

비대칭정보 상황에서 'Posner 불법방해원리'의 효율성 검증에 관한 연구

김일중 · 김재홍

본 논문에서는 심각한 정보비대칭 상황에서도 Posner 불법방해원리가 효율성을 잃지 않는다는 사실을 증명한다. 이 불법방해원리에서는 원고와 피고 모두 문제가 된 재산권의 가치 및 방해의 제거비용을 법원에 보고한다. 그리고 법원은 전적으로 이 보고에 의존하여 적절한 구제방식을 선택하게 된다. 본 논문에서는 간혹 원고측에서의 과다보고 유인이 존재함에도 불구하고, 이렇게 원피고의 보고에만 의존한 법원의 선고방식이 효율적임을 보인다. 나아가 본 논문은 법원이 Posner 불법방해가 갖는 효율성을 이미 인지하였으며 원고의 과다보고 문제에도 적절히 대처해 왔음을 실증적으로 검증한다.

I. 서 론

그간 법경제학계에서는 불법방해분쟁의¹⁾ 구제방식을 정하는데 가장 중요한

숭실대학교 경제국제통상학부, 서울특별시 동작구 상도동 1-1, 156-743.

한동대학교 경영경제학부, 경상북도 포항시 북구 흥해읍 남송리 3번지, 792-708.

- 1) Landes and Posner [18]는 역사적으로 민사상 불법행위(tort)가 일어나는 매우 광범위한 행위들의 집합으로 정의되어 왔다고 주장한다. 그런데 현대 법경제학에서는 흔히 불법행위를 침해(trespass), 불법방해(nuisance), 그리고 사고(accident)로 구분한다. 본 논문의 분석대상인 불법방해는 주로 토지의 사용(use)상 갈등이라는 점에서 소유(claims)상 갈등인 침해와 구분되거나(Posner [22] p. 55), 또는 Coase의 전통을 이어받아 피해의 인과관계에서 상호관계(reciprocal nature of causation)가 어느 정도 존재하는 행위로서 정의되기도 한다(Epstein

요소로서 소송당사자들의 거래비용과 법원의 정보불확실성을 강조해 왔다. 특히 후자에 대해서 기존이론은 정보불완전성의 강도와 분포에 따라 최적 구제방식(손해배상 대 유지명령)이 결정된다고 주장한다.²⁾

Posner [22]의 불법방해원리(nuisance rule)³⁾는 소송당사자들의 거래비용이 높으나 법원의 정보불완전성은 무시할 수 있을 때 최적구제방식으로 알려져 있다. 그러나 이 불법방해원리를 제대로 집행하려면 법원은 총 네 가지 정보를 정확히 소유해야 함에도 불구하고(원고의 피해수준, 피고의 이윤수준, 원고의 방해 제거비용, 피고의 방해제거비용),⁴⁾ 현실적으로 법원이 이런 정보를 소유하기란 쉽지 않다. 왜냐하면 그러한 정보의 수집비용이 높을 뿐만 아니라, 당사자들의 정보은폐 인센티브가 크기 때문이다.⁵⁾

정보가 비대칭적일 때 Posner 불법방해원리의 효율성은 담보할 수 없다. 그렇다면 법원은 어떤 식으로 이 원리를 사용할 것인가? 우선 법원은 사적 정보의 현시를 유도하고자 인센티브기제(incentive mechanism)를 고안할 수 있을 것이다. 현시법칙(revelation principle)에 근거한 인센티브기제의 고안에 관한 이론에서는 그 동안 대리인으로 하여금 주인에게 자신의 사적 정보를 현시하도록 유도하는 방법을 연구해 왔다.⁶⁾ 하지만 이러한 최적 인센티브기제도 제일최적성과(first best outcome)를 달성하지 못할 수 있다. 그 주요 원인은 다수의 내쉬균

[12] p. 79). 나아가 불법방해의 피해는 지속적이므로(continuous) 해당 갈등에 관하여 사전적 협상(ex-ante negotiations)이 가능하다는 점에서 사고와 구분되고 있다(Landes and Posner [18] p. 42).

2) 일반적으로 Calabresi and Melamed [5], Rabin [23], Polinsky [21], Shavell [25], Craswell [8], Krier and Schwab [15], Kaplow and Shavell [14] 등을 참조할 수 있다. 예컨대, 거래비용이 높다는 가정하에 정보불완전성이 존재하면 책임원리(liability rule)가 재산원리(property rule)보다 우월하다고 Kaplow and Shavell [14], pp. 724~732은 주장한다. Calabresi and Melamed [5], pp. 1119~1121 역시 다른 조건이 일정할 때 법원의 측정불확실성(measurement uncertainty)은 책임원리를 더욱 우월하게 만든다고 역설한 바 있다.

3) Posner [22] pp. 55~81.

4) 사실 Ellickson [11] pp. 132~136이 명명한 효율적 '구제규칙'(remedial rules)들은 대체로 법원이 완전정보를 가져야 한다는 전제를 깔고 있다.

5) Cooter [7] p. 25.

6) 현시법칙에 대해서 Myerson [20]을 참조할 수 있다. 한편 불완전정보하의 인센티브기제에 관해서는 Arrow [2], Baron and Myerson [3], d'Aspremont and Gerard-Varet [9]와 Laffont and Tirole [16] [17] 등을 참조할 수 있다.

형이 존재하든지, 또는 비대칭정보하에서 인센티브제공과 지대추출(rent extraction) 간에 발생하는 상충관계(trade-off) 때문이다.

본 논문에서 필자들은 Posner 불법방해원리는 그 자체로서 최적 인센티브기제라는 가설을 주장한다. 나아가 이 원리는 다수의 내쉬균형 문제를 해결할 뿐만 아니라 비대칭정보에 의한 비효율성 문제를 극복할 수 있다는 점을 보인다. 요컨대 Posner 원리는 고유한 우월전략균형(dominant strategy equilibrium)을 제공하며, 비대칭정보하에서도 제일최적성과를 창출한다. 그러한 우월전략균형은 원고와 피고에게 자신의 사적 정보를 직접 법원에 보고시키는 매우 단순한 현시기제를 통해 가능하다. 이렇게 된다면 Posner 불법방해원리는 비대칭정보하에서 절차적으로는(procedurally) 물론 실체적으로도(substantively) 효율적인 제도가 될 것이다.

기존 문헌에서는 비대칭정보하에서 특정 단일 최적구제방식을 선택하는 결과를 제시한 반면, 본 논문에서는 후술되는 네 가지 구제방식을 원칙상 모두 활용할 수 있다는 사실이 부각될 것이다. 이는 기존문헌에서는 정보비대칭성의 분포등에 따라 특정 구제방식이 최적으로 결정되었으나, 본 논문에서는 구제방식 자체의 소요비용에 따라 결정되기 때문이다.

제II절에서는 Posner 불법방해원리를 재구성하여 완전정보하에서 효율적임을 보일 것이다. 제III절에서는 Posner 원리가 비대칭정보하에서 효율적임을 증명한다. 먼저 소송당사자가 사실보고 인센티브(truth-telling incentive)를 갖는다는 명제를 보인다. 그리고 원고의 과다보고 인센티브가 간혹 존재할 수 있지만, 이 효율성을 저해할 정도는 아니라는 점을 증명한다. 마지막으로 제IV절에서는 포즈너 불법방해원리가 갖는 이 효율성 특성을 인지하였고, 동시에 원고의 과다보고 인센티브에 대해서도 적절히 대처해 왔다는 가설을 제시한다.

II. 완전정보하 Posner 불법방해원리의 효율성

1. Posner 원리의 확장⁷⁾

불법방해소송에서 법원은 우선 비합리적인 피해(unreasonable harm)가 발생했는지 여부와 소송당사자간 거래비용을 검토한다. 그러한 피해가 발생했고 거래비용이 작다면, 유지명령(injunction)이 원고에 대한 적절한 구제방식이다.⁸⁾

Posner 불법방해원리는 소송당사자간 거래비용이 높을 때 사용되는 의사결정 방식을 일컫는다. 효율적 구제방식을 선고하기 위해 법원은 다음의 두 가지를 비교한다. (i) $Min(V, A_d)$ vs. (ii) $Min(H, A_p)$. A_d 는 피고(공해공장의 주인)의 방해제거비용, A_p 는 원고(공해피해를 받는 지역주민)의 방해제거비용, H 는 원고의 피해규모, V 는 이 방해로써 피고가 향유하는 이윤규모이다.

이하에서의 혼동을 피하기 위해, 본 논문에서는 이 소송의 승자는 원고이며, 어떤 이유로 인하여 당사자간 협상(bargaining)이 불가능하다고 가정한다.⁹⁾ 이 상황에서 법원은 원고에게 충분한 손해배상을 하든지, 공장조업을 중지시키든지, 아니면 피고나 원고로 하여금 방해를 제거시키도록 명령해야 한다. 물론 공정성(fairness) 확보를 위해 설사 원고가 제거하더라도 그 비용은 피고가 물도록 한다. 따라서 최소비용회피자(least-cost avoider)가 누구이든 관계없이 실제로 그 비용은 늘 피고가 부담한다.

위 Posner 원리에서 A_d 의 최고값은 현실적으로 V 를 초과하지 못한다는 점을 알 수 있다. 특별한 제거방식이 없다면 공장조업을 중단하는 것이 더 효율적이기 때문이다. 아마도 이런 맥락에서 Posner는 원래 위 공식 (i)에서 단일

7) 이 소절은 Landes and Posner [18] pp. 29~53와 Posner [22] pp. 55~81에 근거하였다.

8) Coase [6].

9) 거래비용에는 크게 대외(inter-party)거래비용과 대내(intra-party)거래비용이 존재한다(Calabresi and Melamed [5]). 주로 다수의 원고 및 피고가 존재할 때 이런 거래비용이 발생하지만, 논의의 편의를 위해 이하에서는 단일 원고 또는 피고로 묘사하기도 할 것이다.

변수 A_d 만을 다루었을 것이다. 그러나 본 논문에서는 이 두 변수를 별개로 다루고 있는데, 이는 피고(그룹)내에 대내거래비용이 존재할 때 그 의미가 충분히 크므로¹⁰⁾ 효율적인 방해제거방식이 있는 데도 불구하고 내부에서 합의를 이루지 못해 결국 공장조업을 중단할 수도 있어서 법원이 구체적으로 A_d 를 명령할 수 있기 때문이다.¹¹⁾ 따라서 이하에서 A_d 는 공장조업을 계속하면서 피고가 방해를 제거하는데 소요되는 비용으로 정의된다.

Posner 불법방해원리는 다음과 같다. 법원이 (비용을 들이지 않고) $\text{Min}\{V, A_d\} < \text{Min}\{H, A_p\}$ 와 $\{V < A_d\}$ 를 밝혀 냈다면 피고에 대하여 유지명령을 선택한다. 따라서 피고의 공장은 조업을 중단할 수밖에 없다. 만약 $A_d < V$ 라면 법원이 피고에게 구체적인 제거방식을 명령한다. 다음 법원이 $\text{Min}\{V, A_d\} > \text{Min}\{H, A_p\}$ 임을 밝혀 냈다고 하자. 만약 $H < A_p$ 라면 법원은 H 에 해당하는 손해배상을 피고에게 명한다. 즉, 전통적인 책임원리(liability rule)를 최적구제방식으로 선택한 것이다. 반대로 $A_p < H$ 라면, 법원이 원고에게 구체적인 방해제거방식을 명하되, 그 비용은 피고가 부담하도록 해야 한다.

2. Posner 원리의 효율성

우선 소송당사자 사이에 Epstein [12]¹²⁾이 명명한 (불법방해에 대한) '인과관계의 완전상호성'(perfect causal reciprocity)이 존재한다고 가정하고, Calabresi [4]의 '최저비용회피자'(least-cost avoider) 규칙을 활용해 보자. 또한 소송당사자들은 '(조업)중단'(shutting down) 또는 '(방해)제거'(abating) 중 한 가지를 사용함으로써 방해를 완전히 없앨 수 있다고 가정하자. 이 상황에서 생각할 수 있는 구제방식은 총 네 가지이다(즉, V, A_d, H, A_p). 지면관계상 자세한 서술은 피하겠지만, 다음의 순서로 Posner 원리가 효율적임을 증명할 수 있다.

10) Calabresi and Melamed [5].

11) 영미법에서는 이를 작위유지명령(mandatory injunction)이라 부르며, 피고로 하여금 특정 행위를 중지하도록 명령하는 일반적 유지명령과는 달리 특정 행위를 하라고 명령하는 것이다.

12) Epstein [12] pp. 57~58.

첫째, 어느 누구도 V 나 H 를 향유하지 않던 초기상태에서의 사회순편익을 계산한다. 둘째, '각 당사자에 대해 어떤 방식이 효율적인가'를 사회순편익을 계산하여 결정한다. 이는 피고의(또는 원고의) 경우 $Min\{V, A_d\}$ (또는 $Min\{H, A_p\}$)를 찾는 것과 동일하다. 증명의 마지막 단계에서는 '피고와 원고 중 누가 조치를 취해야 하는가'를 사회순편익을 계산함으로써 결정한다. 그런데 이상의 과정은 결국 $Min\{V, A_d\}$ 와 $Min\{H, A_p\}$ 를 찾는 것과 동일하다. 따라서 Posner 불법방해원리의 효율성이 증명된 셈이다.¹³⁾

Ⅲ. 비대칭정보하 Posner 원리의 효율성

원고와 피고가 자신들의 사적 정보를 직접 법원에 보고하는 직접현시기제를 상상해 보자. 양 당사자들은 법원이 Posner 불법방해원리를 따른다는 사실을 알고 있다. 따라서 피고와 원고가 보고하는 값을 각각 (V', A_d') 와 (H', A_p') 라고 정의하자. 물론 이러한 불완전정보하에서 법원은 Posner 원리를 그대로 적용한다.

법원이 이러한 기제를 사용할 때 발생할 소송당사자들의 행위는 매우 단순한 불완전정보하의 2기 3자 게임(two-stage, three-person game)으로 분석할 수 있다. 제1기에서 피고와 원고의 순서대로 사적 정보(private information)를 법원에 보고한다고 가정하자. 그 보고에 의거하여 제2기에서 법원은 Posner 원리를 따라 최적구제방식을 선택한다.¹⁴⁾

이 게임에서 당사자들의 전략은 사적 정보의 보고이며, Posner 원리는 법원의

13) Posner 불법방해원리의 응용력은 매우 크다. 미국의 불법방해법에서 가장 대표적인 판례로 꼽히는 두 사건(Spur Industries, Inc. v. Del E. Webb Development Co., Supreme Court of Arizona, 494 P.2d 700(Ariz, 1972)과 Boomer v. Atlantic Cement Co., Inc., Court of Appeals of New York, 26 N.Y.2d 219 (1970))을 응용해 보면 판결의 논리와 선고결과가 정확히 이 불법방해원리와 일치함을 알 수 있다.

14) 순차적 보고(sequential reporting) 가정이 본 논문의 주요 결과에 핵심적인 것은 아니다. 설사 원고 또는 피고가 상대방의 보고값을 모른 채 동시에 보고한다고 가정하더라도 후술되는 대로 양자는 모두 사실보고 인센티브를 갖게 될 것이다.

전략이자 동시에 게임의 보수(payoffs)를 결정한다. 불완전정보하에서도 Posner 원리가 법원에게 최적전략인가의 여부를 확인하기 위해 균형분석을 하게 될 것이다. 구체적으로 불완전정보의 베이시안균형(Bayesian equilibrium)이 Posner 원리하에서 우월전략균형(dominant strategy equilibrium)임을 밝히고자 한다.

본절에서는 다음의 순서로 설사 법원이 당사자의 보고에 전적으로 의존하더라도 이상의 직접현시기제를 사용하면 Posner 원리가 효율적임을 증명한다. 첫째, 피고는 법원에 거짓보고를 할 인센티브가 전혀 없다. 둘째, 원고는 특정한 상황에서 과다보고할 인센티브를 갖는다. 셋째, 원고의 과다보고 인센티브는 그 자신의 사익추구에 의해 제약되므로 Posner 원리는 효율적이며, 따라서 법원의 의사결정을 왜곡시키지 못한다.

1. 피고의 인센티브

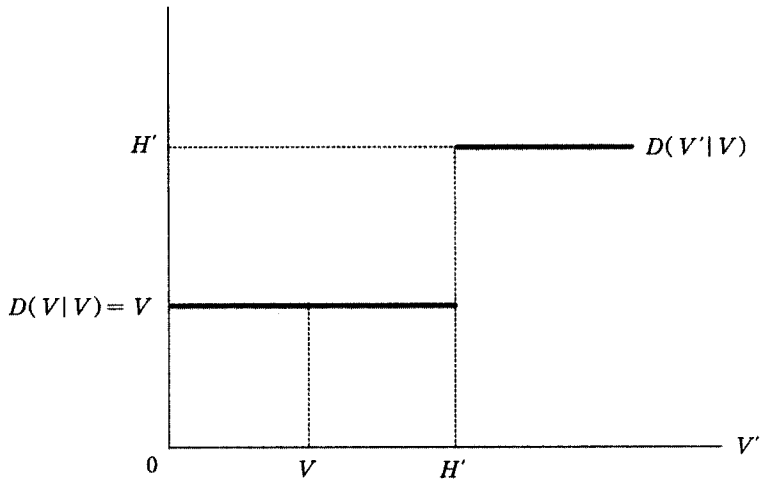
명제 1 사실보고가 피고의 고유한 우월전략이다.

증명: 일반성의 손실 없이 $\text{Min } A_p, H' = H'$ 와 $\text{Min } \{A_d, V\} = V$ 를 가정한다. 이 상황에서 피고의 보수는 H' , V , V' 의 세 값에 달려 있다. 피고의 인센티브에 초점을 맞추기 위해, 사실값(true value)이 V 일 때 V' 를 보고함으로써 받게 되는 피고의 보수를 $D(V|V)$ 라고 정의하자. 이 보수란 사실상 피고에게는 비용이므로 피고는 이를 극소화할 수 있는 V' 를 선택할 것이다. 물론 사실 그대로를 보고할 때의 보수는 $D(V|V)$ 가 될 것이다.

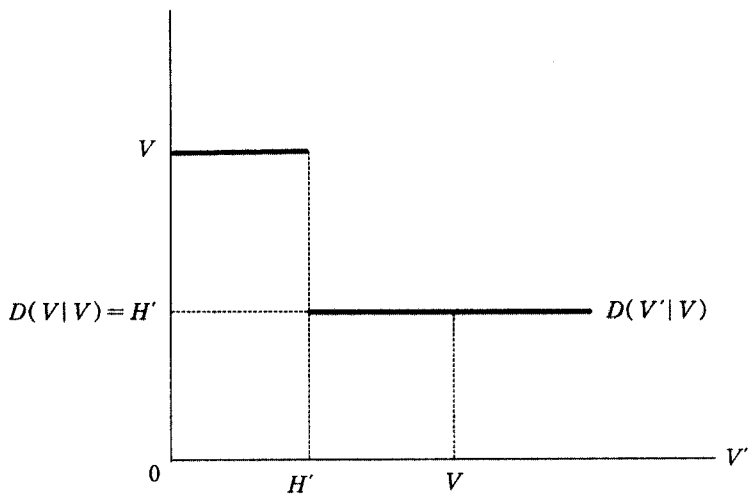
- ① $V < H'$ 일 때¹⁵⁾: 먼저 피고가 V 를 보고하면 V 를 선고할 것이므로 $D(V|V) = V$ 이다. 이제 피고가 거짓보고할 때의 비용을 분석하자. 세 가지 가능성이 존재한다. 첫째, $V' < V < H'$ 이면 법원은 피고에게 유지명령을 선고할 것이다. 그러나 이 경우 피고의 실제비용은 V , 즉 $D(V|V) = V$

15) 일반성의 상실 없이 이하에서는 등호가 성립하는 경우는 분석에서 제외한다.

〈그림 1〉 $V < H'$ 일 때 피고의 인센티브



〈그림 2〉 $V > H'$ 일 때 피고의 인센티브



이다. 만약 $V < V' < H'$ 라면 같은 논리에 의해 $D(V'|V) = V$ 이다. 셋째, 만약 $V < H' < V'$ 이면, $D(V'|V) = H' > V$ 이다. 따라서 피고는 원고에게 H' 를 손해배상해야 한다. <그림 1>로부터 피고는 어떤 거짓된 값을 보고하더라도 자신의 실제비용을 줄일 수 없음을 확인할 수 있다.

② $V > H'$ 일 때 : 먼저 사실보고를 할 때 $D(V|V) = H'$ 이다. 거짓보고로 비용을 줄일 수 있는지 여부를 검토하자. 만약 $V' > V > H'$ 이면 $D(V'|V) = H'$ 이다. 만약 $V > V' > H'$ 이면 역시 $D(V'|V) = H'$ 이다. 마지막으로 $V > H' > V'$ 이면 법원은 피고에게 유지명령(즉, 조업중지)을 선고할 것이므로 $D(V'|V) = V > H'$ 이다. 따라서 거짓보고로부터 피고는 오히려 손해를 본다. <그림 2>로부터 피고는 역시 거짓보고할 인센티브가 없음을 확인할 수 있다.

앞의 ①과 ②로부터 사실보고가 거짓보고보다 피고에게 우월전략임을 알 수 있다.¹⁶⁾ 법원이 Posner 원리를 따를 때, 사실원고의 보고에 관계없이 사실보고를 하는 것이 피고의 부담을 가장 줄이기 때문이다. Q.E.D.

2. 원고의 인센티브

명제 2 만약 $\text{Min}\{A_d, H\} < \text{Min}\{A_d, V\}$ 이라면 원고는 과다보고의 인센티브를 갖는다. 그렇지 않으면 원고는 사실보고를 한다. 나아가 과다보고의 경우, 과다보고된 값은 $\text{Min}\{A_d, V\}$ 를 초과하지 않는다.

증명 : 피고는 늘 사실보고하므로 $(A_d', V') = (A_d, V)$ 이다. 앞의 경우와 같

16) V 의 근처(neighborhood)에 있는 거짓보고 V' 역시 얼핏 보아 약하게(weakly) 우월한 것 같으나, 사실은 사실보고가 고유한 우월전략이다. 이를 보이기 위해 H' 가 확률변수라는 점을 상기하자. 그렇다면 어떤 $|\epsilon| > 0$ 와 어떤 $V' = V + \epsilon$ 에 대해서도, $V < H'$ 일 때 $V' > H'$ 일 확률과 $V > H'$ 일 때 $V' < H'$ 일 확률은 0보다 크다. 따라서 사실보고가 사실이 아닌 V' 를 보고하는 것보다 우월전략이다.

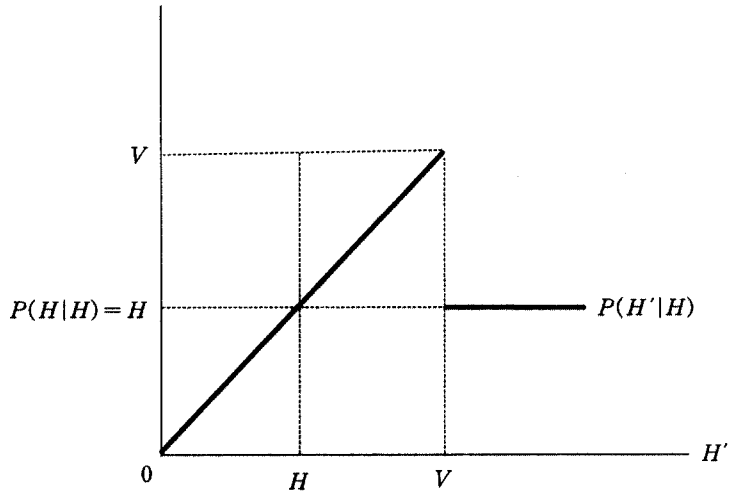
이 $\text{Min}\{A_p, H\} = H$ 및 $\text{Min}\{A_d, V\} = V$ 를 가정하자. $P(H'|H)$ 는 사실이 H 인데 H' 로 보고할 때의 보수를 나타낸다. 물론 피고와는 달리 원고는 $P(H'|H)$ 를 극대화할 수 있도록 최적 H' 를 선택할 것이다.

- ① $H < V$ 일 때: 우선 원고가 사실보고하면 그는 방해로 인한 피해를 참되 피고가 H 만큼 손해배상할 것이므로 $P(H|H) = H$ 이다. 이제 거짓보고할 인센티브가 있는지 검토하자. 첫째, $H' < H < V$ 라면 $P(H'|H) = H' < H$ 이다. 다음으로 $H < H' < V$ 이면 $P(H'|H) = H' > H$ 가 성립한다. 따라서 원고는 과다보고(over-reporting)할 인센티브를 갖는다. 마지막으로 $H < V < H'$ 라면, 피고는 공장조업을 중단해야 하고 원고는 피해로부터 벗어날 수 있으므로 $P(H'|H) = H$ 이다.

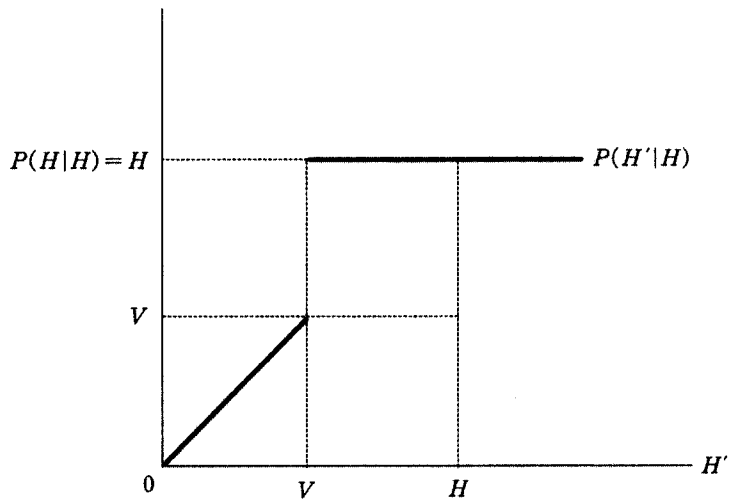
〈그림 3〉에서 보듯 원고는 $H < H' < V$ 일 때 과다보고의 인센티브를 갖는다. 왜냐하면 과다보고하는 것이 사실보고 내지는 다른 어떤 거짓보고전략보다 높은 보수를 담보하기 때문이다. 구체적으로 $P(H'|H)$ 는 이 구간에서 H' 에 단조증가하므로 최적 H' 는 V 가 될 것이다(정확히는 V 보다 약간 작은 값). 그러나 거짓보고의 정도는 원고 스스로의 사익에 의해 제약된다는 사실을 발견할 수 있다. 원고는 결코 V 를 넘도록 과다보고하지 않을 것이다. V 를 넘게 되면 법원은 유지명령을 선고할 것이고 그 때 원고의 보수는 H 로 감소하기 때문이다.

- ② $H > V$ 일 때: 먼저 사실보고할 때의 보수 $P(H|H) = H$ 이다. 왜냐하면, 이 때 법원은 유지명령을 피고에게 선고할 것이므로 원고는 피해로부터 벗어나기 때문이다. 원고가 거짓보고의 인센티브가 있는지 검토하자. 첫째, $H' > H > V$ 이면 $P(H'|H) = H$ 이다. 둘째, $H > H' > V$ 이면 $P(H'|H) = H$ 이다. 셋째, $H > V > H'$ 이면 $P(H'|H) = H' < H$ 이다. 왜냐하면, 이 때 원고는 불법방해의 피해 H 를 감수해야 하지만, 피고는 H' 밖에 손해배상하지 않기 때문이다. 〈그림 4〉에 $H > V$ 일 때의 원고 인센티브가 요약되어 있다.

〈그림 3〉 $H < V$ 일 때 원고의 인센티브



〈그림 4〉 $H > V$ 일 때 원고의 인센티브



결론적으로 ①과 ②에 의하면, $Min\{A_p, H\} < Min\{A_d, V\}$ 인 상황에서 원고는 과다보고의 인센티브가 있으며, 그 밖에는 사실보고한다는 사실을 증명하였다. 하지만 과다보고를 한다고 하더라도 그 보고된 값은 $Min\{A_d, V\}$ 를 초과하지 않는다. Q.E.D.

3. Posner 원리의 효율성

Posner 원리를 따르는 직접현시기제를 사용할 때, 원고는 $Min\{A_p, H\}$ 의 값을 과다보고함으로써 어느 정도의 정보지대(informational rent)를 향유할 수 있다.¹⁷⁾ 계속하여 $Min\{A_d, V\} = V$ 라고 가정하고, $Min\{A_p, H\} = A_p$ 인 경우를 검토하자. 만약 $A_p > V$ 라면 원고는 사실보고한 후 보수 H 를 얻을(복원할) 수 있다. 즉, 피고의 조업중단으로 문제가 해결된다. 만약 $A_p < V$ 라면 원고는 V 에 가깝게 과다보고 함으로써 $H + (V - A_p)$ 에 가까운 보수를 얻게 된다. 따라서 $(V - A_p)$ 가 비대칭정보하에서 향유할 수 있는 정보지대의 최대값이다. 이 경우 분쟁은 실제로는 A_p 의 비용이 소요되는 원고제거로 해결되지만, 그는 과다보고로 인해 A_p 를 초과하는 제거비용을 피고로부터 받게 된다.

다음 $Min\{A_p, H\} = H$ 인 경우를 검토하자. 만약 $H > V$ 이면 원고는 사실보고할 것이므로 피고의 조업중단으로 분쟁은 종결된다. 만약 $H < V$ 이면 원고는 불법방해로부터의 피해규모를 V 에 가깝도록 과다보고할 것이며 $H + (V - H) = V$ 에 가까운 보수를 받게 된다. 실제 H 만큼의 피해를 원고가 감수하는 방법으로 분쟁은 종결되지만, 원고는 H 를 초과하여 V 에 가까운 수준의 손해배상을 받게 된다. 역시 $(V - H)$ 가 비대칭정보로부터 향유할 수 있는 정보지대의 최고값인데, 물론 제II절의 대칭정보 상황에서는 결코 발생하지 않을 것이다.

17) 상대방의 보고된 값을 관찰하지 못한 채 만약 피고와 원고가 동시에 보고하더라도 원고는 일정 수준의 정보지대를 얻을 수 있다. 이 경우 과다보고로부터 원고가 획득하는 순편익은 $\Delta P = P(H' = V|H) - P(H|H) = \int_{V^L}^{V^H} (V - H) dF(V)$ 이다. 여기서 V 는 누적확률분포함수 F 하의 $[V^L, V^H]$ 구간에 속한다. ΔP 가 (+)일 때 원고는 과다보고할 것이며, 그렇지 않으면 사실보고한다.

과다보고가 존재함에도 불구하고 Posner 원리는 여전히 효율적이란 사실을 확인할 수 있다. 무엇보다도 원고 스스로의 사익에 의해 비효율성이 제약된다. 과다보고를 하더라도 불법방해원리에 중요한 네 가지 변수값의 순서가 바뀌지 않기 때문이다. 결국 완전정보와 같이 Posner 원리는 효율적이란 가설을 증명할 수 있다.

명제 3

비대칭정보하에서 Posner 원리는 효율적이다.

증명: 명제 2에서와 마찬가지로 $Min\{A_p, H\} = H$ 와 $Min\{A_d, V\} = V$ 를 가정한다. 피고는 거짓보고할 인센티브가 없으며, $H < V$ 일 때 과다보고 인센티브를 갖는다는 점을 이미 증명하였다. 그러나 역시 명제 2에서 그 과다보고된 값 H' 는 V 를 초과하지 않는다는 점도 확인하였다. 따라서 원고가 H 에 대해 거짓보고를 하고, 법원은 보고된 값 H' 를 확인하지 않지만 법원 의사결정의 효율성에는 영향을 미치지 않는다. 그 이유는 원고의 거짓보고로 인해 $Min\{A_d, V, A_p, H\}$ 가 바뀌지 않으므로 Posner 원리를 왜곡시키지 않기 때문이다. 이 때 발생할 수 있는 원고의 정보지대는 부의 이전일 뿐이다. Q.E.D.

IV. 과다보고 인센티브: 추가 논평 및 법원의 인지 여부

우선 지적하고 싶은 사실은 원고가 피고의 보고값을 모를 때에도 과다보고는 생길 수 있다는 사실이다.¹⁸⁾ 그럼에도 불구하고 명제 2에서 밝힌 바처럼 과다보고된 값은 H 에서 크게 벗어나지 않을 것이다. 그 이유는 너무 벗어나 V (또는 A_d)를 초과해 버리면 정보지대를 완전히 상실해 버리기 때문이다. 다시 말하면, 실제로 과다보고는 큰 문제가 아닐 수도 있을 듯하다.

반면, 과다보고로써 정보지대를 향유할 수 있다고 원고가 사전적으로(*a priori*) 기대한다면 과다제소(excessive suing)가 발생할 수 있다. 동시에 정보지대는 협상구간을 좁히므로 재판 전 화해(pretrial settlement)의 확률을 낮출 수

18) 앞의 각주에서 간략히 이를 증명했으나, 좀더 구체적인 설명은 <부록 1>을 참조할 수 있다.

있다.¹⁹⁾ 만약 이것이 사실이라면 앞의 제Ⅲ절에서 비대칭정보하에서도 유지된다고 증명되었던 Posner 원리의 효율성은 다소 훼손될 수 있다. 왜냐하면 최적 수준을 초과하는 소송빈도수로 인해 사회효율성이 감소할 것이기 때문이다.

그럼에도 불구하고 필자들은 법원이 Posner 불법방해원리가 갖는 소망스런 (즉, 효율성) 특성은 물론 과다보고 문제에 대해서도 이미 인지해 왔다고 판단한다. 특히 과다보고 문제를 인지했다는 사실은 다음의 두 가지 가설에 의해 지지될 수 있을 것이다.

- ① 법원은 대체로 원고가 보고(청구)하는 피해규모에 대해 할인(discounting)해 왔다.
- ② 다른 조건이 일정할 때, 보고된 피해액이 높을수록 실제 선고된 손해배상액의 (보고된 값에 대한) 비율은 줄어든다.

첫 번째 가설에 의하면, 법원이 영구손해배상액을 선고할 때 이미 과다보고의 가능성을 감안하여 적절한 할인을 해왔다는 의미이다. 물론 할인규모는 경험 내지는 법관 사이에 통용되는 간단한 공식 등으로 결정될 것이다. 두 번째 가설은 다른 조건이 일정할 때 보고된 값이 클수록 법원은 과다보고의 가능성 및 규모를 높게 보았다는 의미이다. 사용된 자료가 매우 제한적이며 모수추정방식을 사용하지는 못했으나, 필자들은 간략한 실증분석을 통해 이 두 가지 가설의 신빙성을 일정 수준 확인하였다.²⁰⁾ 향후 이에 관한 좀더 체계적인 분석은 후속 연구로 남겨 둔다.

19) 이는 마치 불법행위(torts) 분쟁에서 엄격책임(strict liability)원리가 과실책임(negligence)원리보다 더 높은 제소율을 야기시킨다는 현상을 설명한 Posner의 논리와 일치한다(Posner [22] pp. 195~196).

20) 이 가설들을 검증하기 위해 Kingsfield 등의 CD Rom 판례집들에서 불법방해사건을 추출하였다. 물론 앞서 Landes and Posner [18] p. 42, Posner [22] pp. 56~57, Epstein [13] p. 573에서 제시한 불법방해의 정의에 충실하려고 노력하였다. 이 정의를 충분히 만족시키면서 필요한 변수값을 모두 갖는 68개의 관측치를 확보하였다. 다음은 본문의 가설과 직간접적으로 연관된 몇 가지 자료특성들이다.

〈부록 1〉 피고값을 모를 때 원고의 과다보고 인센티브

$Min\{H, A_p\} = H$ 라고 가정하자. 피고의 보고내용을 모르는 상황에서 원고가 보고하는 두 가지 상황을 검토하자.

첫째, 원고는 피고변수의 순서만을 알고($V < A_d$) 그 값들은 모르는 상황이다. 제Ⅲ절의 명제 2에 의하면, 세 가지 종류의 과다보고가 가능하며, 원고는 항상 V 에 가깝도록 과다보고한다는 사실을 알 수 있다. 또한 사실보고와 비교했을 때, $H < H' < V$ 이면 그는 (+)의 정보지대를 향유하고, 나머지 두 경우(즉, $H < V < H'$ 와 $V < H < H'$)에는 얻지도 잃지도 않는다.

둘째, 원고가 심지어 V 와 A_d 의 순서도 모를 때이다. 다시 명제 2를 검토하면 원고는 늘 과다보고하며 그 값은 $Min\{V, A_d\}$ 에 가깝다는 사실을 알 수 있다. 모두 여섯 가지의 과다보고 종류에서 $H < H' < V$ 또는 $H < H' < A_d$ 이면 (+)의 정보지대를 향유한다. 그러나 그 밖에 다른 종류의 과다보고에서는 얻지도 잃지도 않는다(즉, $H < V < H'$, $V < H < H'$, $H < A_d < H'$, 또는 $A_d < H < H'$ 일 때). 따라서 원고의 과다보고 인센티브가 존재한다.

첫째, 손해배상청구액은 미달러로 55달러부터 많게는 45만 3,763달러에 이르고 있었다. 중간값(median)은 3만 9,000달러였으나, 몇 건의 큰 사건들 때문에 평균값(mean)은 약 9만 달러로 상승하였다. 둘째, 원고가 41건에서 승소함으로써 원고승소율은 60.3%였다. 더욱 흥미로운 것은 다음의 세 번째 특성이다. 한국에서는 본문의 Posner 불법방해원리에서 사용되는 네 가지 구제방식이 다음과 같이 모두 사용되고 있었다. V (10건), A_d (6건), H (24건), A_p (1건). 본문의 두 가설에 매우 중요한 사실은 다음의 네 번째 관찰이다. 법원에 의해 선고된 손해배상액의 중간값은 약 1만 3,500달러인 반면 그 평균값은 2만 2,900달러에 이르렀다. 그런데 흥미롭게도 손해배상액의 (선고액/청구액) 비율은 대부분 0.3~0.7 수준에서 안정적으로 분포하고 있었다. 필자들은 바로 이 점이 본문의 가설 ①을 뒷받침한다고 판단한다. 나아가 이 비율의 단순평균은 0.54인 반면 가중평균은 0.35이었다. 이는 청구액이 큰 사건일수록 법원이 할인율을 높게 적용하여 선고했다는 의미이므로 본문의 가설 ②와 일치하는 관찰이라고 사료된다.

▣ 참고 문헌 ▣

1. Akerlof, G., "The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism," *Quarterly Journal of Economics*, 89, 1970, pp. 488~500.
2. Arrow, K., "The Property Rights Doctrine and Demand Revelation under Incomplete Information," in *Economics and Human Welfare*, edited by M. Boskin, New York : Academic Press, 1979.
3. Baron, D. and R. Myerson, "Regulation a Monopolist with Unknown Costs," *Econometrica*, 50, 1982, pp. 911~930.
4. Calabresi, G., *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, New Haven: Yale University Press, 1970.
5. _____ and D. Melamed, "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral," *Harvard Law Review*, 85, 1972, pp. 1089~1128.
6. Coase, R., "The Problem of Social Cost," *Journal of Law and Economics*, 3, 1960, pp. 1~44.
7. Cooter, R., "Unity in Tort, Contract, and Property: The Model of Precaution," *California Law Review*, 73, 1985, pp. 1~51.
8. Craswell, R., "Property Rules and Liability Rules in Unconscionability and Related Doctrines," *University of Chicago Law Review*, 60, 1993, pp. 1~65.
9. d'Aspremont, C. and L. Gerad-Varet, "Incentives and Incomplete Information," *Journal of Public Economics*, 11, 1979, pp. 25~45.
10. Ellickson, R., "Alternatives to Zoning: Covenants, Nuisance Rules, and Fines as Land Use Controls," *University of Chicago Law Review*, 40, 1973, pp. 681~756.
11. _____, *Order without Law: How Neighbors Settle Disputes*, Cambridge: Harvard University Press, 1991.
12. Epstein, R., "Nuisance Law: Corrective Justice and Its Utilitarian Constraints," *Journal of Legal Studies*, 8, 1979, pp. 49~102.
13. _____, "Holdouts, Externalities, and the Single Owner: One More Salute to Ronald Coase," *Journal of Law and Economics*, 36, 1993, pp. 553~586.

14. Kaplow, L. and S. Shavell, "Property Rules versus Liability Rule: An Economic Analysis," *Harvard Law Review*, 109, 1996, pp. 713~790.
15. Krier, J. and S. Schwab, "Property Rules and Liability Rules: The Cathedral in Another Light," *New York University Law Review*, 70, 1995, pp. 440~483.
16. Laffont, Jean-Jacques and J. Tirole, "Using Cost Observation to Regulate Firms," *Journal of Political Economy*, 94, 1986, pp. 614~641.
17. _____, *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, Cambridge: The MIT Press, 1993.
18. Landes, W. and R. Posner, *The Economic Structure of Tort Law*, Cambridge: Harvard University Press, 1987.
19. Levin, F., "Pain and Suffering Guidelines: A Cure for Damages Measurement 'Anomie'," *University of Michigan Journal of Legal Reform*, 22, 1989, pp. 303~332.
20. Myerson, R., "Incentive Compatibility and the Bargaining Problem," *Econometrica*, 56, 1979, pp. 1191~1220.
21. Polinsky, M., "Resolving Nuisance Disputes: The Simple Economics of Injunctive and Damage Remedies," *Stanford Law Review*, 32, 1980, pp. 1075~1112.
22. Posner, R., *Economic Analysis of Law* (5th ed.), Boston: Little, Brown, and Company, 1997.
23. Rabin, E., "Nuisance Law: Rethinking Fundamental Assumptions," *Virginia Law Review*, 63, 1977, pp. 1299~1348.
24. Randall, B., Frank S. and J. Blumstein, "Valuing Life and Limb in Tort: Scheduling 'Pain and Suffering'," *Northwestern University Law Review*, 83, 1989, pp. 908~956.
25. Shavell, S., "Liability for Harm Versus Regulation of Safety," *Journal of Legal Studies*, 13, 1984, pp. 357~374.
26. Spence, M., "Job Market Signaling," *Quarterly Journal of Economics*, 87, 1973, pp. 355~373.