질적 기능에 관해 살피는 것으로 논의를 시작하였다.

그 후, 자원배분의 효율성 달성을 위한 사법(私法)적 구제수단으로서 불법행위법의 의미와 역할 그리고 공법적 구제수단으로서 행정규제 및 환경기준의 의미와 역할에 관해 검토하였다.

그 논의를 바탕으로 정치 및 행정의 고정을 통해 공법적으로 만들어지는 규범적 합의로써 환경기준을 통해 달성하려는 자원배분의 효율성과 불법행위소송의 매개를 통해 시장메커니즘을 활용해서 사법적으로 달성되는 자원배분의 효율성은 서로 어떤 관계를 가지는지, 어떤 조건과 상황 하에서 양자는 일치하게 되는지, 어떤 조건과 상황 하에서 양자의 괴리가 발생하게 되는지를 가설적 논증을 통해 살펴본 후 공법상 환경기준의 사법상 효력에 관한 기존 판례의 태도 및 이론적 논의들을 비판적으로 재검토하고 나름의 제언을 하는 것으로 글을 마무리하였다.

이러한 논의를 진행함에 있어서 환경문제를 보는 철학적 관점으로서 환경윤리주의적 관점, 효용주의적 관점, 환경정의적 관점에 관해 검토하였고, 외부효과의 내부화 방안으로서 피구세 방식과 코우즈 정리의 논의를 정리하였으며, 규제이론으로서 공익이론과 공공선택이론의 주요한 내용을 검토하고 그로부터 환경법에 있어서 공법과 사법의 관계에 관한 유의미한 시사점을 도출하였다.

I. 들어가는 말

공법상 환경기준의 사법상 효력에 관해서는 우리나라 법학계와 실무계에서 적지 않은 논의가 이루어져 왔다. 판례는 공법상 환경기준이 민사불법행위에 있어서 위법성 판단의 주요한 고려요소의 하나이지만 절대적 기준은 아니고 수인한도를 판단함에 있어서 고려되는 여러 가지 요소 중의 하나라고 일반적으로 보고 있으나 실제로 많은 사건들에 있어서 공법상 환경기준준수여부에 따라 실질적인 위법성 판단이 이루어지고 있다.

이 글에서는 공법상 환경기준의 사법상 효력이라는 쟁점을 중심으로 환경법에 있어서 공법과 사법의 역할 및 상호관계에 관해 실험적인 고찰을 해보기로 한다.

논의의 흐름은 다음과 같다.

먼저, 판례의 태도를 중심으로 공법상 환경기준의 사법상 효력에 관한 기존의 논의를 정리한 다음, 외부효과로서 환경문제의 본질과 외부효과의 내부화를 통한 자원배분의 효율성 달성이란 측면에서 환경법의 본질적 기능에 관해 살펴보기로 한다.

그 후, 자원배분의 효율성 달성을 위한 사법(私法)적 구제수단으로서 불법행위법의 의미와 역할 그리고 공법적 구제수단으로서 행정규제 및 환경기준의 의미와 역할에 관해 검토하기로 한다.

앞의 논의를 바탕으로 정치 및 행정의 과정을 통해 공법적으로 만들어지는 규범적 합의로서 환경기준을 통해 달성하려는 자원배분의 효율성과 불법행위소송의 매개를 통해 시장메커니즘을 활용해서 사법적으로 만들어지는 자원배분의 효율성은 서로 어떤 관계를 가지는지, 어떤 조건과 상황 하에서 양자는 일치하게 되는지, 어떤 조건과 상황 하에서 양자의 괴리가 발생하게 되는지를 가설적 논증을 통해 살펴보기로 한다.

이상의 논의를 바탕으로 공법상 환경기준의 사법상 효력에 관한 기존 판례의 태도 및 이론적 논의들을 비판적으로 재검토해보고 나름의 제언을 하는 것으로 글을 마무리하기로 한다.¹⁾

II. 공법상 환경기준의 사법상 효력에 관한 기존 논의의 정리

1. 공법상 환경기준의 사법상 효력에 관한 판례의 태도

대법원은 공군사격장 주변지역에서 발생하는 소음피해 사건에서 “사회통념상 참을 수 있는 피해인지 여부에 관한 기준(수인한도의 기준)을 결정함에 있어서는 일반적으로 침해되는 권리나 이익의 성질과 침해의 정도뿐만 아니라 침해행위가 갖는 공공성의 내용과 정도, 그 지역환경의 특수성, 공법적인 규제에 의하여 확보하려는 환경기준

1) 이 글의 주제가 ‘환경법에서의 공법과 사법’이라는 큰 주제이니만큼 그 주제에 관한 기존의 연구들이 매우 많이 집적되어 있고 환경기준의 법적 성격과 효력 등을 비롯한 세부적인 쟁점들에 대해서도 이미 많은 강학상의 논쟁과 학술대립이 진행되고 있는데 그 내용들을 일일이 소개하면서 이 글을 진행해나가는 것은 논의가 너무 산만해질 우려가 있으므로 기존의 논의들과 선행연구들은 필요한 범위에서만 소개하고 인용하기로 한다.

침해를 방지 또는 경감시키거나 손해를 회피할 방안의 유무 및 그 난이 정도 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 구체적 사건에 따라 개별적으로 판단하여야 한다”라고 판시²⁾하여 공법상 환경기준을 사법상 유지청구 혹은 불법행위소송에 있어서의 위법성 판단의 기준인 수인한도를 결정함에 있어서 고려되는 여러 가지 요소들 중 하나로 보고 있다.

환경문제를 포함해서 인간이 사회공동체 속에서 생활하는 과정에서 불가피하게 서로 영향을 주는 모든 행위들을 위법한 것으로 볼 수는 없으므로 어느 범위의 행위까지를 법적인 권리와 의무에 영향을 주는 위법한 것이라고 볼 것인가에 관한 기준의 설정이 필요하고 수인한도론은 그 필요에서 만들어진 이론이라고 볼 수 있다. 이는 나중에 살펴볼 외부효과와 상호성의 문제와도 관련이 있다.

수인한도의 판단기준으로서 공법상 환경기준의 역할에 관한 대법원의 이러한 판단은 비교적 일관된 것이어서 다른 많은 판결에서도 같은 취지의 판시를 하고 있다.³⁾

한편, 종래 우리 대법원은 생활방해에 대한 방지청구의 경우와 불법행위를 이유로 한 손해배상의 청구 양자에 대해서 동일하게 수인한도론을 기준으로 위법성을 판단하였고 같은 요소들을 수인한도의 판단요소로 병렬적으로 거시하고 있었다.

그런데 최근에 선고된 판결⁴⁾에서는 수인한도의 판단의 고려요소에 관해서는 “도로에서 발생하는 소음으로 말미암아 생활에 고통을 받는 정도가 사회통념상 일반적으로 참아내야 할 정도를 넘는지는 피해의 성질과 정도, 피해이익의 공공성, 가해행위의 태양, 가해행위의 공공성, 가해자의 방지조치 또는 손해 회피의 가능성, 공법상 규제기준의 위반여부 지역성, 토지이용의 선후관계 등 모든 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다”라고 판시하여 종래와 같은 입장을 유지하면서도 “도로소음으로 인한 생활방해를 원인으로 소음의 예방 또는 배제를 구하는 방지청구는 금전배상을 구하는 손해배상청구와는 내용과 요건을 서로 달리하는 것이어서 같은 사정이라도 청구의 내용에 따라 고려요소의 중요도에 차이가 생길 수 있고, 방지청구는 그것이 허용될 경우 소송당사자뿐만 아니라 제3자의 이해관계에도 중대한 영향을 미칠 수 있어,

2) 대법원 2010. 11. 11. 선고 2008다57975 판결.

3) 대법원 1999. 1. 26. 선고 98다23850 판결, 대법원 2000. 5. 16. 선고 98다56997 판결, 대법원 2002. 12. 10. 선고 2000다72213 판결, 대법원 2015. 9. 24. 선고 2011다91784 판결, 대법원 2015. 10. 29. 선고 2008다47558 판결, 대법원 2015. 12. 23. 선고 2014다2311887 판결 등.

4) 대법원 2015. 9. 24. 선고 2011다91784 판결.

방지청구의 당부를 판단하는 법원으로서는 해당 청구가 허용될 경우에 방지청구를 구하는 당사자가 받게 될 이익과 상대방 및 제3자가 받게 될 불이익 등을 비교·교량하여야 한다”라고 판시하여 방지청구의 위법성 판단과 손해배상청구의 위법성 판단의 방법 및 고려요소가 다를 수 있음을 직접적으로 실시한 바 있다.⁵⁾⁶⁾

한편, 대법원 2008. 8. 21. 선고 2008다9358, 9365 판결에서는 아파트 주민들의 인근의 도로소음으로 인한 손해배상청구권의 성립여부에 관한 판단에서 “수인한도의 기준을 결정함에 있어서는 일반적으로 침해되는 권리나 이익의 성질과 침해의 정도뿐만 아니라 침해행위가 갖는 공공성의 내용과 정도, 그 지역환경의 특수성, 공법적인 규제에 의하여 확보하려는 환경기준, 침해를 방지 또는 경감시키거나 손해를 회피할 방안의 유무 및 그 난이 정도 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 구체적 사건에 따라 개별적으로 결정하여야 하는바”라고 하여 종래와 같은 수인한도 판단의 기준을 제시하면서 거기에 더해서 “특히 차량이 통행하는 도로에서 유입되는 소음으로 인하여 인근 공동주택의 거주자에게 사회통념상 일반적으로 수인할 정도를 넘어서는 침해가 있는지 여부는 주택법 등에서 제시하는 주택건설기준보다는 환경정책기본법 등에서 설정하고 있는 환경기준을 우선적으로 고려하여 판단하여야 한다”라고 하여 공법상 기준 사이의 우선순위에 관한 고려가 필요하다는 점을 지적하고 있다.⁷⁾

그런데 대법원은 일조방해의 위법성 여부에 대한 판단에 있어서 “일조방해행위가 사회통념상 수인한도를 넘었는지 여부는 피해의 정도, 피해이익의 성질 및 그에 대한 사회적 평가, 가해건물의 용도, 지역성, 토지 이용의 선후관계, 가해 방지 및 피해 회피의 가능성, 공법적 규제의 위반여부, 교섭 경과 등 모든 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 하고, 건축 후에 신설된 일조권에 관한 새로운 공법적 규제 역시 이러한 위법성의 평가에 있어서 중요한 자료가 될 수 있다”⁸⁾라고 판시하면서 “(일조방해와 관련하여) 건축법 등 관계법령에 일조방해에 관한 직접적인 단속법규가 있다면 그

5) 종래 이 문제는 이른바 위법성 단계설을 취할 것인지 여부에 관한 이론적 논쟁으로 진행된 바 있다. 조홍식, 유지청구 허용여부에 관한 소고, 민사판례연구 XXII, 민사판례연구회 (2000), 김재형, 소유권과 환경보호, 민법론 I, 박영사 (2004) 등의 문헌 참조.

6) 위 판결에 대한 자세한 평석으로는 조계현, 도로소음으로 인한 생활방해의 방지청구 - 수인한도와 이익형량을 중심으로 -, 민사판례연구회 2016년 2월 정기월례회 발표문 참조.

7) 위 판결에 대한 평석으로는 배병호, 공법상 환경관련기준의 배상법적 의의, 환경법연구 제34권 제1호, 한국환경법학회 (2012년 3월) 참조.

8) 대법원 2004. 9. 13. 선고 2003다64602 판결.

법규에 적합한지 여부가 사법상 위법성을 판단함에 있어서 중요한 판단자료가 될 것이지만, 이러한 공법적 규제에 의하여 확보하고자 하는 일조는 원래 사법상 보호되는 일조권을 공법적인 면에서도 가능한 한 보증하려는 것으로서 특별한 사정이 없는 한 일조권 보호를 위한 최소한도의 기준으로 봄이 상당하고, 구체적인 경우에 있어서 어떠한 건물 신축이 건축 당시의 공법적 규제에 형식적으로 적합하다고 하더라도 현실적인 일조방해의 정도가 현저하게 커 사회통념상 수인한도를 넘는 경우에 위법행위로 평가될 수 있다⁹⁾라고 판시하고 있어서 공법상 기준의 준수가 사법상의 책임을 완전히 면책시키는 것은 아니라고 보고 있다.

공법상 환경기준의 사법상 효력에 관한 이러한 판례의 태도를 정리해보면 우리 판례의 문언상으로는 공법상 환경기준이 민사상 생활방해 혹은 불법행위의 위법성 판단의 기준인 수인한도를 판단함에 있어서 고려되는 제반 요소 중의 하나로 열거되고 있지만, 실질적으로는 문제되는 사안의 위법성 판단의 결론에 중요한 영향을 미치는 고려 요소로서 작용하고 있다고 볼 수 있겠다. 다만, 공법상 환경기준이 만들어지는 정치와 행정의 과정 속에 민사상 위법성 판단에 필요한 제반 고려요소들이 반영된다는 보장이 없으므로 공법상 환경기준 그 자체를 직접적인 위법성 판단의 기준으로 삼는 것은 주저하고 있는 것으로 보인다.

2. 공법상 환경기준의 사법상 효력과 관련된 이론적 논의

(1) 이론적으로 공법상 환경기준의 법규성 여부가 문제될 수 있다.

환경정책기본법상의 환경기준은 동법 제12조의 위임에 따라 대통령령으로 정하도록 되어 있다. 전형적인 법규명령의 위임절차를 통해 만들어진 환경기준이지만 학술상으로 환경기준은 환경행정상의 목표를 나타내는 지표에 불과하고 직접 국민의 구체적 인 권리·의무를 규정하는 법규로서의 성질을 갖지 않는다고 이해되고 있다.¹⁰⁾

한편, 환경기준은 국가에 대해 구속력이 있지만, 학술상으로 그 구속력의 정도에 관해서는 환경기준이 행정정으로 하여금 이를 달성하여야 하는 법적 의무를 부과하는

⁹⁾ 대법원 2002. 12. 10. 선고 2000다72213 판결, 같은 취지에서 대법원 2004. 9. 13. 선고 2003다 64602 판결 등.

¹⁰⁾ 김홍균, 환경법 제3판, 박영사 (2014), 제81면.

것은 아니라거나 행정조직 내부에서의 행정의 지침이 되는데 그친다는 견해 등이 있다. 대법원도 피고 부산광역시가 상수원의 수질기준에 관한 환경기준을 준수하지 못하고 수돗물을 생산·공급하였다고 하더라도 그 공급행위가 원고들에 대한 불법행위가 되지는 않는다고 판단한 바 있다.¹¹⁾

그러나 앞에서 본 바와 같이 공법상 환경기준이 수인한도의 실질적인 기준으로 위법성 판단의 중요한 요소로 작용하고 있다면 그 범위 내에서는 간접적으로나마 법규성을 가진다고 볼 수 있을 것이다.

한편, 같은 환경기준이지만 대기환경보전법, 수질 및 수생태계 보전에 관한 법률 등에서 정하고 있는 배출허용기준은 환경정책기본법상의 환경기준과는 달리 국가는 물론이고 국민에 대해서도 구속력을 가지고 국민의 구체적인 권리의무를 규정하는 규제기준으로서 기능을 한다. 배출허용기준은 대기 및 수질 오염지표로 작동하면서 규제권 발동의 출발점으로서 기능하고 있는데 이를 초과하여 오염물질을 배출하는 경우 배출부과금 부과나 개선명령, 조업정지, 폐쇄명령 또는 허가취소 등의 제재를 받게 된다.

(2) 건축법, 소음·진동관리법 등 행정법규에서 건물 사이의 간격, 소음, 진동 등에 대해 규제하고 있는 경우 이러한 법규에서의 기준이 수인한도 판단에 어떠한 영향을 미치는지를 둘러싸고 견해의 대립이 있을 수 있다. 이러한 행정법규는 공익적인 목적을 달성하기 위한 것이므로 그 행정법규에서 정한 기준에 따라 사법상 청구권의 존재 여부가 결정되어서는 안된다는 견해가 있을 수 있으나 현재 주류의 학설은 판례의 입장과 마찬가지로 공법상 규제기준을 주요한 수인한도 판단의 요소로 보고 있다.¹²⁾

Ⅲ. 환경법의 목적으로서 자원배분의 효율성에 관하여

1. 환경문제를 보는 철학적 관점

11) 대법원 2001. 10. 23. 선고 99다36280 판결.

12) 김재형, 전제논문, 153면 이하.

“우리의 주위를 둘러싸고 있는 모든 것(environ+ment)”이라는 개념적 정의를 가지고 있는 “환경”이라는 단어의 어원적 의미만큼이나 환경문제를 바라보는 철학적 관점은 다양할 수 있다. 그 관점들 중에서 주요한 몇 개의 철학적 관점을 들면 다음과 같은 것들이 있다.

(1) 환경윤리주의적 관점

이 관점은 타협될 수 없는 절대적 권리로서 환경권이 보장되어야 하고, 공동체의 구성원들에게는 윤리적 의무로서 환경보호의 의무가 부과되어야 한다고 보는 입장이다. 1972년 스톡홀름에서 선언된 UN 환경회의 합의문 제1원칙¹³⁾에서 선언된 것과 같은 환경권이 모든 인간에게 보장되어야 한다고 보는 입장이다. 환경의 가치를 절대적으로 존중하는 입장에서 원칙론 차원에서는 동의할 수 있는 입장이지만, 그 선언을 구체적인 법정책으로 옮기는 과정에서는 여러 가지 문제점들이 발생할 수 있다. 과연 비용적·기술적 고려를 하지 않고 언제나 절대적 권리로서 환경권을 보호할 수 있는 것인지, 절대적 권리로서 환경권을 보호하는 과정에서 기존에 확립되어 있던 사유재산권, 지역사회 자기결정권, 국가주권과의 충돌문제를 어떻게 해결할 것인지 등의 문제와 같이 현실의 법정책수립과정에서는 근본적으로 해결하기 어려운 난제들을 내포하고 있는 관점이다.

(2) 공리주의적(혹은 효용주의적) 관점

이 관점은 환경의 문제도 결국 희소성의 원칙의 지배를 받는 환경자원의 보호 및 배분의 문제이므로 효용주의 혹은 공리주의 입장에서 문제에 접근하는 것이 가장 실용적인 문제해결방법이라고 보는 관점이다. 이 관점에 따르면 환경문제는 대표적인 시장실패의 사례로서 외부효과 문제이므로 시장참가자들의 유인체계(incentive mechanism)를 변경하여 외부효과를 내부화하는 방식으로 환경문제를 해결할 수 있다

¹³⁾ Principle 1: Man has the fundamental right to freedom, equality and adequate conditions of life, in an environment of a quality that permits a life of dignity and well-being, and he bears a solemn responsibility to protect and improve the environment for present and future generations. [Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment]

고 본다. 이 경우 환경정책에 있어서 가장 우선적인 고려는 자원배분의 효율성이다.

이 관점에 대해서는 환경의 문제와 같이 대표적인 비계량적 혹은 정성적 요소에 대해 비용편익분석 등과 같은 공리주의적 방식으로 접근하는 것은 타당하지 않다는 비판이 제기될 수 있다. 그에 대해서는 통계적 분석기법의 발전을 통해 많은 비계량적 요소에 대한 효용주의적 분석이 가능해졌고, 효용주의에 터잡은 근대경제학의 합리적 선택이론이 기수적 효용이 아니라 서수적 효용에 바탕을 두고 있는 점을 고려하면 환경의 문제와 같이 일면 비계량적 속성을 가진 재화의 배분에 관한 문제도 효용주의의 입장에서 얼마든지 분석 가능하다는 반론이 있을 수 있다.

(3) 환경정의적 관점

이 관점은 공리주의적 접근방법에 대한 보완적 관점의 성격을 가지는 것으로 공리주의적 관점에만 따르는 경우에는 자원배분의 효율성은 달성될 수 있을지 모르지만 자원배분의 형평성 차원에서 문제가 생길 수 있으므로 환경적 가치의 배분에 있어서 불평등의 문제를 중요하게 고려하여야 한다는 입장이다. 가치의 배분에 있어서 효율성 뿐만 아니라 형평성도 중요하다는 주장은 당위론 차원에서는 얼마든지 주장할 수 있지만, 그것이 별도의 철학적 관점이 되거나 규범력을 가지는 법정책의 지도이념이 되기에는 형평성의 개념을 둘러싸고 너무나 많은 다른 의견들이 존재할 수 있다.

(4) 소결론

개인으로서 어떤 주체가 환경과의 관련 하에 자신의 삶을 어떤 모습으로 그럴 것인가의 단계에서는 앞에서 본 세 가지 철학적 관점과 생태주의적 관점을 포함해서 어떤 관점이든 의미가 있을 수 있다.

그러나 공동체 전체의 관점에서 환경자원을 어떻게 보호 및 배분하고 그에 수반되는 비용과 부담을 어떤 원칙과 기준에 따라 분담할 것인가의 문제와 관련하여 중국에는 규범력을 가지는 사회적 합의를 이끌어내는 지도이념으로서 역할을 하기에는 환경윤리주의적 관점이나 환경정의적 관점은 한계가 있어 보인다. 특히 환경법이 규범으로서 효력을 가지기 위해서는 환경이라는 가치에 대한 공동체 구성원들의 서로 다른 선호들이 민주주의 원리에 바탕을 둔 다수결원리, 선거제도 등을 통해 공동체의 선호로 결집되어야

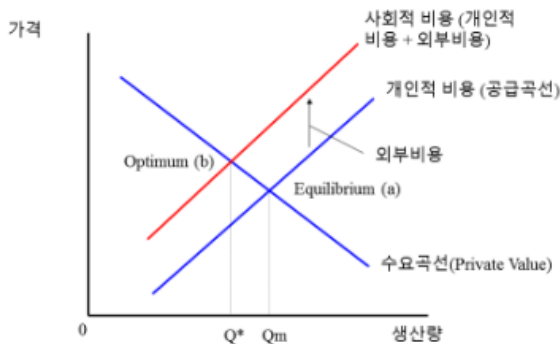
하는데 그 선호의 결집의 과정은 다분히 공리주의적으로 이루어질 가능성이 높다.

결국 공리주의적 관점 혹은 효용주의적 관점이 규범으로서 환경법의 문제를 이해하는 데 가장 적합한 철학적 관점이라고 볼 수 있고, 효용주의적 관점의 한계를 보완하는 차원에서 환경윤리적 관점 혹은 환경정의적 관점이 그 역할을 할 수 있을 것으로 본다.

2. 환경문제의 본질로서 외부효과

앞에서 살펴본 효용주의적 관점에 따르는 경우 환경문제의 본질은 대표적인 시장실패의 사례로서 외부효과의 문제이다.

외부효과란 어떤 경제주체의 행위가 다른 사람들 혹은 공동체에 이로운 효과 혹은 해로운 효과를 발생시키고 있음에도 불구하고 그 행위의 효과에 대해 적절한 가격이 설정되지 않고 있는 상황을 일컫는 말이다. 외부효과에는 이로운 외부효과와 해로운 외부효과가 있는데 환경문제는 대표적인 해로운 외부효과의 상황이다.



[그림 1] 외부효과

위 [그림 1]은 외부효과로서 속성을 갖는 환경문제를 직관적으로 설명하기 위한 쉬운 그림이다.

그림은 어떤 경제주체의 생산행위가 그 생산행위에 부수해서 대기오염물질의 배출,

혹은 수질오염물질의 배출 등과 같은 해로운 외부효과를 발생시키는 상황에 대한 설명이다. 그림에서 보는 바와 같이 해당 경제주체의 생산행위로 인해 사회적으로 발생하는 비용은 사회적 비용곡선과 같지만, 그 생산행위에 대해 생산자가 개인적으로 인식하는 비용은 사회적 비용에서 외부비용을 공제한 개인적 비용곡선이 된다. 이러한 상황에서 생산자의 입장에서의 합리적 선택에 따른 균형점(a)에서의 생산량은 Q_m 이 되는데 이는 사회적으로 적정한 자원배분의 점인 (b)에서의 생산량인 Q^* 의 경우에 비해 체계적으로 과다생산이 이루어지는 상태이고 이는 결국 그만큼의 환경문제가 발생하고 있는 상황으로 이해할 수 있다.

3. 외부효과의 내부화 방안으로서 규제적 접근방법과 시장적 접근방법

- 피구세 vs. 코우즈 정리

이러한 상황에서 환경법의 주된 과제는 시장참가자들의 유인구조를 바꾸어줌으로써 외부효과를 내부화하는 데 있다. 외부효과를 내부화하는 방법에는 다음과 같은 두 가지 생각의 방법론이 있다.

첫 번째는 정부의 직접적인 시장개입을 통한 외부효과에의 대응이다.

이러한 개입방식에는 정부가 생산자로 하여금 Q_m 에서 Q^* 로의 생산량 감축을 명하는 명령통제방식(command and control)의 규제방식과 외부효과를 발생시키고 있는 경제주체로 하여금 자신이 발생시키고 있는 외부비용만큼을 세금, 부담금 등의 방법으로 추가적으로 부담하게 함으로써 위 그림에서 개인적 비용곡선을 사회적 비용곡선과 일치하게 만드는 방법을 생각해볼 수 있다. 후자와 같은 방식을 경제학에서는 피구세(Pigouvian Tax)라고 부른다.

법규적 효력을 가지는 공법상 환경기준이 설정되고 그 기준을 초과하는 환경오염행위에 대해 부과되는 경제적 혹은 비경제적 제재의 실질은 이러한 피구세와 같다고 볼 수 있다.

이러한 정책수단들은 규제당국이 충분한 정보를 가지고 있는 경우에는 외부효과를 신속하게 내부화할 수 있다는 장점이 있는 반면, 대부분의 현실 외부효과 상황에서는 규제당국이 충분한 정보를 가지고 있지 않거나 충분한 정보가 있는 상황에서도 다른 고려에 의한 정책결정을 함으로써 외부효과의 내부화에 실패할 가능성이 크다는 단점

을 가지고 있다.

외부효과의 내부화에 관한 두 번째 생각의 방식은 코우즈 정리(Coase theorem)에서 찾아볼 수 있다.

코우즈 정리에 따르면 해로운 외부효과(harmful externality)의 상황에서 다음의 두 가지 전제조건 즉, ① 권리주체들 사이에 권리관계가 분명하게 설정되어 있고, ② 거래비용(transaction cost)¹⁴⁾이 존재하지 않거나 매우 낮은 상황이라면, 최초의 권리설정(entitlement¹⁵⁾이 누구에게 부여되어 있었느냐에 관계없이 당사자들의 자발적인 거래와 협상을 통해 효율적인 자원배분상태가 달성될 수 있게 된다.¹⁶⁾

외부효과의 상황에서 언제나 정부의 개입이 문제해결의 방법이라고 생각했던 피구 교수와 달리 코우즈 정리에 따르면 외부효과의 상황에서도 당사자들의 자발적인 거래와 협상이 이루어질 수 있는 조건만 만들어지면 반드시 정부가 개입하지 않더라도 일정한 상황 하에서는 외부효과의 내부화가 가능하게 되는 것이다.

나아가 코우즈는 위 논문에서 어김없이 상당한 거래비용이 존재하는 현실에서 최종적인 자원배분의 효율성이 달성되기 위해서는 어떤 원칙과 기준에 따라서 누구에게 권리가 설정되는 것이 바람직한 것인지에 관해 영국의 커먼로 판례들을 중심으로 실제 판결에서 어떤 결론이 내려졌는지를 검토하고 있다.

앞에서 본 코우즈 정리의 반대해석에 따르면 거래비용이 존재하는 현실에서는 누구에게 권리를 배분하는지가 최종적인 자원배분의 효율성에 영향을 미치게 된다는 것이

14) 여기서 거래비용에는 거래상대방을 찾는데 드는 탐색비용, 실제로 협상에 드는 협상비용, 협상과 관련된 분쟁을 해결하는데 드는 분쟁해결비용 등이 포함된다. 또한 여기에서의 비용개념에는 금전적 비용과 같은 물질적인 비용뿐만 아니라 협상에 임하는 당사자들 사이의 주관적 관계에 따라 발생하는 감정적, 정서적 비용까지 포함하는 넓은 개념이다. 거래비용에 관한 자세한 설명에 관해서는, Robert Cooter & Thomas Ulen, *Law and Economics* fifth edition, Pearson (2008), 91면 이하 참조.

15) 우리말의 ‘권리’에 해당하는 영어 단어로 ‘right’이라는 단어가 주로 사용되지만 법경제학 문헌에서는 ‘권리부여’의 의미로 ‘entitlement’의 단어가 주로 사용되고 있다. 전자가 헌법상 기본권 등과 같이 생략적 혹은 천부적 권리의 의미를 내포하고 있다면 후자는 사회적 후생의 극대화라는 관점에서 어느 주체에게 권리가 부여되는 것이 더 바람직한 것인가에 대한 고려를 담고 있다는 점에서 약간의 의미의 차이가 있다.

16) 코우즈 정리 및 외부효과의 상호성에 관해서는 Ronald H. Coase, “The Problem of Social Cost,” 3 *The Journal of Law and Economics* (1960), 허성욱, 지속가능한 발전의 원칙에 대한 법경제학적 고찰 - 효율성과 형평성을 함께 고려하는 환경법의 일반원리로서의 가능성에 대하여 -, 환경법연구 제27권 4호, 한국환경법학회 (2005년 12월) 참조.

고, 이 경우 법의 역할은 가장 효율적인 자원배분에 기여할 수 있는 권리와 책임의 배분에 관해 고민하는 것이라고 할 수 있다.

외부효과와 내부화의 관점에서 보면 코우즈 정리는 다음의 두 가지 법정정책적 함의를 가지고 있다.

첫 번째는 외부효과가 존재하는 상황에서도 언제나 피구제와 같은 방식의 정부개입이 정당화되는 것은 아니고 다른 정책적 수단을 사용해서 거래비용을 충분히 낮출 수 있다면 정부의 개입이 없어도 시장에서 당사자들의 자발적인 거래와 협상을 통해 외부효과를 내부화할 수 있다는 것이다. 정보의 비대칭성을 해소하기 위한 공시제도, 정보공개제도, 탄소배출권거래시장의 형성 등의 배경에는 거래와 관련된 비용을 낮춤으로써 코우지안 협상이 가능하도록 하려는 고려가 있다고 볼 수 있다.

두 번째는 거래비용을 낮추기 위한 제반 노력에도 불구하고 현실에서 상당한 거래비용이 존재하고 있거나 처음부터 거래비용을 낮추기 위한 노력이 의미가 없는 상황이라면 법이 고민하여야 할 것은 어느 주체에게 권리가 부여되는 것이 더 효율적인 자원배분결과를 가져올 것인가의 문제이다. 거래비용이 낮은 상황이라면 초기 권리배분이 비효율적인 것이라고 하더라도 그 후 당사자들의 거래와 협상을 통해 효율적인 상태로 권리의 이전이 가능하지만, 거래비용이 높은 상황에서는 초기 권리배분이 잘못 되면 비효율적인 자원배분 상태가 그대로 고착되기 때문에 법에 의한 초기 권리배분이 더 중요한 의미를 가지게 된다. 이 경우 법이 혹은 법원이 어떤 기준에 의해 어느 당사자에게 권리를 배분하는 하는 것이 더 바람직한 것인가를 놓고 여러 가지 이론적 쟁점들이 있을 수 있는데 이 부분에 관한 상론은 생략하기로 한다.¹⁷⁾

IV. 환경사법 - 불법행위법의 이념과 역할에 관하여

불법행위법의 이념과 역할에 관해서는 여러 가지 다른 생각들이 있을 수 있겠으나 연혁적으로 보면 크게 손해전보를 통한 교정적 정의의 실현기능과 사회적으로 유해한 행위에 대한 예방적 기능, 그리고 현대 위험사회에 있어서 위험의 분산기능을 들

¹⁷⁾ 이 부분 이론적 설명에 대해서는 허성욱, 권리남용금지법리에 관한 법경제학적 고찰 (상, 하), 법조 통권 591호, 592호 (2005년 12월, 2006년 1월).

수 있다.¹⁸⁾

1. 교정적 정의 실현으로서 불법행위법

전통적으로 불법행위법의 일차적인 기능은 불법행위자의 불법행위로부터 피해를 입은 피해자의 손해의 적정한 배상과 가해자에 대하여 그에 상응하는 손해배상책임의 부과를 통한 교정적 정의의 실현이다.¹⁹⁾

이와 같은 교정적 정의의 실현으로서 불법행위법에 있어서 중요한 것은 불법행위자 및 불법행위의 특징, 가해행위의 위법성, 불법행위와 손해 사이의 인과관계, 손해액의 확정 등의 쟁점이다.

예를 들어 A가 B를 폭행한 것이 문제가 된 사건 등과 같이 사회가 매우 단순하던 시절의 불법행위사건들은 이와 같은 교정적 정의의 실현으로 불법행위법의 사회적 기능을 이해하는 것으로 충분했었지만, 지금과 같이 공동체 구성원들의 사회적 활동들이 복잡다양해진 상황에서는 교통사고의 상황 등과 같이 전통적인 교정적 정의의 실현만으로는 설명할 수 없는 사회적 기능이 불법행위법의 기능으로 요구되고 있다.

2. 예방적 기능 실현으로서 불법행위법

한편, 예방적 기능 실현으로서 불법행위법의 사회적 기능을 이해하는 경우에는 불법행위법의 목적은 단순히 당해 사건에 있어서 가해자와 피해자 사이의 이해관계만

¹⁸⁾ 이 부분 설명에 관해서는 허성욱, 기후변화시대의 불법행위법 - 기후변화대응 정책수단으로서 불법행위소송의 장·단점 및 발전방향에 관한 소고 -, 사법 제21호, 대법원(2012년 9월) 99면 이하 참조.

¹⁹⁾ 불법행위법의 목적으로서 교정적 정의의 근거를 둘러싸고 학자들 사이에 많은 논의가 있었다. 비교적 최근의 논의로서 관련 내용을 다루고 있는 주요한 문헌으로는 Richard A. Posner, *The Concept of Corrective Justice in Recent Theories of Tort Law*, 10 J. Legal Stud. 187 (1981); George P. Fletcher, *Fairness and Utility in Tort Law*, 85 Harv. L. Rev. 537 (1972). 교정적 정의적 근거와 예방적 근거의 결합을 위한 노력으로는 Gary T. Schwartz, *Mixed Theories of Tort Law: Affirming Both Deterrence and Corrective Justice*, 75 Tex. L. Rev. 1801 (1997). 교정적 정의론 일반에 관해 잘 요약된 내용에 관해서는 Christopher H. Schroeder, *Corrective Justice and Liability for Increasing Risks*, 37 UCLA L. Rev. 439,443-51 (1990) 참조, 허성욱, 전계논문, 99면 각주 31에서 재인용.

을 고려하는 것이 아니라 개개의 불법행위사건에 있어서 법원의 판단이 다른 사건 혹은 같은 종류의 사고가 발생할 수 있는 사회적 맥락에서 개별 행위주체로 하여금 어느 정도의 주의의무 혹은 행위수준을 유지하는 것이 최선인가에 관한 인센티브 시스템을 제공하는 것이라고 볼 수 있다. 미국의 경우 법현실주의(legal realism), 법경제학(law and economics)을 중심으로 본격적으로 분석된 이 패러다임의 불법행위법에 대한 이해는 20세기 이후 사회가 한층 복잡해지고 통계적 정보처리기술이 발전하면서 종래 개인들 사이의 물리적 위법행위 혹은 사고로 인한 손해의 사후적 회복기능에서 사전적으로 사회적 활동들을 바람직한 방향으로 유도해내는 기능으로 초점이 옮겨가는 맥락에서 이루어졌다.²⁰⁾

불법행위법의 목적을 이렇게 이해하는 경우 불법행위를 구성하는 개별적 요건으로서 고의·과실, 위법성, 인과관계, 손해의 범위의 각 항목들에 대한 법률적 판단 및 그 판단을 위한 기준들은 특정한 한 사건의 적절한 해결을 위한 판단에 그치는 것이 아니라 동종의 불법행위가 발생할 수 있는 다른 사회적 상황에서 각 행위주체로 하여금 나름의 합리적 선택으로서 최적화행위에 나아갈 수 있도록 하는 가이드라인으로서 역할을 하게 된다. 자유주의적 관점에 서있는 이 불법행위이론에 따르면 불법행위법의 각 항목에 대한 법적 기준이 효율적으로 설정되어 있으면 각 행위주체들의 합리적 선택의 결집은 사회적으로도 가장 합리적인 선택으로 이어질 수 있고 그 집합적 합리적 선택의 결과는 사회적으로 가장 효율적인 혹은 주어진 조건 하에서 가장 최대의 사회적 후생을 만들어 낼 수 있는 자원배분의 결과가 된다는 전제에 서있다.

한편, 환경불법행위 등과 같은 특수불법행위의 경우에는 수인한도론, 개연성설, 손해배상액의 추정 등과 같이 전통적인 불법행위법리의 수정이 일어나게 된다. 이는 환경오염의 상황은 전통적인 불법행위법리가 상정하는 사실관계와 다른 특수성이 존재해서 전통적인 법리를 그대로 적용하는 경우에는 체계적인(systematic) 과소배상 혹은 과다배상의 문제가 발생할 수 있기 때문이다. 예를 들어 환경불법행위에 대하여 과실의 입증, 인과관계의 입증, 손해의 입증 등을 통상적인 불법행위의 경우와 동일한 수준으로 요구하는 경우에는 환경오염이 가지는 특수성으로 인해 가해기업이 실제로 발생시키는 외부효과의 크기보다 적은 수준의 배상이 법원에 의해서 명해지는 체계적

20) 허성욱, 기후변화시대의 불법행위법, 111면.

인 과소배상의 문제가 발생하게 된다. 이러한 문제를 해결하기 위해 환경오염분야에 있어서 불법행위법리는 무과실책임 혹은 위험책임의 법리, 개연성이론, 손해발생의 추정 등과 같은 법리의 변용이 일어나게 된다. 한편 환경불법행위의 위법성 판단의 기준인 이른바 수인한도론은 조금 다른 측면의 고려에 따른 법리의 변용이다. 코우즈의 논문에서 지적되고 있는 바와 같은 외부효과의 상호성(reciprocity)의 문제로 인해 환경적 이익의 침해가 있다고 해서 언제나 불법행위책임의 성립을 인정하는 경우에는 환경이익의 체계적인 과다배상이 일어나게 되므로 이 문제를 나름대로 적정화(optimize)하기 위한 노력의 산물이 수인한도론이라고 이해할 수 있다.

결국 어느 경우이나 예방적 기능으로서 불법행위법의 사회적 기능을 이해하는 경우 불법행위법의 기능은 과실, 위법성, 인과관계, 손해의 범위 각 변수들에 대해 각 시장참가자들이 각자가 합리적으로 책임질 수 있는 범위까지 법적인 의무를 지도록 함으로써 그 각 개인들의 합리적 선택의 결과가 사회적으로도 사회후생의 극대화가 달성되는 집합적 합리적 선택으로 이어지도록 유도하는 것으로 이해될 수 있다.

3. 위험분산 기능으로서 불법행위법의 사회적 기능

위험분산기능은 환경문제 등과 같이 현대 위험사회에서 위험의 문제가 본격적으로 대두되면서 불법행위법의 새로운 사회적 기능으로서 고려되고 있다.

기후변화로 인한 손해를 이유로 국가 혹은 정유회사를 상대로 한 손해배상청구소송, 곧 현실화될 무인자동차의 운행 중 사고를 이유로 국가 혹은 자동차회사를 상대로 한 손해배상청구소송 등은 전통적인 교정적 정의실현으로서 이해한 불법행위법의 사회적 기능은 물론이고 예방적 기능의 관점에서 이해한 불법행위법의 사회적 기능을 고려하더라도 현재의 소송체계 하에서는 청구가 기각될 가능성이 높다.

그럼에도 불구하고 기후변화소송, 담배소송, 개인정보유출소송 등과 같은 소송이 제기되는 것은 꼭 본안에서 승소판결을 받는 것을 통해서가 아니라 그와 같은 소송에 대한 대중의 관심 증가 그리고 그 영향을 받은 행정부에서의 우선순위 조정 등과 같은 경로를 통해 실제 불법행위소송에서는 패소하더라도 결국 의도했던 결과가 달성되는 이른바 불법행위소송의 규제적 측면(Regulation through litigation)²¹⁾이 존재하기 때문이다.

한편, 일각에서는 이러한 불법행위소송의 규제적 측면이 아니라 기후변화소송 등과 같이 극단의 불확실성 하에서의 선택의 성격을 가지고 있는 위험(Risk)의 문제에 대해서 피해자들이 다른 경로 - 예를 들어 기후변화에 대한 국가들의 규범력 있는 (legally binding) 합의 및 그 집행, 그 내용을 반영한 각 국가들의 시의적절한 입법 및 행정작용 등 - 를 통해 피해의 회복을 구하는 것이 불가능하고 달리 어디에서도 그 손해의 전보가 가능하지 않은 경우에는, 그래서 피해자들이 기댈 수 있는 법적인 수단이 불법행위소송밖에 없는 경우에는 기존의 불법행위법리의 패러다임적 변화를 통해서라도 손해배상책임을 인정할 필요가 있다는 주장이 제기되고 있다.²²⁾

이 주장에 따라 현대사회 위험의 상황에서 발생하는 손해에 대해서는 국가 혹은 기업의 손해배상책임을 확대해서 인정하게 되는 경우에 이를 정당화하는 근거 중의 하나가 위험분산 기능이다. 국가 혹은 기업의 손해배상책임이 확대되는 경우 그 배상의 재원은 결국 세금을 통해서 국민 혹은 기업의 가치를 매개로 주주에게로 귀속되게 될 것이므로 이는 결국 전통적인 불법행위법리에서 누군가의 귀책사유로 돌리기는 어렵지만 그 피해의 구제는 필요한 상황에서 그 위험을 분산하는 기능을 수행하게 된다는 것이다.

일면 설득력이 있는 주장이기는 하지만 교정적 정의실현의 패러다임에서 예방적 기능으로의 패러다임 변화에 아주 오랜 시간이 소요된 것과 마찬가지로 다시 한번 패러다임의 변화가 일어나기 위해서는 상당히 오랜 시간과 논쟁이 필요한 부분이라고 생각한다.

4. 불법행위법의 기능적 목적으로서 자원배분의 효율성

앞에서의 논의를 정리하면 불법행위법의 사회적 기능은 각 행위주체들의 유인체계 설정을 통한 예방적 기능을 실현함으로써 집합적 합리적 선택에 이르게 하고 이를

21) 불법행위소송의 규제적 측면에 관한 논의는 허성욱, 기후변화시대의 불법행위법, 98면 이하 참조.

22) 관련된 논의는 Daniel A. Farber, *Tort Law in the Era of Climate Change, Katrina, and 9/11: Exploring Liability for Extraordinary Risks*, 43 Val. U. L. Rev. 1075(2008-2009), Douglas A. Kysar, *What Climate Change Can Do About Tort Law*, 41. *Envtl. L.* 1 (2011) 등의 문헌 참조.

통한 사회후생의 극대화 혹은 자원배분의 효율성 달성이라고 이해할 수 있다.

다시 코우즈 정리로 돌아가서 생각을 해보기로 한다.

앞에서 본 바와 같이, 거래비용이 충분히 낮은 상황에서는 법이 어느 주체에게 권리를 부여하더라도 당사자들의 자발적인 거래와 협상을 통해 최종적인 자원배분의 효율성이 달성된다. 이는 환경오염으로 인한 외부효과가 발생하는 상황에서도 거래비용이 충분히 낮은 경우에는 법이 어느 주체에게 권리를 부여하느냐에 관계없이 - 바꾸어 말하면 피해자에게 환경권이 부여되어 있는 경우와 반대로 오염원인자에게 오염권이 부여되어 있는 경우 어느 경우이나 - 최종적인 자원배분의 효율성이 달성될 수 있음을 의미한다.

다시 앞에서 본 바와 같이, 현실에서 상당한 거래비용이 존재하는 경우에는 초기의 권리배분상태가 잘못된 경우에도 당사자들의 자발적인 거래와 협상을 통해서도 효율적인 자원배분상태로의 이전이 가능하지 않다.

이런 상황에서 환경불법행위소송의 역할은 환경적 이익을 둘러싸고 외부효과가 발생하고 있는 상황에서 높은 거래비용으로 인해 시장에서 당사자들의 자발적인 거래와 협상을 통한 문제해결이 이루어지지 않고 있는 경우 재판이라는 과정을 통해 만약 거래비용이 충분히 낮아서 당사자들 사이에서 자발적인 거래와 협상이 충분히 진행이 될 수 있었다면 최종적인 권리배분의 내용이 어떤 것이었을까를 추단해서 그와 같은 내용대로 권리배분에 관한 법적인 선언을 해주는 것으로 이해할 수 있다. 이처럼 법원의 개입을 통해 거래비용이 충분히 낮았다면 시장에서 이루어졌을 계약의 내용과 같은 내용으로 권리의 배분 및 자원의 배분이 이루어진다는 점에서 그와 같은 과정을 준계약(quasi-contract)의 과정이라고 부르기도 한다. 그리고 이러한 준계약의 과정을 통해 외부효과로서 환경문제를 둘러싼 자원배분의 효율성이 달성될 수 있다.

불법행위법의 사회적 기능을 이렇게 이해하는 경우에는 위법성 판단의 기준으로서 수인한도론 그리고 수인한도의 판단요소로서 공법상 환경기준의 역할은 사법의 영역에서 자원배분의 효율성이 달성될 수 있도록 시장참가자들의 유인체계를 조정하는 것으로 이해할 수 있다. 자연스럽게 이어지는 의문은 정치와 행정의 영역에서 공법적 절차를 통해 만들어지는 환경기준의 성립과정에서 사법상 자원배분의 효율성에 관한 관점들이 어떻게 반영될 수 있을 것인가의 문제이다.

V. 환경공법 - 환경규제의 이념과 역할에 관하여

이번에는 장을 바꾸어서 공법상 환경기준과 같은 규제가 만들어지는 환경공법의 과정에 대해 살펴보기로 한다. 규제가 만들어지고 집행되는 과정을 설명하려는 이론에는 공익이론, 공공선택이론, 신다윈주의이론, 공화주의이론 등 여러 가지가 있을 수 있겠으나 여기에서는 그 제반 이론 중 가장 선명성을 가지고 대비되는 공익이론과 공공선택이론의 간단한 개요에 대해 살펴보기로 한다.²³⁾

1. 규제이론으로서 공익이론

공익이론(public interest theory)은 환경규제와 같은 규제가 만들어지는 규범적 혹은 실증적 이유는 외부효과, 독과점, 공공재의 문제, 정보의 비대칭성 등과 같은 이유로 발생하는 시장실패를 교정하고 시장실패로 인해 발생하고 있던 공익적인 가치²⁴⁾를 회복하는 것이라고 본다. 규범적 당위론의 관점에서 보면 규제행정의 담당자들이 공익적인 마인드를 가지고 시장실패의 극복이라는 공익의 달성을 위해 규제행위에 임한다는 공익이론의 명제가 자연스럽게 들릴 수 있고 실제로 그에 부합하는 사례들도 찾아볼 수 있다. 그러나 실증적으로는 공익이론의 설명에 부합하지 않는 많은 사례들 역시 찾아볼 수 있는데, 예를 들어 규제기관이 피규제기관인 산업계의 이익집단행위에 포획되어서 피규제자의 이익을 보호하는 내용의 규제가 만들어지기도 하고, 정치가들과 관료집단을 포함한 제반 이익집단들이 각자 자신들의 이익을 최대화하기 위한 노력을 기울인 결과인 정치과정의 산물로서 공익적 가치와는 무관한

23) 자세한 내용에 대해서는 허성욱, 경제규제행정법이론과 경제적 효율성, 서울대학교 법학 제49권 제4호, 서울대학교 법학연구소 (2008년 12월), 663면 이하, 허성욱, 규제행정의 규범적·실증적 목적으로서 경제적 효율성과 정치적 효율성 - SSM 규제에 대한 효율성 분석을 중심으로 -, 법경제학연구 제12권 제1호, 한국법경제학회 (2015년 4월), 76면 이하 참조.

24) 이때 ‘공익적인 가치’가 무엇인지를 놓고 논란이 있을 수 있겠으나 시장실패의 극복이라는 맥락에서 회복의 가치는 기본적으로 자원배분의 효율성이라고 볼 수 있다. 자세한 설명에 관해서는 허성욱, 규제행정의 규범적·실증적 목적으로서 경제적 효율성과 정치적 효율성, 76면 참조.

25) 한편, 공법의 토포스(topos)로서 ‘공익’개념을 둘러싼 이론적 논쟁 및 우리 판례에 나타난 공익개념의 실제에 관해서는 Heo, Seongwook, *The concept of ‘public interest’ demonstrated in Korean court precedents*, Journal of Korean Law Vol. 6, No. 1, SNU Law Research Institute (2006) 참조.

내용의 규제가 만들어지기도 한다.²⁶⁾

2. 규제이론으로서 공공선택이론 혹은 경제적 규제이론

공익이론과 달리 공공선택이론(public choice theory)에서는 규제가 사전적으로 혹은 선택적으로 확정되어 있는 추상적인 ‘공익’을 달성하려는 것이라는 전제를 받아들이지 않는다. 공공선택이론은 시장참여자들이 시장에서 합리적 선택으로서 사익극대화의 전제 하에 선택에 임하는 것과 마찬가지로 정치참여자들도 정치의 과정에서 그것이 어떤 것이 되었던 자신들의 사익을 극대화하려는 유인구조를 가지고 선택에 임하는 것으로 가정하고 다음의 논의를 진행한다. 이때 정치참여자들이 극대화의 대상으로 삼는 가치에는 정치인의 경우는 더 많은 정치적 영향력, 다음 선거에서 재선의 가능성 등이 될 수 있고, 관료의 경우는 승진의 가능성, 부처의 예산과 권한의 확대 등이 될 수 있으며, 투표에 임하는 이익집단은 선거의 결과 만들어지는 국회에서 자신들의 이익을 보호해주는 입법의 가능성 등이 포함될 수 있다.²⁷⁾

공공선택이론과 같은 흐름 속에 있는 경제적 규제이론(economic theory of regulation)의 분석결과에 따르면 규제는 공익이론이 상정하고 있는 추상적인 공익, 혹은 시장실패로 인한 효율성 상실의 회복 등을 위해 만들어지고 집행되는 것이 아니라, 해당 규제와 관련해서 이해관계를 가지고 있는 여러 이익집단들이 정치의 과정에서 최선을 다해 자신들의 이익을 극대화하려는 노력들에 의해 만들어진 균형의 결과라고 볼 수 있다.²⁸⁾²⁹⁾

26) 허성욱, 규제행정의 규범적·실증적 목적으로서 경제적 효율성과 정치적 효율성, 77면

27) 공공선택이론의 자세한 설명 및 공공선택이론의 관점에서 분석한 사법심사이론에 관해서는 허성욱, 공공선택이론과 사법심사에 관한 연구 - 사법심사의 준거기준으로서 공공선택이론의 함의에 관하여 -, 서울대학교 법학박사학위논문 (2008) 참조.

28) George J. Stigler, *Theory of Economic Regulation*, The Bell Journal of Economics and Management Science 2, no. 1(Spring 1971), 1-21.

29) 경제적 규제이론에 관한 자세한 설명은 W. Kip Viscusi, Joseph E. Harrington, Jr., John M. Vernon, *Economics of Regulation and Antitrust*, the MIT Press(4th ed.) 제10장, George J. Stigler, 전개논문, Sam Pelzman, *Toward a More General Theory of Regulation*, Journal of Law and Economics 19 (August 1976) 211-240, Mancur Olson, *The Logic of Collective Action* (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1965), Gary S. Becker, *A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence*, Quarterly Journal of

3. 환경규제의 기능적 목적으로서 자원배분의 효율성

제III장에서 검토한 바와 같이 공리주의의 관점을 따르는 경우 환경법의 본질은 시장실패로서 외부효과의 내부화를 위한 규범적 합의라고 이해할 수 있다. 환경사법의 경우와 달리 환경공법으로서 환경규제의 본질은 시장에 대한 정부의 개입의 형태로 외부효과를 내부화하려는 노력이고 이는 [그림 1]에서 본 바와 같이 피구세 등의 정책수단을 사용해서 개인적 비용곡선과 사회적 비용곡선 사이의 간극을 없애는 노력의 형태로 이루어진다.

환경규제의 목적으로서 외부효과의 내부화를 통한 자원배분의 효율성이 달성되는 과정에 대한 설명은 공익이론과 경제적 규제이론 사이에서 차이가 있다.

공익이론은 사전적으로 바람직한 환경보호의 수준 및 그 수준의 달성을 위한 비용과 노력의 정도는 사전적으로 ‘공익’이란 이름으로 확정되어 있고, 규제행정의 담당자들은 사전적으로 혹은 선택적으로 정해져 있는 공익으로서 환경보호의 수준이 달성될 수 있도록 규제입법을 만들고 그 위임의 범위 내에서 규제행정에 나선다고 본다. 이 부분이 도그마틱한 법이론에서는 추상적으로 ‘입법자의 의사’로 표현되는 부분이다. 공익이론의 이러한 설명에 대해서는 바람직한 환경보호의 수준 등과 같은 공익의 내용이 과연 그렇게 사전적으로 잘 확정될 수 있는 것인지, 입법자와 행정청은 과연 언제나 그 공익의 내용에 부합하도록 입법행위와 행정행위를 수행하는 것인지 등의 문제에 관해 비판적인 의문이 제기될 수 있다.

반면에 공공선택이론 혹은 경제적 규제이론에서는 공익이론과 같은 사전적 공익개념을 상정하지 않는다. 정치참가자들은 경제주체들이 시장에서 합리적 선택을 하는 것과 마찬가지로 정치의 과정에서 각자 자신의 이익을 극대화하기 위한 합리적 선택을 하는 것이고 개인으로서 각 정치참여자들의 합리적 선택들이 집합적 합리적 선택으로 결집된 결과가 사후적으로 공익으로 평가받게 된다.

물론 정치과정에서 이루어진 집합적 합리적 선택이 공익으로 평가받을 수 있기 위해서는 그 공동체의 정치과정이 각 개인들의 합리적 선택 혹은 선호를 체계적으로 그리고 정합적으로 집합적 합리적 선택 혹은 선호로 결집될 수 있도록 하는 제도적,

절차적 장치, 즉 사회선호함수(social preference function)³⁰⁾를 갖추고 있어야 한다. 각 국가들이 가지고 있는 민주주의, 선거제도, 다수결원리, 위임입법의 원리 등과 같은 정치적 제도들은 이러한 사회선호함수를 구성하는 요소들이라고 볼 수 있다. 민주주의를 포함한 정치시스템의 발전 과정은 개인들의 선호로부터 사회 전체의 선호를 보다 정합적으로 결집해낼 수 있는 사회선호함수를 찾아내려는 일련의 노력의 과정이라고 볼 수 있다. 한편, 제도를 잘 설계하면 개인들의 선호로부터 완벽하게 사회적 선호를 결집해낼 수 있는 사회선호함수가 존재하는지를 둘러싸고 흥미로운 논의가 진행될 수 있겠지만, 일단 여기서 그 부분 논의는 생략하기로 한다.³¹⁾

상당히 잘 작동하는 사회선호함수로서 정치시스템이 갖추어진 사회에서는 그 정치 과정을 거치면서 외부효과로서 환경문제에 관한 공동체 구성원들의 선호들이 정합적으로 결집되어서 입법작용과 행정작용을 거쳐서 공법상 환경기준을 포함한 환경규제로 귀결될 것이다. 이 말은 바꾸어 말하면, 만약 어느 공동체에서 민주주의, 선거제도, 표현의 자유, 다수결원리, 위임입법의 원리 등과 같은 정치시스템이 원활하게 작동하는 경우에는 외부효과로서 환경문제해결 및 그를 통한 자원배분의 효율성에 대한 공동체 구성원들의 공리주의적 의사들이 체계적으로 그리고 효율적으로 환경규제의 형식으로 결집될 것이고 그 환경규제의 집행으로 환경문제를 둘러싼 자원배분의 효율성이 달성될 수 있다는 것을 의미한다.

30) 사회적 선택의 대상이 되는 이슈에 대해 그 공동체 구성원들이 각자 가지고 있는 선호들로부터 사회적 선호를 도출해내는 함수를 사회선호함수라고 부른다. 1950년대 이후 사회과학분야에서 이러한 사회선호함수를 찾으려는 학술적 노력이 본격적으로 이루어졌는데 그에 관한 대표적인 연구로는 Kenneth J. Arrow, *Social Choice and Individual Values* (1951), James M. Buchanan & Gordon Tullock, *The Calculus of Consent* (1962) 등의 문헌 참조.

31) 이 문제에 관해 Kenneth Arrow는 수학적으로 사회선호함수가 사회선호함수로서 기능하기 위해 최소한으로 요구된다고 볼 수 있는 몇 가지 조건을 모두 충족하는 사회선호함수는 존재하지 않음을 수학적으로 입증한 바 있다. 이 입증의 내용을 ‘Arrow의 불가능성정리’라고 부른다. Arrow는 위 연구로 1972년 노벨 경제학상을 받은 바 있다. Arrow의 불가능성정리에 관한 자세한 내용 및 그 입증의 과정에 대해서는 Kenneth J. Arrow, *Social Choice and Individual Values* (1951), 허성욱, *공법이론과 공공정책 - 공법이론 연구방법론으로서 공공선택이론 -*, 법경제학연구 제6권 제2호, 한국법경제학회 (2009년 12월) 참조.

Ⅵ. 환경법에서의 공법과 사법 - 공법상 환경기준의 사법상 효력에 관하여

1. 지금까지 환경법에서의 공법과 사법의 문제를 외부효과의 내부화를 통한 자원배분의 효율성 달성이라는 측면에서 간략하게 살펴보았다.

지금까지 논의를 접한 후에 자연스럽게 이어지는 질문 중 하나는 환경법에 있어서 사법의 과정을 거쳐서 달성되는 목표로서 자원배분의 효율성과 공법의 과정을 거쳐서 달성하게 되는 목표로서 자원배분의 효율성의 상호관계일 것이다.

공법상 환경기준의 사법상 효력의 문제는 결국 이 질문에 대한 답을 찾는 과정을 통해 해결될 수 있을 것이다.

2. 이 문제를 이룬바 공사법 이원론의 관점에서 공법적으로 만들어진 환경기준은 사법으로서 불법행위의 위법성판단의 기준과 무관한 것이라고 생각할 여지가 있다. 그러나 공법관계와 사법관계의 구별은 처음부터 이론적으로 분명히 구분되어서 이루어졌다기보다는 유럽 각 국가의 특별한 역사적 상황에서 경험적으로 이루어진 것이어서 공사법 준별론이 환경기준의 사법상 효력을 부정하는 주된 논거가 될 수는 없다.

공법과 사법의 구별이 최초로 이루어진 프랑스의 경우는 프랑스혁명 이후 보수적인 사법부로부터 행정사건을 분리해서 별도로 처리하기 위하여 콩세유데타(Conseil d'Etat)가 설치되었고 이것이 행정재판소의 지위를 얻게 됨에 따라 일반적인 사법재판소와 행정재판소의 관할을 분리해서 결정하기 위해 공법관계와 사법관계의 구별이 이루어지게 되었다.³²⁾

이론상 양자를 구별하는 기준에 관한 학설로는 ① 국가나 지방자치단체 등의 행정주체가 관련되는 법률관계는 공법관계, 사인간의 법률관계는 사법관계로 보아야 한다는 주체설, ② 국가나 지방자치단체 등 행정주체에게만 귀속될 수 있는 법률관계가 공법관계, 사인에게도 귀속될 수 있는 법률관계는 사법관계라는 신주체설, ③ 지배복종관계 또는 공권력관계에 해당하는 법률관계는 공법관계이고 그렇지 않은 평등관계 또는 대등관계에서의 법률관계는 사법관계라고 보는 권력설, ④ 공익에 관한 것은

³²⁾ 김유환, 현대 행정법강의, 법문사 (2016), 11면.

공법관계, 사익에 관한 것을 사법관계라고 설명하는 이익설 등이 있다.³³⁾

그러나 공법관계와 사법관계의 개념적 구별이 처음부터 이론적으로 이루어졌던 것이 아니므로 위 학설 중 어느 하나의 학설로 모든 공사법관계를 설명하는 것은 가능하지 않다.

특히, 앞에서 본 바와 같이 환경문제의 본질을 외부효과의 내부화로 이해하는 경우에는 바람직한 내부화의 방안에 관한 관점의 차이로서 환경기준의 설정과 같은 공법적 혹은 규제적 방법이 더 유효하다고 볼 것인가 아니면 코우즈 정리와 같이 시장시스템을 이용한 사법적 방법이 더 유효하다고 볼 것인가에 관한 의견의 차이가 존재하는 것일 뿐 이를 앞에서 살펴본 공사법 이원론에 관한 이론적 논의로 설명하는 것은 유효해보이지 않는다.

3. 환경법에서 공법적으로 지향하는 목표로서 자원배분의 효율성과 사법적으로 지향하는 목표로서 자원배분의 효율성은 서로 본질적으로 다른 것인가?

만약 환경법을 대하는 철학적 관점에 관하여 환경정의적 관점 혹은 환경윤리적 관점을 선택하는 경우에는 공법적으로 지향하는 환경정의 혹은 환경윤리와 사법적으로 지향하는 환경정의 혹은 환경윤리가 서로 다를 수 있다는 점을 보다 쉽게 정당화할 수 있을지 모른다. 그러나 앞에서 본 바와 같이 법규적 효력을 갖는 환경법을 연구하고 분석하는 관점으로는 공리주의적 관점이 더 타당한 것으로 보이고, 설사, 환경정의적 관점 혹은 환경윤리적 관점을 취한다고 하더라도 공법과 사법의 영역에서 규범력을 가지는 환경정의 혹은 환경윤리의 내용이 서로 다를 수 있음을 논증하는 것은 생각처럼 쉽지는 않다.

공리주의적 관점을 취하는 경우에는 사법적으로나 공법적으로나 환경법이 지향하는 정책목표는 자원배분의 효율성이라고 볼 수 있다. 경우에 따라서 공법의 영역에서 지향하는 자원배분의 효율성은 단순히 사익만이 아닌 이른바 ‘공익’을 함께 고려하는 것이므로 사법의 영역에서 다루어지는 자원배분의 효율성과 서로 다른 것이라고 생각을 해볼 수 있다. 그러나 앞에서 본 바와 같이 공법의 과정을 분석하는 이론으로서 공익이론의 입장을 택한다고 하더라도 그 공익의 검증할 수 있는 구체적인 내용은

33) 김유환, 전계서, 11-12면.

결국 시장실패로 인해 발생하는 비효율성의 극복이므로 이는 결국 시장의 기능과 관련하여 이해되는 사법의 영역에서 자원배분의 효율성과 범주적으로(categorically) 다른 것일 수는 없다. 공공선택이론이나 경제적 규제이론에 따르는 경우에는 앞에서 본 바와 같이 공익은 정치과정에서 각 참여자들의 합리적 선택의 결과 사후적으로 규정되는 것이므로 정치참여자들의 선택에 대한 가정이 시장참여자들의 선택에 대한 가정과 다르지 않은 이상 공법의 영역과 사법의 영역에서 그 선택의 결과가 서로 범주적으로 다르다고 볼 수는 없을 것이다.

한 가지 주의하여야 할 점은 법률적 이익형량의 과정에서 공익이란 개념이 사용되는 많은 맥락들 중에서 가장 큰 비중을 차지하는 것이 ‘분산된 다수의 이익’의 경우인데 이 분산된 다수의 이익은 결국 분산된 다수의 사익이 결합된 것이므로 그것 자체만으로는 사법의 영역에서의 자원배분의 효율성과 범주적으로 다른 것이라고 보기 어렵다는 점이다.

이상의 논증에 따르는 경우에는 사법의 영역과 공법의 영역에서 각각의 정책목표로서 추구되는 자원배분의 효율성은 동일한 것이라고 보는 것이 자연스럽다. 동일한 정책목표인 외부효과와 내부화로서 자원배분의 효율성을 적극적인 정부의 개입을 통한 방식으로 달성할 것인지 아니면 보다 시장기능에 의존해서 달성할 것인지에 관한 방법론상의 차이가 있는 것으로 이해하는 것이 더 타당하다고 본다.

물론 사법의 영역에서는 공리주의적 관점이 유효하고 공법의 영역에서는 환경윤리적 관점 혹은 환경정의적 관점이 유효하다고 생각하는 경우에는 양 영역에서 추구되는 가치가 서로 다른 것이라는 결론에 이를 수 있겠지만 규범으로서 환경법을 통일적으로 이해할 필요가 있다는 점에서 타당하지 않다고 본다.

4. 환경법에서 공법적으로 지향하는 목표로서 자원배분의 효율성과 사법적으로 지향하는 목표로서 자원배분의 효율성이 서로 본질적으로 다르지 않다면 어떤 조건과 상황 하에서 양자의 괴리가 발생할 수 있는 것인가?

앞에서 본 바와 같이 사법으로서 불법행위법리를 통해 달성하려는 자원배분의 효율성은 거래비용으로 인해 당사자들 사이의 자발적인 거래와 협상을 통한 문제해결이 어려운 상황에서 법원의 개입을 통해 거래비용이 충분히 낮았다면 시장에서 자발적으로 달성될 수 있었던 자원배분의 상태가 어떤 것이었는지를 절차적으로 추단하고

이를 실현하는 것으로 이해할 수 있다.

반면에 규제입법과 규제행정의 과정을 통해 공법적으로 추구되는 자원배분의 효율성은 보다 적극적인 정부의 개입을 통한 자원배분의 상태이다.

양자의 괴리가 새길 수 있는 몇 가지 가능성을 생각해보면 다음과 같다.

먼저 공법이론에 관하여 공익이론의 입장에 따르는 경우부터 생각해보자.

규범적 당위론으로서 공익이론의 기대와 달리 규제입법 및 규제행정을 담당하는 정치주체들이 여하한 사유로 인해 기대되었던 그 공익의 내용과는 다른 내용으로 정치적 결정을 하는 경우이다. 이 경우는 다시 그 정치주체들이 문제되는 사안에서 필요한 공익의 내용이 무엇인지를 정확하게 아는데 필요한 정보 혹은 개인적 능력이 부족한 경우와 정보와 능력은 충분하더라도 그 정치주체가 공익이론에서 기대한 것과 달리 사익추구의 유인체계를 가지고 정치적 결정을 내리는 경우로 나누어볼 수 있다.

전자의 경우에는 해당 안건을 담당하는 정치주체로서 입법자 혹은 행정청으로 하여금 보다 더 충분한 정보와 능력을 갖추도록 하는 것으로 문제해결을 위한 제도적 노력을 해볼 수 있을 것이다. 그러나 후자의 경우에는 공익이론이 바탕을 두고 있는 전제 자체가 잘못된 것이므로 공익이론 자체에 대한 비판적인 수정이 가해져야 할 것이다.

다음으로 공공선택이론 혹은 경제적 규제이론의 관점에서 있는 경우를 생각해 보기로 한다.

이 경우 정치적 사안에 대한 개인적 선호를 사회적으로 결집해내는 정치의 과정이 모든 면에서 효율적으로 작동하고 있다면 공법 영역에서의 효율성과 사법 영역에서의 효율성이 본질적으로 달라질 이유는 없다. 시장에서 발생하고 있는 외부효과의 내부화에 대한 필요들이 표현의 자유의 보장을 통해 정합적으로 정치과정에서 정치참여자들의 정치적 요구로 반영될 것이고 그 정치적 요구들이 주인-대리인의 문제없이 완전하게 선거와 투표, 다수결원리, 입법절차, 위임입법의 과정을 거치면서 정치적 합의의 결과로서 규제로 만들어질 것이기 때문이다.

그럼에도 불구하고 공법 영역에서 자원배분의 효율성과 사법 영역에서 자원배분의 효율성 사이에 괴리가 발생한다면 다음과 같은 이유에서이다.

첫째, 우리가 가지고 있는 제도로서 정치과정에 흠결이 있어서 개인으로서 정치참여자들의 선호가 정합적으로 결집되지 못하고 있는 상황이다. 이 경우 문제해결의

노력은 실패하고 있는 정치과정의 결함을 고치고 보완하려는 방식으로 이루어지게 된다. 선거제도를 개선하려는 노력, 단순다수결 원리를 보완하려는 노력, 위임입법의 원리가 보다 잘 지켜지도록 하는 노력 등이 그 예이다. 이 문제는 결국 앞에서 본 더 완전한 사회선호함수를 찾는 노력의 문제에 해당하게 되는데, 한 가지 당황스러운 것은 애로우의 불가능성정리이다. 결국 그 노력은 불가능성정리에서 요구되는 다섯 가지 조건들³⁴⁾ 중에서 하나 또는 그 이상을 희생하고서 생각할 수 있는 가장 최선의 사회선호함수로서 정치과정을 만들어가는 노력일 수밖에 없다.

두 번째는 이익집단의 문제이다. 경제적 규제이론에 따르는 경우 규제는 우리 사회에 존재하는 여러 이익집단들이 각자 자신들의 이익을 최대화하기 위한 정치적 노력들의 경쟁적 균형의 결과라고 본다. 실증적 연구³⁵⁾에 따르면 이러한 경쟁적 균형의 결과는 많은 경우에 있어서 소수의 집중된 이익을 공유하는 이익집단들의 이익은 체계적으로 과다보호되는 경향이 있고 다수의 분산된 이익을 공유하는 이익집단들의 이익은 체계적으로 과소보호되는 경향이 있다는 것이다. 이러한 이익집단활동으로 인해 공법적 자원배분의 효율성과 사법적 자원배분의 효율성 사이의 괴리가 발생할 수 있다.

세 번째는 정치과정에서 정치참여자들의 합리적 선택과정에서 존재할 수 있는 편향(bias)의 문제이다. 종래 전통적인 공공선택이론 혹은 경제적 규제이론에서는 정치참여자들의 정치과정에서의 합리적 선택은 경제주체들의 시장에서의 합리적 선택과 그 극대화의 대상에만 차이가 있을 뿐 합리적 선택 자체의 메커니즘은 차이가 없는 것으로 이해하고 있었다. 그러나 최근의 행동경제학, 인지심리학 등 실증적 연구결과에 따르면 현실의 세계에서 실제로 선택에 임하는 인간은 여러 가지 형태의 편향³⁶⁾의 영향을 받는다는 것이고 그 편향의 조건 하에서 실제로 이루어지는 선택의 결과는 근대경제학에서 확립된 합리적 선택의 결과와 차이가 있을 수 있다는 것이다.³⁷⁾

³⁴⁾ 다섯 가지 조건은 파레토 요건, 비독재성, 완전성, 합리성, 독립성의 요건이다. 애로우는 파레토 요건, 완전성, 합리성, 독립성의 요건을 충족하는 모든 사회선호함수는 비독재성 요건을 충족할 수 없다는 방법으로 불가능성정리를 수학적으로 입증하였다. 그에 관한 자세한 내용에 대해서는 허성욱, 공법이론과 공공정책, 151면 이하 참조.

³⁵⁾ Mancur Olson, *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups* (reprint 1971), 1965, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

³⁶⁾ 이러한 편향에는 availability heuristic, social cascading, group polarization, framing effect, hindsight bias 등이 있다.

이러한 편향이 정치적 의사결정과정에 영향을 미치는 경우에는 공법 영역에서의 자원배분의 효율성과 사법 영역에서의 자원배분의 효율성 사이의 괴리가 발생할 수 있다.

5. 다시 공법상 환경기준의 사법상 효력에 관하여 생각해보기로 한다.

공리주의적 관점에서 이해한 환경법에 있어서 공법상 환경기준의 본질은 입법의 과정과 행정의 과정을 거쳐서 최종적으로 만들어진 환경규제로서 외부효과의 내부화를 통해 자원배분의 효율성을 달성하기 위한 정책수단이다.

공법상 환경기준은 외부효과의 내부화 방안으로서 피구류의 아이디어에 바탕을 두고 있는 것이고 그 내용은 결국 환경자원의 배분에 관한 공법적 목표로서 자원배분의 효율성이 달성될 수 있도록 개인들의 유인구조를 만들어주는 것이어야 한다.

앞에서 살펴본 바와 같이 우리 대법원은 공법상 환경기준을 사법상 위법성 판단의 기준으로서 수인한도 초과여부를 판단하기 위한 주요한 고려 요소 중의 하나로 보고 있다. 현재 우리 판례의 태도에 따르면 많은 사건들에 있어서는 공법상 환경기준 준수여부에 의해 실질적으로 사법상의 수인한도초과여부 및 위법성 판단이 이루어지고 있다. 그렇지만 그렇다고 해서 법원은 공식적으로는 사법상 위법성 판단이 공법상 환경기준에 의해 전적으로 이루어지는 것까지는 받아들이지 않고 있고 공법상 환경기준을 준수하였다고 해서 언제나 사법상 책임이 면책된다고 보지도 않고 있다.

이러한 배경에는 공법상 자원배분의 효율성과 사법상 자원배분의 효율성의 상호관계에 관한 앞에서의 논의들 그리고 환경법을 보는 각각의 철학적 관점들과 공법이론을 보는 각각의 이론들의 배경 하에서 공법상 자원배분의 효율성과 사법상 자원배분의 효율성이 서로 일치하거나 혹은 서로 차이가 있을 수 있는 여러 가지 가능성에 대한 고려가 반영되어 있는 것으로 이해할 수 있을 것이다.

37) 이 주제에 관해서는 Heo, Seongwook, *Rational choice in modern administrative law: with the behavioral economics approach to the two major cases in Korea*, Journal of Korean Law Vol. 12, SNU Law Research Institute (June 2013) 참조.

VII. 결론

이상으로 공법상 환경기준의 사법상 효력이라는 구체적인 쟁점을 중심으로 환경법에서의 공법과 사법의 의미와 상호관계에 관한 실험적인 분석을 시도해 보았다.

결론적으로 정리하자면, 공법상 환경기준이 사법상 어떤 효력을 가질 수 있는가의 문제는 환경법이 공법과 사법의 영역에서 추구하는 본질적인 목표로서 자원배분의 효율성이 어떤 의미를 가지는지, 공익이론, 공공선택이론, 경제적 규제이론 등과 같이 공법의 배경이 되는 정치과정을 이해하는 각각의 공법이론의 내용에 따라서 정치과정이 어떤 조건과 상황에서는 성공적으로 작동하고 어떤 조건과 상황에서는 실패할 수 있는지 등의 문제와 복합적으로 관련된 문제라고 할 수 있겠다.

이 글에서는 종래 법학의 영역에서 공사법이원론 등과 같은 도그마틱을 통해 형식적으로 이루어지고 있던 환경법에서의 공법과 사법의 상호관계에 관한 다분히 실험적인 논의를 시도해 보았다. 여러 가지 부족한 부분이 있을 것이고 전통적인 법학 방법론의 관점에서는 어색하고 낯선 부분도 있을 것이지만 지금이 우리나라에서도 자족적 학문으로서 법학의 한계에 대한 문제의식의 공유가 이루어지고 있는 시점이라는 점을 감안하면 충분히 의미 있는 시도라고 볼 수 있을 것이다. 이 연구가 공법과 사법의 영역에서 보다 건설적이고 체계적인 법학방법론의 발전에 기여할 수 있기를 바라면서 이만 글을 마치기로 한다.

논문투고일 : 2017. 3. 10. 심사일 : 2017. 4. 13. 게재확정일 : 2017. 4. 17.

참고문헌

1. 국내문헌

- 김유환, 현대 행정법강의, 법문사 (2016)
- 김재형, 법규 위반과 불법행위책임 - 카지노 배팅한도 및 출입제한 규정 위반을 중심으로 -, 판례실무연구 제11권(상), 대법원 비교실무연구회 (2014)
- 김재형, 소유권과 환경보호, 민법론 I, 박영사 (2004)
- 김관기, 일조권의 침해와 수인한도 - 공·사법간 조화를 위한 범정책적 고찰을 중심으로 -, 법과 정책연구, 한국법정책학회 (2013년 12월)
- 김현준, 환경상 이익침해에 대한 민·행정법상 유지청구권 - 유지청구와 관련한 공·사법상 청구권의 교차분석 -, 환경법연구 제37권 제2호, 한국환경법학회 (2015년 6월)
- 김홍균, 환경법 제3판, 박영사 (2014)
- 배병호, 공법상 환경기준의 배상법적 의의, 환경법연구 제34권 제1호, 한국환경법학회 (2012년 3월)
- 이유봉, 환경법의 진화과정 속에 나타난 공법과 사법간의 갈등구조, 환경법연구 제32권 제2호, 한국환경법학회 (2010년 6월)
- 이흥배, 공법상의 소음기준과 환경소음의 위법성, 대한환경공학회지 제29권 제2집, 대한환경공학회 (2007년 2월)
- 전경운, 환경책임법상 공법 및 환경기준의 법적 의미 - 독일에서의 논의를 중심으로 -, 환경법연구 제29권 제3호, 한국환경법학회 (2007년 9월)
- 조재현, 도로소음으로 인한 생활방해의 방지청구 - 수인한도와 이익형량을 중심으로 -, 민사판례연구회 2016년 2월 월례발표회 발표문, 필자소장
- 조홍식, 유지청구 허용여부에 관한 소고, 민사판례연구 XXII, 민사판례연구회 (2000)
- 진상욱, 일조보호를 위한 공법과 사법의 조화, 토지법학 제27권 제2호, 한국토지법학회 (2011년 12월)
- 허성욱, 경제규제행정법이론과 경제적 효율성, 서울대학교 법학 제49권 제4호, 서울대학교 법학연구소 (2008년 12월)
- 허성욱, 공공선택이론과 사법심사에 관한 연구 - 사법심사의 준거기준으로서 공공선

- 택이론의 함의에 관하여 -, 서울대학교 법학박사학위논문 (2008)
- 허성욱, 공법이론과 공공정책 - 공법이론 연구방법론으로서 공공선택이론 -, 법경제학 연구 제6권 제2호, 한국법경제학회 (2009년 12월)
- 허성욱, 권리남용금지법리에 관한 법경제학적 고찰 (상, 하), 법조 통권 591호, 592호 (2005년 12월, 2006년 1월)
- 허성욱, 규제행정의 규범적·실증적 목적으로서 경제적 효율성과 정치적 효율성 - SSM 규제에 대한 효율성 분석을 중심으로 -, 법경제학연구 제12권 제1호, 한국법경제학회 (2015년 4월)
- 허성욱, 기후변화시대의 불법행위법 - 기후변화대응 정책수단으로서 불법행위소송의 장·단점 및 발전방향에 관한 소고 -, 사법 제21호, 대법원 (2012년 9월)
- 허성욱, 지속가능한 발전의 원칙에 대한 법경제학적 고찰 - 효율성과 형평성을 함께 고려하는 환경법의 일반원리로서의 가능성에 대하여 -, 환경법연구 제27권 4호, 한국환경법학회 (2005년 12월)
- 현준원, 환경질기준의 법적 성격과 초과된 법적 효과에 관한 소고 - 독일의 대기환경질 기준과 관련판례를 중심으로 -, 공법연구 제38집 제4호, 한국공법학회 (2010년 5월)
- 홍준형, 환경정책의 실행수단으로서 환경기준 상, 하, 사법행정 제34권 제5호, 6호, 한국사법행정학회 (1993년 5월, 6월)

2. 국외문헌

- Christopher H. Schroeder, Corrective Justice and Liability for Increasing Risks, 37 UCLA L. Rev. 439,443-51 (1990)
- Daniel A. Farber, Tort Law in the Era of Climate Change, Katrina, and 9/11: Exploring Liability for Extraordinary Risks, 43 Val. U. L. Rev. 1075(2008-2009)
- Douglas A. Kysar, What Climate Change Can Do About Tort Law , 41. Env'tl. L. 1 (2011)
- Gary S. Becker, "A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence," Quarterly Journal of Economics 98 (August 1983)

- Gary T. Schwartz, *Mixed Theories of Tort Law: Affirming Both Deterrence and Corrective Justice*, 75 *Tex. L. Rev.* 1801 (1997)
- George Stigler, "Theory of Economic Regulation," *The Bell Journal of Economics and Management Science* 2, no. 1(Spring 1971)
- George P. Fletcher, *Fairness and Utility in Tort Law*, 85 *Harv. L. Rev.* 537 (1972)
- Heo, Seongwook, The concept of 'public interest' demonstrated in Korean court precedents, *Journal of Korean Law Vol. 6, No. 1, SNU Law Research Institute* (2006)
- Heo, Seongwook, Rational choice in modern administrative law: with the behavioral economics approach to the two major cases in Korea, *Journal of Korean Law Vol. 12, SNU Law Research Institute* (June 2013)
- James M. Buchanan & Gordon Tullock, *The Calculus of Consent* (1962)
- Kenneth J. Arrow, *Social Choice and Individual Values* (1951)
- Mancur Olson, *The Logic of Collective Action* (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1965)
- Richard A. Posner, The Concept of Corrective Justice in Recent Theories of Tort Law, 10 *J. Legal Stud.* 187 (1981)
- Robert Cooter & Thomas Ulen, *Law and Economics* fifth edition, Pearson (2008)
- Ronald H. Coase, "The Problem of Social Cost," 3 *The Journal of Law and Economics* (1960)
- Sam Pelzman, "Toward a More General Theory of Regulation," *Journal of Law and Economics* 19 (August 1976)
- W. Kip Viscusi, Joseph E. Harrington, Jr., John M. Vernon, *Economics of Regulation and Antitrust*, the MIT Press(4th ed.)

[Abstract]**Public Law and Private Law in Environmental Law**

- Focused on the Issue of Private Effectiveness of Public Standards -

Heo, Seongwook

(Professor of Law Seoul National University Law School)

In Korean jurisprudence, public law and private law have been traditionally treated as different from each other.

However, as legal issues get more and more complicated and connected with each other in modern society, the relationship between public law and private law needs to be studied from different perspectives. Environmental law is one of the major fields in which this kind of new approach is required.

In this paper, firstly, I reviewed the ongoing discussions on the issue of private effectiveness of public standards in court cases. After that, I tried to restructure the basic function of environmental law as the accomplishment of efficiency in resource allocation by internalizing externality.

The role of private law in tort is attaining the maximum efficiency in resource allocation by optimizing individuals' choices by affecting their incentive mechanism. In this understanding, the role of illegality criterion in tort law is calibration of people's behavior in probabilistic accident situations.

On the other hand, the role of public law or government regulation is to achieve the maximum efficiency in resource allocation by making out the optimum public standards through the political and administrative process. If we can assume that the political and administrative process is perfectly working in collecting the individuals' preferences into social preference, then the public standards as the outcome of such social preference function will be optimizing individuals' choices into efficient allocation of resources.

According to the different understandings of political procedures like public interest theory and public choice theory, the public standards as the outcome of political procedures will be explained differently. Furthermore, according to the factors of success and failure of the political procedures, the reason why the

public standards and the private illegality criterion can go together in some situations and can go differently in other situations.

주 제 어 환경기준, 자원배분의 효율성, 불법행위법, 행정규제, 공법과 사법
Key Words environmental standard, resource allocation, tort law, government regulation, public law and private law