

## 不法妨害原理：葛藤調停에서의 積極的 活用을 위한 法經濟學的 一考\*

金 一 仲\*\*

### 논 문 초 록 :

本稿는 특정인의 재산권을 실제로 어떻게 보호하는가에 관한 法經濟學的 검토이다. 그러므로 葛藤調停에서의 救濟方式에 관한 논의이다. 좋은 구제방식의 필요조건은 물론 공정성과 경제효율성이다. 나아가 법의 어느 분야와 마찬가지로 그 필요조건을 만족시키는 구제방식은 원칙상 다양하게 존재할 수 있다. 그러므로 그들을 실제 상황에 얼마나 효과적으로 적용할 수 있는가가 관건이다. 무엇보다도 법집행기관이 직면하는 資源制約性을 고려해야 하기 때문이다. 本稿를 통해 不法妨害性 행위들로부터 야기되는 갈등의 조정에는 이른바 私法原理가 다른 대체방안들보다 대체로 우월하다는 시각을 부각시키고자 한다. 구체적으로 관련된 한국의 구제방식을 개관한 후, 완전정보를 가정했던 Posner의 不法妨害原理를 향후 한국에서 제한된 법원자원하에서도 활용할 수 있는 가능성을 제시코자 한다.

핵심주제어 : 갈등조정, 불법방해, 법경제학

경제학문헌목록 주제분류 : K1

“이 사건을 조사한 결과, 被告 Spur社가 사유지를 개발하던 시기만 하더라도 근처에 신도시가 들어서 畜舍쪽으로 확장한 후 불법방해가 되므로, 그 축사의 철거를 요구할 것이라고는 아무도 예측하지 못했다는 점이 자명하다. 즉, Spur社는 자신이 특별히 잘못을 해서가 아니라, 공공의 권리와 이익을 보호하려는 법원의 고려 때문에 축사의 이전을 강요받게 된 것이다.

\* 자신의 이론을 부분적으로 비판했음에도 불구하고 本稿의 아이디어를 흔쾌히 수용해 준 Richard Posner 판사, 토론에 임해 주고 세심한 논평을 해 준 조준모 교수, 1998년 산업조직학회 학술대회 발표시 조언을 해 준 분들, 그리고 익명의 두 심사자에게 감사를 표한다. 또한 여러 군데서 논의가 더욱 명쾌해지도록 도와 준 筆者의 법경제학 수강 대학원생들, 자료수집을 위해 수고해 준 장재호·양진석 조교, 그리고 1998년 교내연구비를 지원해 준 숭실대학교에 고마움을 표한다.

\*\* 숭실대학교 경제국제통상학부 교수

반면 주택개발업자인 原告 Del E. Webb社는 자신의 잘못이 없어서가 아니라 자신이 분양한 주택의 소유주들이 피해를 보고 있으므로 留止命令을 얻어 낼 수 있었던 것이다. 그러나 被告의 지속적 방해가 바로 原告의 행위 때문에 발생했다면 설사 유지명령을 얻었다손치더라도, 被告에 대한 보상책임으로부터 원고는 법적으로 자유로울 수 없다. 특히 原告는 구매 당시 인근 다른 지역보다 매우 저렴하게 땅값을 지불했고, 막대한 지역을 개발할 수 있었으므로, 자신으로 인해 이전을 강요받은 被告에게 보상해야 한다는 명령은 결코 가혹한 결정이 아니라고 판단한다. 被告에 의한 피해를 예측할 수 있는 상황에서 주민들의 거주지를 축사 근처까지 데려와 개발했으므로 原告는 축사의 철거 또는 이주에 소요되는 합리적 액수만큼 損害賠償해야 한다.” (Spur Industries, Inc. v. Del E. Webb Development Co.)<sup>1)</sup>

## I. 序 論

한국의 범죄발생지수가 모두 세계 상위권에 올라 있다. 인터폴에 따르면 그 중에서도 특히 폭력은 1995년 기준 인구 10만 명당 408건으로 418건인 1위를 바짝 뒤쫓고 있다.<sup>2)</sup> 폭력의 주요 원인은 갈등이 제대로 해결되지 못한 까닭이다. 그리고 넓게 보아 갈등은 결국 불완전한 재산권(property rights)으로부터 야기된다. 이렇게 재산권이 불확실할 때 경제주체는 생산활동보다 힘(violence)에 투자한다는 것이 법경제학에서는 이미 친숙한 명제이다(예: Umbeck, 1981). 즉 심각한 갈등구조하에서 지속적 경제성과를 담보할 수 없다. 그렇다면 그로부터 3년이 지난 현재 경험하고 있는 한국 경제위기의 근원을 단순히 유동성관리소홀, 원화고평가, 이자율규제 등에 국한해서만은 안 될 것이다.

筆者는 여러 불법행위 중에서 이른바 불법방해(nuisances) 또는 공해(immission) 행위들의 폭과 빈도수가 특히 우리 사회에서 급증해 왔다고 생각한다. 근본이유는 경제관계가 복잡다기화되고 전반적으로 자원이 희소해지기 때문이다. 반면 그러한 급증현상을 제대로 해소하지 못하기 때문에 갈등 역시 폭증하는 것이다. 아파트 위아래층 주민 사이에 소음으로 인한 갈등으로부터 시작하여 공장

1) (Supreme Court of Arizona, In Banc., 1972) 108 Ariz. 178, 494 P.2d. 700.

2) 그 밖에 살인과 절도는 세계 10위, 강도는 11위를 차지해 주요 범죄가 모두 세계 상위권에 속했다(조선일보, 1998. 4. 21).

의 폐수방출로 인한 갈등, 혐오시설의 입지를 둘러싼 지역 간 갈등, 고층건물의 일조권방해로 인한 갈등 등 끝이 보이지 않을 정도로 그 예가 무수하다.

갈등을 제대로 해결하기 위해서는 다양한 제도인프라스트럭처(institutional infrastructure)가 필요하다. 예컨대, Ellickson(1991, pp.132-136)은 갈등조정을 위한 규칙들을 모두 다섯 가지로 구분한 바 있다. 그 중에서도 실질적(substantive) 또는 구제적(remedial) 규칙은 조정의 기본원칙에 관한 것이다. 말하자면, 누구의 권리를 보호해야 하며, 또 어떤 방식으로 구제해야 하는가를 정하는 규칙으로서 갈등조정 of 핵심이라고 할 수 있다.

本稿의 목적은 일단 특정인의 재산권이 인정되었다고 전제한 후(김일중, 1997b), 구체적으로 어떻게 그 권리를 보호하는가에 관해 생각해 보는 것이다. 그러므로 갈등조정에서의 救濟方式에 관한 논의이다. 좋은 구제방식의 필요조건은 물론 공정성(fairness)과 경제효율성(economic efficiency)이다. 나아가 법의 여느 분야와 마찬가지로 그 필요조건을 만족시키는 구제방식은 원칙상 다양하게 존재할 수 있다. 그러므로 그들을 실제 상황에 얼마나 효과적으로 적용할 수 있는가가 관건이다. 무엇보다도 법집행기관(예: 법원)이 직면하는 資源制約性을 고려해야 하기 때문이다. 本稿를 통해 불법방해성 행위들로부터 야기되는 갈등의 조정에는 이른바 私法原理가 다른 대체방안(예: 행정규제)들보다 대체로 우월하다는 시각을 부각시키고자 한다.

本稿의 순서는 다음과 같다. 제Ⅱ절에서는 한국에서 불법방해사건들이 어떤 식으로 구제되고 있는지 개관한다. 먼저 불법방해의 경제적 속성과 우리의 민법에 나타난 관련법리들을 설명한 후, 실제로 그러한 私法原理들이 적절하게 운용되고 있는지 간략히 검토한다. 제Ⅲ절에서는 이른바 불법방해원리(nuisance rules)에 관해 구체적으로 논의한다. Calabresi and Melamed(1972) 이후 불법방해의 구제방식에 관하여 경제학적 분석이 많이 이루어져 왔으나 현재 이 분야에서 선두적 지위를 차지하고 있는 학자는 Richard Posner인 듯하다.<sup>3)</sup> 그가 제시하는 불법방해원리를 재구성한 후 실제 사건에서 어떻게 적용되는지 살펴 본다. 제Ⅳ절은 제Ⅲ절에서 소개된 식의 사법원리가 대체적 관계에 있는 다른 규제

3) 그가 학계에서 이러한 영향력을 발휘할 수 있었던 것은 비단 이 주제에 국한하지 않고 “보통법은 부 또는 경제효율성을 극대화하는 방향으로 진화해 왔다”는 기본명제를 바탕으로 보통법 또는 불법행위 전분야에 걸쳐 방대한 저술작업을 해 왔기 때문이라고 본다. 이 분야 선두학자들의 이론에 관한 자세한 논의는 김일중(1998b) 참조.

관할(regulatory jurisdiction)보다 이론적으로도 우월하다는 논리가 전개될 것이다.

나아가 제V절에서는 사법원리가 현실적용에 있어서도 우월할 수 있다는 가설이 강조된다. 후술되는 대로 사건의 당사자 간 거래비용이 높을 때 Posner의 불법방해원리를 완전히 활용하려면 변수 네 개(피고가 부여하는 가치, 피고의 방해제거비용, 원고가 부여하는 가치, 원고의 방해제거비용)의 값을 정확히 측정할 수 있어야 한다. 하지만 문제는 법집행기관이 필연적으로 봉착하는 資源稀少性이다. 그럼에도 불구하고 Posner는 불법방해원리를 논하면서 암묵적으로 완전정보를 가정하였다. 따라서 筆者는 매우 제한된 법원자원하에서도 그의 불법방해원리를 활용할 수 있는 가능성을 제시코자 한다. 이를 통해 그 동안 경제학계에서 소홀히 해 왔던 법원자원의 효율적 배분이라는 이슈를 크게 부각시키고자 한다. 마지막으로 논의의 정책함의와 후속연구를 위한 제안으로써 제VI절을 맺는다.

## II. 韓國의 不法妨害 救濟方式: 概觀

### 1. 不法妨害와 그 救濟方式

김일중(1997b, pp.190-197)은 기존 법경제학이론에 근거하여 민사상 광의의 불법행위(tort)를 trespass, accident 그리고 nuisance의 세 가지로 구분한 바 있다. 먼저 侵害(trespass)는 타인의 재산권에 직접적인 피해를 준 경우에 적용되며, 물건의 수용(taking of things)에 해당된다고 정의되었다. 동시에 침해원리의 속성을 보면 대체로 당사자 간의 거래비용이 낮아 사전협상이 가능한 경우이거나, 국가가 당해 재산권을 특별히 절대적으로 보호코자 사전협상을 강제하고자 하는 상황에 적용된다는 점도 지적되었다.<sup>4)</sup> 다음 事故(accident)는 사전협상이 거의

4) 국내 법학자들도 최소한 그 정의에 있어서는 대체로 같은 견해를 보이고 있다. 먼저 김치선(1957, p.189)은 trespass를 불법침해 또는 침해소송이라 칭했으며, 타인의 권리에 대하여 직접적으로 실행행사를 하는 행위로 정의했다. 이상도(편)(1989, p.569) 역시 불법침해 또는 침해소송이라고 하며, 현실의 폭력 또는 법률이 인정하는 폭력을 행사하여 인체 또는 재산에 관한 권리를 침해하는 불법행위로 정의했다. 여기서 폭력이라는 용어는 침범의 직접성을 내포하는 듯하다. 한편, 이상윤(1995, p.255)은 이를 불법침해행위로 번역하며, 전통적으로 고의에 의한 불법행위의 대표적 유형으로 간주하고 있다. 김일중(1997b, p.194)이 지적한 대로 경제학적으로 보면 행위의 고의성이 갖는 의미는 때로 애매모호해질 가능성이 크지만, 어쨌든 여기서 고의성이 크다는 것은 본문의 정의대로 당사자 간 사전협상이 가능하다는 뜻과 일맥상통한다.

불가능한 불법행위로서 정의한 바 있다.<sup>5)</sup> 그런데 이 때 사전협상의 가능성을 결정하는 가장 중요한 변수는 당해 불법행위로 인한 피해가 얼마나 지속적인가에 달려 있다. 그 피해가 일시적이라면 사전협상이 원천적으로 불가능하기 때문에 사고로 취급하고, 그 반대인 경우는 기타 두 가지 불법행위의 유형에 포함시킨다고 설명되었다.

한편, 本稿에서 논의의 주요 대상이 될 不法妨害(nuisance)는 자원의 소유권(claims) 자체보다는 그 사용(uses)에 있어서 발생하는 갈등으로서 침해와 구분되었다.<sup>6)</sup> 즉, 재산권에 대한 직접적 침범이 아니라 Coase(1960)가 정의한 인과관계의 상호성(reciprocal nature of causation)이 존재하는 행위라는 사실이 강조되었다. 예를 들어 내가 이웃의 주차장에 주차를 하면 침해가 되지만, 내 집에서 피우는 연기가 옆집에 피해를 줄 때에는 불법방해가 된다. 왜냐하면, 내집에서 연기를 피울 수 있는 나의 권리와 그러한 연기로부터 자유로울 수 있는 이웃 권리의 사용을 각각 주장함으로써 발생하는 갈등이기 때문이다. 나아가 김일중(1997b)은 불법방해로 야기되는 피해는 그 지속성이 크므로 당사자 간 사전협상이 가능해진다는 점에서 사고와도 구분하였다.

불법행위를 광범위하게 정의한다면 그에 대한 책임부과방식도 광범위할 것이라고 짐작할 수 있다. 법경제학에서는 그 방식을 크게 두 가지로 구분한다. 첫째는 財産(權)原理(property rule)이고, 두 번째는 責任原理(liability rule)이다. 재산원리의 기본이 되는 재산권이란 특정 자원을 사용·통제·향유할 수 있는 권리이다. 따라서 그 권리소유자의 승낙이 없다면 그 자원을 사용하려는 어떤 제3자도 합법적으로 배제시킬 수 있다. 설사 제3자에게 권리가 이양되어 결과적으로는 전체의 후생이 증가하더라도 관계없다. 즉, 甲이 차에 대한 재산권을 갖고 있다면, 보상 여부에 관계없이 乙은 그 차를 취할 수 없다는 의미이다. 설사 乙이 법정에 가서 그 차가 자신에게 주는 가치가 甲의 그것보다 훨씬 높다는 사실을 증명하더라도 마찬가지이다. 乙이 그 차를 취할 수 있는 유일한 방법은 甲으로 하여금

5) 사고에 대해 국내 법학계에서는 이러한 경제학적 정의를 부여하고 있지는 않다. 다만, 민법 제750조의 불법행위를 의미한다고 생각하는 듯하며, 대체로 행위의 우발성을 강조하고 있다. 예컨대, 이상도(1989, p.7)는 엄격한 의미에서는 사람의 작위 또는 과실에 의하지 않고 발생한 경우를 가리키나, 과실에 의한 사고를 의미할 수도 있다고 해석한다.

6) 국내에서는 김치선(1957, p.133), 이상도(1989, p.401), 서희원(1994, p.424) 등이 nuisance를 불법방해라고 번역했으며, 이상윤(1995, p.224)은 불법폐해로, 그리고 송상현·정상조(역)(1984, p.33)는 근린폐해 또는 생활방해라 하고 있다.

자발적으로 권리이양을 하게 하는 것이다.

재산원리 구제방식의 실제수단은 留止命令(injunction)이다.<sup>7)</sup> 유지명령은 법원이 피고에 대하여 특정한 행위를 명하거나 또는 그 행위를 금지시키는 對人的 판결이며, 피고가 이를 이행하지 않으면 법정모욕(contempt of court)이 되어 처벌된다(오대성, 1995, pp.563-566). 환언하면, 만약 피고가 유지명령을 준수치 않아 피해가 발생하면, 실제 피해액보다 크게 손해배상시킴으로써 '처벌'하겠다는 의미이다. 그러므로 '징벌적 배상(punitive damages)'의 개념이 적용되고 있다.

이에 반하여 책임원리란 특정 자원을 사용하는 데 있어서 타인을 배제시킬 수 없지만 해당 자원에 입힌 피해에 대해서는 배상을 요구할 수 있는 권리를 창출시킨다. 예컨대, 보도의 통행자라고 해서 승용차운전자가 실수로 보도에 들어와 자신에게 피해를 입히는 행위를 모두 막을 수는 없다. 다만, 사고 때문에 발생한 피해에 대해서는 배상을 청구할 수 있다. 말하자면, 설사 기여과실의 항변을 인정치 않는 엄격책임원리를 따른다고 하더라도 피해자가 그 사고를 미연에 완전히 방지할 수 있는 구제방식을 소유하지는 못한다는 의미이다. 책임원리의 실제수단은 損害賠償(damages)이다. 물론 이는 피해자가 입은 재산상 손해를 전보하기 위해 가해자가 지급하는 금전적 보상이다.

지난 30년 동안 법경제학에서는 불법행위의 구제방식에 관한 이 두 가지 원리를 놓고 매우 활발한 논의를 해 왔다.<sup>8)</sup> 결국 이 무수한 연구들에서 귀착되는 질문은 어떤 상황에서 어떤 원리를 사용해야 하는가이다.<sup>9)</sup> 환언하면 상당수의 연구들에서는 왜 물건의 소유 또는 점유권(possessory interests)은 주로 재산원리에 의해 보호되고, 해로운 외부효과(harmful externalities)로부터 자유로워야 할 권리는 주로 책임원리에 의해 보호되고 있는가에 대한 질문에 답하

7) 국내 법학계에서 이는 여러 가지로 부른다. 김치선(1957, p.96), 서희원(1994, p.392), 高柳賢三 외, 1958, p.236) 등은 금지명령으로, 박세일(1994, p.134)은 중지명령으로, 송상현·정상조(1984, p.34)는 부작위명령 등으로 표현한 바 있다. 나아가 injunction이 작위명령까지 포함하는 광범위하고 탄력적인 구제수단이므로 유지명령으로 해야 한다고 오대성(1995, p.563)은 주장한다.

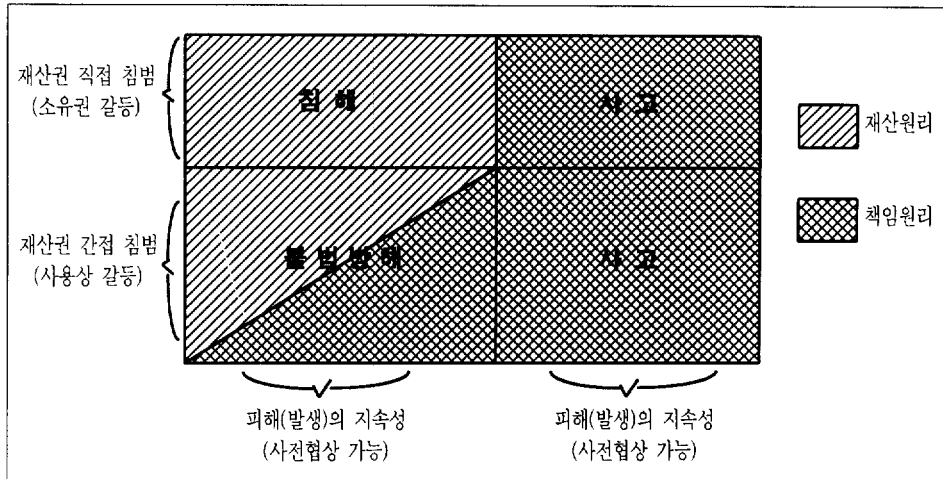
8) 흥미롭게도 최소한 이론적으로는 책임원리하에서도 배상액이 극단적인 값을 갖게 되면 거의 절대적 보호를 해 주게 되므로 재산원리에 수렴하게 된다. 즉, 배상액이 매우 높게 책정되면 사실상 피해자에게 유지명령의 구제를 해 주는 것과 동일하며, 반대로 0에 가까워지면 가해자에게 유지명령의 구제를 해 주는 것과 흡사하다.

9) 법경제학에서 불법행위의 구제방식에 관련하여 고전으로 꼽히는 연구는 Michelman(1971), Calabresi and Melamed(1972), Ellickson(1973), Epstein(1979), Polinsky(1979), Keeton et al.(1984), Landes and Posner(1987), Posner(1992), Craswell(1993), Kaplow and Shavell(1996) 등이다. 이들에 대한 자세한 설명은 김일중(1998b) 참조.

려 하였다. 세부로 들어가면 각 연구자의 주장이 정확히 일치하지는 않으나, 다음의 결론에 대해서는 최소한 그들이 동의하리라는 것이 筆者 판단이다(김일중, 1997d).

먼저 침해와 사고는 그 구제방식에 있어서 각각 재산원리와 책임원리를 전적으로 따르게 된다. 하지만 불법방해의 구제방식은 상대적으로 단순치 않다. 전술한 대로 불법방해는 피해의 '지속성'을 필요조건으로 하며, 소유권보다는 그 '사용'에 있어서의 갈등이다. Coase(1960)의 영향을 받아 Epstein(1993b, p.553)은 불법방해를 '상호관계(reciprocal nature)가 있는 행위'로 정의한 바 있다.<sup>10)</sup> 실제로 영미 보통법에서는 불법방해의 구제방식으로 재산원리와 책임원리를 병용해 왔다. 이는 후술하는 대로 우리 나라에서도 큰 차이가 없다. 문제는 어떤 경우에 재산원리 또는 책임원리를 사용하는가에 있다. 실제로 법경제학자들의 논의에서는 거래비용 및 정보불확실성이 그 주요 기준으로 논의되어 왔다. 그러나 자세한 이론들은 차치하고서라도 불법방해에 대해서는 재산원리와 책임원리를 함께 사용한다고 일단 결론지을 수 있겠다. 이제까지의 논의를 종합하면 세 가지 종류의 불법행위와 각각 사용되는 구제방식은 <그림 1>과 같이 집합개념으로 정리할 수 있다.

<그림 1> 불법행위의 경제적 구분과 그 구제방식



주: 침해에는 현실적으로는 쉽지 않으나 사전협상을 유도하기 위해 법원이 의도적으로 포함시킨 행위들도 존재함.

10) 여기서의 상호성은 일면 '공동인과관계(joint causation)'의 뜻을 함축하고 있다. 좀더 자세한 설명은 김일중(1997b, pp.211-216) 참조.

## 2. 不法妨害 救濟에 관한 韓國의 私法的 規定

우리 나라에서 (광의의) 불법행위로 인한 권리피해의 구제방식에는 민법상 손해배상, 물권적 청구권, 그리고 자력구제(self-help)가 존재한다.<sup>11)</sup> 우선 민법상 제750조 이하에서 불법행위로 좁게 규정한 행위들에 대해서는, 제750조에서 '고의 또는 과실로 인한 위법행위로 인하여 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다'라고 규정하여 금전적 배상이 그 기본구제방식이다.<sup>12)</sup> 그런데 국내 법학서적 및 판례들이 이러한 사건들과 관련하여 과실책임주의 또는 엄격책임주의를 구분하고, 또한 불법행위로서 흔히 제시하는 예들을 볼 때(예: 교통사고, 장난감사고, 공작물을 점유 또는 소유하는 자의 책임, 제조물책임, 동물을 점유하는 자의 책임, 의료과오 등), 우리 민법 제750조 이하의 불법행위는 전술한 법경제학의 세 가지 불법행위 부류 중 주로 事故에 해당한다는 것을 알 수 있다. 요컨대, 민법에서 사고에 대해서는 손해배상을 그 구제방식으로 사용하고 있다는 의미이다.

한편, 법경제학에서의 유지명령은 민법의 物權的 請求權에 가깝다. 물권은 물건의 배타적 지배권이므로 그 내용의 완전한 실현이 어떤 사정으로 방해당하고 있거나 방해당할 염려가 있는 경우에는 설사 물권자가 현재 실제로 그 물건을 점유하고 있지 않더라도, 그 방해자에 대하여 물권내용의 완전한 실현에 필요한 행위를 청구할 권리를 인정하고 있다(김주수, 1995, p.241). 이 권리가 물권적 청구권이며, 그 구체적 내용은 원상회복, 제거, 중지, 예방, 반환 등 원고의 청구에 따라 다양하다.

이은영(1996, p.271)은 방해의 모습에 따라 물권적 청구권을 세 가지로 구분하고 있다.<sup>13)</sup> 첫째, 물권적 반환청구권이다. 이는 물권의 객체인 목적물의 점유를 침탈하거나 반환을 거부함으로써 물권이 침해되는 경우에 물권자가 그 반환을

11) 本稿의 논의는 이 중 첫 두 가지 구제방식에 국한한다. 참고로 민법 제209조의 자력구제는 청구권을 보전하기 위해 국가기관의 구제를 기다릴 여유가 없는 경우에 권리자 스스로 私力으로써 구제하는 행위를 말한다. 우리 민법의 경우 이에 관한 일반규정은 두고 있지 않으며, 다만 점유의 침탈에 관해서만 규정을 두고 있다(곽윤직, 1995, pp.722-733). 물론 불법행위는 동시에 범죄가 되는 경우도 있기 때문에 형사책임을 지게 하기도 한다 (곽윤직, 1995, p.659).

12) 다만, 제763조의 준용규정에 의해 손해배상은 계약법상의 손해배상규정을 준용하고 있다.

13) 기타 김준호(1996, p.278), 김상용(1994, pp.50-51), 김주수(1995, pp.242-243) 등도 비슷한 분류를 하고 있다.



청구할 수 있는 권리이다. 둘째, 물건적 방해제거청구권이다. 점유침탈 및 반환거부 이외의 방법으로 물권의 행사가 방해되는 경우 그 방해의 제거를 청구하는 권리이다. 예를 들어 甲이 乙의 토지에 권한 없이 건물을 건축하는 경우 乙은 甲에 대하여 그 건물의 철거 및 토지의 인도를 청구할 수 있다. 이 때 철거청구는 소유물방해제거청구권을 행사하는 것이며, 인도청구는 소유물반환청구권이다. 셋째, 물건적 방해예방청구권으로서 현실적으로 발생하지는 않았지만, 장래 발생할 염려가 있는 경우 그를 저지하는 데 필요한 일체의 작위 및 부작위를 청구할 수 있는 권리이다. 예컨대, 甲이 토지를 채굴함으로써 인근 乙의 빌딩이 붕괴될 위험이 있는 경우 乙은 甲에 대해 지반공사를 철저하게 할 것을 청구하거나(作爲), 공사를 하지 말 것을 청구할 수 있다(不作爲). 결국 민법의 물건적 청구권은 법경제학에서 거론되는 유지명령에 매우 가까움을 알 수 있다.<sup>14)</sup>

주지하듯 민법에는 다양한 물권이 존재한다. 그러나 筆者의 판단으로 민법은 물건적 피해에 대하여 법경제학상의 침해와 불법방해의 범주를 명확히 구분하고 있지 않는 듯하다. 예컨대, 전술한 筆者의 경제학적 기준은 물론 아직 반영되지 못한 상태이다. 또한 현존하는 법체계상 두 부류를 뚜렷이 구분하는 데는 큰 비중을 두지 않는 듯하다. 다만 우리 나라의 경우 불법방해는 ‘공해에 관한 책임’ 또는 ‘환경오염에 관한 책임’이란 항목으로 다루어진다는 견해가 유력해 보인다(김주수, 1989, pp.730-740; 김주수, 1995, pp.903-912; 박윤직, 1995, pp.778-786; 이은영, 1995, pp.708-732; 이은영, 1996, pp.957-963; 김준호, 1996, p.890 등). 특히 서희원(1994, p.425)은 미국에서 실제로 불법방해에 해당하는 행위들을 열거하고,<sup>15)</sup> 이에 근거하여 불법방해가 흔히 우리가 말하는 ‘공해’의 개념에 해당된다고 주장한다.

법경제학상의 침해 역시 민법상 그 범주가 뚜렷하지 않다. 다만 내용상으로 볼 때 최소한 소유권이 침해당했을 때 침해의 범주 속에 포함될 가능성이 크다.<sup>16)</sup> 소유권은 사권 중에서 가장 강력한 권리이며 물건의 전면적 지배를 내용으

14) 오대성(1995, p.573)은 물건적 청구권 외에 환경권 및 인격권 등에 의한 청구 역시 유지명령과 거의 동일하게 보고 있다. 나아가 우리의 실정법에는 유지명령이 명문화된 경우도 존재한다(예: 상법 제420조 및 제424조).

15) 첫째, 소음·매연·진동·악취·증기·오수에 의해 간접적으로 타인의 토지를 침해함으로써 토지의 재산권에 대해 실질적 손해를 주거나 육체적 불쾌감을 주는 것이다. 둘째, 통행권·유수권·支持權·일광권·어업권·채광권 등의 토지이용권 및 토지수익권을 침해하는 것이다. 셋째, 공용도로상 또는 그것에 따라 존재하는 방해물에 의하여 사람의 신체나 재산권에 침해를 가하는 것 등이 모두 포함된다.

로 하기 때문이다(김주수, 1989, pp.632-633). 따라서 타인 소유물의 훼손·멸실·처분·사용·수익 등은 침해에 가깝다. 위법한 토지구획정리사업으로 토지소유권을 상실시키거나, 나무뿌리가 토지경계를 넘어가 이웃의 콘크리트벽에 커다란 금이 가거나 건물 전체를 기울어지게 한 경우가 훼손 및 멸실에 해당한다. 타인 소유물을 매각하는 경우가 처분의 예이다. 그리고 타인의 물건을 불법점거하거나 타인으로 하여금 불법점거시키는 것이 사용 또는 수익의 전형적 예이다. 그러므로 전술한 침해의 법정제학적 정의에 부합되는 것으로 보인다.

어쨌든 이러한 물권이 침해되었을 때는 그 구제방식으로서 우선 다양한 형태의 유지명령(즉, 물권적 청구권)과 함께, 이미 발생한 피해에 대해서는 손해배상 청구권을, 그리고 피해가 발생할 우려가 있을 때에는 손해배상의 담보청구권을 인정하고 있다. 예를 들어, 점유권에 관한 제204조에서 점유의 박탈을 당한 경우 그 물건의 반환과 손해배상을, 제205조에서 점유의 방해를 받은 때에는 그 방해의 제거 및 손해배상을, 제206조에서 점유의 방해를 받을 염려가 있을 때에는 그 방해의 예방 및 손해배상담보를 청구할 수 있다. 또한 소유권에 관해서는 제213조에서 소유에 속한 물건에 대해 반환 및 손해배상을, 제214조에서는 방해의 제거 예방, 또는 손해배상담보를 청구할 수 있다.

요약하면 이미 발생한 물권적 피해에 대해서는 반환 등의 유지명령과 손해배상을 동시에 청구할 수 있고, 향후 발생할 우려가 있을 때에도 중지 등의 유지명령과 손해배상담보를 청구할 수 있다. 따라서 우리 민법상 물권의 침범에 대해서는 원칙적으로는 재산원리와 책임원리를 모두 사용할 수 있음을 알 수 있다.

### 3. 不法妨害 救濟의 執行現況: 改善可能性

筆者는 불법방해 구제의 집행현황에 비추어 本稿에서 두 가지 문제점을 지적하고자 한다. 물론 이들은 불법방해로 야기되는 우리 사회의 갈등과 그 사회비용을 현격하게 줄일 수 있는 개선가능성을 함의하기도 한다. 첫째, 구제방식의 선택에 관한 정교한 법리확보가 미비하다. 전술한 대로 우리의 민법은 불법방해성 불법행위를 규정하고 또 그 구제방식으로서 재산원리와 책임원리를 원칙적으로 병용할 수 있음을 규정하고 있다. 그러나 두 구제방식이 상당한 정도의 대체성

16) 여기서 '가능성이 큰'으로 표현한 것은 후술되는 대로 민법상 소유권 중, 예컨대 상린관계의 일부분은 불법방해에 가깝기 때문이다.

(substitutability)을 갖고 있다는 시각, 또는 그 선택상의 비교우위를 결정하는 요소 등에 관한 본격적 논의는 찾아보기 힘들다.<sup>17)</sup>

불법방해의 구제와 관련하여 법경제학은 구제방식의 선택이 경제효율성을 좌우한다는 명제를 채택하고 있다. 예컨대, 방금 시작된 아파트공사로 인하여 향후 주민들에 대한 일조권방해가 확실시될 때, 법원은 재산원리인 유지명령을 사용하여 공사를 중지시킬 수도 있겠으나(즉, 물권적 방해예방청구권), 공사는 허용하되 책임원리를 사용하여 주민들에게 미리 손해배상토록 명할 수도 있다는 의미이다(즉, 영구손해배상). 물론 이미 완공된 아파트에 대해서도 방해제거 또는 철거청구권을 인정할 수 있고, 역시 책임원리를 사용하여 영구적으로 손해배상을 명할 수도 있다. 그럼에도 불구하고 筆者가 받는 인상으로는 우리의 법원이 이미 발생한 피해에 대해서는 사후적으로(ex-post) 재산원리 또는 책임원리의 구제방식을 사용하지만, 향후 발생할 물권적 피해에 대해서는 대체로 재산원리에 의존하고 있는 듯하다.<sup>18)</sup> 다음의 예는 이를 잘 대변한다고 판단된다.

민법의 소유권 조항 중 제215조에서 제244조는 다양한 유형의 相隣關係를 규정하고 있다.<sup>19)</sup> 상린법이란 토지의 이용을 조절하여 이웃 간의 평화로운 공동생활을 보장하는 것을 목적으로 하는 법이다.<sup>20)</sup> 筆者는 이 상린관계에서 발생하는 갈등 중 특히 제217조의 매연 등에 관한 방해(이기우, 1995, p.179)나 또는 안온방해(김주수, 1995, p.257)로 표현되는 유형이 법경제학의 불법방해에 가장 가깝다고 생각한다.<sup>21)</sup> 안온방해는 매연, 열기체, 액체, 음향, 진동 및 이와 비슷한 것

17) 다만, 예컨대 이은영(1996, p.730)은 일조권방해를 사유로 건물의 철거 또는 건축중지청구를 할 때에는 청구의 내용에 있어서 신중한 이익형량을 거쳐야 한다고 주장한다. 즉, 경제학적으로 표현하면 건축주와 이웃의 효용을 비교함으로써 경제효율성을 가능한 한 제고시킨다는 입장이 내포되어 있다고 봐야 할 것이다. 그럼에도 불구하고 여기서 '청구의 내용'에는 구제방식의 선택범위를 다양한 물권적 청구권들로 국한시키고 있다. 후술하는 대로 최적 선택이란 재산원리와 책임원리를 모두 포괄하는 집합 속에서 결정되어야 한다.

18) 물론 이 가설은 임시적이며, 실제 판례를 통한 검증작업을 필요로 한다.

19) 예를 들어 안온방해(immission), 수도 등의 시설권, 주변토지통행권, 물에 관한 상린관계, 경계에 관한 상린관계 등이다.

20) 이은영(1996, p.401)은 이 밖에 토지소유권범위에 관한 민법 제211조 및 제212조도 상린법의 범주에 속하며, 환경법 등 특별법에도 산재되어 있다고 주장한다.

21) 예를 들어, 제243조의 遮面施設 의무조항 역시 불법방해의 전형적인 예로 보인다. 경계로부터 2m 이내의 거리에서 이웃주택의 내부를 관망할 수 있는 창이나 마루를 설치하는 경우에는 적당한 차면시설을 해야 한다. 이는 사생활의 安穩을 유지하기 위한 것으로 만약 이행치 않은 경우 청구자는 시설의무자의 비용으로 제3자에게 시설토록 법원에 청구할 수 있다. 반면 상린관계 중에서 제240조의 樹枝, 本根의 제거권은 인접지의 수목가지 또는 뿌리가 경계를 넘을 때에는 그 제거를 청구할 수 있다는 조항인데, 이는 침해규정의 대표적

이 이웃에 침입하여 이웃토지의 사용을 방해하거나 이웃거주자의 생활에 고통을 주는 것이다. 근대생활에서 안온방해는 어느 정도 피할 수 없는 것이므로 그 방해가 이웃토지의 통상 용도에 적당할 때에는 용인할 의무가 있다(제217조 제2항). 적당한 것인가의 여부는 사회통념에 비추어 판단할 문제이며,<sup>22)</sup> 하지만 적당한 정도를 넘어서는 경우 그것을 방지토록 조치를 할 의무가 있다(제217조 제1항).

그런데 이미 발생한 손해에 대해서만 주로 책임원리를 사용한다는 사실은 예컨대 다음의 인용에서 추론할 수 있지 않을까 한다. “그 정도를 넘는 경우에는 소유권 기타의 물권에 기인한 물권적 청구권을 행사하여 적당한 조치를 강구하거나, 방해의 중지 내지는 금지를 청구할 수 있으며, 손해가 발생한 경우에는 불법행위에 의한 손해배상청구권이 있게 된다(김주수, 1995, p.257).”<sup>23)</sup> 말하자면, 안온방해의 경우 물권적 청구권(특히 물권적 방해제거청구권)이라는 재산원리를 사용한다는 것이다(이은영, 1996, p.271). 따라서 피해의 지속성을 필요조건으로 하는 불법방해에 대하여 미래에 발생할 피해에 대해서도 이른바 영구배상(permanent damages)이라는 책임원리으로써도 충분히 구제할 수 있다는 사고방식은 이 인용으로부터 추론하기 힘들다.<sup>24)</sup>

다음 불법방해 구제의 집행과 관련하여 筆者가 두 번째로 지적하고 싶은 한국의 현상은 공법적 규제에 대한 과도한 의존이다. 물론 특정 불법행위를 억제하기 위한 다양한 규제방식이 존재한다. 그럼에도 불구하고 우리 사회는 공법적 규제에 과도하게 의존하고 있다. 다음에서도 보듯이 물론 불법방해도 그 예외가 아니다.

예를 판단된다.

22) 김일중(1997b, pp.218-219)은 이 기준을 ‘공리주의적 제약(utilitarian constraints)’이란 주제로써 경제학적으로 논의한 바 있다.

23) 한편, 민법 제750조는 전술한 대로 주로 事故를 그 관찰대상으로 하는 책임원리이지만, 본문에서 ‘손해가 발생한 때에는 불법행위에 의한 손해배상청구권’이라 표현함으로써 상린관계에서 이미 발생한 피해의 구제조항으로서도 사용되고 있다는 사실을 알 수 있다. 즉, 김주수(1989, pp.730-731) 및 박윤직(1995, p.779)은 우리 민법이 상린관계로서 수인의무를 부과할 뿐이며, 따라서 수인한도를 넘는 때에는 유지청구를 할 수 있는 근거는 되지만 피해에 대한 보상 내지는 배상의 근거는 되지 못한다고 지적한다. 그러므로 일반불법행위책임(제750조 이하)으로 처리하는 것이 타당하다고 주장하는 것이다.

24) 실제로 과거와 함께 미래의 피해가 관련된 사건에서 설사 손해배상을 선고하더라도 (미래분에 대해) 경제원리에 입각하여 구제방식 간 비교형량을 수행한 흔적은 찾아보기 힘들다. 과거 피해에 대한 배상액(즉, temporary damages)만으로 충분하다고 보든지, 아니면 단순히 일정액수를 더하는 식으로 판결하고 있는 듯하다(예: 대법 73다1691, 대법 89다카1275, 대법 95다15599 등).

筆者는 불법방해성 행위에 대한 한국에서의 법리적용에 관한 종합적인 실증분석을 위해 오래 전부터 판례를 수집해 왔다. 그야말로 몇 안 되는 순수 公共財라 할 수 있는 법원정보의 공급인프라스트럭처가 극히 미비한 현 상황에서 체계적 자료수집은 매우 요원한 작업이었다. 주로 김일중·장재호(1998)에서 소개된 방법으로 현재까지 68건을 수집하였다. 이들에 관한 자세한 경제분석은 다음 기회로 미루고 本稿에서는 각각의 사건에서 적용된(또는 문제시된) 규제관할만을 간략히 검토코자 한다.

민간-위급한 불법방해 판례 68건 중 민법위급판례는 49건이며, 공법위급판례는 19건이다.

는 각각 13건과 12건이다. 이는 한국에서, 특히 하급심의 판례를 주제별로 찾는다는 작업이 얼마나 힘들다는 것을 단적으로 보여 주는 증거이다. 그런데 각 사건에서 적용된 규제관할을 분석해 보면 매우 흥미로운 결과가 나타난다. 판결에서 순수하게 민법만 참조 또는 적용된 경우는 32건이며, 순수하게 공법적 법리가 적용된 경우는 24건, 그리고 민법과 공법이 함께 적용된 것은 11건이다.<sup>25)</sup> 그러므로 전체에서 약 52%에 해당하는 사건에 공법적 규제가 적용되고 있다. 여기서 공법만 적용된 사건은 대개 행정처분에 불복하는 민간인이 행정기관을 피고로 하여 제소하는 성격을 띠고 있다. 예컨대, 국토이용관리법에 의거하여 행정관청이 어떤 작위 또는 부작위의 명령을 했는데 원고가 이에 반발한 경우이다. 반면 민법과 함께 적용된 경우는 법원이 판단을 위해 관련공법적 규제를 참조하는 성격을 주로 띠고 있다. 일조권이 문제된 사건에서 민법의 상린관계조항과 더불어 건축법의 해당 규제내용을 참조해 판결하는 것이 대표적 예이다. 어쨌든 자료상 나타난 공법적 규제의 적용빈도수나 광범위한 법내용을 볼 때, 한국에서는 불법방해 관련 갈등조정 과정에서 공법적 수단에 대한 의존도가 매우 높다는 잠정결론을 내릴 수 있다.

하지만 筆者는 그 의존도가 사실은 훨씬 더 높을 것으로 추론한다. 앞에서 구한 52%라는 숫자가 이미 낮지 않은 비율임에도 불구하고, 다음과 같은 이유에 의거 실제로는 상당히 과소평가된 값이기 때문이다. 판례내용을 분석한 결과 대법원 판례는 대부분 민법만을 다루고 있다는 사실을 알 수 있었다. 이 점을 미루

어 공법적 규제가 문제되었을 때에는 대부분 하급심에서 해결되고 있다는 사실을 추론할 수 있다. 따라서 하급심 판례의 비중이 현격히 낮은 현재의 자료구성을 볼 때, 우리 나라에서 불법방해성 갈등이 문제되어 법원에서 소송이 시작될 때에는 사건의 대다수가 (최소한 부분적으로) 공법적 규제의 관할을 받고 있다는 가설의 신빙성이 꽤 클 것으로 생각한다.

김일중(1995, 1997a, 1997c, 1998a 등)은 불법행위의 속성 등 여러 경제적 변수들에 입각하여 私法的 救濟가 ‘管轄(jurisdiction)’에 비교우위를 가질 때에는 당연히 사법체제로 복귀해야 한다고 주장한 바 있다.<sup>26)</sup> 하지만 그 복귀를 위해서는 정교하고 운용상 무리가 없는 私法上的 법리확보가 필요조건이다. 이러한 맥락에서 本稿는 특히 ‘재산원리 대 책임원리의 선택’에 있어서 경제효율성과 공정성을 함께 담보할 수 있는 방식을 고찰하고자 한다. 이하에서는 Posner의 불법방해원리를 재구성하고, 법원자원의 희소성이라는 피할 수 없는 현실제약하에서 불법방해원리가 갖는 집효효율성을 탐구할 것이다. 나아가 이를 통해 우리 사회의 갈등 조정원칙을 세우는 데 일조하고자 한다.

### Ⅲ. 不法妨害原理

#### 1. 基本패러다임: 再構成<sup>27)</sup>

Posner는 공해문제에 대해 보통법상 가장 일반적으로 취해 온 구제방법은 불법방해원리라고 강조한다. 우선 불법방해가 일어났는가를 결정하는 가장 전형적인 방법은 과연 비합리적인(unreasonable) 방해가 일어났는가를 보는 것이며, 만약 발생했다면 거래비용의 규모를 따져 본다. 예를 들어, 김일중(1997b)에서 제시된 기준들에 의해 일단 불법방해가 인정되었다고 가정하자. 거래비용이 낮다면 공해의 피해자에게 유지명령의 구제를 해 준다.<sup>28)</sup> 따라서 Posner의 세계에서도

26) 물론 그 반대의 경우에는 행정구제를 단독 또는 사법상의 원리와 조합해서 사용해야 할 것이다.

27) 본절의 논의는 Landes and Posner(1987, pp.29-53) 및 Posner(1992, pp.49-71)를 주요 근거로 하였다. 또한 이하 논의는 현재 시점에서 계속되는 피해에 관한 것이다. 물론 과거에 이미 발생한 피해에 대해서는 손해배상의 구제방식만이 존재한다.

28) 역설적이지만 Posner는 이 경우 불법방해보다는 침해가 발생했다고 본다. 왜냐하면, 낮은 거래비용을 침해의 정의로서 사용했기 때문이다(Posner, 1992, p.70; Landes and Posner, 1987, p.44).

거래비용은 재산원리와 책임원리의 사용을 가능하는 핵심요소임을 다시 확인할 수 있다.

만약 거래비용이 높다면 다음의 두 가지 사항을 검토해야 한다고 주장한다.

$$\textcircled{1} \text{ Min } \{V, A_d\} \quad \text{vs.} \quad \textcircled{2} \text{ Min } \{H, A_p\}$$

따라서 불법방해의 경우에도 결국 비용조건을 따져 봄으로써 경제효율성을 추구하는 방향으로 조치를 취하자는 것이다.<sup>29)</sup>  $A_d$ 는 가해자의 공해제거비용이며,  $A_p$ 는 피해자의 공해제거비용이다.  $V$ 와  $H$ 는 가해자와 피해자의 당해 재산권(예: 공장가동 대 청정공기)에 부여하는 각각의 가치로 이해할 수도 있다. 주지하듯  $A_d$ 의 실질적 극대치는 공해자가 당해 재산권에 부여하는 가치( $V$ )일 것이다. 마땅한 제거방식이 없다면 조업을 포기할 것이기 때문이다. 이러한 맥락에서 Posner는  $\textcircled{2}$ 에서  $A_p$ 와  $H$ 를 구분했으나,  $\textcircled{1}$ 에서는 단일변수인  $A_d$ 만을 취급했다. 그런데 筆者는 논의의 편의상  $\textcircled{1}$ 에서도  $A_d$ 와  $V$ 를 구분한다. 후술되는 대로 나아가 이는 피고측에 Calabresi and Melamed(1972)류의 ‘대내거래비용(intra-transaction cost)’이 존재한다고 판단하여 종종 ‘정화시설설치’·‘조업중지’·‘철거’ 등의 명령을 법원이 구체적으로 지시하는 (한국의) 판결관행에 더욱 부합시키기 위함이다.<sup>30)</sup> 따라서 본질의 논의에서  $A_d$ 는 공장의 조업중단 없이 가해자가 공해를 제거시키는 데 소요되는 비용이며,  $A_d$ 와  $A_p$ 는 각각  $V$ 와  $H$ 보다 클 수 있다.

$\text{Min } \{V, A_d\} < \text{Min } \{H, A_p\}$ 이면 공해자로 하여금 공해를 제거시켜야 한다. 먼저 별다른 제거방식이 없다면(즉,  $V < A_d$ ) 피해자에게 유지명령의 구제를 줄 수 있을 것이다.<sup>31)</sup> 그러므로 이 상황에서 유지명령은 조업금지 또는 철거 등 방

29) Posner는 재산권 배분의 판단 기준으로서 ‘누가 높은 가치를 부여하는가?’, 즉 Kaldor-Hicks 경제효율성을 주로 사용한다. 그러나 본문에서는 공해에 의한 피해자와 가해자를 명확히 구분하고 있으므로 공정성의 문제도 이미 고려되었다고 봐야 할 것이다.

30) 따라서 이는 부작위 보다는 특정 작위를 명령하는 이른바 ‘강제유지명령(mandatory injunction)’에 해당한다(Posner, 1992, p.130). *Spur Industries, Inc. v. Del E. Webb Development Co.*(AZ. 1976)에서 가해자에게 법원이 ‘공해중지’라는 포괄적 명령보다는 ‘철거 또는 이전’을 구체적으로 명한 것도 한 예이다. 이렇게 구체적 명령을 통해 피고에게 효율적 제거방식을 모색토록 유도하는 효과도 기대할 수 있다. 물론 본문의  $\textcircled{1}$ 에서  $A_d$ 라는 단일변수만을 취하더라도 이후 논의의 주요 시사점에는 변화가 없다.

31) 앞에서 언급한 대로 Posner는 거래비용이 낮다는 사실 자체에 근거하여 해당 사건을 불법방해보다는 침해로 간주하는 경향이 강하다. 즉, 거래비용이 낮다는 사실이 바로 침해의 정의로 사용되고 있으며, 따라서 침해의 구제방식으로서도 당연히 재산원리를 강조하고 있다. 그런데 본문의 이 경우에는 거래비용이 높은데도 재산원리인 유지명령의 구제방

해를 유발시킨 행위 자체의 금지를 의미한다. 그러나 저렴한 제거방식이 존재하는데도 불구하고 무조건 통상적인 재산원리를 사용하면 자원의 비효율적 배분을 초래할 것이다. 즉,  $V < A_d$ 이면 유지명령의 구제를 사용할 수 있으나, 만약  $A_d < V$ 이면 가해자에게 공해의 제거를 특별히 명령해야 한다. 대외거래비용이 높아 향후 원·피고 간 추가협상의 가능성이 없다고 이미 가정되었고, 특히 피고 내부에도 거래비용이 존재한다면, 이 상황에서 법원의 유지명령은 이렇게 구체적 내용을 포함할 확률이 커질 것이다. 향후 거래를 제약함으로써 피해자의 재산권을 완전히 보호하지는 못하지만 최소한 과거의 가치를 그대로 회복시키는 방식이므로 筆者는 이를 準財産原理(quasi-property rule)라 명명코자 한다.

한편  $\text{Min}\{V, A_d\} > \text{Min}\{H, A_p\}$ 일 때에는 불법방해원리가 좀더 복잡해진다. 우선  $H < A_p$ 이면 피해액만큼 가해자로 하여금 손해배상하게 한다. 이 역시 Calabresi and Melamed(1972)의 논의와 연결시킬 때 피해자측에서도 별다른 제거방식이 없어  $A_p$ 의 실질적 극대치가  $H$ 로 되는 때이다.<sup>32)</sup> 따라서 이 경우는 책임원리에 따르는 전통적인 배상방식으로서 이해할 수 있다. 하지만  $A_p < H$ 의 경우, 즉 피해자가 스스로 저렴한 비용으로 피해를 방지할 수 있을 때에는 구제방식이 달라진다. 법원은 피해자에게 공해방지를 하도록 명해야 한다. 중요한 것은 대신 그에 소요되는 비용은 가해자가 물도록 해야 한다는 점이다. 이 역시 법원의 숙고(scrutiny)를 바탕으로 한 준재산원리에 해당한다. Posner는 이 방식이야말로 별로 사용되지 않는 않았으나 경제효율적인 구제방식의 대표적 예로 꼽고 있다. 이상의 논의는 <그림 2>에 정리되어 있다. 여기에서도 알 수 있듯이 정확한 판단을 하려면 법원이 5개의 변수들( $T, A_d, V, H, A_p$ )이 갖는 값에 관한 숙고를 하지 않을 수 없다.

## 2. 不法妨害原理 適用의 예

이상과 같은 불법방해원리를 바탕으로 Posner는 불법방해로의 진입(coming

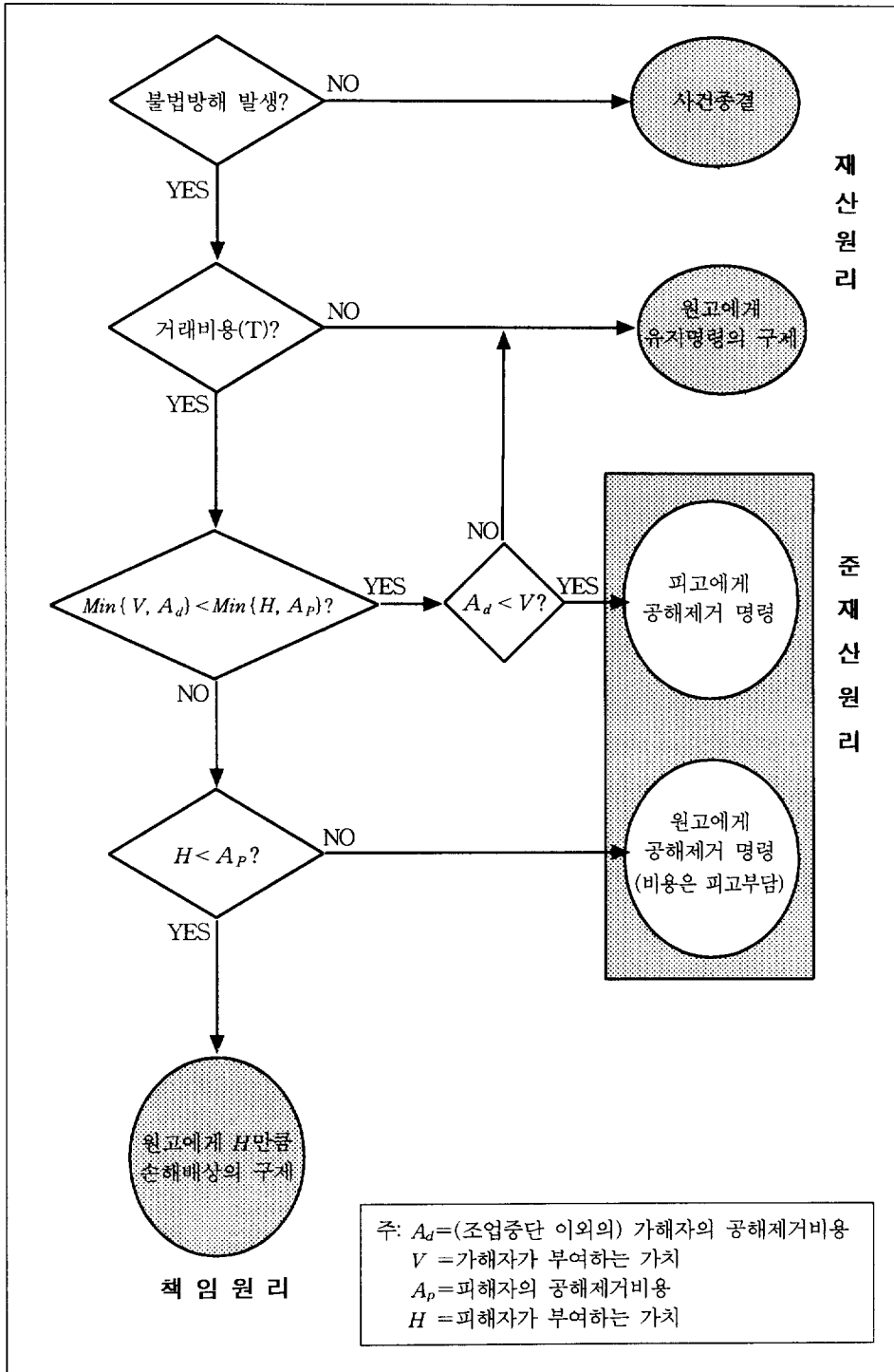
---

식을 사용하고 있는 것이다. 따라서 Posner의 세계에서 이 경우(즉,  $V < \text{Min}\{H, A_p\}$  그리고  $V < A_d$ 일 때)가 거래비용이 높음에도 불구하고 재산원리를 사용하는 유일한 상황이라고 판단된다.

32) 다만, Calabresi and Melamed의 논문에서는 경제효율성만을 따졌으므로 손해배상의 구제방식을 사용하는 것은 정보불확실성하에서  $H$ 의 산정이 좀더 수월하다는 판단이 들 때일 것이다.



〈그림 2〉 Posner의 불법방해원리: 재구성



to nuisance)을 논하고 있다. 예컨대, 공장이 먼저 진입하여 오염물질을 방출하고 있었으며, 후에 주택단지가 들어섰는데, 공장문을 닫는 것보다 공해로 주택단지에 미치는 영향이 클 때 어떻게 해야 하는가의 문제이다. 전통적인 불법방해로의 진입원리에 따르면 재산권이 공장측에 있기 때문에<sup>33)</sup> (다른 방지시설비용이 더 높다는 가정하에) Posner는 주택단지가 폐쇄에 소요되는 비용을 공장에게 지불해야 할 것이라고 본다. 그러나 실제로는 이 불법방해로의 진입원리에 반하여 단순히 공장의 폐쇄명령을 내린 적이 많다는 것이다. 경제효율성의 원리만을 보자면 별문제가 없겠으나, 이는 불공정한 조치가 될 것이다.<sup>34)</sup>

하지만 *Spur Industries, Inc. v. Del E. Webb Development Co.*(AZ., 1972)의 판결에서는 불법방해원리를 적절히 적용함으로써 경제효율성과 공정성을 함께 달성했다고 옹호하고 있다. 가축사육장이 인근주민에게 불법방해를 일으키는 점은 분명하나, 주민이 나중에 불법방해로 진입했기 때문에 일단 재산권은 가축사육장에 있다고 본 것이다.<sup>35)</sup> 다만 주민의 피해가 더 크다고 판단했기 때문에 주민들로 하여금 가축사육장의 이전비용 또는 폐쇄비용을 물게 하였다. <그림 2>의 불법방해원리 공식에 비추어 본다면  $\text{Min}\{V, A_d\} < \text{Min}\{H, A_p\}$ 이며 동시에  $V < A_d$ 인 경우이다. 단 한 가지 <그림 2>와의 차이점은 공해자에게 재산권이 있으므로 그 제거비용을 원고에게 부담시킨 점이다. 따라서 경제효율성도 달성하면서 공정성(교정정의)도 확보한 셈이 된다는 것이다.<sup>36)</sup> Posner는 이러한 판례가 존속되는 한 주택건설업자들은 불법방해자가 있는 곳에서 떨어진 곳에 건설하려는 유인을 갖고, 불법방해시설 소유자들은 향후 불법방해를 야기시켰다는 이유로 축

33) 불법방해로의 진입은 불법방해로 인해 갈등이 야기되었을 때 통상 적극적 항변(affirmative defense)의 요건으로서 주장되어 왔다. 예컨대, 피고는 오랫동안 자신의 토지를 사용해 온 반면, 원고는 사용하지 않거나 덜 집중적으로 사용해 왔다고 하자. 이제 원고가 집중적으로 사용하려는 순간 피고의 토지로부터 발생하는 소음·악취·진동 등을 불법방해로 간주할 때 흔히 불법방해로의 진입항변이 대두된다. 즉, 원고는 불법방해가 존재하는지 알고서도 진입했기 때문에 면책이라는 항변이다. 물론 이러한 불법방해로의 진입법리에 모든 학자들이 동의하는 것은 아니나(예: Epstein, 1979), 가장 큰 정당성을 부여하는 연구로는 Wittman(1980)을 꼽을 수 있다.

34) 그러나 공장이 들어설 때 이미 이러한 상황을 충분히 예견했다면 그 사실이 이미 공장설립비용 속에 포함되었을 가능성이 크므로 관철할 수 있다는 예외는 인정하고 있다.

35) 기타 다른 판단기준은 김일중(1998b) 참조.

36) 매우 흥미롭게도 이 결과는 Calabresi and Melamed(1972)가 제시한 네 번째 구제방식과 흡사하다. 그러므로 그들의 ‘방식 IV’는 대개 형평성을 제고시킬 목적으로 피해를 일으킨 사람에게 피해를 받은 사람이 손해배상하는 책임원리이다. 자세한 설명은 김일중(1998b) 참조.

출되는 위험을 극소화시키는 곳에 애초 시설을 설치하려는 유인을 갖게 될 것이므로, 향후 사용에 의한 갈등으로부터 소요되는 비용을 극소화할 수 있다는 주장을 피력한다.

Boomer v. Atlantic Cement Co., Inc.(NY., 1970)의 판결도 Posner의 불법방해 원리에 많은 시사점을 준다.<sup>37)</sup> 뉴욕주의 한 시멘트공장에서 나오는 연기·먼지, 진동이 불법방해를 성립시켰다면서 공장 부근 8명의 주민들이 피해에 대한 손해배상과 동시에 향후 공장가동의 유지청구를 신청했다. 우리의 민법체계에서 보면 불법행위에 의한 손해배상과 물권적 방해제거를 함께 청구한 것이다. 원심법원에서는 불법방해를 인정한 후 과거피해에 대한 손해배상은 허용했으나, 미래에 대한 유지청구는 기각했다. 즉, 일시배상(temporary damages)만을 허락한 것이다. 그 이유로서 시멘트공장은 이미 4,500만 달러를 투자하였고, 300명의 종업원을 고용하고 있어서 공장을 폐쇄시킬 수 없다고 판단했기 때문이다. 물론 공해를 제거시킬 수 있는 별다른 방법도 존재하지 않는다고 판단하였다. 따라서 <그림 2>의 불법방해원리공식에 비추어 본다면  $Min\{V, A_d\} > Min\{H, A_p\}$ 이고  $V < A_d$ ,  $H < A_p$ 인 상황에서, 단지 부의 극대화를 위해 시멘트공장쪽에 재산권을 인정해 준 셈이었다.<sup>38)</sup>

하지만 일단 공장의 불법방해를 인정했기 때문에 미래에 대해서도 어떤 조치를 취해 줘야 할 것이다. 다행스럽게도 항소심의 다수의견은 원심판결을 기각하고 원고의 유지명령 청구를 인정하였다. 다만, 법원에서 정하는 영구배상(permanent damages)을 피고가 원고에게 지불한다면 유지명령을 대체할 수 있다고 하였다.<sup>39)</sup> 한편, 소수의견은 공공의 이익에 대한 명백한 침범이므로 유지명령을 고집하였다. 결국 다수 및 소수의견 모두 공해자의 불법방해는 인정하였으나 그 처리방식은 다르게 나타났던 것이다. <그림 2>로써 설명하면 다수의견은 책임원리를, 그리고 소수의견은 재산원리를 옹호했던 것으로 볼 수 있다.

이 사건은 이후 불법방해 관련판결에서 매우 중요한 위치를 차지하게 되었다.

37) 이 사건은 미 보통법 역사상 불법방해의 구제방식이라는 주제에 가장 큰 획을 그은 것으로 평가된다. 매우 자세한 분석은 Lewin(1990) 참조.

38) 筆者는 이러한 류의 사고방식이 우리 사회에 특히 확산되어 있다고 판단한다. 비단 환경 분야뿐만 아니라 각종 산업·금융·복지정책에서 재계·정치권·언론은 물론 심지어 지식층까지도 흔히 내세우는 논리이다. 잘못된 줄은 알지만 당장의 현실을 고려해서 편법을 쓰자는 구호이다. 급격히 심화되는 갈등구조와 작금의 IMF 대량실업 상황에서 이러한 정치논리는 향후 더욱 기승을 부릴 것으로 예측된다.

39) 후에 Rabin(1977, p.1299)은 이를 '조건부 유지명령(conditional injunction)'이라 하였다.

역설적으로 들릴지 모르나 그 이유는 향소심이 결과적으로 올바른 구제방식을 택했음에도 불구하고 틀린 논리에 그 판결의 기초를 두고 있었다는 점이다. 예컨대, 시멘트공장의 행위가 불법방해를 성립시켰다는 점이나, 또한 시멘트공장이 부여하는 가치가 주민들의 환경권에 대한 가치보다 높으므로 영업을 유지시키는 것이 바람직하다고 생각했던 점 등은 모두 옳은 판단이었다. 그리하여 유지명령보다는 손해배상이 우월하다고 생각했던 것이다. 그러나 법원의 판결문에는 거래비용에 대한 언급은 전혀 없었던 점에 유의할 필요가 있다. 말하자면, 언제나 ‘유지명령=영업중지’라는 생각에서 손해배상쪽으로 결론내린 점이 명백하였다.

그러나 불법방해의 구제방식에 관한 이제까지의 논의에 비추어 볼 때 만약 거래비용이 없었다면 재산원리를 사용했어야 한다. 거래비용이 없으므로 피고가 “원고로부터” 공장운용을 계속하는 데 필요한 권리를 구매했을 것이기 때문이다. 그럼에도 불구하고 대부분의 법경제학자가 이 판례의 결과에 동의했던 이유가 여러가지 정황으로 미루어 미래 원·피고 사이의 협상에 소요될 비용이 높다고 생각했기 때문이다. 특히 8명으로 구성된 원고측의 거래비용이 매우 높다고 판단했던 것이다. 즉, 8명의 원고 사이에 심한 버티기(holdout)가 존재할 것이라는 믿음인데, Calabresi and Melamed(1972)가 명명한 대로 원고에 대한 피고의 ‘대외 거래비용(inter-transaction costs)’이 높았을 것이라 보았기 때문이다. 더불어 〈그림 2〉의 불법방해원리 공식 중 원고들의 공해제거비용보다는 피해액이 더 작다고 생각되므로( $A_p > H$ ), 공해제거명령보다도 손해배상이 좋다고 판단하게 되는 것이다. 그러므로 경제효율성과 공정성을 동시에 확보하는 판결이었다. 요컨대, Boomer 판결은 불법방해의 구제방식을 선택하는 데 있어서 법원이 거래비용에 대해 매우 세심한 관심과 비중을 두어야 한다는 점을 크게 부각시킨 사건이었다.

#### IV. 不法妨害原理의 比較優位: 規制管轄의 效率性 問題

##### 1. 規制管轄의 代替性

성취하고자 하는 목적을 가장 효과적으로 다룰 수 있도록 각각의 법이 짜여지는 것이 법치주의의 핵심인프라스트럭처이다(Bork, 1993, p.69). 김일중(1998a)은 이를 ‘규제관할의 효율성(efficiency of regulatory jurisdiction)’이라 표현한 바 있다. 동일한 문제에 대하여, 예컨대 ‘私法(kosmos) 대 公法(taxis)’ 중 어느 것을

규제관할로 선택하는가에 따라 경제효율성에 미치는 효과는 매우 달라질 수 있는 것이다. 물론 불법방해라는 문제도 이러한 고려의 예외가 되어서는 아니된다. Posner는 이러한 맥락에서 불법방해원리의 비교우위를 지지하고 있다(Posner, 1992, pp.61-65).

Posner는 불법방해성 불법행위에 대해 크게 세 가지 방법으로 접근할 수 있다고 본다. 그 세 가지 규제관할은 공용수용(eminent domain), 침해 그리고 불법방해원리이다. 첫째는 정당보상과 함께 국가가 강제로 수용하는 것이고, 둘째는 전적으로 재산원리를 사용하는 것이며, 셋째는 앞에서 설명된 바와 같이 거래비용이 높으므로 주로 책임원리(내지는 준재산원리)에 의존하는 것이다. 그는 이 세 가지 방식이 갖는 특성을 공항근처의 소음을 예로 들어 비교하고 있다.

공항근처의 주민들이 받는 소음공해문제는 다음과 같이 세 가지 방식으로 해결할 수 있다. 첫째, 침해의 원리를 사용한다고 가정할 때, 주민들이 극단적으로는 공항을 폐쇄시킬 수 있다. 둘째, 공용수용을 사용하면 항공사로 하여금 지역권(easement)을 수용함으로써 공항을 운영할 수 있다.<sup>40)</sup> 셋째, 법원은 불법방해원리에 의거하여 문제를 해결할 수도 있다. 참고로 Posner는 미국에서는 침해에 의한 해결, 즉 주민에게 유지명령의 구제방식을 주는 경우는 거의 없었다고 지적한다.

논의의 편의상 일단 공항운영으로부터 얻는 편익이 주민이 받는 피해보다 크다고 가정한다. 그러므로 가해자가 평가하는 가치가 피해자의 그것보다 높다는 의미이다(즉, <그림 2>에서  $V > H$ ). 또한 공항이 나중에 건설되었다는 등의 이유로 초기 권리는 주민들에게 있다고 본다. 만약 공항 스스로 소음방지시설을 설치하는 비용이 피해액보다 크다면 보상을 하려 할 것이다. 물론 여기서 가해자가 공항이 아니라 대내거래비용이 높은 집단이라면 <그림 2>에서처럼 법원이 구체적으로 제거방식을 지정할 것이다. 그러나 이하에서는 그 반대로 가정하여 주민들쪽에서 소음방지시설을 설치하는 것이 가장 저렴한 방법이라 하자. 즉, 앞의 불법방해원리공식에 비추어  $Min \{V, A_d\} > Min \{H, A_p\}$ 이고  $H > A_p$ 인 상황이다. 따라서 이 경우 불법방해원리에 의해 설치비는 공항에서 지불할 것이다.

만약 침해원리에 의해 해결하려 한다면 가히 짐작할 수 있듯이 높은 거래비용

40) 여기서 지역권의 수용을 공용수용이라 보는 것은 미래에 소음 때문에 일어날 부분 또는 규제수용(partial or regulatory takings)을 국가가 강제하기 때문이다. 우리 나라에서는 이를 공용제한이라고도 한다.

때문에 협상이 거의 불가능할 것이다. 주민들의 버티기문제가 심각해질 것이므로 최악의 구제방식이다. 또는 본질적으로는 책임원리에 속하는 공용수용에 입각하여 주민에게 일률적인 배상을 함으로써 지역권을 수용하는 경우도 가능하겠지만 이 역시 가장 효율적인 방법이 될 수 없다. <그림 2>에서도 확인할 수 있듯이 이 상황에서는 책임원리가 최적이지 아니기 때문이다. 하지만 불법방해원리에 의한 조치를 모색한다면 법원이 피해자쪽에 공해제거시설의 설치를 의무화할 수 있게 된다. 따라서 이 경우 침해→공용수용→불법방해원리의 순으로 효율성을 높일 수 있다는 것이 Posner의 결론이다.<sup>41)</sup>

## 2. 綜 合

Posner가 주장하는 불법방해원리는 이론적으로도 정당성을 갖고 있을 뿐만 아니라, 실제 상황에서도 그 적용성이 매우 크다고 판단된다. 불법방해성에 해당하는 무수한 종류의 문제들을 해결하기 위해 공법적 성격의 규제관할에 압도적으로 의존하고 있는 우리의 실정에 주는 시사점이 매우 크다고 하겠다. 물론 筆者의 판단으로는 그의 시각이 전체적으로 완벽한 이론이 되기에는 아직 문제점들이 존재하는 것도 사실이다.

첫째, 거래비용의 크기만으로 침해와 불법방해를 구분하는 그의 방식은 (Posner, 1992, p.70; Landes and Posner, 1987, p.44) 여전히 옳지 못하다고 판단된다. 하지만 주요 논리를 전개하는 데 이것이 큰 장애가 되는 것은 아니다. 둘째, 현 사건만을 놓고 당사자들 중 누가 더욱 많은 가치를 부여하고 있는가에 따라 재산권을 부여하려는 성향이 그의 저술에 아직 전반적으로 깔려 있다. 그러나

41) 나아가 설사 피해보상을 해 주는 것이 방지시설비용보다 낮다고 하더라도(즉,  $H < A_p$ ) 공용수용에 의한 해결방법에는 또 다른 문제가 있다고 지적한다. 일단 공용수용이 이루어지고 난 후에는, 미래에 설치비용을 낮추는 기술이 개발된다 하더라도 항공사측에서 그것을 사용할 유인이 없으며, 심지어 그러한 기술개발에 전혀 관심을 갖지 않을 것이기 때문이다. 경제학도에게는 이것이 매우 중요한 문제인식이다. 이 문제점을 극복하기 위해 자주 사용되는 방식이 한시적 소음지역권(time-limited noise easements)의 수용이라고 지적한다. 주로 10년 단위로 지역권의 수용이 갱신된다. 그러나 이 역시 완벽한 방법은 아니라는 경고를 하고 있다. 왜냐 하면, 이제는 주민들측에서 소음방지를 위한 노력을 게을리 할 것이기 때문이다. 노력을 하여 소음수준을 낮추고 나면 다음 번에 받을 수 있는 보상액의 크기가 줄어들기 때문이다. 그러나 Posner는 주민들측에서 기술개발하는 데에는 한계가 있다는 점을 인정한다면 한시적 소음지역권의 수용방식을 사용하는 것이 가장 합리적이라고 보고 있다.

다양한 기준의 초기권리에 입각한 이른바 교정정의(corrective justice)론자들의<sup>42)</sup> 반박을 살 가능성이 크다고 본다. 그럼에도 불구하고 위 공해의 경우처럼 일단 초기권리를 인정한 후 적용하는 불법방해원리는 공정성과 경제효율성을 동시에 달성하는 구제방식이라 볼 수 있는 것이다. 그러므로 불법방해 관련 특정 소송에서는 ① 먼저 재산권의 배분 문제는 초기권리 분포론에 의해 해결하고(김일중, 1997b), ② 구체적인 구제방식은 Posner의 불법방해원리를 적용하는 것이 바람직스럽다고 생각된다. 물론 ①에서 원천적인 초기권리를 특별히 발견할 수 없을 때에는 Calabresi and Melamed(1972)의 여러 이론들이 특히 유용해질 것이다. 왜냐하면, 이 경우에는 법원판결이 경제효율성에 우선적 목표를 두어도 무방해지기 때문이다.

셋째, 주지하듯 거래비용이 높을 때 이러한 불법방해원리를 완전히 활용하려면 4개 변수들( $V, A_d, H, A_p$ )을 정확히 측정할 수 있어야 한다. 하지만 문제는 법집행기관이 필연적으로 봉착하는 資源稀少性에 있다.<sup>43)</sup> Calabresi and Melamed(1972)가 구제방식의 선택에 관한 이론을 정립하면서 가치평가 불확실성의 정도를 심각히 고려한 것도 같은 맥락에서 이해된다. 그럼에도 불구하고 Posner는 불법방해원리를 논하면서 암묵적으로 완전정보를 가정하고 있다. 筆者는 이 가정의 현실성이 그리 크지 않다고 판단하며, 제한된 법원의 자원하에서도 <그림 2>의 불법방해원리를 활용할 수 있는 가능성을 다음 절에서 짚어 보고자 한다.

## V. 不完全情報과 不法妨害原理

### 1. 測定費用과 法院資源의 稀少性

주지하듯 Coasian World 안에서는 불법방해의 구제방식이 매우 간단하다. 그러나 그 세계를 벗어나는 순간 모든 일이 복잡해진다. 지난 20여 년간의 관련 연구결과를 한 마디로 요약하면 “불법방해의 구제방식에서 가장 중요한 두 가지 요소는 거래비용과 정보불확실성이다.” 이미 지적한 대로 Posner의 불법방해원리

42) 예: Fletcher(1972); Coleman(1982, 1995); Epstein(1979); Weinrib(1994) 등.

43) 법원자원의 희소성에 관한 대표적 문헌들은 Kim(1994) 참조. 같은 법집행기관에 해당하는 경찰·검찰의 자원희소성 문제는 Benson, Kim and Rasmussen(1994, 1998), 공정거래위원회의 자원부족문제는 김일중(1998a) 등 참조.

에 前者는 포함되어 있지만 後者는 제외되고 있다. 하지만 거래비용의 충분조건이기도 한 정보불확실성은 그야말로 법원이 매일 당면해야 하는 현실이다. 그럼에도 불구하고 선두학자들의 연구에서 정보불확실성은 빠짐없이 구제방식을 결정짓는 핵심변수로서 거론되고 있다(예: Calabresi and Melamed, 1972; Polinsky, 1980; Shavell, 1984; Krier and Schwab, 1995; Kaplow and Shavell, 1996 등). 학자 간 다소 차이는 있으나 정보불확실성을 극소화하는 것이 관건이며, 그 정도에 따라 구제방식의 선택을 달리해야 한다는 사실은 공통적으로 주장되고 있다.

일반적으로 두 변수의 크기에 대한 구체적 추정치(specific estimate)를 구하는 것보다는 그 크기의 순서(rank)만을 정하는 작업이 훨씬 수월한 법이다(Kaplow and Shavell, 1996, p.742). 불법방해 관련소송에서, 예컨대 가해자인 공장주인이 자신이 공해를 제거하는 데 드는 비용( $A_d$ )과 별다른 제거방법이 없어 조업을 중단함으로써 발생하는 손해( $V$ )를 각각 정확히 추정해야만 할 때보다는 그 순서만을 결정할 때가 용이하다. 따라서 크기보다는 순서에 근거하여 불법방해원리를 활용할 수 있다면 원·피고 각자의 추정비용은 크게 줄어든 것이다. 즉 원고는  $V$ 와  $A_d$ , 그리고 피고는  $H$ 와  $A_p$ 의 순서만을 계산한다면 원·피고의 추정비용 부담은 크게 감소된다.

다음 법원의 입장에서 생각해 보자. 소송초기 원·피고가 저마다 주장하는 네 변수의 수치에 대하여 객관적으로 검증하는 작업에는 상당량의 법원자원을 써야만 한다. 특히 소송당사자의 주관적 가치가 포함될 가능성이 큰  $V$ 나  $H$ 를 적절히 확인하는 일이 쉽지 않다. 이러한 정보불확실 때문에 예컨대 Kaplow and Shavell(1996, pp.724-732)은 책임원리의 사용을 절대적으로 옹호한 바 있다. Calabresi and Melamed(1972, pp.1106-1111)도 다른 조건이 일정할 때 정보불확실의 문제가 심각한 경우 재산원리보다는 책임원리를 강하게 옹호하고 있다. 하지만 후술되는 대로 本稿에서는 법원으로 하여금 원·피고 스스로 갖고 있는 고유의 정보를 활용토록 허용하는 메커니즘을 간략히 제시해 보고자 한다.

요컨대, 정보불확실성을 줄이는 데는 현실적으로 소송당사자 및 법원의 추정비용을 획기적으로 낮추는 일이 관건이다. 다행스럽게도 Posner가 제시한 불법방해원리는 이를 가능케 한다는 것이 筆者의 생각이다. <그림 2>에는 네 종류의 판결이 나와 있으며, 그 판결은 결국 네 변수( $V$ ,  $A_d$ ,  $H$ ,  $A_p$ )의 크기순서에 따라 결정된다. 조합형태별로 네 종류의 판결이 <표 1>에 정리되어 있다. 쉽게 계산할 수 있듯이 <표 1>의 그룹별로 각각 여섯 가지의 구체적 조합형태를 갖고 있다.



〈표 1〉  $V, A_d, H, A_p$ 의 순서조합에 따른 불법방해원리의 판결

조합구분	조합형태	판결내용
그룹 1	$V < A_d < \text{Min} \{H, A_p\}$ $V < \text{Min} \{H, A_p\} < A_d$	원고에게 유지명령의 구제
그룹 2	$A_d < V < \text{Min} \{H, A_p\}$ $A_d < \text{Min} \{H, A_p\} < V$	피고에게 공해제거 명령
그룹 3	$A_p < H < \text{Min} \{V, A_d\}$ $A_p < \text{Min} \{V, A_d\} < H$	원고에게 공해제거 명령 비용( $A_p$ )은 피고 부담
그룹 4	$H < A_p < \text{Min} \{V, A_d\}$ $H < \text{Min} \{V, A_d\} < A_p$	원고에게 손해배상(H)의 구제

주:  $A_d$ =(조업중단 이외의) 가해자의 공해제거비용  
 $V$ =가해자가 부여하는 가치  
 $A_p$ =피해자의 공해제거비용  
 $H$ =피해자가 부여하는 가치

〈표 1〉을 면밀히 관찰하면 매우 중요한 두 가지 사실을 발견할 수 있다. 첫째, 최종판결을 내릴 때 법원이 판결문에 실제수치를 명시해야 하는 경우는 그룹 3과 그룹 4밖에 없다(각각  $A_p$ 와  $H$ 를 명시해야 한다). 사실 후술되는 대로 모든 경우에 최종결정을 내리려면  $H$ 와  $A_p$  중 하나의 수치는 알 필요가 있다. 하지만 여기서 筆者가 강조코자 하는 점은 법원이 최소한 피고에 관련된 변수들의 (특히 주관적 가치의) 크기를 구태여 알 필요가 없고, 원고관련변수들도 사건당 하나씩에 대해서만 알면 된다는 점이다. 그렇다면 법원자원은 굉장히 절감될 것이다. 둘째, 〈표 1〉의 조합형태를 구분하기 위해서는 언뜻 네 변수의 수치를 모두 알아야 하는 것처럼 생각되나 사실은 그렇지 않다. 원·피고가 각각 밝힌 단지 두 변수의 순서만으로써 실제로는 조합형태를 구분할 수 있다는 점이다. 그리고 그 순서는 당사자 스스로 결정할 수 있다.

종합하면 법원이 사건당 한 변수에 대해서만 추정하고, 나머지 변수들도 정확한 값보다는 순서만을 결정하며, 그 결정 또한 가능한 당사자 스스로 하도록 유도하자는 것이 筆者의 기본생각이다. 그렇게 함으로써 소송중의 소모적 분쟁과 법원자원의 낭비(Kaplow and Shavell, 1996, pp.731-732, pp.750-751)를 극소화시킬 수 있다.

## 2. 不法妨害原理에 必要한 最小情報量

소송에 임하면서 피고가  $V$ 와  $A_d$ 의 순서, 원고는  $H$ 와  $A_p$ 의 순서를 측정한 후 법원에 보고한다고 가정하자. 따라서 모두 네 가지의 결과를 기대할 수 있다 (즉  $V < A_d$ ,  $A_p < H$ ;  $V < A_d$ ,  $H < A_p$ ;  $A_d < V$ ,  $A_p < H$ ;  $A_d < V$ ,  $H < A_p$ ). 보고내용의 조합별로 〈표 1〉과 연계하여 검토해보자. 단 이제까지의 논의처럼 피고에 의한 불법방해가 일단 인정되었다고 가정하자.

### (1) 피고: $V < A_d$ , 원고: $A_p < H$

피고로서는 별다른 제거방법이 없으므로 “차라리 조업중지하는 것이 낫다”, 원고는 “피해를 방지하는 것보다 (자기비용으로) 공해방지시설을 갖추는 것이 낫다”라고 생각하는 경우이다. 네 변수의 24가지 순서조합 중 이 두 조건을 만족시키는 조합은 모두 6개임을 쉽게 확인할 수 있다. 그 중 〈표 1〉의 그룹 1에 속하는 것은 세 가지이고, 그룹 3에 속하는 것이 세 가지이다.<sup>44)</sup>

따라서 원·피고가 나름대로 보고한 순서에만 의해 법원의 판결선택은 네 가지

에서 두 가지로 줄었으며, 그 확률은 각각 50%이다. 위에서 간추려진 6개 조합을 보면 유지명령 또는 원고의 공해제거명령을 가능하는 요소는  $V$ 와  $A_p$ 의 순서이다. 만약 前者가 작다면 유지명령의 구제를 하면 된다. 그럼에도 불구하고 중요한 사실은 법원이 이 두 변수의 크기를 모두 측정할 필요는 없다는 점이다. 최종 판결을 내리기 전 비로소 법원은  $A_p$ 에 대해서만 객관적 검증을 하면 된다. 그리고 고는 피고에게 그 선택을 제의한다.  $V$ 에 대한 수치를 상대적으로 누구보다도 잘 알고 있는 피고는 자신에게 유리한 쪽으로 선택할 것이다.

결론적으로 법원이 이 상황에서는  $A_p$ 만 정확히 조사하면 불법방해원리를 활용할 수 있으므로, 법원자원이 크게 절감된다. 특별히 이 상황에서  $V$ 는 주관적 가치를 포함할 수 있으나, 결국 피고 스스로  $A_p$ 와 비교하여 판단하게 될 것이다. 따라서 당사자 주관적 가치의 법원에 의한 직접 비교작업이 필요 없다.

(2) 피고:  $V < A_d$ , 원고:  $H < A_p$

피고는 “조업중지가 낫다”, 원고 역시 “(자기비용하에) 제거시설의 설치보다는 참는 것이 낫다”라고 생각하는 경우이다. 이 때도 두 순서에 모두 해당하는 조합은 6개이며, <표 1>에서 그룹 1에 해당하는 세 가지와 그룹 4에 해당하는 세 가지로 구분할 수 있다.<sup>45)</sup>

그러므로 원·피고의 보고만을 바탕으로 법원은 유지명령과 손해배상 중 한 가지를 선택하면 된다. 물론 그 선택근거는 뿔뿔히 조합들을 볼 때  $V$ 와  $H$ 의 순서에 있지만, 여기서도 법원은  $H$ 에 관해서만 객관적 검증을 하면 된다. 이는 그 측정에 있어서  $V$ 보다는  $H$ 에 절대적 비교우위를 두는 Kaplow and Shavell(1996)이 특히 바람직하게 여길 상황이라 판단된다. 그리고 나서  $H$ 만큼의 손해배상과 유지명령 중 피고에게 택일토록 하면 되고, 따라서 법원자원을 효율적으로 사용할 수 있다. 그러므로 이 상황에서  $H$ 는 주관적 가치를 포함할 수 있으나, 법원이 역시 주관적 가치를 내포하는  $V$ 까지 구하여 당사자 간 가치비교를 직접 할 필요는 없다.

44) 그룹 1:  $V < A_d < A_p < H$ ,  $V < A_p < H < A_d$ ,  $V < A_p < A_d < H$ .

그룹 3:  $A_p < H < V < A_d$ ,  $A_p < V < A_d < H$ ,  $A_p < V < H < A_d$ .

45) 그룹 1:  $V < A_d < H < A_p$ ,  $V < H < A_p < A_d$ ,  $V < H < A_d < A_p$ .

그룹 4:  $H < A_p < V < A_d$ ,  $H < V < A_d < A_p$ ,  $H < V < A_p < A_d$ .

(3) 피고:  $A_d < V$ , 원고:  $A_p < H$

원·피고 모두 “(자기비용으로) 제거하는 것이 우월하다”라고 생각하는 상황이다. 앞과 동일한 과정을 거치면 <표 1>에서 그룹 2에 해당하는 세 가지, 그리고 그룹 3에 해당하는 세 가지가 추출된다.<sup>46)</sup>

방해제거를 피고에게 명하는가, 아니면 원고에게 시키고 비용은 피고가 부담토록 하는가의 결정을 내려야 하는 법원으로서  $A_d$  및  $A_p$ 의 크기를 알고 싶어할 것이다. 그렇지만 역시  $A_d$ 에 대해서는 구체적 조사를 생략해도 된다.  $A_p$ 를 측정한 후 피고에게 선택권을 주면 자신에게 이로운 쪽으로 결정할 것이다. 그것이 사회적으로도 효율적 판단이 된다. 나아가 특별히 이 상황에서는 주관적 가치를 전혀 우려할 필요가 없으므로 법원이 측정문제로 야기되는 분쟁 및 비효율성(Krier and Schwab, 1995, p.457)으로부터 상당히 자유로울 수 있다.

(4) 피고:  $A_d < V$ , 원고:  $H < A_p$

피고는 “저렴한 제거방식이 있다”, 원고는“(자기비용으로) 제거하느니 차라리 참겠다”라고 생각하는 경우이다. 같은 과정을 거치면 그룹 2에 해당하는 세 가지, 그룹 4에 해당하는 세 가지 조합이 각각 추출된다.<sup>47)</sup>

이 때도 관건은  $A_d$ 와  $H$ 를 비교하여, 전자가 크면 손해배상을 명하게 된다. 그러나 역시  $A_d$ 에 대해서는 법원이 조사를 생략할 수 있고, 피고에게 선택권을 줌으로써 효율적 자원배분을 도출하게 된다. 그러므로 이 상황에서도  $H$ 의 주관성을 완전히 배제할 수 없으나, 역시 일단  $H$ 를 구한 다음에는 법원이 직접 비교할 필요는 없다.

### 3. 眞實報告의 誘引符合性 檢討

다음 원·피고가 소송 초기 각각 두 변수에 대한 크기의 순서를 법원에 제대로 보고할 것인가라는 질문을 해 봄직하다. 말하자면, 이제까지는 소송 최종단계에 관해 논의했지만 지금부터는 소송 초기 진실보고의 유인부합성 문제이다. 결론부터 말하면 그들도 어찌할 수 없는 측정의 착오를 제외하고는 특별히 순서를 거

46) 그룹 2:  $A_d < V < A_p < H$ ,  $A_d < A_p < H < V$ ,  $A_d < A_p < V < H$ .

그룹 3:  $A_p < H < A_d < V$ ,  $A_p < A_d < V < H$ ,  $A_p < A_d < H < V$ .

47) 그룹 2:  $A_d < V < H < A_p$ ,  $A_d < H < A_p < V$ ,  $A_d < H < V < A_p$ .

그룹 4:  $H < A_p < A_d < V$ ,  $H < A_d < V < A_p$ ,  $H < A_d < A_p < V$ .

짓으로 보고할 유인은 없다.<sup>48)</sup>

먼저 피고의 경우 실제로는  $A_d < V$ 인데 (원고의 보고내용을 모르는 상황에서) 반대로 보고했다고 하자. 법원에  $V < A_d$ 로 보고되었으므로 앞의 분석에 따르면 어쨌든 유지명령(①, ②로부터), 손해배상(②로부터), 또는 원고방해제거의 판결(①로부터)이 내려질 것이다. 원고측에서  $A_p < H$ 로 보고된 경우를 보자(즉, ③인데 ①로 거짓보고). 피고가 사전적으로 판단할 때, 먼저  $A_p < A_d < V$ 일 때에는 원고방해제거의 판결이 나고 피고로서는 손실도 이득도 없다. 그러나  $A_d < A_p < V$ 나  $A_d < V < A_p$ 일 때에는 제일 저렴한 피고제거방식이 존재함에도 불구하고 각각 원고방해제거 및 조업중지를 해야 한다. 따라서 피고는 거짓보고로 인해 오히려 손해를 보게 된다. 한편, 원고측에서  $H < A_p$ 로 보고한 경우를 보자(즉, ④인데 ②로 거짓보고). 역시  $H < A_d < V$ 일 때에는 손실도 이득도 없지만,  $A_d < H < V$ 와  $A_d < V < H$ 일 때에는 각각 역지로 손해배상과 조업중지를 해야 하기 때문에 손실을 보게 될 것이다.

다음으로 실제로는  $V < A_d$ 인데 그 반대로 보고할 경우에도(즉, ①인데 ③으로, ②인데 ④로 거짓보고) 역시 피고가 손해본다는 사실을 쉽게 확인할 수 있다. 결론적으로 피고가 거짓보고를 할 유인은 없다.

반면 원고의 보고관련 인센티브는 어떠한가? 예컨대, 실제로는  $A_p < H$ 인데 (피고의 보고내용을 모르는 상황에서) 반대로 보고했다고 가정하자. 법원에  $H < A_p$ 로 보고되었으므로 앞의 분석에 의하면 결과적으로 손해배상(②, ④로부터), 유지명령(②로부터) 또는 피고방해제거(④로부터)의 판결이 나올 것이다. 피고측에서  $V < A_d$ 로 보고된 경우를 보자(즉, ①인데 ②로 거짓보고). 원고가 사전적으로 판단할 때, 먼저  $V < A_p < H$ 이면 조업중단의 유지명령 판결이 날 것이므로 원고로서는 이득도 손실도 없다.  $A_p < V < H$ 이면 피고는 비효율적 조업중단을 해야 하지만 원고가 이득이나 손해를 보는 것은 아니다. 마지막으로  $A_p < H < V$ 이면 피고는 역시 비효율적으로 손해배상하게 될 것이다. 앞의 분석에서 이 경우 법원이  $H$ 에 대한 객관적 검증을 한다고 했으므로 정확한  $H$ 를 배상받는 한 원고가 손해 보는 일은 없다. 그렇다고 해서 이익보는 것도 없으므로 특별히 거짓보고를 할 인센티브는 없다.<sup>49)</sup> 한편, 피고측에서  $A_d < V$ 로 보고된 경우를 보자(즉, ③인데

48) 이하에서 보듯이 거짓보고의 유형은 모두 여덟 가지 존재한다.

49) 물론  $H$ 를 받은 후 몰래 저렴한 비용  $A_p$ 로 제거장치를 설치하려는 도덕적 위해는 법정모욕(contempt of court)으로서 견제돼야 할 것이다. 한편, 거짓보고를 억지하기 위해 보고시

④로 거짓보고).  $A_d < A_p < H$ 일 때 피고공해제거의 판결이 날 것이므로 원고는 손실도 이득도 없다.  $A_p < A_d < H$ 이면 비효율적 피고제거방식의 판결이 나겠지만 원고는 이득도 손실도 없다. 마지막으로  $A_p < H < A_d$ 이면 피고는 손해배상을 하게 되는데, 역시 정확한  $H$ 를 배상받는 한 원고가 이득보는 일은 없다.

다음 실제로는  $H < A_p$ 인데 반대로 보고할 경우에도(즉, ②인데 ①로, ④인데 ③으로 거짓보고) 계산해보면 원고가 거짓보고로부터 특별히 이득보는 일이 없음을 알 수 있다.<sup>50)</sup> 따라서 피고에 비하여 원고는 거짓보고로 손실을 보는 일은 없으나, 적절한 법원의 사후감독이 전제될 때 이득도 보지 못한다.<sup>51)</sup> 결론적으로 소송 초기 두 변수의 순서를 법원에 진실로 보고하려는 유인이 원고와 피고에게 존재한다.

## VI. 要約 및 政策含意

거듭 강조하거나 성취하고자 하는 목적을 가장 효과적으로 다룰 수 있도록 각각의 법이 짜여지는 것이 법치주의의 핵심인프라스트럭처이다. Shavell(1993) 류의 논리에 비추어 볼 때 이러한 '규제관할의 효율성'은 갈등조정과정의 성과를 좌우하게 된다. 현재 한국에서는 불법방해관련 갈등조정과정에서 공법적 수단에 대한 의존도가 매우 높다는 잠정결론을 내릴 수 있었다. 나아가 관련사법원리, 특히 규제방식에 관한 법리가 정교화되어 있지 못하다는 점도 엿볼 수 있다.

법관의 상식만으로도 순서가 바뀔 것을 알 수 있다면 거짓보고에 대한 제재를 할 수도 있을 것이다. 그러나 법원이 육안으로 쉽게 파악하지 못하는 경우는 크게 우려할 바 못된다. 왜냐 하면,  $H$ 와  $A_p$ 의 차이가 별로 크지 않은 경우일 것이므로 오판으로 인한 효율성 감소분도 크지 않을 것이다.

- 50) 이번에도 피고가  $V < A_d$ 로 보고한 경우에는  $H < A_p < V$ 일 때, 그리고 피고가  $A_d < V$ 로 보고한 경우에는  $H < A_p < A_d$ 일 때에만 원고제거비용  $A_p$ 를 받되 실제로는 설치하지 않으려는 원고의 도덕적 위해가 생길 수 있다. 그냥 참음으로써 이득을 볼 수 있기 때문이다. 하지만 이 때에도 제거장치의 준공을 조건부로 하여 비용지급하게 함으로써 억제할 수 있다. 종합하면 손해배상 또는 원고방해제거가 결정된 경우에 한하여 원고의 도덕적 위해를 막기 위해 법원의 사후감독이 필요하다.
- 51) 다만 여느 재판에서나 마찬가지로 원고는  $H$  및  $A_p$ 의 순서보다는 크기 자체를 과대보고하려는 도덕적 위해를 보일 것이다. 그렇지만 본 모형에서 법관이 우선 고려하는 것은 순서였음을 상기할 필요가 있다. 더욱이 최종판결을 내리기 전  $H$  또는  $A_p$ 의 크기를 객관적으로 검토할 것이므로 그 때 과대계상의 정도가 심할수록 처벌강도를 높이는 메커니즘은 쉽게 고안할 수 있다. 한편 원·피고가 재판에서의 승리를 오판하고 있을 때에도 본문과 같은 논리로써 유인부합성이 성립함을 확인할 수 있다.

그럼에도 불구하고 불법방해의 성격을 갖는 불법행위에 대해서는 원칙적으로 사법원리의 활용이 충분히 가능하고, 그 중에서도 대개 침해(재산원리)→공용수용(책임원리)→불법방해원리(재산·준재산·책임원리 혼용)의 순서로 규제관할의 효율성이 증대된다는 명제를 검토하였다. 이 명제는 완전정보하에서 도출된 것이지만, 本稿는 불완전정보하에서도 이 명제가 성립될 가능성이 크다는 사실을 보이고자 하였다. 왜냐 하면, 불법방해원리를 제대로 활용하기 위해 실제로 필요한 정보량은 흔히 생각하는 것보다 크게 줄일 수 있기 때문이다. 모든 소송에서 평균 1개의 변수만에 대해 법원이 정교하고 객관적 수치를 찾아 내면 된다. 나머지는 정보에 있어서는 절대적으로 비교우위를 갖고 있는 원·피고 각자가 결정함으로써 소망스런 판결을 내릴 수 있음을 확인하였다.

특정 재산권에 대한 갈등이 발생했을 때 법경제학에서 거의 언제나 대두되는 ‘양 당사자가 주장하는 가치(즉, 앞절의  $V$ 와  $H$ )의 법원에 의한 상호비교’가 불법방해원리에서는 필요 없다. 당사자간(inter-party) 비교를 할 때 언제나 논쟁이 되는 가치주관성의 인정문제, 그리고 그에 연관된 상호반론·이의제기 등으로부터 법원이 상당히 자유로울 수 있다. 그러므로 주관적 가치를 법원이 직접 측정해야 할 필요성을 극소화하고, 당사자내(intra-party) 비교에 의존함으로써 해당 분쟁 및 법원에 관련된 자원배분의 효율성이 확보된다. 소송초기 순서보고에 있어서 뿐만 아니라 법원의 최종판결 시점에서 원·피고 각각의 유인부합성을 최대한 활용할 수 있기 때문이다. 특히 법원은 앞절의  $H$  또는  $A_b$ 만을 측정하면 된다는 本稿의 결론은 원고관련변수의 측정에 대체로 비교우위가 있고, 또 높일 수 있다는 점을 시사하는 여러 연구들의 결과에 근거할 때 더욱 고무적이라 하겠다.<sup>52)</sup>

심화되고 있는 갈등구조를 외면한 채 경제성장을 논할 수 없다. 갈등구조 속에서 경제하려는 의지는 작동될 수 없을 뿐만 아니라 설사 단기적 호황을 경험하더라도 砂上樓閣에 지나지 않는다. 특별히 불법방해 관련갈등을 私法原理를 통해 좀더 적극적으로 조정하기 위해 무엇보다 필요한 것은 법원 스스로의 다양한 준비작업들이다. 최소한 筆者의 바램으로는, 예컨대 本稿에서 소개된 불법방해원리에 스며 있는 공정성 및 경제효율성의 함의에 법관들이 익숙해지는 일부터 시작해야 할 것이다. 더불어 판결에 필요한 각 변수들의 측정능력을 제고시켜야 한다.

52) 예: Ellickson(1973, pp.736-737); Randall et al.(1989, pp.928-930); Levin(1989, pp.319-322) 등.

그리고 이를 위해서는 현재 매우 미흡한 상태인 법원자료인프라스트럭처의 구축 작업이 절실하다. 한편, 이제까지의 갈등조정이 한국에서 실제로 어떻게 이루어져 왔는지에 대한 정교한 검토는 학계의 시급한 과제이다. 물론 그 검토의 기준은 역시 공정성과 경제효율성이다. 주지하듯 이러한 체계적 실증분석에 있어서는 경제학도가 상당한 비교우위를 가질 것으로 예측된다.

### 參 考 文 獻

1. 박윤직, 『채권각론』, 박영사, 1995.
2. 김상용, 『물권법』, 법문사, 1994.
3. 김일중, “효율적인 규제방식으로의 전환을 위한 경제이론”, 『규제연구』 겨울호, 한국경제연구원, 1995, pp.4-52.
4. \_\_\_\_\_, “중소기업정책 이론: 법경제학적 접근”, 『경제학연구』 제45집 제2호, 한국경제학회, 1997a, pp.231-268.
5. \_\_\_\_\_, “갈등조정 법경제학적 일고: 불법행위법을 중심으로”, 『경제학연구』 제45집, 제3호, 한국경제학회, 1997b, pp.187-225.
6. \_\_\_\_\_, “제조물책임법의 도입에 관한 법경제학적 일고”, 『소비자학연구』 제8권 제1호, 한국소비자학회, 1997c, pp.79-100.
7. \_\_\_\_\_, “법과 경제에 관한 미국의 지적 흐름”, 『미국학』 제20집, 서울대학교, 1997d, pp.117-158.
8. \_\_\_\_\_, “불공정거래행위와 규제관할의 효율성: 공정거래법 제23조를 중심으로”, 『경제학연구』 제46집 제4호, 한국경제학회, 1998a, pp.44-86.
9. \_\_\_\_\_, “갈등조정의 규제방식: 법경제학적 접근”, 1998b, 숭실대학교 경제학과 Working Paper.
10. \_\_\_\_\_ · 장재호, “한국의 제조물책임(PL): 판례를 통한 경제적 분석”, 『경제학연구』 제46집 제2호, 한국경제학회, 1998, pp.63-94.
11. 김주수, 『채권각론(하)』, 삼영사, 1989.
12. \_\_\_\_\_, 『민법개론』, 삼영사, 1995.
13. 김준호, 『민법강의』, 법문사, 1996.
14. 김치선 편, 『영미법학 사전』, 위성문화사, 1957.
15. 박세일, 『법경제학』, 박영사, 1994.



16. 서희원, 『영미법강의』, 박영사, 1994.
17. 오대성, “미국의 민사소송에 있어서의 유지명령(Injunctions)”, 『민사재판의 제문제(하)』, 이시운박사회갑기념논문집, 박영사, 1995, pp.562-575.
18. 이기우, “상관관계와 일조·통풍방해”, 『민사법연구』 제4집, 호남민사법연구회, 1995, pp.175-206.
19. 이상도 편, 『영미법사건』, 청림출판, 1989.
20. 이상윤, 『영미법』, 박영사, 1995.
21. 이은영, 『채권각론』, 박영사, 1995.
22. \_\_\_\_\_, 『민법학강의』, 박영사, 1996.
23. Polinsky, Mitchell A., *An Introduction to Law and Economics*, 송상현, 정상조 역, 『법경제학 입문』, 경문사, 1984.
24. 高柳賢三, 末延三次 編, 『英米法辭典』, 有斐閣, 1958.
25. Benson, Bruce, Iljoong Kim, and David Rasmussen, “Reallocation of Law Enforcement Resources and the Deterrence Hypothesis: A Public Choice Perspective”, *Southern Economic Journal*, vol. 61, 1994, pp.161-168.
26. \_\_\_\_\_, “Deterrence and Public Policy: Trade-Offs in the Allocation of Police Resources”, *International Review of Law and Economics*, 1998, Vol. 18, pp.77-100.
27. Bork, Robert, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, 1993, New York: Basic Books Inc. Publishers.
28. Calabresi, Guido and Douglas Melamed, “Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral”, *Harvard Law Review*, 1972, Vol. 85, pp.1089-1128.
29. Coase, Ronald, “The Problem of Social Cost”, *Journal of Law and Economics*, 1960, Vol. 3, pp.1-44.
30. Coleman, Jules, “Corrective Justice and Wrongful Gains”, *Journal of Legal Studies*, 1982, Vol. 11, pp.421-440.
31. \_\_\_\_\_, “The Practice of Corrective Justice”, *Arizona Law Review*, 1995, Vol. 37, pp.15-31.
32. Craswell, Richard, “Property Rules and Liability Rules in

- Unconscionability and Related Doctrines", *University of Chicago Law Review*, 1993, Vol. 60, pp.1-65.
33. Ellickson, Robert, "Alternatives to Zoning: Covenants, Nuisance Rules, and Fines as Land Use Controls", *University of Chicago Law Review*, 1973, Vol.40, pp.681-756.
34. \_\_\_\_\_, *Order without Law: How Neighbors Settle Disputes*, 1991, Cambridge: Harvard University Press.
35. Epstein, Richard, "Nuisance Law: Corrective Justice and Its Utilitarian Constraints", *Journal of Legal Studies*, Vol. 8, 1979, pp.49-102.
36. \_\_\_\_\_, *Bargaining with the State*, 1993a, Princeton: Princeton University Press.
37. \_\_\_\_\_, "Holdouts, Externalities, and the Single Owner: One More Salute to Ronald Coase", *Journal of Law and Economics*, Vol. 36, 1993b, pp.553-586.
38. Fletcher, George, "Fairness and Utility in Tort Theory", *Harvard Law Review*, Vol. 85, 1972, pp.83-134.
39. Kaplow, Louis and Steven Shavell, "Property Rules versus Liability Rules: An Economic Analysis" *Harvard Law Review* Vol. 109

pp.713-790.

40. Keeton, Page *et al.*, *Prosser and Keeton on the Law of Torts* (5th ed.), 1984, Paul: West Publishing Co.
41. Kim, Iljoong, "An Econometric Study on the Deterrent Impact of Probation: Correcting Selection and Censoring Biases", *Evaluation Review*, Vol. 18, 1994, pp.389-410.
42. Krier, James and Stewart Schwab, "Property Rules and Liability Rules: The Cathedral in Another Light", *New York University Law Review*, Vol. 70, 1995, pp.440-483.
43. Landes, William and Richard Posner, *The Economic Structure of Tort Law*, 1987, Cambridge: Harvard University Press.

*Reform*, Vol. 1989, 22, pp.303-332.

45. Lewin, Jeff, "Boomer and the American Law of Nuisance: Past, Present, and Future", *Albany Law Review*, Vol. 54, 1990, pp.189-299.
46. Michelman, Frank, "Book Review: Pollution as a Tort: A Non-Accidental Perspective on Calabresi's Costs" *Yale Law Journal* Vol.

80, 1971, pp.647-686.

47. Polinsky, Mitchell, "Controlling Externalities and Protecting Entitlements: Property Right, Liability Rule, and Tax-Subsidy Approaches", *Journal of Legal Studies*, Vol. 8, 1979, pp.1-48.
48. \_\_\_\_\_, "Resolving Nuisance Disputes: The Simple Economics of Injunctive and Damage Remedies", *Stanford Law Review*, Vol. 32, 1980, pp.1075-1112.
49. Posner, Richard, *Economic Analysis of Law* (4th ed.), 1992, Boston: Little, Brown, and Company.
50. Rabin, Edward, "Nuisance Law: Rethinking Fundamental Assumptions", *Virginia Law Review*, Vol. 63, 1977, pp.1299-1348.
51. Randall, Bovberg, Frank Sloan, and James Blumstein, "Valuing Life and Limb in Tort: Scheduling 'Pain and Suffering'", *Northwestern University Law Review*, Vol. 83, 1989, pp.908-956.
52. Shavell, Steven, "Liability for Harm Versus Regulation of Safety", *Journal of Legal Studies*, Vol. 13, 1984, pp.357-374.
53. \_\_\_\_\_, "The Optimal Structure of Law Enforcement", *Journal of Law and Economics*, Vol. 36, 1993, pp.255-287.
54. Umbeck, J., "Might Makes Right: A Theory of the Foundation and Initial Distribution of Property Rights", *Economic Inquiry*, Vol. 19, 1981, pp.38-58.
55. Wittman, Donald, "First Come, First Served: An Economic Analysis of 'Coming to the Nuisance'" *Journal of Legal Studies*, Vol. 9, 1980,