

〈논문〉

## 法の經濟的分析에 관한 몇 가지 誤解에 관한 考察<sup>\*\*</sup>

許 盛 旭<sup>\*\*\*</sup>

경제학과 법학이 서로 밀접한 상관관계가 있다는 보편적인 진실을 사람들이 깨닫는데 이처럼 많은 세월이 걸렸다는 것만큼 놀라운 일도 없다. 이 진실에 대해 의문을 제기하며 법학의 독자성을 주장하는 사람도 있고, 반대로 경제학의 독자성을 주장하는 사람도 있다. 그러나 실제로는 법학과 경제학은 언제나 어디에서나 상호 보완적이고, 각각의 영역에서의 담론이 서로에게 영향을 미치는 관계에 있는 것이다.<sup>1)</sup>

### I. 序 論

법의 경제적 분석<sup>2)</sup>이란 법학 방법론이 우리나라에 소개된 지도 벌써 오래되었

\* 이 논문은 필자가 2007. 4. 9. 제288회 대법원 민사실무연구회에서 발표한 내용을 수정·보완한 것이다. 위 연구회에서 발표했던 내용은 대법원에서 발간하는 민사재판의 제문제 16집(2007. 12.)에 게재될 예정이다.

\*\* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2007학년도 학술연구비의 지원을 받았음.

\*\*\* 서울대학교 법과대학 조교수.

1) *Berolzheimer* (1912) 23, Nicholas Mercuro & Steven G. Medena, *Economics and the Law - From Posner to Post-Modernism* - (1997), Princeton University Press, 3에서 재인용. 원문은 다음과 같음. “It is somewhat surprising that so conspicuous a truth as the interaction of economics and law should have waited so long for recognition — a recognition by no means universal. Some of those who question it maintain the independence and self-sufficiency of law, while others maintain that of economics. In reality law and economics are ever and everywhere complementary and mutually determinative”.

2) 법학을 경제학적 관점에서 분석하는 학문을 표현하는 방법으로 law and economics (법경제학)와 economic analysis of law (법의 경제적 분석)를 구분하여 후자를 전자의 한

고, 많은 유능한 학자들과 실무가들이 그 방법론에 관심을 가지고 있음에도 불구하고, 아직까지 우리나라에서 학계에서의 법의 경제적 분석에 관한 담론이나, 법조실무에 있어서 법의 경제적 분석을 통한 문제해결은 극히 미미한 수준에 그치고 있다.<sup>3)</sup> 그에 관해서는 여러 가지 이유들을 찾아볼 수 있겠지만, 상당히 많은 부분은 우리나라의 전통적인 법학자, 법률가들 사이에서 명시적 혹은 묵시적으로 공유되고 있는 법의 경제적 분석에 대한 몇 가지 오해로부터 기인한 면이 있는 것으로 보인다. 법학의 수준이 높지 않고, 법조실무에서 문제되는 사안이 비교적 간단한 시대에는 법학 방법론이 그다지 精緻하지 않더라도 規範的 當爲論만으로 많은 문제를 해결할 수 있지만, 사회가 複雜해지고 발생하는 분쟁의 형태가 多岐해질수록 規範的 當爲論만 주장해서는 바람직한 해결책을 찾기 어렵게 된다. 대부분의 법적 분쟁이란 것이 배후에는 경제적 이해관계에 관한 문제가 얽혀 있음을 감안하면 법적 분쟁의 해결에 있어서 경제적 분석은 유용할 뿐만 아니라 반드시 필요한 것이라고 할 것이다.<sup>4)</sup>

이 글에서는 법의 경제적 분석에 관하여 통상의 법학자나 법률가가 갖기 쉬운 몇 가지 오해 혹은 편견의 내용에 관하여 살펴보고 그것들이 타당한 것인지 검토해봄으로써 법의 경제적 분석이 우리 법학계 및 법조실무계에 기여할 수 있는

---

종류로 보는 견해도 있으나, 과연 그렇게 볼 수 있을지는 의문이다. 이 논문에서는 양자를 구별하지 않고 사용하기로 한다.

- 3) 반면 미국에서는 심지어 법경제학적인 분석방법에 대해 비판적인 시각을 가지고 있던 Yale Law School 학장이던 Anthony T. Kronman 마저도 1995년경에 다음과 같이 말하고 있다는 점에서 우리나라와는 상당히 비교되는 점이 많다.

“The law and economics movement was and continues to be an enormous enlivening force in American legal thought and, I would say, today continues and remains the single most influential jurisprudential school in this country.”

Anthony T. Kronman, *The Second Driker Forum for Excellence in the Law*, 42 *Wayne Law Review* 115, 160 (1995).

- 4) 비교적 최근에 선고된 서울중앙지방법원 2001가합10682사건(2007. 1. 16. 선고)에서는 정유회사들의 담합으로 인하여 군납유를 높은 가격으로 매수한 국방부가 입은 손해액수의 산정에 있어서 피고들의 담합이 없었다면 형성되었을 시장가격을 계량경제학적으로 분석하는 것이 주된 쟁점이 된 바 있다. 그 사건에서는 손해액 산정에 관한 계량경제학적 분석방법 자체를 놓고 원고와 피고들 사이에서 치열한 법리적·경제학적 공방이 있었고, 그에 대해 법적인 판단이 내려졌는데, 법의 경제적 분석이란 관점에서 의미가 적지 않은 판결이라고 생각된다. 위 판결과 관련하여 경제학적 논증의 법적 지위에 관한 분석에 관해서는 조홍식, *경제학적 논증의 법적 지위 - 배제적 법실증주의의 관점에서*, 민사판례연구회 제306회 연구발표회(2007. 11. 19.) 발표논문 [서울대학교 법학 제48권 제4호(2007. 12.)에 게재 예정] 참조.

바를 찾아보는 것을 목표로 삼기로 한다.

## II. 法の 經濟的 分析의 發展過程 概觀

법의 경제적 분석은 크게 두 가지 분야로 발전해왔는데, 이 두 가지 분야에서 법의 경제적 분석은 18세기 이후 경제학이 독립된 학문분야로 인정되고 발전되어 온 것과 그 맥락을 같이 하고 있다.<sup>5)</sup>

그 첫째 분야는 Adam Smith 이래로 경제학의 주된 관심분야였던 시장(market)에서의 경제주체들의 행위를 규율하는 법제도에 관한 경제적 분석이다. 시장에서의 합리적인 선택(rational choice)을 하는 경제주체를 전제로 하고 있는 이 분야는 최근 70여 년 동안의 독점금지법(Antitrust Law)의 발전과 함께 비약적인 발전을 하였고, 재산법(Property Law) 분야, 계약법(Contract Law) 분야에도 많은 영향을 미치고 있다.

앞에서도 언급한 바와 같이 이 분야에서의 법의 경제적 분석의 핵심은 ‘합리적인 선택’을 하는 경제주체들이다. 이 분야에서의 이러한 합리적 선택이론의 가정은 뒤에서 살펴볼 두 번째 분야에 비하면 법률가들 사이에서도 비교적 큰 심리적 반감없이 받아들여지고 있는 것으로 보인다.

한편, 그 두 번째 분야는 시장이 아닌 영역(non-market area)에서의 인간의 행동에 관한 법의 경제적 분석이다. 예를 들면, 교통사고의 문제, 범죄, 결혼, 환경오염, 법제도 자체의 설계 등의 문제에 대한 분석이 그에 해당한다. 법의 경제적 분석은 경제적 혹은 사회적 주체들은 이러한 시장 외의 영역에 있어서도 합리적인 선택을 하는 것으로 가정하고 분석한다. 이 분야에 대한 법의 경제적 분석을 최초로 시도한 사람은 Jeremy Bentham인 것으로 평가되고 있다. Bentham은 경제학에 관한 논의를 함에 있어 인간은 그의 삶의 모든 영역에 있어서 자신의 만족감을 극대화하려는 합리적인 선택을 하는 것으로 가정하였는데, 그 자신은 이러한 가정 자체를 검증하려는 특별한 노력을 기울이지 않았다. 단지 이를 가정으로 주장하기만 하였는데, 그 후 200여 년간 경제학자들 사이에서는 비시장적 행위에 대한 Bentham의 가정은 비현실적인 것이라고 판단하여 많은 관심을 기울이

<sup>5)</sup> Richard A. Posner, *The Economics of Justice*, Harvard University Press (1983), 1-2.

지 않았다.<sup>6)</sup>

인간의 비시장적인 행위들에 대한 경제적인 분석은 Gary Becker가 1957년에 ‘인종차별문제의 경제학’이란 주제로 논문을 발표한 것을 계기로 새롭게 부활하기 시작하였다.

Becker와 그의 제자들은 전통적인 경제학의 연구대상 분야가 아닌 교육, 자녀출산, 가정주부의 노동에 대한 평가, 범죄행위 및 그에 대한 처벌, 자선, 노예제도, 자살, 간통 등의 주제에 관한 경제적인 분석을 하여, 경제적 분석의 대상 영역을 확대시켰다.<sup>7)</sup>

이러한 비시장적 행위에 대한 경제적 분석은 자연스럽게 그러한 영역의 법제도에 관한 경제적 분석의 발전으로 이어졌다.

이 분야에 대한 법의 경제적 분석의 개척자들은 Chicago 대학의 Ronald H. Coase, 그리고 Yale 대학의 Guido Calabresi이다.

Coase는 1960년에 그의 기념비적 논문인 ‘The problem of social cost’<sup>8)</sup>를 발표하였는데, 그는 이 논문에서 손해배상책임에 관한 법제도(rules of liability)가 자원배분에 미치는 영향에 관하여 고찰하였다. 한편, Calabresi도 사고법(accident law)에 관한 그의 첫 번째 논문<sup>9)</sup>에서 Coase와 동일한 문제의식을 가지고 Coase와는 전혀 독립적으로 전통적인 불법행위법(tort law)에 관한 경제적인 분석을 하였는데, 그 논문은 Coase의 위 논문과 같은 해에 발표되었다.

Coase는 위 논문에서 그 분석을 위해 영국의 Common Law 판례들을 검토하는 과정에서 판사들이 비록 경제학적인 표현이나 용어를 사용하지는 않았지만, 자원배분의 문제에 관한 경제학자들의 사고방식과 동일한 방식으로 문제를 검토하였고 그에 따른, 어떻게 보면 경제학자들보다 더 경제학적 직관에 부합하는, 결론을 내리고 있다는 사실을 지적하였다.

Common law가 사회적 후생을 극대화시키는 내용으로 정립되어 왔다는 Coase의 이러한 지적에 대해서는 한동안 추가연구가 이루어지지 않고 있었다. 그러다가, 1971년 이후에 Richard A. Posner를 비롯한 많은 학자들이 ‘common law는

6) *id.* 2.

7) Becker는 이 분야에서의 공로를 인정받아 1992년 Nobel 경제학상을 수상하였다.

8) R. H. Coase, “The Problem of Social Cost”, 3 *J. Law & Econ.* 1 (1960). (이 논문집은 실제로는 1961년에 발표되었다).

9) Guido Calabresi, “Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts”, 70 *Yale L.J.* 499 (1961).

판사들이 그 사회의 경제적 후생을 극대화시키려고 노력한 결과물이다'는 가설의 검증을 위한 노력을 하고, 그 가설을 입증하는데 성공함으로써<sup>10)</sup> 법의 경제적 분석은 법학에 있어서 가장 강력한 방법론 중의 하나로 자리 잡게 되었다.

그 이후 많은 법학자, 경제학자들이 법경제학에 관심을 가지고 연구를 하게 되었고 현재에는 여러 법학방법론 중 명실상부하게 가장 영향력이 많은 방법론으로서의 지위를 차지하게 되었다.

이를 알 수 있는 지표들에는 여러 가지들이 있겠지만, 대표적인 것들로서 우선 첫째, the American Law and Economics Association, the Canadian Law and Economics Association, 그리고 the European Association of Law and Economics 와 같은 법경제학술단체가 전세계적으로 활발하게 구성되어 활동하고 있고, 둘째, 위 첫 번째의 결과로서 the *Journal of Law and Economics*; the *Journal of Legal Studies*; the *Journal of Law, Economics & Organization*; *Public Choice*; *Constitutional Political Economy*; the *International Review of Law and Economics*; the *European Journal of Law and Economics* 등과 같이 법의 경제적 분석에 관한 논문을 전문적으로 실는 Law Journal들이 대단히 많이 발간되고 있으며, 전통적인 Law Review들도 Law and Economics에 관한 주제를 집중적으로 다루는 특별호를 자주 발간하고 있고, 셋째, Harvard, Yale, Columbia, Stanford, California-Berkeley 등의 주요 대학들에 Law and Economics를 위한 여러 가지 프로그램들이 개설되어 있으며, 그 프로그램들에서 끊임없이 법의 경제적 분석에 관한 working-paper들이 쏟아져 나오고 있다는 사실 등을 들 수 있다.<sup>11)</sup>

### Ⅲ. 法の 經濟的 分析에 관한 몇 가지 誤解 및 그에 관한 檢討

이러한 법의 경제적 분석 방법론의 발전에도 불구하고, 우리나라 법조 실무 및 법학계에서의 법의 경제적 분석 수준은 극히 보잘 것 없는 수준이다. 그래서, 법 판단이 가져올 경제적 효과에 대한 정치한 분석이 필요한 대부분의 사건에서도 아무런 경제적 분석이 이루어지지 않은 채, 관념적인 규범론에 따른 판단만으로

10) 그 연구과정에 대해서는 Posner, "Some Uses and Abuses of Economics in Law", 46 *U. Chi. L. Rev.* 281, 288-291 (1979) 참조.

11) Nicholas Mercuro & Steven G. Medena, *supra*, 4.

사건이 해결되고 있는 실정이다.

이는 law school 진학자들의 대부분이 학부과정에서 경제학에 대한 소양을 쌓은 학생들로 구성됨으로써 자연스럽게 법의 경제적 분석 방법론에 관심을 갖게 되는 미국의 법률가 양성 시스템과 달리, 우리나라에서는 학부과정에서 법학을 공부하게 되고, 과중한 사법시험의 부담으로 인해 경제학을 비롯한 다른 학문 분야에 법과대학생들이 관심을 가지기 어려운 상태에서 법조인으로서의 자격을 취득하게 되는, 일단 자격을 취득한 다음에는 더더욱 경제학을 비롯한 다른 학문 분야에 관심을 가지기가 어렵게 되는 사정에서 연유하는 바가 큰 것으로 보인다.

인간은 자신이 알지 못하는 것의 가치를 평가절하하고, 자신이 알고 있거나 가지고 있는 것의 가치를 실제가치보다 과다하게 평가하려는 경향을 보인다(이른바 endowment effect). 그래서 규범적 도그마틱만을 습득하고 법조시장에 배출된 법률가들은 법적인 문제들을 자신들이 가지고 있는 유일한 자산인 법도그마틱으로 모두 해결할 수 있다고 생각하고, 법적인 문제를 경제학 개념인 효율성(efficiency), 효용(utility), 사회적 후생(social welfare)의 관점에서 분석하는 것에 대해 반감을 가지게 된다. 물론 대부분의 경우 그 반감은 그와 같은 경제학적 분석을 위한 능력이 없는데서 기인하는 것으로 보인다.

그러나, 조금만 관심을 가지고 보면, 법률가들의 법의 경제적 분석에 대한 반감은 대부분의 경우 경제학 또는 법의 경제적 분석에 대한 오해에서 기인한 것임을 알 수 있다. 결국 의사소통의 불완전성이 문제이다. 조금 덜 과격한 입장에서 표현하면, 법의 경제적 분석이 모든 법률문제에 관한 정답을 제시해 줄 수는 없겠지만, 상당히 많은 경우에 있어 유용한 분석의 틀이 될 수 있다. 나아가 이른바 법적 판단이라고 생각되어지고 있는 여러 가지 개념들, 예를 들면 이익형량, 상당성, 과잉금지 원칙 등과 같이 법도그마틱을 통한 분석 이후에도 남아 있는 가치판단의 영역에서 이루어지는 법적인 판단(legal reasoning)의 문제는 결국 경제적 판단(economic reasoning)의 문제와 별반 차이가 없다는 점을 발견할 수 있게 된다.

이하 아래에서는 우리나라에서의 통상적인 법률가들이 경제학 및 법의 경제적 분석에 대하여 일반적으로 가질 수 있는 몇 가지 오해들에 관하여 살펴보기로 한다.

### 1. 법학과 경제학은 서로 학문적 관심의 대상이 상이하므로 양자는 결합될 수 없다.

법의 경제적 분석과 관련하여 가장 쉽게 제기될 수 있는 오해는, 법학과 경제학은 그 학문적 관심의 대상이 상이하므로, 양자 간의 학제간 연구가 가지는 의미가 크지 않다는 것이다.

먼저 경제학의 경우를 보면, 경제학은 자원의 희소성(scarcity of resources)으로 인하여 발생하는 인간의 선택의 문제를 그 관심의 대상으로 삼고 있다. 지구상에는 무수히 많은 인간들이, 그 인간들 각자가 무한한 욕구(wants)를 가지고 살고 있음에 비해, 그 무한한 욕구를 충족시켜줄 수 있는 재화 혹은 자원(goods or resources)의 양은 제한되어 있다. 이러한 희소성의 원칙이 지배하는 사회에서 일단 바람직한 선택의 기준은 효율성(efficiency)의 기준이 된다. 부족한 자원을 가능한 많은 사람들이 가능한 범위 내에서 가장 만족스러운 방식으로 활용해야 한다는 명제는 쉽게 반박하기 어려운 명제이다.

한편, 법학의 경우를 보자. 만약 인간이 각자 원하는 바를 마음만 먹으면 얼마든지 이룰 수 있다면, 즉 무한한 욕구를 충족시켜 줄 수 있을 만큼 충분한 재화가 존재한다면, 지금 우리가 가지고 있는 법률 시스템 중의 대부분은 존재하지 않았을 것이다. 자원이 차고 넘치게 존재하는데 권리관계 설정을 위한 재산법(property law)이 존재할 리 없다. 계약법(contract law), 불법행위법(tort law), 상법(commercial law)도 마찬가지이다. 원하는 것은 모두 가질 수 있으므로, 범죄와 형벌에 관한 법제(criminal law)도 불필요하게 된다.

희소성의 원리가 작동하지 않는 사회에서는 시장이 존재하지 아니하므로, 시장 실패도 존재하지 않는다. 따라서 시장실패를 교정하기 위한 국가 및 정부의 역할에 관한 행정법(administrative law)도 생각하기 어렵다. 나아가 국가의 존재의미도 지금과 같지 아니하였을 것이므로 헌법(constitutional law)도 존재하였으리란 보장이 없다. 재화 혹은 자원의 분배와는 일견 무관한 것으로 보이는 가족법(family law)의 영역도 재화 혹은 자원의 개념을 넓게 잡으면 앞에서 본 다른 법들과 다르지 않게 볼 수 있다.

요컨대, 법이란 결국 자원의 희소성으로 인해 발생하는 선택의 상황에서 요구되는 규칙제정(rule-making)의 필요성의 산물이라고 볼 수 있다.

경제학이 자원의 희소성의 상황에서의 경제주체들의 선택의 방식 및 그 결과에 관심을 두는 학문이라면, 법학은 자원의 희소성 상황에서 바람직한 자원분

의 방식에 관한 규칙제정에 관한 문제를 다루는 학문이라고 볼 수 있다.

이렇게 보면 양자는 같은 대상을 다른 측면에서 접근하는 학문이라고 할 수 있고, 어느 하나의 학문을 제대로 하기 위해서는 다른 학문에 대한 기본적인 이해가 필수적이라고 볼 수 있다.

이런 관점에서 보면 양자는 서로 다른 대상을 학문적 관심으로 삼고 있다는 일반적인 생각은 오해에서 비롯된 것으로 보인다.

## 2. 법의 경제적 분석은 법학에 있어서 중요한 고유의 가치인 ‘정의’, ‘인권’ 등의 가치를 제대로 반영하지 못한다.

### (1) 서설

아마도 법학을 다루는 법률가나 법조인들이 경제학을 대함에 있어 가장 보편적으로 가지고 있는 오해 중의 하나는 경제학은 법학에 있어서 중요한 고유가치인 ‘정의’, ‘인권’ 등을 그 분석에 제대로 반영하지 못하고 있다는 점일 것이다.

이 부분에 대한 검토를 위해서는 경제학에서의 기본적인 이론인 합리적 선택 이론(rational choice theory)에 관해 간단히 살펴볼 필요가 있다.<sup>12)</sup>

### (2) 소비자선택이론

경제학, 특히 미시경제학에 있어서 가장 기본적인 분석방법은 일정한 제약조건 하에서 목표변수를 설정하고, 독립변수들의 변화에 따른 목표변수의 최대화 방법을 찾는 것이다.

예를 들어서 일정한 고정소득이라는 제약조건 하에서 그 소득을 두 가지 재화의 소비에 사용할 때 가장 높은 효용수준을 달성할 수 있는 최적의 소비조합을 찾는 경우를 생각해보자.

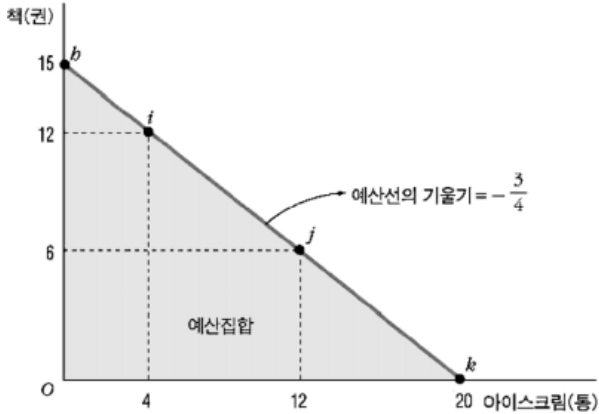
M이라는 소득을 X재(아이스크림)와 Y재(책)의 구입에 모두 사용하고, X재와 Y재의 가격이 각각  $P_x$ ,  $P_y$ 라고 하면 예산제약조건은 아래 수식과 같이 표현된다.

$$M = P_x x + P_y y$$

12) 이하 아래의 설명 및 [그림 1 내지 4]는 이준구·이창용, **경제학원론** 제3판, 법문사(2005), 79-99에 따른 것이다.



위 예산제약조건에 따른 예산선 및 예산집합을 표시하면 아래 [그림 1]과 같이 표현할 수 있다(논의의 편의상  $P_x, P_y$ 의 가격비율을 3:4로 가정하였다).

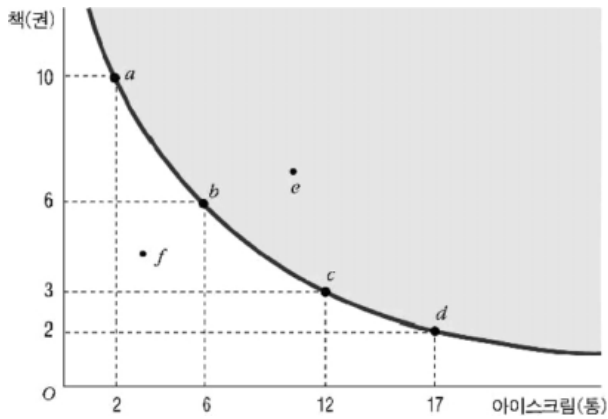


(그림 1)

그림에서 예산제약선 아래의 예산집합부분은 주어진 예산으로 선택 가능한 영역이고, 반대로 예산제약선 바깥쪽 부분은 현재의 예산으로 선택할 수 없는 영역을 나타내고 있다.

한편, 서로 다른 조합의 상품묶음은 그 상품의 소비자에게 서로 다른 크기의 효용을 가져다준다. 이 때, 두 상품의 조합비율이 달라짐에도 불구하고 소비자에게 동일한 수준의 효용을 가져다주는 상품묶음의 조합들을 생각해 볼 수 있다. 같은 크기의 효용을 가져다주는 각 상품묶음들 사이에서 어느 묶음을 선택하는 가는 소비자의 효용면에서 무차별(indifferent)하게 되는데, 이렇게 같은 크기의 효용을 가져다주는 상품묶음들의 집합을 연결한 선을 무차별곡선(indifference curve)이라고 부른다. 무차별곡선은 일반적으로 원점에 대하여 볼록한 형태로 표현되는데, 이는 한계대체율<sup>13)</sup>이 일반적으로 체감한다고 받아들여지기 때문이다. 이를 그림으로 표현하면 아래 [그림 2]와 같다.

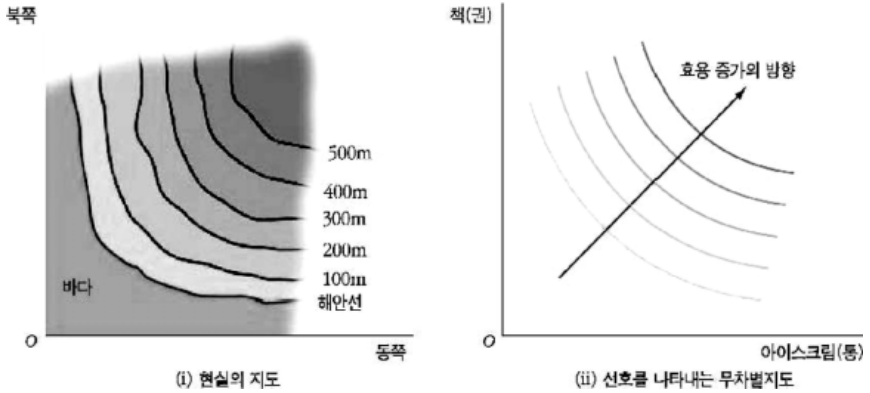
13) 두 상품이 어느 특정한 비율로 대체되면 소비자의 효용에 아무런 변화가 없을 때의 대체비율을 말하고 이는 어디까지나 소비자의 주관적인 판단에 의해 정해진다. 무차별 곡선의 어느 한 점에서 전 접선의 기울기의 절대값의 크기와 같다.



[그림 2]

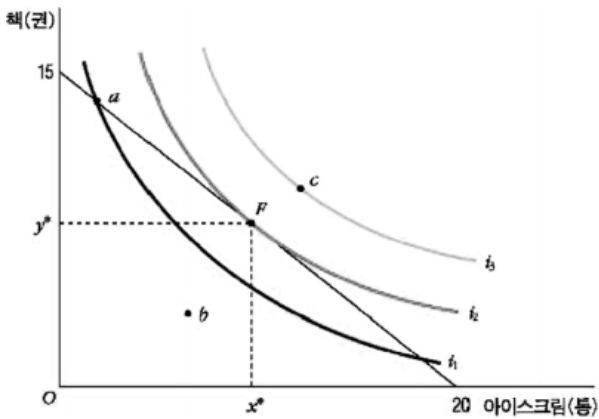
[그림 2]에서 책 10권, 아이스크림 2통의 조합인 a점, 책 6권, 아이스크림 6통의 조합인 b점, 책 3권, 아이스크림 12통의 조합인 c점, 책 2권, 아이스크림 17통의 조합인 d점은 모두 특정한 소비자에게 동일한 효용수준을 가져다주는 상품묶음들이다. a, b, c, d 각 점을 연결한 무차별곡선상의 점은 모두 소비자에게 동일한 효용을 가져다준다. 반면에 위 무차별곡선의 아래에 있는 f점은 위 a, b, c, d 등의 무차별곡선위의 점에 비해 낮은 수준의 효용을 가져다주는 점이고, 반대로 무차별곡선보다 우측 상단에 존재하는 e점은 그보다 높은 수준의 효용을 가져다주는 점이다. 그리고 각각의 효용수준을 나타내는 서로 다른 무수히 많은 무차별곡선이 존재한다. 이러한 여러 가지 무차별곡선들을 표현한 그림을 무차별지도라고 부른다. 여기서 한 가지 주의할 것은 무차별지도상의 서로 다른 무차별곡선은 서수적(ordinal) 효용을 전제로 하는 것일 뿐 기수적(cardinal) 효용까지를 전제로 하고 있지는 않다는 점이다. 이러한 무차별지도를 그림으로 표현하면 아래 [그림 3]과 같다.

무차별지도는 각 경제주체의 선호의 형태에 따라 서로 다른 모습을 띠게 된다. 각 경제주체별로 책과 아이스크림에 대한 한계대체율의 크기가 달라지기 때문이다.



[그림 3]

소비자의 합리적 선택은 앞에서 본 예산제약선의 조건하에서 가장 큰 만족을 얻을 수 있는 상품조합을 선택하는 방식으로 이루어진다. 즉, 예산집합 내의 점들 중에서 원점에서 가장 멀리 있는 무차별곡선 위에 존재하는 점을 선택하는 것이다. 이를 그림으로 표현하면 아래 [그림 4]와 같다.



[그림 4]

[그림 4]에서 소비자는 예산집합내의 선택가능한 점들 중에서 가장 높은 수준의 효용을 가져다주는 E점을 선택하여  $x^*$ 와  $y^*$ 만큼의 아이스크림과 책을 소비함으로써 효용극대화를 달성할 수 있다.

## (3) 법정책 선택의 문제에 관하여

다시 법의 문제로 돌아와서 살펴보자. 많은 법률가, 법학자들은 법학의 궁극적 목표로 ‘정의’, ‘공익’, ‘인권’ 등(이들 개념을 포괄하는 단어로 ‘정의’를 사용할 수 있다고 판단되므로 이하에서는 이러한 가치개념들을 포괄적으로 ‘정의’라고 표현하기로 한다)의 가치개념들을 들고 있고, 많은 경우에 이러한 가치들은 경제적 가치로 환산될 수 없으며, 따라서 그에 대한 경제적 분석은 당치 않다고 생각한다.

이러한 관점에서 보면, 법적 가치의 문제에 있어서 계량적 분석이나, 비용-편익분석, 경제학에서의 합리적 선택이론은 전혀 어울리지 아니하며, 오로지 規範論的 當爲만이 가치 있는 명제로 받아들여진다. ‘하늘이 무너져도 정의는 세워라’는 류의 명제가 그 대표적인 예이다.

과연 어떤 공동체에서 정의 등의 내용을 특정할 수 있는 것인지, 그에 관한 사회적 합의를 이룰 수 있는 것인지, 과연 그러한 것이 존재할 수 있는 것인지 여부에 관해서는 뒤에서 검토하기로 하고, 일단 사회적 합의의 결과물인 ‘정의’가 존재한다고 가정해보자.

앞에서 본 바와 같이 인간은 기본적으로 희소성의 원리가 지배하는 세상에서 살고 있으므로 정의의 문제에 있어서도 마찬가지로 선택의 상황에 처하게 된다. 즉 인간은 ‘정의로움’의 범주에 포함되는 모든 가치를 한꺼번에 다 가질 수 없다. 주어진 상황과 제약조건하에서 합리적 선택을 할 수 밖에 없는 것이다. 앞에서 본 소비자선택이론에서 아이스크림과 책의 자리에는 법적으로 중요하다고 생각되는 어떤 가치라도 들어갈 수 있다. 형사사법절차에서의 피고인의 인권보장과 실체적 진실발견, 행정법에서 행정의 효율성 달성과 행정권 위임자인 국민의 의사에 충실, 양심과 종교의 자유의 보장과 국방의 필요성, 사회적 약자·소수자의 보호와 사회적 후생의 극대화 등 법적으로 정의롭다고 생각되는 모든 가치들에 대하여 마찬가지로 분석이 가능하다.

이에 대해서 앞에서 본 법적 가치들은 경제적 가치로 환산될 수 있는 성질의 것이 아니므로 그와 같은 분석은 타당하지 않다는 비판을 생각해볼 수 있다. 그러나, 뒤에서 살펴보는 바와 같이 경제학에서의 비용개념은 회계학적 비용개념이 아니라 기회비용(opportunity cost)의 개념이다.<sup>14)</sup> 즉, 어떤 가치 있는 재화를 얻

<sup>14)</sup> Mankiw, *Principles of Economics* 4th ed. (2007), 5.

기 위한 비용은 그 재화를 취득하는데 든 현실적인 금전적인 비용이 아니라, 그 재화를 얻는 과정에서 포기하게 된 다른 재화의 총가치의 합을 비용으로 이해하는 것이다. 또한 앞의 소비자선택이론에서 개인들의 선호에 대해서는 서수적 효용만으로 가정했을 뿐 기수적인 효용을 가정하지 않았다. 이렇게 보면, 법적인 가치 어떤 것도 그것을 얻기 위해 포기해야 하는 기회비용이란 관점에서의 다른 가치의 비용을 충분히 생각할 수 있고, 실제로 최종적인 법적 가치판단의 국면에서 이익형량, 상당성 등의 관념으로 이미 그 판단이 이루어지고 있는 상황이다. 서수적 효용이란 관점에서도 특정한 법적 가치가 경제적으로 얼마만큼의 가치를 가지고 있는지를 금전단위로 표현하기는 어렵겠지만, 여러 법적인 가치들 사이에서 어떤 가치를 우선할 것인지에 대한 서수적 판단은 이미 법적으로 이루어지고 있다.

그에 대해서는 법적 정의라는 관점에서 다른 가치 혹은 이익과의 비교형량을 전혀 의미 없게 만드는 이른바 Trump로서의 권리가 존재한다는 반박이 가능할 수 있다. 이 주제에 관해서는 서로 다른 많은 견해가 존재할 수 있겠지만, Schroeder는 Trump로서의 권리의 존재를 인정하는 어떤 학설도 그 논증과정을 자세히 살펴보면 그 속에서 이익형량의 판단과정이 존재한다는 점을 논증한 바 있다.<sup>15)</sup>

요컨대, 앞에서 본 소비자선택이론에 의한 합리적 선택과정에 대한 분석은 큰 어려움 없이 법적 가치의 선택의 문제에 적용될 수 있고, 그 법적 가치들에는 정의, 인권 등 법 고유의 가치로 생각되어질 수 있는 가치들이 당연히 포섭될 수 있다.

### 3. 경제적 분석은 모든 가치를 금전적 이익으로만 평가하므로 법학의 방법론으로는 적절치 않다.

앞의 항목에서 간단히 언급되었지만, 법적인 가치들 중에는 금전적 가치로 평가될 수 없는 것들이 있으므로 그에 대한 법의 경제적 분석은 적절치 않다는 오해가 있을 수 있다. 그러나 앞에서 본 바와 같이, 법의 경제적 분석에 있어서 비용개념을 회계학적 비용개념이 아닌 기회비용개념으로 이해하고, 기수적 효용이 아닌 서수적 효용을 전제로 하면 이러한 법적 가치들을 경제적으로 분석하는데 아무런 어려움이 없다.

<sup>15)</sup> Christopher Schroeder, "Rights against Risks", 86 *Colum. L. Rev.* 495 (1986).

또한 실제로 많은 경우에는 법적인 가치들은 금전적 가치로도 얼마든지 평가될 수 있다. 사람의 생명, 신체의 자유 등과 같이 금전적 가치 평가에 친하지 않은 것 같이 보이는 가치들에 대해서도 경제학에서의 ‘지불하려는 의사(willingness to pay)’의 개념을 통해 얼마든지 그 가치를 금전적으로 평가할 수 있다. 실제로도 손해배상소송에 있어서 이러한 가치들에 대한 금전적 평가가 이루어지고 있음을 쉽게 발견할 수 있다. 또한 아래 [표 1]에서 보는 바와 같이 미국의 각 행정청은 규제정책을 도입함에 있어 그로 인해 발생할 수 있는 개인의 생명에 대한 통계적인 가치를 각 규제정책별로 계산해서 이를 정책에 반영하고 있다.

[표 1]<sup>16)</sup>

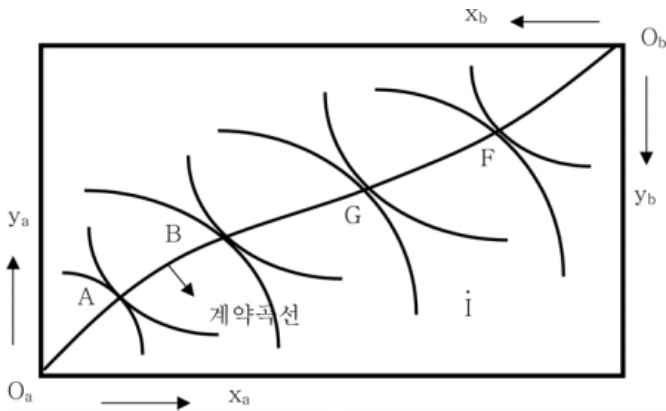
Agency	Regulation and Date	Value of Statistical Life
Dept. of Transportation/ Federal Motor Carrier Safety Administration	Safety Requirements for Operators of Small Passengers-Carrying Commercial Motor Vehicles 2003	\$3 million
Dept. of Health & Human Services/FDA	Food Labeling: Trans Fatty Acids in Nutrition Labeling, 2003	\$6.5 million
Dept. of Agriculture Food Safety & Inspection Service	Control of <i>Listeria Monocytogenes</i> I Ready-to-Eat Meat and Poultry Products, 2003	\$4.8 million
Dept. of Health & Human Services/FDA	Labeling Requirements for Systematic antibacterial Drug Products Intended for Human Use, 2003	\$5 million
Office of Management & Budget	Report to Congress on the Costs and Benefits of Federal Regulations, 2003	\$5 million
EPA	Controls of Emissions from Nonroad Large Spark-Ignition Engines, and Recreational Engines, 2002	\$6 million
EPA	National Primary Drinking Water Regulations, Arsenic, 2001	\$6.1 million

<sup>16)</sup> Cass R. Sunstein, *Laws of Fear* (2005), 133.

4. 법의 경제적 분석에는 형평성에 관한 고려가 부족하다.

법의 경제적 분석이 효율성의 측면에 있어서 유용한 분석의 도구가 될 수 있음은 주지의 사실이다. 그리고 경제학의 분석이 형평성의 문제에 관해서 그다지 많은 설명을 하고 있지 않음도 사실이다. 앞에서 본 Coase도 그의 논문에서 효율성 측면의 자원배분의 문제에 관해서는 통찰력 있는 새로운 관점을 제시해주었지만, 형평성의 문제에 관해서는 다루지 않고 있다. 이 점이 경제학 및 법의 경제적 분석에 대하여 일반적으로 가장 많이 가해지고 있는 비판 중의 하나이다.

즉, 아래 [그림 5]에서 보는 바와 같이 에지워즈 상자의 계약곡선 상의 모든 점들은 동일한 효율성을 나타내고 있지만, 형평성의 관점에서는 각각 전혀 다른 상태를 나타내고 있다.<sup>17)</sup>



(그림 5)

그림은 a, b 두 당사자의 무차별곡선에 따른 에지워즈 상자를 나타내고 있다. 위 그림에서 a와 b의 무차별 곡선이 서로 접하는 A, B, G, F의 각 점들은 모두 파레토 효율적인 점들을 나타내고 있다. 반면에 I의 점은 당사자들의 계약을 통해 양당사자 모두에게 이익을 줄 수 있는 다른 자원배분 상태로의 개선이 가능하므로 파레토효율적인 상태가 아니다. 시장이 제대로 기능하는 상황이라면 당사자들의 자발적인 거래를 통해 파레토효율적인 상태로 옮겨갈 수 있다.

17) 拙稿, “지속가능한 발전의 원칙에 대한 법경제학적 고찰”, **환경법연구** 제27권 4호 (2005), 55 참조.

에지워즈 상자에서 파레토 효율적인 자원배분 상태의 궤적을 나타내는 선을 계약곡선이라고 부른다. 계약곡선상의 모든 점들은 파레토효율적인 자원배분상태를 나타내고 있다. 따라서 효율성의 관점에서만 보면 당사자 a는 극히 일부의 재화만 가지고 나머지 대부분의 재화를 b가 가지는 A점이나 양당사자가 비슷하게 자원을 가지는 G의 점이나 차이가 없다. 그러나 형평성의 관점에서 보면 A, B, G, F 점들은 각각 다른 형평의 수준을 나타내고 있고, 그 점들 중 어느 점을 선택할 것인가의 문제가 중요하게 된다.

이 부분이 효율성 중심의 경제학 분석에 대하여 가장 크게 가해지고 있는 비판 중의 하나이다.

그러나 사회적으로 바람직한 형평성의 수준에 관해서는 법학의 측면에서도 정답을 찾기가 쉽지 않다. 그에 관해서는 보는 사람의 철학적 관점에 따라서 Rawls의 최소극대화(maxmini) 주장부터, 평등주의자, 공리주의자에 이르기까지 너무나 다양한 스펙트럼상의 서로 다른 의견들이 존재하고, 나아가 Arrow는 개인들의 형평성에 관한 선호를 결합해서 사회 전체의 선호로 바꿀 수 있는 사회 선호함수는 존재하지 않는다는 점을 입증한 바 있다(불가능성 정리).<sup>18)</sup>

그렇다고 해서 법의 경제적 분석이 형평성 문제의 분석에 관하여 전혀 의미가 없는 것은 아니다.

법의 경제적 분석을 통해서 사회적으로 바람직한 형평성 수준에 관한 답을 얻을 수는 없겠지만, 경제적 분석은 실증분석을 통해 현재의 불평등이 어느 정도인지, 시기의 변화에 따라 불평등의 정도의 변화가 어떠한지, 현재의 불평등의 문제를 개선하기 위한 정부의 개입이 효율성의 측면에서 얼마나 손실을 가져올 것인지 등의 문제에 관해서는 충분히 의미 있는 설명을 해 줄 수 있다.<sup>19)</sup> 이러한 설명은 형평성의 측면에서 바람직한 법정책을 결정하기 위한 유용한 판단기준의 역할을 해 줄 수 있다.

흔히들 정의로움을 형평성에 관한 고려를 의미하는 것으로 좁게 해석하는 경향이 있다. 분명 형평성이 정의로움의 판단에 있어서 중요한 부분을 차지하고 있는 것은 사실이지만, 앞에서 본 바와 같이 형평성의 관점에서 정의로움을 논하는 데는 여러 가지 어려움이 있다. 각 공동체가 처한 시대적·정치적 상황에 따라

<sup>18)</sup> Kenneth Arrow, *Social Choice and Individual Values* 2nd ed. (1963) Arrow는 위 증명으로 Nobel 경제학상을 수상하였다.

<sup>19)</sup> Posner, *Economic Analysis of Law* 6th ed. (2003), 27.



얼마든지 그 기준이 달라질 수 있기 때문이다. 경제학적 설명이 형평성에 관한 정답을 제시해주지 못하는 것은 어떻게 보면 너무나 당연한 것이고, 이는 법학을 비롯한 다른 모든 사회과학에서도 마찬가지이다.

반면에 자원이 부족한 상황에서 자원의 효율적 사용은 그것 자체가 정의로운 의 큰 구성부분이 될 수 있다. 법학에서 불법 혹은 정의롭지 못한 것으로 규정되어 있는 것들 중 상당 부분은 조금만 생각해보면 효율적이지 못한 자원배분을 의미하는 경우가 많음을 알 수 있다. 이런 관점에서 보면 자원이 부족한 상태에서 자원을 비효율적으로 사용하여 낭비하는 것은 그것 자체가 도덕에 반하고, 정의에 반하는 것이라는 Posner의 설명이 전혀 말이 되지 않는 것은 아니라고 할 것이다.<sup>20)</sup>

##### 5. 법의 경제적 분석은 수식과 그림을 통해서만 가능하다.

경제학에 대한 일반적인 오해 중의 하나로서, 경제학은 수식과 그림만으로 설명될 수 있다는 생각을 가질 수 있다.

사실 대부분의 경제학 교과서나 논문에서 많은 수식과 그림을 찾아볼 수 있다. 수식과 그림을 통한 설명은 수학 및 그림의 전개과정에 대한 기본적인 이해를 갖춘 사람에게는 아주 간결하고 정확하게 논지를 전할 수 있는 장점이 있다. 반면에, 수학 및 그림의 전개과정에 대한 이해가 없는 법률가들에게는 넘을 수 없는 장벽으로 다가오게 된다. 이러한 장벽이 결국에는 법의 경제적 분석에 대한 접근성을 떨어뜨리는 부작용을 가져오기도 한다.

이처럼, 수식과 그림을 통한 설명은 논증과정을 간결하게 그리고 정확하게 만들어 주지만, 그렇다고 해서 수식과 그림을 사용하지 않고서는 경제학적 설명이 곤란하거나 불가능한 것은 아니다. 오히려 역사적으로 유명한 경제학 서적이거나 논문에는 수식과 그림을 통한 설명이 전혀 없거나, 있더라도 아주 간단한 형태의 수식을 통한 설명만이 있는 경우를 많이 찾아볼 수 있다. 앞에서 본 Coase의 ‘The problem of social cost’, Milton Friedman의 ‘Capitalism and Freedom’, K. Marx의 ‘자본론’, Keynes의 ‘The General Theory of Employment, Interest, and Money’ 등이 그 예이다.

요컨대, 수식과 그림은 법의 경제적 분석에 있어 논의의 簡潔化와 精緻化를 도

<sup>20)</sup> *id.* 27.

와주는 유용한 도구이기는 하지만, 그것 자체가 법의 경제적 분석이 될 수는 없다.

경제학, 법경제학에서 중요한 것은 문제되는 상황에 대한 정확한 이해 및 그 상황을 풀어나가는 논리적인 사고의 방식인 것이지, 수식이나 그림 자체가 목적이 되는 것은 아니다. 이런 점에서 뛰어난 경제학자로서 수학에 천재적인 소질을 가지고 있었던 Alfred Marshall이 막상 경제학에 있어서는 수학을 사용하는 것을 극도로 자제하고 경제학적인 직관(economic intuition)의 중요성을 강조했던 것은 시사하는 바가 크다고 할 것이다.

6. 법의 경제적 분석은 사법(私法) 영역에서만 적용가능성이 있을 뿐, 공법(公法) 영역에서는 그 적용의 여지를 찾기 어렵다.

법의 경제적 분석이 재산법, 계약법, 불법행위법 등을 비롯한 사법영역에서 비교적 활발히 논의되어 왔던 것은 사실이다. 그러나 법의 경제적 분석은 사법의 영역뿐만 아니라 행정법, 헌법과 같은 공법의 영역에서도 활발하게 연구가 이루어지고 있다. 공공선택이론(Public Choice Theory)이 그 대표적인 사례라고 할 것이다.

공공선택이론은 헌법, 행정법과 같은 공법의 영역에서 정치주체들이 어떤 선호를 가지고 행동을 하는지에 관하여 관심을 가지는 학문 분야로서, 기본적인 가정은 정치의 장에서 행동하는 주체들도 경제활동을 하는 경제주체들과 크게 다르지 않은 선호 및 선택의 방식을 가지고 행동을 한다는 것이다. 이 가정만 받아들일 수 있으면 정치의 장에서의 인간의 행동 및 그 결과물인 입법 등에 대해서도 전통적인 경제학으로 충분히 설명할 수 있게 된다.

공공선택이론은 James Buchanan이 그 분야의 연구로 1986년에 Nobel 경제학상을 수상한 이후로 학자들의 많은 관심을 끌게 되었고, 그 분야에 관한 많은 연구가 이루어져서 현재에는 공법 연구에 있어서 주류적인 분석방법의 하나가 되고 있다.<sup>21)</sup>

공공선택이론이 전통적으로 많은 관심을 가지고 노력을 집중하였던 분야는 사

21) 공공선택이론에 관해서는 Dennis C. Mueller, *Public Choice III* (2003), Anthony Downs, *An Economic Theory of Democracy* (1957), Daniel A. Farber and Philip P. Frickey, *Law and Public Choice* (1991), The University of Chicago Press, Jerry L. Mashaw, *Greed, Chaos, & Governance - Using Public Choice to Improve Public Law* - (1997), Yale University Press 등의 문헌 참조.

회선호함수를 찾는 문제였다. 사회선호함수란 공동체를 구성하는 개인들의 선호를 합리적으로 결집해서 사회적 선호를 도출해내는 함수를 말한다. 그런데 개인들의 선호를 결집해서 사회적 선호를 도출한다는 말은 결국 그 사회가 공동으로 추구하는 가치 즉, 공익의 내용을 확정한다는 말과 전혀 다르지 않다. 공법 연구에 있어서 가장 핵심적인 주제가 공익의 실체를 확인하고 그 공익 확정을 위한 절차에 관한 것임은 두 말할 필요가 없다. 그렇다면 정치 및 입법, 나아가서 사법심사의 과정에 관한 경제학적 분석으로서의 공공선택이론은 그 연구의 대상 및 주제에 있어서 공법 연구와 그 궤를 같이 하는 것으로 볼 것이다.

이런 관점에서 보면 법의 경제적 분석 방법론은 사법 영역뿐만 아니라 공법 영역에 대해서도 여전히 광범위하게 적용될 수 있는 것이다.

공공선택이론의 내용에 관한 자세한 설명은 생략하기로 한다.

#### 7. 법의 경제적 분석은 논의의 전개과정에서 전제되는 지나치게 엄격한 가정들로 인해서 현실설명력이 떨어진다.

경제모형을 만드는 과정에서는 복잡한 사회현상에 대한 분석을 위해 논의를 단순화하는 여러 가지 가정들로부터 시작한다. 경제모형은 관심을 가지는 변수들 사이의 상관관계를 알기 위해 나머지 변수들이 일정하다고 가정하는 *ceteris paribus*로부터 시작한다. 그렇게 함으로써 복잡한 사회현상에 대해 부분적으로나마 의미 있는 설명이 가능한 경제모형을 만들 수 있다. 그러나 경제모형을 만드는 사람은 필요이상으로 많은 가정을 설정하지 않도록 조심해야 한다. 너무 많은 가정을 세우게 되면 그 경제모형자체가 현실성이 떨어질 뿐만 아니라, 그 가정 자체가 분석의 결과를 좌우하게 될 수도 있기 때문이다.<sup>22)</sup> 그리고 어떤 경제모형이 얼마나 가치 있는지 여부는 전제로 삼은 가정들이 얼마나 보편적인 설득력이 있는지 여부에 의해 결정된다.

현실의 경제상황은 너무나 복잡다단하기 때문에 이러한 기본적인 가정을 통해 단순화시키지 않으면 아무런 의미 있는 결과를 얻을 수 없다. 그리고 일정한 가정을 전제로 한 경제모형에서 얻은 의미 있는 결론은 그 가정들을 하나씩 완화해나가면서 현실의 상황과 비슷하게 접근해나갈 때 그 결과가 어떻게 달라지는지를 살피는데 있어 유용한 출발점이 된다. Coase 정리에 있어서 거래비용의 부

22) 이준구·이창용, *supra*, 28.

존재라는 엄격한 가정하에서의 논의 결과는 실제로 거래비용이 존재하는 현실에 있어서 어떤 법정책을 선택할 것인지를 논함에 있어서 중요한 논의의 출발점이 된다.

요컨대, 경제학에서의 여러 가지 가정들은 복잡한 사회현상을 단순화하여 의미 있는 분석을 가능하게 하는 출발점이 되고, 또한 그 가정들을 조금씩 완화해나감으로써 실제 현실에 관한 논증을 할 수 있게 하는 유용한 도구로서 기능하는 것이다.

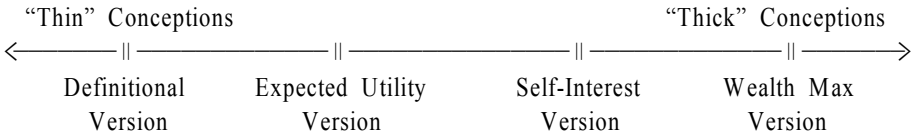
#### 8. 경제학의 합리적 선택이론은 현실에서의 인간행동방식을 설명하지 못한다.

경제학은 그 논의의 출발점에서 주어진 선택의 상황에서 합리적으로 판단하고 선택하는 이기적인 인간상(Homo Economicus)을 전제로 하고 있다. 각 경제주체들은 주어진 상황에서 어떤 선택이 본인들에게 가장 이익이 되는지를 잘 알고 있으며, 그 이익에 좇은 선택을 한다는 것이다. 그러나 일반적으로 받아들여지고 있는 부의 극대화(Wealth Maximization) 모델에 따른 합리적 선택이론으로는 설명할 수 없는 여러 가지 일들이 현실에서는 일어난다. 인간들은 당장 자신에게 이익이 되지 않는 행동들도 많이 하고, 스스로의 이익이 아닌 다른 사람의 이익을 위한 선택을 하는 모습도 많이 보인다. 이는 합리적 선택을 통해 극대화하려는 목표를 재산적 부(wealth)로 이해하는 경우에 그 정도가 더욱 심해진다.

그러나 합리적 선택이론은 일반적으로 생각하는 것처럼 그렇게 간단한 논의가 아니다. 우선 합리적 선택을 통해 극대화하려는 목표에 관하여는 그 내용이 무엇이 되었든 인간이 추구하는 모든 가치 있는 것이 목표가 될 수 있다는 thin version으로부터 부의 극대화이론과 같은 thick version에 이르기까지 아래 [그림 6]과 같이 다양한 스펙트럼의 합리적 선택이론이 존재할 수 있다.

[그림 6]에서 합리적 선택이론을 부의 극대화이론(wealth max version)으로 이해하는 경우에는 현실에서 그와 다른 방식의 비합리적 선택을 하는 것으로 보이는 인간의 행동양식을 많이 찾아볼 수 있지만, thin version으로 조금씩 옮겨갈수록 그 빈도는 점점 줄어들게 된다.

**Rational Choice Theory Spectrum**



[그림 6]<sup>23)</sup>

인간이 wealth max version과 같은 엄격한 형태의 개인적인 이기심에 쫓은 행동을 보이지 않는다는 것은 실증분석을 통해서도 입증된 바 있는데, 그 대표적인 예가 ultimatum game의 경우이다.<sup>24)</sup>

game 규칙은 다음과 같다.

경기에는 두 명의 player가 참여하는데, 경기운영자는 두 player 중의 한 명인 player1에게 일정한 금액을 지급한다. 이를 지급받은 player1은 그 금액 중 일정한 부분을 player2에게 제시한다. player2가 그 금액을 받아들이면 두 player는 각자가 가지고 있는 금액을 가지게 되지만, player2가 그 금액을 받아들이기를 거부하면 두 player는 모두 한 푼도 가지지 못하게 된다. 두 player는 모두 이러한 game의 규칙에 대해 알고 있으며, player 사이의 협상은 허용되지 않는다.

만약 기존의 합리적 선택의 이론에 따르면, 이 game에서 player1은 생각할 수 있는 가장 적은 금액을 player2에게 제시하고 player2는 이를 받아들이는 것이 합리적인 선택이 된다(player2 입장에서는 아무리 적은 금액이 제시되더라도 이를 거절해서 0원을 가지는 것보다는 그 적은 금액을 갖는 것이 경제적 이익의 극대화라는 점에서는 더 합리적인 선택이다). 그러나 놀랍게도 실험결과는 이러한 예측을 한참 벗어난 것이었다. 실제의 game에서 player1은 평균적으로 자신이 경기 진행자로부터 받은 금액의 30~40%의 금액을 player2에게 제시하는 것으로 나타났고, 50%의 금액이 제시되는 경우도 상당히 많았다. 반면에 20~25%의 금액이 제시되는 경우에는 player2에 의해 거절되는 빈도가 상당히 높았으며, 20% 미만의 금액이 제시되는 경우에는 거의 대부분이 player2에 의해 거절되었다.

이 game에서 알 수 있는 것은 player2는 game의 대상인 금액 중 너무나 적은 금액이 자신에게 제시되는 경우에는, 이를 택해서 현저히 형평에 반하는 대우를

<sup>23)</sup> Russel B. Korobkin, Thomas S. Ulen, “Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics”, 88 *Cal. L. Rev.* 1051 (2000), 1061.

<sup>24)</sup> *id.* 1135, 前掲拙稿, 69.

받는 것보다는 차라리 아무것도 가지지 않는 선택을 하려는 경향이 있고, player1은 player2의 이러한 경향을 고려하고, 존중하면서 game에 임하는 경향이 있다는 것이다.

ultimatum game에서 확인할 수 있는 인간의 이러한 경향은 현실에서의 선택의 상황에서도 어렵지 않게 찾아볼 수 있다.

최근의 경제학 연구의 큰 주제 중의 하나는 이처럼 엄격한 富의 극대화에 따른 합리적 선택이론으로는 설명할 수 없는 여러 가지 형태의 인간의 행위방식에 관한 연구로서 인간의 제한적 합리성(bounded rationality)에 관심을 갖는 이른바 행위경제학(behavioral economics)이다. 그리고 그 연구결과들은 법의 경제적 분석이 현실에서의 인간의 행동방식을 좀 더 잘 설명할 수 있도록 도와주는 기능을 하고 있다.<sup>25)</sup>

요컨대, 富의 극대화이론과 같은 엄격한 수준의 합리적 선택이론은 복잡한 사회현상을 간단한 형태의 경제모델로 만드는 과정에서 논의의 단순화를 위한 유용한 가정이었지만, 엄격한 가정을 통해 얻은 결론은 그 가정을 완화해나감으로써 보다 현실에 부합하는 설명을 가능하도록 하는 유용한 출발점으로서 기능하고 있는 것이다.

#### IV. 法의 經濟的 分析의 發展方向

##### 1.

지금까지 살펴본 바에 의하면 법의 경제적 분석에 대한 법률가들의 무관심 혹은 반감은 상당부분 오해에서 기인한 것으로 보인다. 이러한 오해를 슬기롭게 극복할 수 있다면 법의 경제적 분석은 우리 법학 논의를 한층 심화시킬 수 있는 계기가 되리라고 생각한다.

##### 2.

그러나 여기에서는 한 가지 주의할 점이 있다. 법의 경제적 분석에 대한 오해

25) 그에 관한 자세한 내용은 Christine Jolls, Cass R. Sunstein, and Richard H. Thaler, "A behavioral Approach to Law and Economics", Behavioral Law and Economics, edited by Cass R. Sunstein, Cambridge University Press (2000).

로 인한 문제만큼이나, 선부른 법의 경제적 분석 시도가 위험할 수도 있다는 사실이다. 제대로 된 법의 경제적 분석을 위해서는 법학에 대한 기본적인 소양뿐만 아니라 경제학에 대한 제대로 된 지식과 소양이 필요하다. 그러한 지식과 소양이 부족한 상태에서 선부르게 법의 경제적 분석을 시도하는 것은 자칫 術學과 誤謬의 결과를 가져올 수도 있다.

### 3.

여기에서는 Posner가 법의 경제적 분석이 오용되었다고 본 대표적인 사례를 살펴보면서 논의를 정리하기로 한다.

Posner가 법의 경제적 분석이 오용 혹은 남용되었다고 본 대표적인 사례는 *Union Oil Co. v. Oppen* 사건<sup>26)</sup>에서의 Sneed 판사의 의견이다.<sup>27)</sup>

Oppen 사건은 1969년의 Santa Barbara 기름누출사고로 어업으로 생계를 유지하던 원고가 생계를 위협당하게 되자 피고 회사를 상대로 손해배상을 청구한 사건이었다. 기름누출사고가 피고회사의 귀책사유로 인한 것이라는 점에 관해서는 다툼이 없었다. 문제는 피고 회사가 원고가 입은 현실적이고 재산적인 손해(a vested property right) 외에 어업을 통한 영업이익의 상실분(an injury to a business expectancy)까지 기존의 불법행위법리에 따라 배상할 책임이 있는지 여부에 관한 것이었다. Sneed 판사에 의해 집필된 제9항소법원의 판결문에서는 그것이 배상가능한 부분이라고 판시하였다. Sneed 판사는 그와 같은 결론을 내림에 있어 Calabresi의 책 ‘The Costs of Accidents (1970)’의 논리를 사용하여 문제를 해결하려는 시도를 하였다.

Sneed 판사는 그 판사에서 여러 가지 법의 경제적 분석 용어를 사용하기는 하였지만, 그 논증과정은 Calabresi의 논리와 전혀 부합하지 않는 것이었다. Sneed 판사는 Calabresi의 설명대로 최소비용으로 사고를 피할 수 있는 당사자에게 배상책임을 묻는 것이 타당하지만, 위 사건에서는 그 최소비용회피자를 식별하는 것이 쉽지 아니하므로 다른 기준에 의해 손해배상책임부담자를 정해야한다고 판시하였다.

그러나 Posner의 설명에 따르면 이 사건에서 최소비용회피자의 식별은 전혀

26) 501 F. 2d 558 (9th Cir. 1974).

27) Posner, Some Uses and Abuses of Economics in Law, 46 *U. Chi. L. Rev.* 281 (1979), 297-301.

어려운 문제가 아니었다. 어민으로서 이 사건 사고의 방지를 위한 어떤 노력도 할 수 없는 상황이었고, 결국 피고 회사가 더 적은 비용으로 사고방지를 위한 노력을 할 수 있는 당사자라는 점은 쉽게 인정할 수 있었음에도 불구하고 Sneed 판사가 그 판단이 쉽지 않다고 본 것은 잘못이라는 것이다.

또한 Sneed 판사는 이 사건에서 손해배상책임에 관한 결정이 이 사건에서 문제된 기름이나 생선이 아닌, 그것과 무관한 다른 상품(staple groceries)의 소비자에게 전가되어서는 안 된다는 설명을 하고, 어느 일방에게 불법행위책임을 묻는 것이 외부효과를 발생시키며, 그 외부효과를 적절히 내부화하기 위한 법정책이 필요하다는 판시를 하였다.

그에 대하여 Posner는 이 사건은 외부효과와는 전혀 무관한 사안으로서, 기름 유출로 인한 배상과 관련된 책임을 어민에게 부과할 것인지, 피고 회사에게 부과할 것인지 여부는 staple groceries의 소비자와 같은 외부인에게 아무런 영향을 미치지 않는 것임에도 불구하고 Sneed 판사가 법의 경제적 분석이란 이름하에 잘못된 분석을 한 것이라고 비판을 하고 있다.

나아가 Sneed 판사가 Calabresi의 설명에 따른 여러 가지 고려에 대한 분석을 한 후에 Calabresi의 설명 중 다음과 같은 부분 “불법행위에 따른 손해는, 잘못된 법 판단으로 인해 자원배분에 관하여 잘못된 결정이 내려졌을 때 이를 가장 잘 교정할 수 있는 당사자에게 부과되어야 한다. 그렇게 함으로써 배상책임을 부담하게 된 당사자는 그 자원배분이 잘못된 경우에는 문제된 권리를 상대방으로부터 매수하는 등의 방식으로 문제를 더 잘 해결할 수 있기 때문이다(The loss should be allocated to that party who can best correct any error in allocation, if such there be, by acquiring the activity to which the party has been made liable …)”를 인용하면서 이 사건에서 피고 회사의 능력이 원고 어민에 비하여 월등히 우월하므로 그에게 배상책임을 지우는 것이 타당하다는 결론을 내린 것에 대해, Posner는 이 사건의 경우에는 피고 회사가 원고 어민이 영위하던 사업을 합병하는 등의 방식으로 문제를 해결할 수 있는 사안이 아니므로 Calabresi의 위의 설명부분이 적용될 수 있는 사안이 아님에도 불구하고, Sneed 판사가 그 논의를 잘못 적용하는 오류를 범하고 있다고 비판하고 있다.

#### 4.

법의 경제적 분석이 법학에 있어서 유용한 분석의 틀이기는 하지만, 그것이 제



대로 된 가치를 가지기 위해서는 그것을 활용하는 법학자, 법률가들이 제대로 된 경제학에 대한 이해 및 그에 더 얽은 법의 경제적 분석에 대한 이해를 갖추고 있어야 함은 물론이다. 선부른 경제학 지식으로 법의 경제적 분석을 통해 문제를 해결하려는 시도는 자칫하면 규범적 당위론에만 의지한 맹목적 법 판단만큼이나 위험한 것이 될 수 있다. 물론 법학과 경제학적 기초를 동시에 갖추는 것은 쉬운 일이 아니다. 그러나 FTA체결을 통한 법률시장의 개방, 로스쿨의 도입 등 급변하는 현대 사회에서 이는 선택의 문제가 아니라 법률가들이 반드시 갖추어야 할 소양이 될 것이다. 법의 경제적 분석에 대한 오해를 빨리 불식시켜야 할 이유도 여기에 있다.

## V. 結 論

지금까지 법의 경제적 분석에 대하여 일반적인 법학자 혹은 법률가들이 가질 수 있는 오해들에 관해 살펴보았다. 법의 경제적 분석에 대한 이러한 오해들은 대부분 법학자와 법률가들이 경제학적 사유의 방식에 접할 기회가 많지 않음으로 인한 것이고, 이는 결국 우리나라 법학교육 및 법조인 양성시스템과도 상당 부분 관련이 있는 것으로 보인다.

이 글이 법의 경제적 분석에 관한 오해를 해소하는데 조금이라도 기여하기를 바라는 마음 간절하지만, 혹시나 이 글로 인해 법의 경제적 분석에 대한 새로운 오해들이 생겨난 것은 아닌지 걱정이 앞선다. 만약 그런 부분이 있다면 그것은 전적으로 필자의 법학 혹은 경제학에 대한 공부의 깊지 못함으로 인한 것이다.

우리나라에서도 법의 경제적 분석이 법학에 접근하는 유용한 방법론이라는 점에 관하여는 많은 부분 의견의 일치가 이루어져가고 있는 것으로 보인다. 아무쪼록 법학계와 법조실무에서 법의 경제적 분석이 좀 더 자연스럽게, 풍성하게 이루어지는 날이 오기를 바라면서 글을 마친다.

주제어: 법경제학, 효율성, 형평성, 합리성, 법의 경제적 분석에 관한 오해

<Abstract>

## A Study on Several Misunderstandings of Economic Analysis of Law

Seong Wook Heo\*

It has been quite long since the academic trend of economic analysis of law was introduced into Korea, and quite many scholars are interested in that field nowadays. However, the outcome is not so satisfactory yet. More and more cases come to courts recently which need economic analysis, but, in Korean courts, most of them are settled without economic analysis. There can be found many reasons of this state of things. In my thought, one of those reasons stems from several misunderstandings of economic analysis of law.

Followings are those several misunderstandings.

- (1) The Law and the Economics do not share the academic research subjects, so the two academics cannot be combined.
- (2) The economic analysis of law does not consider the value of 'justice' and 'human rights' which are the main objects in legal research.
- (3) Economic analysis evaluates every value in our society in terms of monetary value, so it is not appropriate to be taken as legal analytic tool.
- (4) The economic analysis of law does not fully consider the value of equity in law.
- (5) The economic analysis of law can be done only through unintelligible mathematics and diagrams.
- (6) The economic analysis of law can be applied only in the field of private law, not in the field of public law.
- (7) The economic analysis of law uses many strict and impractical assumptions, so its applicability to real legal problem is severely restricted.

---

\* Assistant Professor, College of Law, Seoul National University

(8) The rational choice theory in economics cannot fully explain the real persons' acts in reality.

In this paper, I reviewed the contents of those misunderstandings and explained the groundlessness of such understandings.

I hope that this paper can be a small step in the road to active movement of interdisciplinary academic research in law and economics in Korea.

Key words: law and economics, efficiency, equity, justice, misunderstanding, rationality