

美國에서의 法經濟學의 研究動向

朴 世 逸*

1. 序

法學과 經濟學의 學際的 領域인 法과 經濟(law & economics) 혹은 法經濟學(lex economics, economics of law)은 1960年 初부터 특히 美國을 中心으로 急速히 發展해 오고 있고, 오늘날에는 美國法學의 中心의 方法論의 하나로 서서히 定着되고 있다. 美國의 法科大學에서는 이 分野에 대한 研究가 대단히 활발할 뿐 아니라 實定法教育에 具體化하는 試圖도 보이고 있다. 이미 美國의 有名 法科大學에서는 法經濟學 講座가 開設된지 오래며 必須科目化한 경우도 있다. (1) 1983年 美國 Law School協會 總會의 諸報告書에서도 드러난 바와 같이 美國의 法學研究 및 教育에 法經濟學이 주고 있는 影響, 波紋은 realism法學과 比較될 정도에 이르고 있는 듯하다. (2)

英國의 경우 法經濟學研究는 특히 Oxford大學의 Center for Socio-legal Studies가 中心이 되어 擴大돼 오고 있으며, (3) 가까운 日本의 경우도 美國과 比較하면 約 10年 정도의 時差

*서울대학교 法科大學 講師, 韓國開發研究院 研究委員

- (1) Harvard, Yale, Chicago, Cornell, UCLA Columbia 등 有名 法대에 law and economics 講座가 開設되고 Miami大學에 Law & Economic Center가 設立된지는 이미 오래다. 最近에 특히 Stanford 法대의 法經濟學分野의 擴充努力은 括目할 만하다. 1976年 Charles J. Meyers 教授가 學長으로 취임한 이후 法經濟學分野가 크게 伸長되어 法經濟學入門(introduction to law & economics)이 法大 1年生의 必須科目化하였고, 2學年과 3學年에게도 法經濟學講座를 크게 擴充하여 反獨占法, 法曹人을 위한 經濟學, 租稅政策, 環境法, 金融關聯法, 財產法の 經濟分野, 國際契約法, 不法行爲論 등을 가르치고 있다. 學長自身도 資源 및 財產法の 經濟分析을 가르칠 뿐만 아니라 專任教授만도 最近 Harvard大學에서 온 Mitchell Polinsky外에 Thomas Heller, Thomas Jackson, James Krier, Mark Kelman, John Barton, Lawrence Friedman, Robert Rabin 등 많은 優秀學者가 있어 法經濟學所屬教授陣을 形成하고 있다. 學校에 따라서는 法大와 經濟學科가 共同프로그램을 開發하고 있는 경우도 있으나, 예컨대 UCLA의 法大에서는 Daniel Rubinfeld와 Robert D. Cooter教授가 法經濟學을 담당하고 있고, 經濟學科에서는 Werner Hirsch教授가 別途로 法經濟學科目을 가르치고 있는 것처럼, 獨自으로 運營하고 있는 경우도 보인다.
- (2) 1983年 總會의 題마는 「美國法學一方向과 턴레마」였고, 이때 報告된 諸研究에는 法の 經濟分析이 美國法學에 크게 影響을 주고 있음을 보이고 있다. J.P. Dawson, "Legal Realism & Legal Scholarship." 33 *Journal of Legal Education* 406(1983) 參照.
- (3) 英國에서의 法經濟學 研究實績 및 水準을 볼 수 있는 冊으로서는 P. Burrow & C.G. Veljanovski (ed.) *The Economic Approach to Law*, Butterworths (1981)와 R. Bowles, *Law & the Economy*, Martin Robertson (1982)를 參照.

는 있으나, 1970年代에 들어오면서 法經濟學의 研究가 急速度로 活潑해지고 있다.⁽⁴⁾

많은 뛰어난 法學者, 經濟學者들에 의해 훌륭한 研究實績이 나타남에 따라 既存의 有名 法學지널에 法經濟學 研究論文이 急増하고 있을 뿐 아니라 法經濟 專門지널도 새로이 속속 出刊되고 있다. 1960年 Journal of Law and Economics가 創刊된 이래, 계속하여 1972年 Journal of Legal Studies가 이 分野의 專門誌로 登場하였고, 英國에서도 International Review of Law and Economics가 나오고 있으며, 最近에는 Supreme Court Economic Review가 Emory大學의 Law and Economic Center에서 創刊되었다. 물론 이러한 法經濟學의 急速한 發展에 隨伴하여 그 研究方法·性格등에 대한 批判이 아주 없는 것은 아니나,⁽⁵⁾ 이미 美國의 法大에서 法經濟學講座가 擴大一路에 있음에 따라 專門雜誌에의 研究論文寄稿 뿐만 아니라 法經濟學 教科書의 出版도 크게 增加하고 있다.

代表的인 것을 몇가지 들면, Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, Little Brown & Co. (2nd ed., 1977), Werner Hirsch, *Law & Economics: An Introductory Analysis*, Academic Press (1979), P. Burrows & C.G. Veljanovski, *The Economic Approach to Law*, Butterworths (1981), J.M. Oliver, *Law & Economics*, George Allen & Unwin (1979), R. Bowles, *Law & the Economy*, Martin Robertson (1982), H. Manne, *The Economics of Legal Relationship*, West Publishing Co. (1975), M. Polinsky, *An Introduction to Law & Economics*, Little Brown & Co. (1983) 등이 있다.⁽⁶⁾

(4) 日本에서의 1970年代 前半의 法과 經濟, 法經濟學 研究成果는 季刊『現代經濟』, 76年 가을號, No. 24에 실린「法と經濟」特集을 보면 一應 概觀이 可能하다. 70年代 後半의 研究結果는 부분적으로 平井宜雄教授의『現代不法行爲理論の一展望』, 一粒社(1980), 浜田宏一教授의『損害賠償의 經濟分析』, 東大出版社(1977) 등을 參考. 본래 獨占禁止法 등의 經濟法 및 勞動法分野에서 法과 經濟의 學際的 研究는 日本의 경우 오랜 歷史와 많은 研究實績을 가지고 있다. 다만 美國에서 60年代 初 以來 活潑하게 대두된 소위 新 法經濟學(new law & economics)의 接近方法이 紹介·發展되게 된 것은 70年代 以後라고 봄이 妥當한 바, 특히 東大의 平井宜雄, 浜田宏一, 一橋大의 宮澤健一教授등의 先導的 研究가 큰 寄與를 했다고 보여진다. 最近 美國의 法經濟學動向에 관한 日本 學界에의 紹介는 小林秀之, 「民事訴訟의 經濟分析(上, 下)」, 判例タイムズ 501號, 502號(1983)가 가장 포괄적, 체계적이라고 생각된다. 특히 法經濟學研究에 獨創的이고 새로운 次元을 開拓해 보려고 努力한 平井宜雄, 「法政策學序說(1~9)」, 『ジュリスト』 613號~622號(1976)의 學問的 業績은 높이 評價되어야 할 것이다.

(5) A.A. Leff, "Economic Analysis of Law: Some Realism about Nominalism," 60 *Virginia Law Review* 451~482 (1974). 자세한 것은 後述.

(6) 그 以外에도 部門別 教材로서 W.S. Bowman Jr. *Patent & Antitrust law: A legal and Economic Appraisal*, University of Chicago Press (1973). A.T. Kronman & R.A. Posner, *The Economics of Contract law*, Little Brown (1979) G. Galebres, *The Costs of Accidents: A legal & Economic Analysis*, Yale Uni. Press (1970) K.S. Rosen, *Law & Inflation* Uni. of Pennsylvania Press(1982), B. A Ackerman, *Economic Foundations of Property law*, little Brown(1975) G.S, Becker & W.M. Landes *Essays in the Economics of Crime & Punishment*, NBER (1974) T. Calvani & J. Siegfried, *Economic Analysis and Antitrust Law*, Little Brown (1979) G. Tullock, *The logic of the law*, Basic Books (1971) 등이 있으며, 위의 教材 中 몇몇 重要書籍들의 特徵에 대한 有益한 說明은 R. Cooter, "Law & the Imperialism: An Introduction to the Economic Analysis of Law & a Review of the Major Books," 29 *UCLA Law Reviews* 1258 (1982)을 参照.

우리나라에서는 不幸히도 法經濟學分野가 아직 體系的으로 導入·研究되어 있지 못한 實情이나, 앞으로 法學의 發展, 특히 政策指向型 法學의 開發에 있어 寄與할 餘地가 큰 學問分野이므로, 보다 積極인 導入과 研究開發이 要請된다 하겠다. 本稿는 이러한 方向으로의 조그만 努力의 하나로서 우선 法經濟學分野에 대한 美國의 研究動向을 紹介하는 것을 目的으로 하고 있다. 그러나 그동안의 방대한 研究蓄積을 制限된 紙面에 體系的으로 紹介·評價하는 것은 쉬운 일은 아니다. 따라서 本稿는 그동안의 法經濟學의 發達史를 간단히 一瞥하고, 最近 활발한 연구가 진행중인 몇몇 研究領域을 뽑아 그 分野의 研究實績, 方法論의 特色, 主要課題 등을 選別的으로 紹介함으로써 美國의 法經濟學 研究動向을 鳥瞰하는 것으로 그치려 한다.

2. 法經濟學의 生成背景 및 歷史

法과 經濟의 相互依存關係에 대한 認識은 이미 A. Smith(1759)를 中心으로 하는 18世紀 스코틀랜드 社會思想의 特徵의 하나였다. 18世紀 스코틀랜드 社會思想은 利己心에 따라 行動하는 經濟人들의 相互行爲의 集積이 하나의 秩序를 形成하기 위해서는 一般的 慣習의 顯現으로서의 法이 그 前提가 됨을 主張하였고,⁽⁷⁾ 이 法과 經濟의 相互依存關係를 認識하는 것은 近代社會科學 草創期에는 하나의 絶對的 條件이었다. 그 以後 Beccaria-Bonesara(1764), Bentham(1789), Marx(1867) 등의 研究에서도 이 兩者의 相互關係에 대한 研究는 持續되어 왔으나,⁽⁸⁾ 19世紀의 社會科學의 一般動向은 法學과 經濟學이라고 하는 두개의 自己完結的인 專門社會科學으로서의 解體가 그 中心의 特徵이었다고 봄이 妥當할 것이다. 今世紀 初에도 美國의 制度學派인 Commons(1920)의 研究등에서 法과 經濟의 相互依存關係에 대한 認識이 다시 크게 強調되었고,⁽⁹⁾ Hayek에 의해 18世紀 스코틀랜드 社會思想의 再生 努力도 꾸준히 있었다.⁽¹⁰⁾

그러나 적어도 1920年代부터 1950年代末까지는 法經濟學은 비교적 沈滯期였다고 보여진다. 물론 이 期間 中에도 法律이 經濟活動에 대한 直接規制를 目的으로 하는 各種 社會·經濟法分野에서는 法學과 經濟學의 學際的 研究는 꾸준히 있어 왔다. 예컨대 獨占禁止法, 勞

(7) Adam Smith, *The Theory of Moral Sentiments* (1759), Liberty Classics (1969).

(8) L. Beccaria-Bonesara, *An Essay in Crime & Punishment* (1764), Oceania Pub. (1958).

J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals & Legislation* (1789), Clarendon Press (1892).

K. Marx, *Capital* (1867), Dent (1962).

(9) J.R. Commons, *Legal Foundations of Capitalism*, Macmillan (1924).

J.R. Commons, *Institutional Economics*, Macmillan (1934).

J.R. Commons, "Law & Economics," 34 *Yale Law Review* 4 (1935).

J.R. Commons, "The Problems of Correlating Law, Economics, & Ethics," 8 *Wisconsin Law Review* 1 (1932).

(10) F.A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty* 1973, 1976, 1979, Uni. of Chicago Press. 參照.

動法, 公企業法, 貿易法, 産業政策關聯諸法 등 分野에서의 法經濟學의 研究등을 들 수 있다. 一般的으로 이 分野는 舊法經濟學(old law & economics, old lex economics)이라고 불리워진다. 이들 社會經濟立法에 대한 研究를 위해서는 이들 諸立法의 必要性, 成立背景, 그 政策效果등에 대한 經濟學의 理解와 分析이 必須不可缺했던 것은 勿論이다. 그러나 이 舊法經濟學은 社會經濟法分野를 넘어서 法學의 固有領域이라고 할 수 있는 民事·刑事·訴訟 節次法分野에 대한 研究까지는 擴大되지 아니하였다.

그러한 상태에 있던 法과 經濟의 學際的 研究는 1950年代 末과 60年代 初에 걸쳐 새로운 轉機를 맞이하게 되었다. 특히 Yale大學의 Guido Calabresi의 不法行爲(tort)에 대한 研究(1961)와 Chicago大學의 Ronald Coase의 社會的 費用(social cost)에 대한 研究(1960), 그리고 Alchian(1961)과 Demsetz(1969)의 財產權(property right)에 대한 研究가 소위 60年代 以後의 新法經濟學(new law & economics, new lex economics)의 登場에 決定的 役割을 하게 되었다.⁽¹¹⁾ Coase는 財產權이나 損害賠償責任을 어떻게 配分하는 것이 바람직한가를 經濟理論의 틀로써 分析하여 後述할 Coase定理을 導出하였으며 Calabresi는 不法行爲, 특히 自動車事故로 인한 社會的 費用을 減少시키기 위해 어떠한 損害賠償規則(rule)을 적용하여야 하는가에 대해 厚生經濟學의 手法를 使用하여 接近하였다. 또 Demsetz 등은 財產權 構造(私有, 公有 등)의 經濟的 機能을 밝힘과 동시에, 經濟의 論理로써 財產權 構造의 長期發展을 說明함으로써, 效率(efficiency)과 公平(equity)을 동시에 滿足시킬 수 있는 財產權 構造가 무엇인가 하는 문제를 追求하고 있다.

新法經濟學을 舊法經濟學과는 그 分析方法의 數理性·緻密性에서 뿐만 아니라 특히 그 研究主題·領域에서 큰 差異를 보이고 있다. 즉 舊法經濟學은 經濟現象을 直接規制하는 法領域인 社會·經濟法에 研究對象을 限定하여 왔음에 반하여, 新法經濟學은 그 범위를 훨씬 넓혀 從來 法學의 獨自領域이라고 본 民事法, 刑事法, 訴訟制度, 家族法 등의 領域까지 그 研究對象을 넓혀오고 있다. 이러한 擴大背景에는 上記한 先驅的 研究들의 影響이 決定的이었던 것은 事實이나, 동시에 Chicago大學의 G. Becker教授등에 의해 꾸준히 試圖되어 왔던 “經濟理論의 非經濟的 社會現象에의 適用”의 寄與도 컸음을 指摘해야 할 것이다. 그는 犯罪·人種差別·家族關係 등의 非市場의 行爲에의 價格理論의 適用可能性을 主張하여 왔고, 刑事法·刑事訴訟法에 대한 經濟分析의 길을 열어 놓았다 하겠다.⁽¹²⁾

(11) G. Calabresi, "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts," 70 *Yale Law Journal* 4 (1961).

R.H. Coase, "The Problem of Social Cost," 3 *Journal of Law & Economics* 1 (1960).

A.A. Alchian, "Some Economics of Property Rights," *Rand Paper* No. 2361, Rand Corporation.

H. Demsetz, "Toward a Theory of Property Rights," *American Economic Review* (Papers & Proceedings) 57, No. 2 (1969).

(12) G.S. Becker, *The Economics of Discrimination*, Uni. of Chicago Press (1957).

G.S. Becker, "Crime and Punishment: An Economic Approach," *Journal of Political Economy*

法經濟學의 研究對象과 研究實績에 대한 紹介는 다음 章에서 論하겠으나 우선 主要 研究分野를 大別하여 보면,

첫째, 法經濟學은 法規範이 經濟에 미치는 影響 및 意義를 研究·分析함으로써 立法論과 解釋論에 共히 寄與하려 하고 있다. 法과 司法制度는 社會에 있어서 利害對立·紛爭을 解決하기 위한 手段體系로 볼 수 있으며, 經濟的 利害對立·紛爭은 가장 基本的인 利害對立·紛爭 중의 하나이다. 經濟的 紛爭이 發生한 後의 法的 解決은 當事者의 利害調節과 被害者의 保護에 큰 役割을 하나, 동시에 成文法과 判例法의 內容은 紛爭發生 以前의 經濟活動에도 큰 影響을 미친다. 따라서 立法論과 解釋論에 있어 法이 經濟에 미치는 이러한 影響에 대한 充分한 理解 및 研究가 반드시 必要하게 된다(損害賠償制度, 契約法, 會社法 등).

둘째, 法經濟學은 經濟의 論理가 法規範의 生成·變化·發展에 미치는 影響을 研究·分析함으로써 法規範의 內在的 發展論理에 대한 理解를 높일 뿐만 아니라, 法政策學의 觀點에서도, 埃컨대 效率과 公平을 同時에 達成할 수 있는 法規範의 內容 및 바람직한 모습은 무엇인가를 研究한다(所有權制度, 土地의 公概念, 憲法 등).

셋째, 法經濟學은 法의 目的과 法의 手段間의 因果關係의 存否, 특히 法의 事實的 實效性 與否를 分析·研究한다. 經濟學 특히 近代經濟學은 制限된 資源(手段)을 使用하여 一定 目標을 達成하기 위한 合理的 選擇을 研究하는 學問으로 發展해 왔다. 따라서 이러한 近代 經濟學의 方法論을 利用하여 犯罪등의 刑事問題 一般에 대한 分析 뿐 아니라, 諸強行規範에 있어 과연 法의 目的이 얼마나 有效하게 實現되고 있으며, 現在의 法의 手段 및 體系는 과연 效率的 手段인가 등을 分析한다(司法·裁判制度, 刑法, 訴訟節次法 등).

네째, 法經濟學은 經濟活動에 대한 直接規制를 目的으로 하는 各種 社會·經濟法研究에 있어 그 基礎的 經濟理論을 研究·提供한다. 修正資本主義段階에 들어간 오늘날의 經濟活動에 대한 直接規制를 목표로 하는 各種 社會·經濟法이 增大하고 있다(獨占禁止法, 勞動法, 公企業法, 產業政策關聯法 등). 이러한 증대하는 社會·經濟法의 必要性 및 成立背景에 대한 充分한 經濟學的 理解와 分析은 이러한 社會·經濟法에 대한 研究에 必須不可缺한 重要部分이 되고 있다.

以上 간단히 法經濟學의 研究分野를 鳥瞰하였는 바, 위에서 네째의 領域은 舊 法經濟學의 領域이고 나머지는 60年代 初부터 發展해 오고 있는 新 法經濟學의 領域이라 하겠다.

다음은 60年代 以後 新 法經濟學의 研究에서 나타나는 方法論上 몇가지 特徵의 흐름을 一瞥하도록 하자.

첫째의 傾向은 現代經濟學의 主流인 新古典派 學者들에 의한(그 중에서도 Chicago學派가 가장 先頭를 달리고 있지만) 法律·諸制度의 價格理論을 利用한 分析이다. 法·制度의 變遷을

經濟內的, 즉 價格 메카니즘의 論理로써 說明하러 한다. 換言하면 市場의 成立, 貨幣의 導入, 小作形態의 變化, 所有權의 成立, 金融機關의 發達등의 制度의 發展을 보다 效率의인 資源配分을 위한 契機로서 본다. 또한 예컨대 財貨에 대한 排他的 支配 및 處分의 權利를 內容으로 하는 近代 所有權思想의 發達도 共有보다는 私有的 形態가 社會生活에 있어서 더욱 去來費用을 節약하고 그 生産性을 높이기 때문에 可能했다고 主張한다.

둘째는 數理經濟學에 있어서의 不確實性의 經濟學(economics of uncertainty)을 法律研究에 適用하려는 傾向을 들 수 있다. 不確實性下의 合理的 行動의 研究는 특히 K.J. Arrow에 의해 크게 발전해 오고 있는 바,⁽¹³⁾ 이를 바탕으로 危險을 社會的으로 풀(pool)하여 分散시키는 保險制度의 資源配分上의 意義나, 株式·保險證券와 같은 條件附證券의 意義등을 分析, 그 結果를 實際紛爭問題 解決에 具體的으로 適用하려고 시도하고 있다. 또한 損害賠償制度 中에서도 特定行爲가 蓋然性 내지 一定 確率을 가지고 損害를 發生시키는 경우, 소위 蓋然的 因果關係問題의 연구에도 不確實性의 經濟學이 많이 利用되고 있다.

셋째는 公共選擇의 理論(public choice theory)과 財產權的 接近의 理論(property rights approach)이 發展됨에 따라 法律·諸制度의 研究에 이들 理論의 適用·擴大傾向을 들 수 있다. 公共選擇의 理論은 公共部門, 특히 政府의 意思決定過程에 대한 經濟分析을 目標로 하고 있어, 그 過程에서 法律 및 制度와 人間의 相互關係를 다루게 되었으며, 財產權的 接近의 理論은, 從來 近代經濟學이 財產權 構造라는 일종의 法律制度를 하나의 所與의 條件(given condition)으로 보아 分析을 回避하던 것을, 財產權構造의 可變性을 前提로 近代經濟學을 새롭게 再構成하여(즉 財產權 構造의 特徵 및 그 變化를 포함한 生産·交換理論), 法律·制度 一般의 分析과 法制度가 가지고 있는 經濟的 意味·機能 一般에 대한 分析을 試圖하고 있다.⁽¹⁴⁾

以上 概略的으로 法經濟學의 生成背景 및 歷史와 主要 關心分野, 方法論上의 主要傾向등을 간단히 살펴 보았다. 다음은 法經濟學의 研究分野를 몇가지 選別하여 主要 研究對象·主題·實績등을 紹介하기로 한다.

3. 法經濟學의 主要 研究領域

(1) 反트러스트法과 勞動法 分野⁽¹⁵⁾

反트러스트法(antitrust law)을 중심으로 하는 經濟法分野와 勞動法分野는 특히 舊 法經濟學(old law & economics)의 主要 研究領域이었으며 그동안 많은 研究가 蓄積돼 왔다. 본

(13) K.J. Arrow, *Essays in the Theory of Risk Bearing*. Markham (1971).

(14) 方法論上의 傾向에 대한 詳論은 紙面關係上 여기서는 避하기로 하고 別途의 機會에 論하기로 한다. 다만 第3章 以後를 一讀하면 法經濟學의 方法論의 特徵의 一端은 어느 정도 理解되리라 본다.

(15) 이 分野의 研究는 舊 法經濟學의 歷史가 오랜 것을 反映, 그 蓄積이 많다. 따라서 여기서 소개하는 論文은 例示에 불과함을 밝힌다.

稿에서는 이들 分野에서 어떠한 研究 테마가 주로 關心을 끌어왔으며, 主要 研究成果에는 어떠한 것들이 있는가를 간단히 살펴보도록 한다.

우선 反트러스트法에 대한 法經濟學的 研究는 그 關心테마가 아래와 같은 몇가지 部門으로 나누어져 왔다. 첫째는 反트러스트法の 立法目的 내지 存在理由에 대한 經濟學的 解明의 試圖이다. 獨占의 存在가 社會厚生의 減少(social welfare loss)를 어떻게, 왜 結果하는가를 설명함으로써, 反트러스트法을 통하여 經濟的 效率性(특히 配分上의 效率性)을 提高하면 消費者의 厚生이 增大한다는 사실에서 反트러스트法の의 存在理由 내지 社會·經濟的 機能을 찾으려 한다.⁽¹⁶⁾ 나아가 獨占利潤은 과연 어떻게 發生하고, 그 利潤發生時 負擔은 누가 지며, 얻는 者와 잃는 者는 누구인가, 이것은 社會全般的 資源配分의 效率性 및 衡平性 提高問題와 어떻게 連관되는가 등이 研究테마가 된다. 또한 企業結合과 소위 規模의 利益(economy of scale) 내지 不利益과의 關係도 주요 관심대상 이 되고 있다.⁽¹⁷⁾

둘째는 反트러스트法에서 이야기하는 소위 「同種 혹은 類似商品(用役 포함)市場」(relevant market)과 「市場支配力」(monopoly power)에 대한 概念定義를 위한 經濟分析이다. 市場支配의 地位란 무엇인가? 또 이를 定義하기 위해서 論理的으로 先行하여 定義되어야 할 市場이란 무엇인가? 同種 혹은 類似商品을 어떻게 定義하여야 經濟的으로 有意味한 市場定義가 되는가? 또한 市場支配力の 存否를 市場占有率의 統計的 크기로 判斷해서 充分한가? 등이 主要 研究테마가 되고 있다.⁽¹⁸⁾

셋째, 反트러스트法の의 規制對象의 하나인 共同行爲(cartel)의 特徵과 行態에 대한 研究이다. 企業의 立場에서 볼 때 어떠한 誘因들이 共同行爲으로 이끌고(특히 共同價格維持), 어떠한 경우 共同行爲은 自體互解의 誘因을 가지는가 등이 研究課題이다.⁽¹⁹⁾

- (16) 물론 經濟的 效率性의 提高만이 反트러스트法の의 目的일 수는 없고, 論者에 따라 衡平(equity), 企業倫理(business ethics), 政治的 影響力防止 등에서도 反트러스트法の의 立法趣旨를 찾을 수 있다. 그러나 反트러스트法이 經濟的 效率性을 提高시켜 社會的 厚生增大에 기여한다는 사실은 누구도 否定할 수 없을 것이다.
- (17) Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Little Brown & Co. (2nd ed., 1977), R.A. Posner, *Antitrust Law: An Economic Perspective*, Uni. of Chicago Press (1976)은 이 分野에 대한 좋은 概說書임. D.R. Kamerschen, "The Economic Effects of Monopoly: A Lawyer's Guide to Antitrust Economics," 27 *Mercer Law Review* 1061 (1976), O. Williamson, "Economics as an Antitrust Defense Revisited," 125 *Uni. of Pennsylvania Law Review* 699-736(1977) 參照.
- (18) Needham, *Economic Analysis & Industrial Structure*, Holt, Rinehart & Winston Inc. (1969), F.M. Scherer, *Industrial Market Structure & Economic Performance*, Rand McNally College Pub. Co. (1970), Eugene M. Singer, *Antitrust Economics: Selected Legal Cases & Economic Models*, Prentice-Hall Inc. (1968) 등 參照. 특히 Singer의 冊은 소위 獨占力, 市場支配力을 測定하는 諸方法 및 指標에 대한 有益한 說明이 포함되어 있음.
- (19) J. Stigler, "A Theory of Oligopoly," 72 *Journal of Political Economy* 44-61 (1964), R.A. Posner, "Oligopoly & the Antitrust Laws: A Suggested Approach," 21 *Stanford Law Review* 1562 (1969), Asch & J.J. Seneca, "Is Collusion Profitable?" *Review of Economics & Statistics* 58 (1976) 등 參照.

네째, 競爭制限(排除)行爲(exclusionary practices)인 低價政策(predatory pricing), 不公正條件附行爲(tying arrangements), 垂直結合(vertical integration) 등에 대한 研究이다. 과연 競爭排除를 위한 一時的 低價政策은 存在하는가? 그렇다면 이의 存在를 確定지을 수 있는 法律的 基準(legal criteria)은 무엇인가? 條件附去來行爲와 垂直結合은 왜 社會的 厚生の 極大化란 観点에서 有害한가? 오늘날과 같이 生産이 多段階化하여 갈 때 有害한 垂直結合의 存否를 判斷하는 基準은 무엇인가? 나아가 競爭制限行爲를 論함에 있어서 소위 潛在的 競爭者(potential competitor)는 어떻게 定義되어야 하는가? 등에 대한 研究가 主要 關心對象이다.⁽²⁰⁾

다섯째, 實際 反트러스트法の 執行의 有效性(effectiveness)에 대한 研究이다. 現在의 法的 規制는 과연 有效한가? 그 有效性 與否는 法 自體의 問題와 관련되어 있는가 아니면 法執行節次·機構의 問題와 관련되어 있는가? 어떻게 하면 주어진 資源을 가지고 가장 效果的으로 執行(enforcement)이 가능한가 등이 主關心分野이다.⁽²¹⁾

다음, 勞動法分野에서의 法經濟學的 研究는 主로 勞動經濟學者들(labor economists)에 의해서 遂行되어 왔다. 勞動經濟는 본래 他經濟分野보다 比較적 法制度의 影響이 크게 작용하는 分野이다. 따라서 勞動經濟學者들도 자연 法制度에 대한 分析과 體系의 理解가 필요하게 되어, 經濟學의 他分野보다 法과 制度에 대한 關心이 일찍부터 크지 않을 수 없었다. 이 分野의 研究는 主로 既存 法律制度 혹은 勞動政策의 經濟的 效果 내지는 經濟的 結果(economic consequence)를 評價하는데 集中되어 있다. 主要 關心分野를 보면 最低賃金制(minimum wage law), 性差別禁止法(Title VII of Civil Right Act of 1964), 失業保險制(unemployment insurance), 勞動組合法, 産災防止法(Industrial Safety Act) 등을 들 수 있는 바, 여기서는 그 중 몇가지 태나만 選擇하여 研究關心과 實績들을 간략히 소개하기로 한다.

첫째, 1938年 Fair Labor Standard Act에 의해 최초로 最低賃金制가 導入된 이래 最低賃金制의 經濟的 效果에 대한 많은 研究가 있어 왔다. 특히 關心은 最低賃金制가 과연 低賃金 勤勞者들에게 有利한 制度인가? 혹시 賃金은 引上시키나 雇傭機會 減少를 結果하지나 않는가? 만일 雇傭에 대한 負的 效果가 있다면 그것은 年齡·性·人種別로 어떻게 다르게 나타나는가? 最低賃金率을 높이면 혹시 附加給與(fringe benefit)를 낮추는 效果가 생기지

(20) P. Areeda & D. Turner, "Predatory Pricing & Related Practices under Section 2 of the Sherman Act," 88 *Harvard Law Review* 697 (1975), R. Markovitz, "Tie-ins, Reciprocity & the Leverage Theory," 76 *Yale Law Journal* 80 (1967), 垂直結合에 대한 survey article로서는 David Kaserman, "Theories of Vertical Integration: Implications for Antitrust Policy," *Antitrust Bulletin* No. 3, Vol. XXIII(1978).

(21) H.M. Mann & J.M. Meehan Jr., "Policy Planning for Antitrust Activities: Present Status & Future Prospects," in *The Antitrust Dilemma* edited by J.A. Dalton and S.L. Levin, Lexington Books (1974).

않을까? 最低賃金制가 適用되는 產業과 適用되지 않는 產業 각각에 증사하는 勤勞者들에게 어떠한 相異한 經濟的 效果를 結果하는가? 그 制度는 과연 잘 지켜지고 있는가? 등이 研究의 焦點이었다. (22)

둘째, 勞動組合과 관련하여, 勞組는 團體交涉過程에서 과연 무엇을 極大化하려고 努力하는가? 團體交涉過程에서 勞組의 讓步率과 企業主의 讓步率을 決定하는 要因은 무엇인가? 產業別·地域別·時期別로 勞組組織率이 相異한데 이를 決定하는 要因은? 勞組의 存在는 과연 賃金を 引上시키는 效果가 있는가? 勞組의 生産性 增大에 대한 寄與度는 어느 정도인가? 등에 관련 研究였다. (23)

셋째, 1964년의 Title VII of the Civil Right Act에 의해 人種·性등에 基礎한 雇傭 및 賃金差別을 禁하여 왔으며, 1965년부터는 Office of Federal Contract-Compliance Program (OFCCP)에 의해 聯邦政府의 受注業體는 一定 比率 以上の 女性과 黑人등 少數人種을 雇傭 托로 強制해 오고 있는데, 그 이후 이들 法制度의 政策效果에 대한, 즉 實效性에 대한 研究가 勞動經濟學者들의 主要 關心分野의 하나가 되었다. 換言하면 과연 이러한 立法政策이 有效했던가? 아니라면 그 理由는 法制度 自體에 있는가 아니면 執行上의 問題인가? 등에 관련 研究가 蓄積되어 왔다. (24)

그 以外에도 超過賃金率(overtime rate)이 雇傭에 미치는 效果는 무엇인가? 産災率을 낮추기 위한 最適政策手段은 補償水準을 높이고 企業負擔을 올리는 것인가? 아니면 企業의 産災防止投資의 增大와 勤勞者의 注意努力을 同時에 提高시키는 政策手段(예, 産災稅: injury tax)은 없는가? 등의 분야에서 研究가 進行되어 오고 있다. (25)

(22) Jacob Mincer, "Unemployment Effects of Minimum Wage Changes," *Journal of Political Economy* 84 (1976), 비교적 nontechnical하면서 主要 이유를 쉽게 정리한 冊으로는 S. Levitan & R. Belous, *More than Subsistence: Minimum Wages for the Working Poor*, Johns Hopkins Press 1979, 綜合的·體系의 研究로서는 F. Welch, *Minimum Wages: Issues & Evidence*, American Enterprise Institute (1978), 最低賃金制 執行上의 問題는 O. Ashenfelter & R. Smith, "Compliance with the Minimum Wage Law," *Journal of Political Economy* 87 (1978).

(23) 勞組의 行態에 관련 諸理論은 W. Atherton, *Theory of Union Bargaining Goals*, Princeton Uni. Press (1973), 勞組의 賃金 및 生産性效果는 R. Freeman & J. Medoff, "The Two Faces of Unionism," *Public Interest* 57(1979), 勞組의 賃金效果分析의 古典으로서는 H.G. Lewis, *Unionism & Relative Wages in U.S.: An Empirical Inquiry*, Uni. of Chicago Press (1963), 全般的 survey로서는 C.J. Parsley, "Labor Unions & Wages: A Survey," *Journal of Economic Literature* 18 (1980).

(24) 性 및 人種差別에 대한 理論化的 試圖는 G. Becker, *The Economics of Discrimination*, Uni. of Chicago Press (1971), 反差別法 및 그 政策效果分析은 M. Goldstein & R. Smith, "The Estimated Impact of the Antidiscrimination Program aimed at Federal Contractors," *Industrial & Labor Relations Review* 29 (1976), R. Butler & J. Heckman, "The Government's Impact on the Labor Market Status of Black Americans: A Critical Review," *Equal Rights & Industrial Relations*, Industrial Relations Research Association (1977), 全般的 survey로서는 R. Marshall, "The Economics of Racial Discrimination: A Survey," *Journal of Economic Literature* 12(1974).

(25) 超過賃金率에 관련 包括的 研究는 R. Ehrenberg & P. Schuman, *Longer Hours or More Jobs*,

以上, 美國에서의 勞動法分野의 法經濟學의 研究의 主要分野를 一瞥하였으나 共通의인 것은 既存 法制度의 經濟的 效果分析이 중심이 되어 있다는 事實이다.

그런데 흥미있는 것은 日本에서의 이 分野의 最近 研究動向의 하나는 最低賃金制, 雇傭 保險制, 기타 勤勞基準法上的의 諸勤勞者保護措置, 勞動組合法등의 存在가 市場經濟體制의 不完全性을 克服하기 위해 必須不可缺한 制度的 裝置로 이해하려는 움직임이 있다는 것이다. 이는 美國의 勞動經濟學의 立場인 新古典派經濟學과는 크게 對照되는 見解로 보여진다. 본래 新古典派經濟學은 일단 勞動市場의 完全競爭性 혹은 적어도 有效競爭性(effective competitiveness)을 前提로 最低賃金制, 勞動組合法 및 勤勞基準法上 諸保護措置 등을 經濟外的인 考慮(예컨대 衡平에 대한 고려)에 基礎한 公權力의 介入으로 파악함으로써, 이상의 諸制度는 一應 勞動市場의 競爭性을 沮害하는 制度로서 理解하는 것이 一般的인 立場이다. 그런데 日本에서 「勞動法の 經濟學」을 主張하는 學者들은, 勞動市場은 勞使間 交渉上의 對等性이 確保되지 못하는 한 競爭의 일 수 없으므로 本來 不完全한 存在이고 이러한 不完全한 存在를 보다 競爭的인 市場으로 만들기 위해 勞動關係諸法이 필요하다고 본다. 換言하면 勞動法은 衡平等에 대한 經濟外的 考慮에서 나온 것이 아니라 勞動市場의 完全競爭性을 確保하기 위한 經濟內的 必要에 基礎하고 있다는 主張이다.⁽²⁶⁾ 앞으로 勞動法關係 法經濟學 研究에서 흥미있는 새로운 開拓分野라 하겠다.

(2) 不法行爲法과 事故法の 經濟分析

소위 新 法經濟學(new law & economics)生成의 하나의 決定的 契機가 되었던 것은 60年代 初에 나온 Yale大 法大의 Guido Calabresi의 事故法(accident law)理論이었다.⁽²⁷⁾ 그는 당초 交通事故問題에 대한 分析을 중심으로 그의 理論展開를 試圖하였으나, 그 이후 그를 포함한 많은 法律學者, 經濟學者들의 參與에 의해 交通事故 뿐만 아니라 公害, 製造物責任(缺陷商品)의 問題에까지 擴大, 오늘날 不法行爲論一般, 損害賠償制度一般의 研究에 큰 影響을 미치고 있다. 新 法經濟學의 生成에 미친 이 分野의 研究의 寄與·比重이 컸으므로, 여기서는 단순히 主要 研究課題와 研究實績을 紹介하는 것보다, Calabresi에 의해 시작된 事故法理論 그 自體에 대한 간략한 紹介와, 또한 그의 理論의 基礎的 前提의 일부들 形成

Cornell Uni. Press (1982), 產災問題에 대한 法經濟學의 研究은 J.R. Chelius, *Workplace Safety & Health: The Role of Workers Compensation*, American Enterprise Institute (1977), R. Smith, "The Feasibility of an Injury Tax Approach to Occupational Safety," *Law & Contemporary Problems* 38(1974), W. Viscusi, "The Impact of Occupational Safety & Health Regulation," *The Bell Journal of Economics* 10.1 (1979).

(26) 辻村江太郎, 『經濟政策論』, 第2版, 經濟學全集 17, 筑摩書房(1977) 島田晴雄, 「勞動法と經濟分析」季刊『現代經濟』No. 24, Autumn (1976).

(27) 그의 理論展開는 최초 "Some Thoughts on Risk Distribution & the Law of Torts," 70 *Yale Law Journal* 4 (1961)에서 시작된다. 그 이후 보다 完成된 形態의 理論을 單行本으로 出版하였다. G. Calabresi, *The Costs of Accidents; A Legal & Economic Analysis*, Yale Uni. Press, G. Calabresi & P. Bobitt, *Tragic Choice*, W-W Norton & Co. (1978) 參照.

하고 있는 소위 Coase Theorem에 대한 간단한 紹介가 必要하다고 판단된다.

Calebresi의 理論의 功績은 무엇보다도 近代經濟學的 發想과 接近方法을 지금까지 全然 無關했던 傳統的 法律學의 中心領域(不法行爲法)에 導入했다는 데 있다. 그의 理論은 事故法이 달성해야 할 目標을 正義 혹은 公平과 함께 事故의 社會的 費用(social accident cost)의 節減, 즉 事故費用과 事故回避를 위한 費用의 合計를 節減하는 것으로 規定하는 데서 출발한다.⁽²⁸⁾ 事故의 費用은 다음의 세가지 종류로 나눌 수 있는 바, 第1은 事故로 인해 直接 發生하는 人的·物的 損害이다. 이는 社會成員 누구나가 負擔해야 하는 費用이나, 이를 最少化하는 것이 事故法의 가장 중요한 目標 중의 하나이다. 다음은 그러한 費用(損失)을 누가 어떠한 時間的 推移로 負擔하는가에 의해 附加的·副次的 費用이 生길 수 있다. 예컨대 補償이 지연되어 생기는 被害등을 들 수 있다. 이와 같은 費用을 第2次 費用이라고 부른다. 다음은 交通事故의 紛爭解決이나 被害者保護를 위해 여러가지 司法·行政上的 費用이 발생한다. 裁判費用, 損害保險運營費등이 그것인데 이를 第3次 費用 혹은 管理費用(administrative cost)라고 부른다.

그는 第1次 費用을 節減하는 方法으로 市場機構(market mechanism)을 사용하는 方法과 政治的·法的 規制를 취하는 두가지 方法이 있음을 제시하고 있다. 前者를 一般的 抑制(general deterrence) 혹은 市場的 方法(market method)이라고 부르고 後者를 特定的 抑制(specific deterrence) 혹은 集團的 方法(collective method)이라고 부른다. 第2次 費用은, 前述한 바와 같이, 事故負擔費用이 集中한다든가 費用補填이 迅速히 못해서 發生하는 費用이다. 이를 節減하는 方法으로 社會各層의 費用負擔을 分散하는 方法(損失分散, loss spreading)과 富裕한 사람들에게 費用을 負擔시키는 方法(富裕者負擔, deep pocket)등을 들 수 있다. 第3次 費用은, 앞에서 본 바와 같이, 第1次와 第2次 費用節減을 위한 努力過程에서 드는 費用이다.

그런데 이 세가지 費用節減은 相互矛盾的인 경우가 종종 發生한다. 예컨대 第2次 費用節減을 위해서 社會保障制度를 도입하는 경우, 이는 自動車 運轉者나 步行者의 注意怠慢을 結果, 第1次 費用 節減(事故數나 強度의 減少)을 어렵게 할 가능성이 있다. 따라서 문제는 이 세가지 종류의 費用의 合計를 最低水準으로 낮추는 方法을 찾는 것이 될 것이다. 이러한 費用節減을 위해 近代經濟學理論을 導入하려는 試圖가 Calebresi의 主著인 『事故費用』(Accident Cost)의 主題인 것이다. 그가 正義나 公平에 대한 考慮가 없었던 것은 아니나, 그가 強調코자 했던 점은, 우리가 살고 있는 社會는 制限된 人的·物的 資源을 가지고 있고 이 稀少한 資源을, 한 目的을 위해 사용하면 다른 目的을 위해 사용할 수 없다는 事實(이를 機

(28) 그는 모든 法體系가 正義·公平테스트에 合格하지 않으면 안된다고 보아, 아무리 社會的 費用을 節減하는 法體系라도 正義基準을 만족시키지 않으면 그의 成立은 不可하다고 본다. 따라서 그는 正義는 法體系의 目標라기 보다 充足하지 않으면 안될 하나의 制約條件으로 보고 있다.

會費用(opportunity cost)이라고 하는데 이것이 經濟學的 意味의 費用이다)에서, 事故로 인해 人的·物的 資源에 주는 損失(費用)의 節減이 事故法의 중요한 社會的 目標이어야 한다는 점과, 그리고 이 點을 그동안 法律學者들이 그들의 價値判斷·立法活動 등에서 자주 看過해 왔다는 점이다.

Calebresi는 특히 第1次的 費用의 節減을 위한 方法으로 市場機構를 통한, 方法 즉 一般的 抑制方法의 중요성을 크게 강조하며 그의 理論을 展開하고 있다. 따라서 市場的 方法이 어떠한 메카니즘을 통해 第1次 費用 節減을 이룩하는가를 理解하기 위해서는 市場機構에 대한 理論, 즉 近代經濟學의 基本理論의 一部를 理解할 必要가 있으므로 이에 대한 紹介와 이의 관련, Coase Theorem을 간단히 紹介하려 한다. 이에 대한 理解는 Calebresi의 理論에 대한 理解와 나아가 新 法經濟學의 方法論的 特徵의 一部를 理解하는데도 도움이 될 것이다.

近代經濟學의 基本假定의 하나는 人間行爲는 自己欲求의 滿足(效用)을 最大로 하기 위해 움직이고 있다는 것이다. 여기서 欲求는 반드시 物質的인 것에만 局限할 必要는 없고, 네티精神의·心理的 滿足도 包含된다. 또 다른 하나의 假定은 人間の 欲求에 比하여 그 欲求를 滿足시킬 수 있는 手段 혹은 機會(예컨대 財貨와 用役)는 항상 制限되어 있고 稀少하다(scarce)는 假定이다. 따라서 많은 欲求를 同時에 滿足시킬 수는 없으므로 어떤 欲求를 滿足시키기 위해서는 다른 欲求를 犧牲(즉 費用發生)하지 않을 수 없는데, 이는 個人의 立場에서 보나 社會全體의 觀點에서 보나 마찬가지이다. 따라서 어떤 欲求의 滿足(benefit)과 다른 欲求의 犧牲(cost)을 比較衡量하여 그 크기에 따라 人間은 意思 및 行動을 決定한다는 假定이다.

그러면 社會的 觀點에서 制限된 人的·物的 資源을 어떻게 配分하여 쓰면 社會的 總生産이 極大化되고 社會的 總滿足이 極大化되는가 하는 문제를 다룸에 있어 近代經濟學의 一分野인 厚生經濟學(welfare economics)은 소위 파레토最適이라는 概念을 활용하고 있다. 「파레토最適」(Pareto Optimal)이란 資源配分이 가장 理想的으로 되어 있는 狀態를 의미하고 이는 다른 사람(들)의 滿足을 희생시키지 않는 어떤 사람(들)의 滿足을 증대시킬 수 없는 狀況을 의미한다. 他人의 滿足을 희생시키지 않고도 어떤 사람(들)의 滿足을 증대시킬 수 있는 餘地가 있는 狀況은 아직도 改善努力의 여지가 있는 상황, 즉 아직도 社會的 總生産이나 總滿足이 極大화가 되지 않은 상황이기 때문에 파레토最適이라 할 수 없다. 이러한 의미의 파레토最適이 달성된 資源配分을 效率的인 資源配分이라 하는데 效率性(efficiency)은 경제학이 추구하는 重要價値의 하나이다.⁽²⁹⁾

以上の 理解를 바탕으로 다음은 Coase Theorem에 대한 說明으로 넘어가자. 앞에서도 잠

(29) 社會全體에 파레토最適이 달성되기 위해서는 生産者, 消費者, 勤勞者 모두가 效率性에 입각하여 行爲하여야 하고 모든 市場이 소위 完全競爭市場條件에 合當하여야 한다. 자세한 것은 一般經濟學冊에 詳述되어 있으므로 여기서는 略한다.

간 언급하였듯이 R. Coase가 1960年 發表한 「社會費用의 問題」(The Problem of Social Cost)도 新 法經濟學 發生에 크게 기여한 論文이고 Calebresi의 事故法論의 하나의 理論的 基礎가 되고 있다. 그 內容을 結論부터 이야기 하면 完全情報(full information)와 去來費用(transaction cost)이 零인 경우를 前提하면 損害賠償責任負擔이 加害者에게 賦課되느냐 被害者에게 賦課되느냐에 관계없이, 즉 損害賠償투울의 體系가 어떠한가에 관계없이, 항상 資源의 파레토最適配分이 달성될 수 있다는 定理이다. 예컨대 工場에서 排出하는 煤煙 때문에 隣近住民들의 세탁물이 汚染되는 損害가 발생하는 경우, 인근주민에게 損害賠償請求權을 인정할 것인가 아닌가(逆으로 말하면 工場에게 損害의 費用負擔을 시킬 것인가 아닌가)에 관계없이—工場과 隣近住民간의 去來交涉費用이 零이고, 完全情報를 假定하면—그 어느 경우에도 排出防止設備의 費用이 세탁물에 주는 損害額보다 낮은 限, 그 排出防止設備은 설치된다(즉 파레토最適에 맞는 資源配分)는 것이다.

煤煙이 세탁물에 주는 損害額이 年 100萬원이고 排出防止設備의 설치비용이 年 70萬원이라고 假定하자. 만일 工場에게 損害賠償責任을 묻게 되면, 工場은 당연히 年 100萬원의 賠償을 하는 것보다 排出防止設備을 설치하여 年 30萬원의 利益을 보는 便을 택할 것이다. 반대로 만일 隣近住民에게 損害賠償請求權을 인정하지 아니하면, 인근주민들은 年 100萬원의 세탁물 損害를 甘受하는 것보다 年 70萬원의 汚染排出防止施設을 工場에 설치해 줌으로써 스스로 年 30萬원의 利益(豫想損害의 減少分)을 보는 便을 택할 것이다. 따라서 어느 경우든 煤煙排出防止施設이 설치된다는 資源配分上的 結果는 同一하게 나온다. 여기서 完全情報의 假定이란 위의 例에서 年 100萬원의 豫想損害, 年 70萬원의 設置費用등에 대해 工場이나 隣近住民 모두가 정확히 熟知하고 있다는 가정이고, 去來費用이 零이라는 假定은 工場으로부터 損害賠償을 받는 경우나 혹은 住民들이 工場에 煤煙防止施設을 설치해 주는 경우나 共に 兩當事者間에 交渉이 필요한 바, 이 交渉費用이 零이라는 가정이다.⁽³⁰⁾ 여하튼 이상과 같은 두가지 假定下에서, 損害賠償투울에 관계없이(위의 例에서는 煤煙排出防止施設이 설치된다는) 資源配分上的 結果는 同一하다는 것이 Coase 定理이다. 물론 資源配分上에는 同一한 結果가 되더라도, 어떠한 損害賠償투울을 적용하느냐에 따라 設置費用 負擔者가 달라짐으로써 所得分配上的 結果는 完全 正反對로 됨은 事實이다.⁽³¹⁾

以上の 近代經濟學의 基本論理와 Coase Theorem의 理解를 背景으로 다시 Calebresi의 一般的 抑制(市場의 規制)의 說明으로 돌아가자. 그는 事故의 第1次의 費用의 節減을 위해 政

(30) 물론 현실적으로는 完全情報와 去來費用이 零인 경우는 존재하기 힘들다. 특히 本文의 例와 같이 公害의 경우 加害者는 少數이나 被害者는 不特定多數인 경우가 많다. 이런 때 不特定多數의 被害者가 모두 모여 加害者와 合意에 이르는 데는 時間的으로 金錢的으로 지지 않은 交渉費用이 들지 않을 수 없다.

(31) 여기서는 所得分配上的 問題, 즉 公正의 문제에 관해서는 잠깐 論外로 하고 오직 效率의 문제에 초점을 맞추어 論議를 진행키로 한다.

治的·法的 規制, 즉 特定的 抑制보다 一般的 抑制의 重要性을 크게 강조하고 있다. 예를 들어 說明하여 보자.

年 200萬원 상당의 事故를 일으키는 車를 운전하는 경우, 최신 브레이크를 부착하면 年 100萬원의 事故費用을 節減할 수 있으며 그 設置費用은 年 50萬원이라고 하자. 이런 경우 Coase Theorem에 의해 損害賠償무율이 어떻게 되느냐에 관계없이 최신브레이크는 설치될 것이다. 換言하면 市場的 方法, 一般的 抑制에 의해 政府의 介入 없이 파레토最適의 資源配分, 즉 최신 브레이크의 設置가 가능할 것이다. 물론 이때 政治的·法的 強制에 의해 모든 車에게 新種 브레이크 設置를 義務化하는 特定的 規制의 方法을 사용할 수도 있다. 그러나 어느 車는 너무 오래되어 최신 브레이크를 부착해도 年 25萬원밖에 事故費用節減效果가 없다고 한다면, 이런 경우 法的 強制는 費用(年 50萬원)보다 利益(年 25萬원)이 적기 때문에 不必要한 投資, 즉 非效率的 資源配分이 된다. 그렇다고 車種, 車의 壽命등은 複雜多岐한데 여러 경우에 일일이 이를 區別, 최신 브레이크 설치 여부를 合理的으로 決定하여 이를 強制한다는 것은 그 自體 막대한 社會的 費用이 든다. 따라서 事故費用을 支拂할까 아니면 최신 브레이크를 설치할까를 個人 自身이 스스로 決定케 하는 것이 社會的 費用 節減에 有效한 方法이 될 것이다. 결국 市場에카니즘이 事故費用을 가장 낮추어 주는 方法 혹은 活動을 結果하는 힘이 있다는 점이다. 물론 모든 行爲를 市場的 方法에만 맡길 수는 없으나 法的 手段이 必要한 경우도 적지 않으나 Calabresi는 市場的 메카니즘의 強力性을 從前의 法學研究에서 너무 過小評價했던 점을 지적하고 있다.

그런데, 우리가 市場에카니즘의 強力性을 認定한다 하여도 現實의 世界에는 Coase Theorem이 前提하는 完全情報, 零의 去來費用의 世界는 존재하기 힘든 것이 아닐까? 그렇다면 不完全情報, 有의 去來費用이 존재하는 現實社會 속에서는 누구에게 損害賠償責任을 負擔시키는가에 따라 資源配分의 效果는 달라지고 이는 곧 第1次 費用 節減의 크기가 달라짐을 의미한다. 이러한 경우 가장 效率的인 損害賠償責任무율은 어떻게 정할 것인가가 문제이다. 이에 대한 答이 Calabresi의 事故費用最低回避者(cheapest cost avoider)의 原則이다. 가장 低價로 危險이나 損害回避가 가능한 자를 선택, 그에게 損害賠償責任을 분한다는 원칙이다. 그렇게 함으로써 去來費用이 零이 아닌 社會에서도 事故의 第1次 費用은 最少化할 수 있다는 것이다. 그런데 현실적으로 누가 cheapest cost avoider인가를 찾아내는 것이 쉽지 않은 경우가 적지 않을 것인 바, 이를 決定하는 몇가지 원칙을 Calabresi가 論하고 있으나 여기서는 그 紹介를 略한다.

以上 Calabresi의 事故法理論의 中心部分을 간단히 살펴보았는 바, 그는 이상의 論理를 바탕으로 美國의 過失責任制度의 分析·評價를 試圖한다. 결론은 現行 美國의 過失責任制度는 事故費用節減이라는 事故法의 目標에 合當하지 않다는 것이고, 그 理由는 過失責任制度가 事故費用最低回避者를 찾아내어 그 費用을 負擔시킬 수 있는 制度가 아니라는 데 있

다는 것이다. 過失責任主義는 본래 加害者에게 過失이 있으면 被害者로부터 加害者에게로 事故費用을 轉嫁시키는 制度인 바, 過失有無判斷의 基礎가 되는 注意義務基準(즉 Learned Hand判事의 유명한 過失의 定式化)을 分析해 보면, 결국 立法者(法官 포함)의 過失有無가 資源配分에 影響을 미치게 된(즉 事故費用最低回避者에게 費用을 負擔시킬 수 없는 경우가 發生)을 밝히면서 이를 批判하고 있다. 여기서 그는 無過失責任準測(strict liability rule), 즉 事故費用과 事故回避費用과의 사이에 利益과 損害를 누가 가장 잘 比較衡量할 수 있는가를 물으면 그것으로 足하다는 接近方法을 주장하고 있다. 따라서 문제는 過失責任主義의 경우와는 달리, 理論으로 費用負擔者가 決定되는 것이 아니고 最良의 費用-收益分析者, 事故費用最低回避者가 누구인가를 定하는 經驗的 判斷의 문제가 된다.⁽³²⁾

以上과 같이 始發된 Calabresi의 事故法理論의 基本「프레임웍」과 着眼點은 그 이후 公害問題에 대한 法經濟學的 接近, 製造物責任(缺陷商品)問題의 法經濟學的 分析을 促進시키는 데 크게 寄與하였고, 오늘날 法經濟學的 研究領域에 중요한 한 분야를 이루고 있다.

公害問題와 製造物責任에 대한 法經濟學的 接近의 몇가지 例를 보면, 우선 公害問題는 加害者와 被害者가 不特定多數인 경우가 많고 行爲와 損害間의 因果關係의 確定이 어려운 경우가 많다. 따라서 共同不法行爲나 複合因果關係의 문제가 발생하기 쉬운 바, 특히 共同不法行爲의 경우, 法經濟學은 特定 企業에게서 徵收할 補償金 혹은 公害稅의 水準을 定하는 원칙으로서, 公共經濟學(public sector economics)의 手法을 援用하여, 餘他 企業의 汚染物 배출상황을 所與(given level)로 보고 問題 企業의 限界的 寄與(marginal contribution), 즉 損失에의 限界的 寄與와 같은 水準의 金額으로 하여야 한다는 결론을 도출하기도 한다.⁽³³⁾ 또한 公害問題에 있어 因果關係 確定의 문제에 소위 蓋然性說이 자주 言及되고 있는데 法經濟學은 不確實性의 經濟學, 특히 不確實性下의 厚生經濟學을 應用, 이 蓋然性說의 合理的 根據을 說明하기도 한다.⁽³⁴⁾ 나아가 公害의 被害가 特定 地域住民, 特定 職業人에 集中的으로 發生하는 경향이 있어, 效率性의 측면만이 아니라 分配의 公正의 측면도 불가피 대두될 수가 많다. 이런 경우 소위 J. Rawls의 公正概念을 活用하여 公害規制시스템의 政策方向등을 論한다.⁽³⁵⁾

製造物責任(product liability) 혹은 缺陷商品의 경우 法經濟學的 見地에서 특징적인 것은

(32) 平井宣雄教授는 그동안 不法行爲의 成立要件이었던 違法性과 故意·過失의 두 要件을 一括하여 單一의 過失概念으로 취급할 필요가 있다고 주장하고 있다. 그는 손해배상청구는 결국 발생한 損害를 어떻게 被害者와 加害者에게 配分하는가 하는 문제라 보고 어떤 경우 사람들의 利益이 보호되어야 하는가를 통일적으로 過失의 概念(注意義務)으로 다루어, 총체로서 利害의 分配와 그를 통한 社會的 目標의 달성을 생각해야 한다고 주장한다.

(33) A.K. Klevorick & G.H. Kramer, "Social Choice on Pollution Management: The Genossenschaften," *Journal of Public Economics*, Vol. 2, No. 2, April 1973.

(34) 中村貢, 「公害に對する無過失責任と社會的コスト-公害の損失補償, 防止對策コストの負擔は如何によるべきか」 *ジェリスト* No. 471, 1971年 2月.

(35) J. Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard Uni. Press, 1971.

損害賠償責任의 일부 혹은 전부를 製造業者가 負擔하여도 이것은 次後 生産物價格引上을 통해 長期的으로 消費者에게 轉嫁할 수 있다는 가능성에 대한 문제의식을 들 수 있다. 또한 製造業者의 過失責任原則이 合當하냐 無過失責任原則이 合當하냐도 重要 關心對象이고, 各 各의 경우 效率性, 公正分配등에 어떤 의미를 가지는가에 대한 分析과 論議도 많다.⁽³⁶⁾

(3) 財產權의 法經濟學⁽³⁷⁾

우선 法經濟學에서 財產權(property right)은 廣義로 解釋되고 있음에 注意해야 한다. 財產權은 強制力이 隨伴되는 行動關係(sanctioned behavioral relations)로서 모든 稀少性있는 財貨(all scarce goods)에 적용되는 개념이다. 物質的 財貨뿐만 아니라 投票權, 出版權등 非物質的 財貨에도 해당되며, 一切의 稀少性있는 財貨와 個人人間과의 社會經濟的 關係의 總體를 의미한다. 이러한 廣義의 財產權에 대한 法經濟學的 研究는 大別하여 두가지 方向으로 進展되어 왔다.

하나는 經濟의 論理를 가지고 財產權의 發生起源을 밝히면서 財產權의 社會經濟的 機能·役割을 再定立하고, 經濟狀況의 變化가 財產權 構造에 미치는 影響을 규명하려는 움직임이다. 그렇게 함으로써 一面에서는 現在의 財產權의 存在根據에 道德的·倫理的 說明(moral, ethical foundation)을 제공할 수 있고, 他面에서는 앞으로 正義와 效率을 同時에 滿足시킬 수 있는 財產權 構造가 과연 무엇일 수 있는가 하는 價値判斷的 問題에도 답을 구할 수 있게 된다.

다른 하나는, 종래 近代經濟學에서는 法律制度는 다른 環境條件들과 함께 오랫동안 「與件」(given conditions)으로 취급하여 分析對象에서 除外시켜 왔으나, 이러한 方法論的 限界를 克服하고 法律制度, 그 중에서도 특히 財產權 構造를 經濟學的 理論體系 속에 吸收·構築하려는 움직임이다. 市場經濟下에서 財貨의 交換은 단순히 財貨만이 아니라 거기에 附着되어 있는 財產權의 內容·條件등도 동시에 交換되므로 既存의 財產權 構造가 經濟의 資源配分(交換·生産)에 直接 影響을 주고 있다는 사실에 着眼하여, 所有權(ownership right), 誘因(incentive), 經濟行爲(economic behavior)간의 相互關係를 포함시켜 종래의 近代經濟

(36) "Symposium-Product Liability: Economic Analysis & the Law," 38 *Univ. of Chicago Law Review* 1 (Fall 1970).

(37) 이 分野에 대한 研究들을 비교적 體系적으로 整理한 冊으로는 E. Furubotn & S. Pejovich (ed.), *The Economics of Property Rights*, Ballinger Pub. Co. (1974)와 B.A. Ackerman(ed.), *Economic Foundations of Property Law*, Little Brown & Co. (1975)가 있음. 특히 後者は 法大에서의 財產法 講座를 위한 副教材로서 쓰이게 할 目的으로 體系의 整理를 시도한 冊인 바, Yale大 教授인 Ackerman은 종래 財產法講義 내지 研究가 쇠퇴해 왔던 가장 큰 理由 내지 問題는 法的 秩序의 道德的 基礎를 다른 法分野와는 달리 財產法分野가 提供하지 못했던 點이라는 認識에서 出發하고 있다. (It was far more difficult than in other courses to link the rules of property law to fundamental principles that revealed the moral foundations of the legal order. It has been this lack of basic principle that accounts for the downfall of the traditional property course over the past generation: in Introduction).

學의 生産·交換理論을 보다 一般化하려는 試圖라 하겠다.

위의 두가지 方向으로의 研究傾向을 차례로 간단히 그 要點만을 整理하여 보자. 우선 財產權의 役割과 發生過程에 대한 法經濟學의 研究를 보면, 財產權을 富의 增大나 效率向上이라는 目的에 奉仕하는 일종의 社會經濟의 手段으로 觀念하는 데서 출발한다. 그 內容을 간단히 要約하면 아래와 같다.

一切의 財貨에 대한 排他的·獨占的 權利인 財產權은 他人을 이롭게도 해롭게도 할 수 있는 權利이다. 예컨대 좋은 商品을 싸게 만들어 市場에 내다 팔므로써 競爭者를 排除해 나가는 것은 허용되는 반면, 殺人은 금지되고 있다. 換言하면 財產權이란 사람들이 어떤 경우에 利益을 받을 수 있고 어떤 경우에 損害를 甘受해야 하는가를 規定한 것이라고 볼 수 있다. 이는 곧 어떤 사람의 나에 대한 害로운 行爲를 禁止시키기 위해 그 代價를 被害者인 내가 支拂하여야 하는가(被害를 甘受하든가 아니면 行爲를 하지 않도록 誘因을 提供하든가), 아니면 加害者가 支拂하여야 하는가(被害者인 나에게의 損害賠償을 통하여)를 規定하는 것을 의미한다.

그러면 이러한 內容을 가진 財產權은 어떻게 發生하는가? 그 成立의 契機는 무엇인가? 이에 대한 答은 다음과 같다. 우리는 人的·物的 資源이 制限된 社會속에 살고 있으므로 어떠한 人間의 行爲든 그것이 制限된 資源(稀少資源)을 使用·消費하는 한 항상 일정한 外部效果(externality)를 발생시킨다. 나의 活動은 他人의 活動可能分을 줄이는 負的 外部效果도 있을 수 있고, 혹은 그 反對의 경우도 있을 수 있다.(空氣를 汚染시키는 행위는 前者에 속하고 空氣를 淨化시키는 행위는 後者에 속한다.) 財產權이란 이러한 外部效果를 內部化시켜(internalization of externality) 行爲者로 하여금 行爲與否를 決定할 때의 費用·收益計算에 이 外部效果를 算入·反映토록하는데 그 主된 目的 내지 役割이 있다. 예컨대 空氣에 대한 財產權이 存在하지 않으면 나의 空氣汚染行爲가 結果하는 外部效果에 대해 나는 介意하지 않게 되나, 만일 空氣에 대한 財產權이 成立(環境權)하면 나의 空氣汚染行爲가 他人의 空氣에 주는 外部效果에 대한 代價(損害賠償)를 내가 支拂하지 않으면 안되므로, 나의 行爲 決定時 이 外部效果가 行爲의 費用으로서 考慮되지 않을 수 없다. 또다른 예로서 노예노동의 경우를 생각할 수 있다. 노예들에게 生存費만을 支拂하고 長時間 勞動을 強制함으로써 생기는 外部效果(예, 노예들의 病, 死亡, 數的 減少, 暴動等)에 관해서는 노예들에게 自由를 賦與함으로써 비로소 노예와 노예주 사이에 交渉의 여지가 생기고, 노예주는 外部效果를 內部化한 費用·收益計算에 基礎하여 行爲決定을 하게 된다.

주의할 점은 外部效果의 內部化가 財產權 成立의 契機라 할지라도 內部化의 利益이 內部化의 費用보다 크지 아니하면 財產權은 成立되지 않는다는 點이다. 위의 예에서 노예노동의 負的 外部效果는 노예노동 導入 初期에도 있을 수 있으나, 그것이 長期에 걸쳐 累積되어 그 廢害가 甚大해져, 이를 內部化해서 얻을 수 있는 利益이 內部化를 위한 費用보다 커질

때에 비로소 社會成員 모두가 노예들에게의 自由權 賦與에 合意하게 된다. 여기서 外部效果의 內部化費用이란 모든 利害當事者들간에 合意에 이르게 하는 交渉費와 일단 財產權이 成立한 후 이 새로운 法秩序를 유지하기 위해 드는 諸費用을 의미한다. 이와 같이 內部化를 위한 費用·收益의 比較는 社會經濟的 與件의 變化에 따라 달라지고 그 결과 새로운 財產權이 創出된다 하겠다.

美國의 인디언들 사이의 소위 「狩獵地域」의 分割 및 이에 따른 財產權 概念의 發生을 보면 이 점이 보다 명백해진다. 본래 野生動物에 대한 狩獵은 오랫동안 인디언들 사이에 자유롭게 행하여져 왔다. 部分的·地域的으로는 過剩狩獵의 문제도 있었으나 過剩狩獵의 外部效果는 그리 크지 아니했기 때문에 문제시 되지 아니하여, 누구든지 어디에서나 자유롭게 狩獵할 수 있었다. 그러나 狀況은 18世紀 初부터 동물 가죽과 털의 貿易이 급속히 발전하면서 크게 달라졌다. 過剩狩獵이 점점 激甚해졌고 그것이 주는 負的 外部效果의 被害는 增大하기 시작했다. 이러한 過程에서 自由狩獵의 外部效果를 內部化하기 위해 狩獵地域의 分割을 中心으로 하는 財產權 概念이 발달되기 시작하였던 것이다.

以上을 整理하여 보면 財產權 發生에 대한 法經濟學的 理論은 다음과 같이 一般化할 수 있을 것이다. 社會內的 個人이든 그룹이든 自身들의 利益을 極大化하기 위해 行動하는 바, 특정 財貨에 대한 利用權을 他人으로부터 保護하는 것이 有利한 경우, 즉 그 保護(他人의 排除)를 위해 他人과의 사이에 필요한 交渉費(negotiating cost), 他人의 利用을 排除하기 위한 強制執行費(policing & enforcing cost) 등 보다 그 排他的 利用이 주는 利益이 큰 경우에 그 個人 혹은 그룹은 그 특정 財貨에 대한 財產權 形成에 努力할 것이고 이것이 財產權 發生의 起源이 된다. 따라서 새로운 財產權은 어느 개인 혹은 그룹이 그 새로운 財產權의 발생으로 얻는 利益이 그러한 變化를 招來하는데 드는 費用보다 클 때 발생한다. 그런데 이러한 外部效果의 內部化過程에서 고려되는 費用·收益率(cost-benefit ratio)은 技術開發, 새로운 市場의 發見, 새로운 商品의 開發, 賦存資源의 變化 등 經濟社會與件의 變化에 따라 變하게 된다. 따라서 종전에는 財產權 設定이 不必要하던 財貨도 與件의 變化로 財產權 設定이 必要하게 되는 것이다(예, high seas fishing). 이와 같이 財產權 構造의 變化는 既存의 財產權 構造와 經濟社會與件의 變化에 따른 새로운 必要와의 相互作用에서 發生한다.⁽³⁸⁾

以上은 一般論이었으나, 財產權에 대한 法經濟學的 研究는 私有財產權과 集團所有와의 經濟的 機能의 差에 대한 分析, 私的 所有權에서 「正義」는 어떻게 理解되어야 하는가, 어느 경우에 私有財產權에 대한 公權力에 의한 法的 制限이 正當化될 수 있는가 등도 主要

(38) H. Demsetz, "Toward a Theory of Property Rights," 57 *American Economic Review* 347 (May 1967) 347-359.

R. Posner, *Economic Analysis of Law*, Little Brown & Co. (1977).

研究課題이다⁽³⁹⁾.

다음, 종래의 近代經濟學의 方法論을 批判하고 財產權 構造의 可變性을 前提로 좀 더 一般화된 交換·生産理論을 構築하려는 法經濟學의 試圖의 일단을 紹介하자. 우선, 종래의 經濟學의 交換理論은 財貨自體의 交換을 中心으로 보았으나 이 새로운 立場은 財貨에 附着된 權利의 同時的 交換을 強調한다. 따라서 既存의 財產權 構造 및 그 變化·交換을 통해 經濟的 資源配분에 주는 影響을 分析하려 하는 것이 되고, 종래 經濟에 대한 法律構造의 影響을 分析範圍 밖에 두었던 近代經濟學의 方法論을 批判한다. 이 새로운 理論은 市場經濟下에서 交換의 對象이 되는 商品을 다음과 같이 再定義한다. 즉 有效商品(effective commodities) = 特定商品 + 附隨된 法的 權利(내지 義務)라는 定義가 그것이다. 具體的 理論模型은 數理的이고 計量的인 面이 많아 紹介를 保留하나, 이러한 觀點에서 企業家의 行態, 非營利團體의 行態, 官僚制 分析, 不正腐敗 分析, 製造物責任 分析, 公企業 分析 등 극히 광범위한 분야에 걸쳐 연구를 진행하고 있고, 그 과정에서 現行 法制度의 社會經濟的 影響·機能이 明示的으로 分析對象이 되고 있다⁽⁴⁰⁾.

(4) 犯罪防止의 經濟的 接近

1960年代 中盤까지만 해도 犯罪에 대한 研究는 社會學者들이 中心이 되어 왔었는데 그들 연구의 結論은 다음과 같이 要約할 수 있다. ① 犯罪人은 보통 사람과 다르고, ② 處罰은 犯罪防止效果가 없으므로 再活(rehabilitation)을 目的으로 하여야 하며, ③ 死刑도 犯罪防止效果는 없다.

經濟學者로서 犯罪問題에 대한 本格的 研究의 開拓者는 Gary Becker를 들지 않을 수 없는 바, 1968年 그의 Crime & Punishment: An Economic Approach라는 論文⁽⁴¹⁾이 하나의 轉機가 되었다 하겠다. 그는 犯罪人들도 보통 사람들과 다르지 않고 여러 가지 經濟的·非經濟的 誘因에 따라 움직이는 合理의 人間이라는 것과, 따라서 處罰은 犯罪防止效果가 있음

(39) F. Michelman, "Property, Utility, & Fairness: Comments on the Ethical Foundations of 'Just Compensation Law'," 80 *Harvard Law Review* 1165-1258 (1968).

J. Sax, "Takings, Private Property & Public Rights," 81 *Yale Law Journal* 149-186 (1971).

(40) R. McKean, "Property Rights within Government and Devices to Increase Governmental Efficiency," *Southern Economic Journal* 38, 177-186 (Oct 1972).

S. Pejovich, "Towards a General Theory of Property Rights," *Zeitschrift für Nationalökonomie*, Band 31, 141-155 (Heft 1-2, 1971).

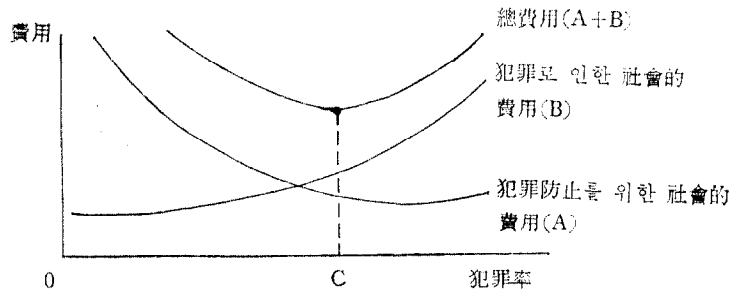
A. Alchian & H. Demsetz, "Production, Information Costs, and Economic Organization," 62 *American Economic Review* 722-795 (Dec 1972) 등

(41) Gary Becker, "Crime & Punishment: An Economic Approach," *Journal of Political Economy*, March/April 1968. 犯罪防止의 法經濟分野의 읽기쉬운 入門書로서는 D.A. Hellman, *The Economics of Crime*, St. Martin's Press (1980)이 있다. 그 이외에도 그동안의 研究蓄積의 一端을 보기 위해서는 G.S. Becker & W.M. Landes (eds.), *Essays in the Economics of Crime & Punishment*, NBER (1974), R. Andreano & J.J. Siegfried (eds.), *The Economics of Crime*, John Wiley & Sons (1980)과 L. Phillips & H.L. Votey Jr., *The Economics of Crime Control*, Sage Publications (1981), J.Q. Wilson (ed.), *Crime & Public Policy*, ICS Press (1983) 등을 參照.

을 밝히고 있다. 그의 犯罪人도 合理的 經濟人이라는 假定이 과연 妥當하나 아니냐는, 모든 理論의 假定이 그러하듯이, 그 假定의 現實性이 重要的 것이 아니고, 實證分析을 해 볼 때 그 假定의 豫測能力(predictive power) 如何에 따라 判斷되어야 할 문제이다. 그 論文以後 여러 종류의 實證分析은 그의 假定의 妥當性을 立證하고 그리하여 犯罪防止에 관한 많은 經濟分析이 나오고 있다. 물론 犯罪人 個個人을 볼 때는 모두가 合理的이라 할 수 없다. 그러나 그룹으로서의 犯罪者들의 行爲 一般을 非合理的이라고만 볼 수는 없지 않으나, 적어도 犯罪를 통한 期待利益과 損失을 감안하고 犯法行爲를 하지 않겠는가 하는 것이 이들 理論의 立場인데, 컴퓨터犯罪, 각종 經濟犯罪과 같은 「화이트 칼러」型 犯罪가 점차 증대하는 오늘날 적어도 이들의 行爲分析을 위해 Becker類의 接近方法은 有效하다고 판단된다. 또 刑事政策樹立을 위해 크게 參考할 바가 많다고 생각된다.

犯罪防止를 위한 法經濟學의 基本 「프레임웍」을 略述하면, 犯罪行爲를 통해 얻을 수 있는 期待利益(貨幣的 利益이든, 非貨幣的·心理的 利益이든)과 동시에 犯罪行爲를 遂行함에 드는 一定한 期待費用이 存在하는데, 犯罪人은 이 두 가지를 比較衡量하여 犯法 與否를 결정한다는 것이다. 여기서 犯罪行爲를 遂行함에 드는 期待費用에는 犯罪用 道具 등의 購入費, 時間費用, 餘他 心理費用 등과 가장 중요한 期待處罰費用(expected punishment cost)이 포함된다. 이때 期待處罰費用이란 逮捕確率×期待處罰을 말한다. 따라서 政策的 觀點에서 보면 犯法者가 犯罪를 저지름으로써 負擔해야 할 期待費用을 여하히 높여 犯罪率을 낮출 것인가 하는 문제로 歸着된다. 그러나 犯罪의 期待費用을 높이기 위해 逮捕確率을 提高시키려 할 때, 혹은 處罰期間을 長期化 하려 할 때 모두 一定의 人的·物的 資源(경찰 및 교도관의 增員 등)이 필요하게 된다. 따라서 문제는 이러한 犯罪防止를 위한 社會的 費用과 犯罪防止로 인한 社會的 利益을 比較衡量하여 適正水準까지 犯罪率을 낮추는 것이 刑事政策의 하나의 目的이라 하겠다. 여기서 適正水準이라 함은 犯罪防止를 위한 社會的 費用과 犯罪로 인한 社會的 費用(機會所得, opportunity earnings)의 合을 最少化하는 水準을 의미한다⁽⁴²⁾. 물론 반드시 逮捕確率이나 處罰期間의 延長만이 犯罪의 期待費用을 높이는 것은 아니다. 예컨대 經濟的 成長, 景氣의 浮揚 등으로 犯罪者가 合法的 經濟活動에서 얻을 수 있는 所得(機會所得)의 上昇 자세도 일종의 機會費用(opportunity cost)의 上昇이므로 이것도 犯罪의 期待費用上昇을 結果하여, 犯罪防止의 效果가 있다.

(42) 右圖에서 C點이 소위 適正水準이라 할 수 있다. 右圖는 물론 一般的인 限界費用遞增의 法則(increasing marginal cost)을 前提한 것이다.



如何든 이상과 같은 基本「프레임」을 擴大 發展시키면서 犯罪防止의 法經濟學은 우선 과연 處罰이 犯罪防止效果가 있는가? 死刑制度가 豫防效果가 있는가 등에 대한 實證分析부터 시작하여 왔다⁽⁴³⁾. 또한 犯罪防止效果는 逮捕의 確率을 提高시키는 것이 效果의인가 아니면 刑罰의 苛酷性(예, 處罰期間의 長期化 등)이 보다 防止效果가 있는가?⁽⁴⁴⁾ 犯罪發生率이 地域別로, 類型別로 相異할 때 制限된 防止資源(예, 警察 등)을 어떻게 配分하는 것이 社會的으로 보아 合理的인가? 體刑보다 罰金刑을 보다 많이 活用하면 社會的 費用을 낮추어 犯罪防止效果를 거둘 수 있지 않을까? 逮捕 후 裁判까지의 時差가 크게 存在하는 경우 拘束立件과 不拘束立件的 利害得失은? 이는 무엇을 基準으로 決定함이 適當한가?⁽⁴⁵⁾ 소위 當事者 和解의 可能性을 決定하는 要因은 무엇인가?⁽⁴⁶⁾ 등의 문제 이외에, 기타 組織犯罪에 대한 研究⁽⁴⁷⁾, 교도소의 교정능력에 대한 연구⁽⁴⁸⁾ 등의 문제도 研究의 主要對象이 되어 왔다. 결국 위와 같은 法經濟學의 研究는 자연 司法制度를 운영하는 主體, 예컨대 司法府가 가장 能率的으로 目的을 達成하기 위해서는 어떻게 하면 좋은가라든가, 혹은 一般 行政機關이 豫算의 制約下에서 一定目的을 達成하기 위해 어떠한 行政組織體系를 가짐이 바람직한가 등의 立法上 내지 制度改革上의 政策提案에 대한 研究에 寄與하는 方向으로 發展하고 있다.

(5) 其他 主要 研究分野

以上에서 法經濟學의 研究對象에 대해 몇몇 主要分野를 選擇하여 紹介하였다. 그 以外的 分野에서도 法經濟學의 研究는 活潑하다. 우선 民事訴訟法分野에서도 辯護士費用의 負擔을 누가 하느냐와 관련, 訴의 提起, 訴訟上의 和解, trial의 選擇問題를 經濟分析하는 研究⁽⁴⁹⁾가 보이고 있고, 또한 當事者 中 一方 혹은 雙方이 判例形成에 關心을 가지는 경우(예컨대 政府, 勞組, 保險會社 등이 當事者인 경우 同種의 多數의 事件이 발생할 可能性이 있으므로 判例形成

(43) G. Tullock, "Does Punishment Deter Crime?" *The Public Interest* (Summer 1974).

L. Phillips, "Crime Control: The Case for Deterrence," *The Economics of Crime Punishment* edited by Rottenberg, American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1973.

I. Ehrlich, "The Deterrent Effect of Capital Punishment: A Question of Life & Death," *American Economic Review* 65(1975).

(44) I. Ehrlich, "Participation in Illegitimate Activities: A Theoretical & Empirical Investigation," *Journal of Political Economy* 81 (1973).

R.A. Carr-Hill & N.H. Stern, *Crime, the Police & Criminal Statistics*, Academic Press (1979).

(45) (46) W.M. Landes, "An Economic Analysis of the Court," "The Bail System: An Economic Approach," G. Becker & W.M. Landes (ed.), *Essays in the Economics of Crime & Punishment*, NBER 1974.

(46) W.M. Rodes, "The Economics of Criminal Courts: A Theoretical & Empirical Investigation," *Journal of Legal Studies*, June 1976.

(47) J.M. Buchanan, "A Defense of Organized Crime?" in S. Rottenberg (ed.), *The Economics of Crime & Punishment*, AEI (1973).

(48) T.F. Tabaa, *Toward an Economics of Prisons*, Heath-Lexington 1975.

(49) S. Shavell, "Suit, Settlement & Trial: A Theoretical Analysis under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs," *Journal of Legal Studies* 11 (1982) 등

에 자연 關心이 높다), 辯護士費用 負擔原則과 관련 和解, 訴訟의 選擇 문제가 어떻게 달라지는지를 분석하는 연구도 많다⁽⁵⁰⁾. 民事訴訟法の 經濟分析 중 가장 활발한 영역의 하나는 역시 class action에 대한 분석 분야라 하겠는데, 美國의 法經濟學者 사이에는 어느 정도 統一的 見解가 成立되어 있는 分野인 듯하다⁽⁵¹⁾.

法經濟學研究의 또다른 分野의 하나는 契約法の 영역이다. 특히 豫想되지 않았던 혹은 豫定할 수 없었던 理由로 當事者 一方의 契約履行利益이 履行費用보다 작아진 소위 履行不能(impossibility)에 관한 연구가 활발하고 이는 契約法の 解釋論에도 영향을 미치고 있다⁽⁵²⁾. 또 하나 契約法分野에서 관심을 끄는 문제는 條件附契約이다. 특히 不確實性下的 厚生經濟學의 方法論을 活用한 主要 研究對象의 하나는, P. Diamand 등의 연구에서 볼 수 있듯이, 條件附請求權의 機能이다⁽⁵³⁾. 條件附契約의 기본형태의 하나인 保險制度 등에 대한 연구도 進展되고 있다. 특히 保險의 存在가 사람들의 行爲에 주는 影響分析에 있어 moral hazard와 情報의 非對稱性이 자주 同題가 된다. 예컨대 火災保險의 경우 그것이 危險의 分散에 寄與하는 것은 물론이나 火災防止에의 注意怠慢을 일으킬 가능성은 없는지, 그러한 可能性이 資源配分에 어떠한 歪曲을 惹起시키는지 등이 moral hazard의 문제이다. 또한 生命保險의 경우와 같이 自己 健康에 關係 情報의 일부를 알리지 않고 保險에 加入하는 경우 惹起되는 效率上의 問題가 情報의 非對稱性의 문제이다⁽⁵⁴⁾.

그 以外에도 家族法領域에서는 養子制度의 經濟分析이 있고⁽⁵⁵⁾, 公法의 領域에서도 우리나라의 경우 參考가 많이 되리라고 생각되는 土地利用에 대한 法規制에 관한 研究가 있다⁽⁵⁶⁾.

4. 批判과 論爭

以上, 法經濟學의 研究動向을 특히 美國을 中心으로 극히 간략하게 살펴 보았으나, 美國

(50) Rubin, "Why is the Common Law Efficient?" 6 *Journal of Legal Studies* 51-63 (1977).

(51) Dam, "Class Action: Efficiency, Compensation, Deterrence & Conflict of Interests, 4" *Journal of Legal Studies* 47 (1975), Rosenfeld, "An Empirical Test of Class-Action Settlement, 5" *Journal of Legal Studies* 113 (1976).

(52) Posner & A. Rosenfeld, "Impossibility & Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis, 6" *Journal of Legal Studies* 83 (1977), 契約法分野의 主要 研究論文을 체계적으로 綜合한 冊으로는 A. Kronman & R. Posner, *The Economics of Contract Law*, Little Brown & Company (1979)가 있다.

(53) P.A. Diamond, "Single Activity Accident," *Journal of Legal Studies* Vol. 3 (1974).

(54) K.J. Arrow, *Essays in the Theory of Risk-bearing*, Markham (1971).

(55) Landes & Posner, "The Economics of the Baby Shortages," *Journal of Legal Studies* 328-48 (1978), Landes, "Economics of Alimony, 7" *Journal of Legal Studies* 35 (1978).

(56) Ellickson, *Suburban Growth Controls: An Economic & Legal Analysis*, 86 *Yale Law Journal* 385 (1977).

White, "Suburban Growth Controls: Liability Rules & Pigovian Taxes," 8 *Journal of Legal Studies* 207 (1979).

에서의 法經濟學은 過去 20餘年間 急速度로 發展해 오고 있고, 그 研究分野도 보다 광범해지고, 方法論도 점점 풍부·다양해지고 있다. 그러나 이와 같이 急進展을 보이고 있는 法經濟學에 대해 批判이 없는 것은 아니다. 흔히 자주 擧論되는 것은 A. Leff의 批判이다⁽⁵⁷⁾.

Leff는 R. Posner의 概說書 *Economic Analysis of Law* 第1版(1972)에 대해 批判하고 있는데 그 主要 論點은 Posner가 效率(efficiency)만을 唯一의 基準으로 종래의 法解釋學을 非效率的이라는 이유로 비판하는 경우가 많은데 이는 잘못이라는 것이다. 예컨대 Posner는 訴訟制度의 目的을 裁判에 의한 誤謬(error)와 訴訟制度의 cost의 合計額을 最少로 하는데 있다고 보고, 소위 trial-type hearing의 必要 與否도 誤謬를 減少시키는 데 기여하는가 아닌가로 판단할 문제라고 주장하고 있지만, Leff는 trial-type hearing의 社會的 目的은 裁判의 誤謬의 減少가 아니라 많은 社會成員에게 알리는 데에 있다고 主張한다. 그 외에도 몇 가지 예를 들면서, Posner가 意識的으로 社會學·人類學·心理學 등 相關영역을 배제하고 오로지 經濟學的 側面만을, 그것도 效率性的 側面만을 強調하는 것을 批判하고 있다. 이에 대해 Posner는 같은 冊 第2版 序文에서 나의 目的은 法에 대해 社會學的·人類學的·哲學的 接近을 提示하는 것이 아니라 經濟學的 接近方法을 提示하는 것이고 冊 한편은 그것으로 足하다고 간단히 反論하고 넘어갔다.

물론 Leff의 批判은 法の 經濟分析 그 자체를 否定하는 것은 아니고 經濟學이 가지는 限界를 指摘하려는 데 있다고 보아야 옳다. 또한 法經濟學의 學風도 學校와 學者에 따라 多樣性을 보이고 있는데, 집필 당시 Yale大 教授였고 그 자신도 法經濟學 論文을 내었던 Leff로서는, 法經濟學의 有用性은 認定하나, 특히 Chicago 學派의인 Posner의 極端論理에 不滿을 가졌을지 모른다. 法經濟學分野만이 아니라 비록 같은 近代經濟學을 연구하는 學者들 사이에도 소위 Chicago學風의 極端論理에 대해 회의를 품는 것은 흔히 있는 일이라 하겠다.

다음, Buchanan의 批評을 보자⁽⁵⁸⁾. 그는 法の 經濟分析 자체는 올바른 方向性을 갖고 있다고 評價하면서도 Posner의 概說書에는 理論的으로 다음의 問題點을 갖고 있다고 지적하고 있다. 첫째는 經濟分析이 곧 效率性 基準의 推進만은 아니라는 점이다. Posner는 效率性 基準의 無制限 適用을 시도하고 있으나 이는 經濟學的으로도 問題가 있다는 것이다. 둘째는 政治나 法の 基本理念을 前提로 한 經濟學의 應用을 시도하고 있는 現代 厚生經濟學의 思考를 Posner는 否定하고 있다는 점 등을 들고 있다. Buchanan은 公共選擇理論의 大家로서 Posner의 價格理論 위주의 經濟分析에 대해 批判한 것이라고 보여진다.

Polinsky의 경우를 보아도, 그 자신 法經濟學을 가르치고 있는 學者이나, Posner가 經濟學의 效率性을 至上의 目標로 놓고, 이의 達成을 위해 競爭的 市場에 의존해야 하고 市場

(57) A.A. Leff, "Economic Analysis of Law: Some Realism about Nominalism," 60 *Virginia Law Review* 451-82 (1974).

(58) J. Buchanan, "Good Economics-Bad Law," 60 *Virginia Law Review* 483 (1974).

이 존재하지 않는 경우에는 시장메카니즘과 가장 類似한 結果가 나오도록 法을 解釋해야 된다고 하는 主張은, 效率性 至上主義, 市場메카니즘 過信이라고 批判한다⁽⁵⁹⁾.

要約하면, 결국 法經濟學 자체에 대한 否定보다도, Posner의 경우에 가장 선명하고 극단적인 형태로 나타나지만, 效率性 爲主의 法經濟學的 接近에 대한 批判들이라고 볼 수 있겠고 이는 상당부분 妥當한 批判이다. 그러나 보다 根源的으로 보면 經濟學的 效率性 (efficiency)과 富의 公正分配(fairness), 및 正義(justice)와의 關係가 아직 學際的으로 整理되지 아니한 데서 오는 論爭이라 보여진다. 최근에 Posner는 效率性 基準으로 正義의 문제를 解決해 보려는 試圖을 하고는 있으나 아직 보다 많은 學者들의 研究蓄積이 필요한 분야라고 판단된다⁽⁶⁰⁾. Posner가 물론 法經濟學 發展에 多大한 貢獻을 한 것은 사실이나, 文章에서의 法經濟學研究의 諸分野에 대한 概略의 紹介에서도 어느 정도 드러난 바와 같이, 分析方法과 視角을 달리하는 많은 法經濟學者가 있음을 強調해 두고자 한다. 어느 學問·分析에 있어서도 批判과 論爭은 學問發展에의 必要善이라고 할 수 있겠지만, 더우기 法經濟學과 같이 發展·成長段階에 있는 學問은 보다 엄격하고 철저한 批判과 批評 및 또 그를 克服하려는 努力이 있어야 할 것이다.

5. 結 論

지금까지 매우 概略的으로 美國에서의 法經濟學的 研究動向을 整理해 보려 하였다. 本稿에서 소개되지 않은 法領域에 대한 연구도 많고, 여기서 紹介한 論文들도 全體의 극히 一部分에 불과하다. 美國의 法經濟學的 發展速度가 너무 빠르고 그 內容 또한 너무 多様하여, 그 全體의 모습을 紹介하는 것은 사실상 不可能에 가깝다. 따라서 本稿에서도 選別的이고 初步的인 紹介에 그치지 않을 수 없었다.

지금까지의 소개에서도 어느 정도 명백히 드러났다고 보이나 法經濟學은 분명히 一定한 限界를 가지고 있는 法에 대한 하나의 approach이다. 人間이 과연 어디까지 合理性에 따라 行動하는가도 문제일 수 있겠지만, 그것보다도 法이 追求하는 價値가 效率性만으로 說明될 수 없음은 너무나 當然하다 하겠다. 正義가 前提되지 않는 效率이란 盲目과 마찬가지로 하겠다. 특히 法과 制度에 관한 研究에서는 더욱 그러하다. 그러나 事實의 世界를 無視한 規範의 世界가 空虛하듯이, 우리가 資源이 制限된 社會에서 살고 있는 한, 效率을 無視한 正義도 不完全한 것이 아닐까 하는 문제제기도 充分한 妥當性을 가지고 있다 하겠다.

法이 社會統制의 한 手段이라면, 혹은 社會를 秩序지우는 한 手段이라면, 法을 研究할 때 社會全體에 주는 法の 經濟社會的 影響을 無視할 수 없음은 明白하다. 예컨대 既存의

(59) M. Polinsky, "Economic Analysis as a Potentially Defective Product: A Buyer's Guide to Posner's Economic Analysis of Law," 87 *Harvard Law Review* 1655 (1974).

(60) R. Posner, *The Economics of Justice*, Harvard Uni. Press (1981).

法, 規範, 規則, 制度가 가지는 問題點을 發見하고, 評價하고, 代案을 提示하기 위해 이들을 어떻게 分析하면 좋을까? 一定의 目的을 實現하기 위해 바람직하다고 생각되는 法, 規範, 規則, 規則, 制度를 새롭게 構想할 때 무엇에 着眼하고 어떻게 思考를 發展시켜야 좋을까? 그 基礎的 方法은 무엇인가 등의 法政策學的 問題意識을 가지는 경우 法經濟學의 理論과 方法論은 크게 有用하리라 생각된다. 물론 立法論만이 아니라 解釋論에 있어서도 既存 法律體系를 理解하고 그 意味를 把握하는 데도 法經濟學의 觀點은 有益하다고 思料된다. 결국 法經濟學은 종래의 法學에 대한 하나의 挑戰이라고 하기 보다는 종래의 法學의 內容을 보다 豊盛하고 潤澤하게 하는 協調者로서 理解되어야 할 것이다. 끝으로 法經濟學이 단순히 法學과 經濟學의 學際的 approach로서 끝날 것인가, 아니면 하나의 自己完成的인 學問分野로 成立될 수 있을 것인가는 現在로서는 定數하지 않다. 과연 法經濟學이 法과 制度의 經濟的 效果 分析과 經濟論理에 의한 法現象의 說明에 그치지 않고, 法과 經濟學을 貫流하는 統一의 原理를 導出, 規範의 世界와 事實의 世界를 綜合하는 새로운 學問領域을 開拓할 수 있을 것인가 하는 문제는, 現在 法經濟學이 成長·擴大段階에 있으므로, 좀 더 기다려 보아야 할 것이다. 여하튼 이미 밝힌 바와 같이 우리나라는 아직 法經濟學의 體系的 紹介도 거의 없는 形便이기 때문에, 美國을 위시한 外國에서의 研究成果를 우선 체계적으로 吸收·消化하는 단계를 상당기간 거쳐야 할 것 같다. 그러한 연후에 法學의 各領域에서 우리나라의 社會經濟的 狀況, 法律制度, 우리 特有的 法的 風土 및 法意識 등을 충분히 考慮한 法經濟學의 研究가 蓄積되기 시작하리라 보여지는데, 이는 앞으로 우리 나라 法學 發展에 큰 貢獻을 할 수 있으리라 思料된다. 本稿가 이러한 方向으로의 努力에 작은 寄與가 되었기를 바란다.