

〈논문〉

법경제학적 방법론의 유용성과 한계에 관한 소고*

宋 沃 烈**

요 약

법경제학은 미국을 중심으로 법학의 중요한 연구방법으로 등장하였고, 이미 우리나라에서도 다양한 연구가 이루어지고 있다. 이 글은 이러한 법경제학적 연구 또는 논증이 전통적인 법학의 영역, 즉 법의 제정이나 해석에 얼마나 실질적으로 기여할 수 있는지 살펴보았다. 추상적인 개념 대신 구체적인 사례를 가지고 설명함으로써 논의를 보다 구체화하고자 하였다. 먼저 경제학이 법적 논의에서 어떠한 지위를 가질 수 있는지에 관한 주장을 살펴보면, 결국 사용하는 “경제학”이라는 용어의 의미가 서로 다르다는 점을 알 수 있었다. 경제학을 공리주의적 사고방식으로 국한하게 되면 자연스럽게 법적 사고와는 조화되기 어렵다. 반대로 개인이 무엇을 추구하든 합리적인 것을 요구하는 사고체계로 이해하거나, 아니면 사회적 거래비용을 감소시키려는 사고방식으로 보는 경우에는 법체계를 설명하는 유력한 방식이 될 수 있다. 이 글은 이러한 기존의 논의와 다른 차원에서 경제학의 적용이 법의 제정 및 해석에 제한적일 수밖에 없는 이유를 제시하고자 한다. 이 글에서 법경제학을 이해하는 핵심적인 개념은 사전적 인센티브이다. 이러한 사전적 인센티브를 강조하는 정도는 법 영역마다 다른데, 전통적인 민법이나 형법은 이를 그렇게 중요하게 고려하지 않는다. 따라서 사전적 인센티브를 주로 연구하는 법경제학은 이러한 영역에서 법적 사고와 충돌할 가능성이 높다. 이 글에서는 범규범의 사전적 인센티브 효과의 몇 가지 예를 설명하고, 그것이 어떻게 기존의 민법이나 형법의 논리와 충돌하는지 살펴본다. 그럼에도 불구하고 범규정이나 해석이 가져오는 사전적 인센티브 효과에 대한 연구는 법학이 과학적 분석이 되기 위한 첫걸음이라는 점에서, 기존의 법학에 중요한 의미를 가진다.

주제어: 법경제학, 사전적 효율, 인센티브, 사후적 효율, 경제학

* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2013년도 학술연구비 지원을 받았으며, 서울대학교 법학연구소에서 2013년 12월 23일에 개최한 “경제학적 법학 방법론의 유용성에 관한 실험적 논의” 공동연구 학술대회에서 발표된 것을 수정한 것이다. 학술대회에서 토론을 해 주신 권영준 교수님과 논문의 심사에 수고하신 익명의 심사위원들께 감사드린다. 익명의 심사위원들의 의견은 그 자체로 연구방법론에 중요한 시사점을 가지는 지적이 많아 이를 각주로 보충하여 독자들도 참조할 수 있도록 하였다. 또한 본 연구를 시작하도록 자극을 주시고 계속해서 조언을 아끼지 않으신 윤진수 교수님께도 감사의 뜻을 전한다.

** 서울대학교 법과대학/법학대학원 교수.

I. 序 說

법경제학은 법적 제도나 현상을 경제학적 방법론을 가지고 연구하는 분야를 말한다. 따라서 법경제학은 경제학의 한 분과영역, 더 정확하게 말하자면 응용 미시 경제학의 하나 정도로 규정할 수 있다. 사회과학에서 경계를 나누는 것이 점점 의미가 없어지고 있기는 하지만, 굳이 나누자면 경제학에 속한다는 것이다. 법경제학이 법학이라고 하기 어려운 이유는 전통적으로 사회과학의 범주를 정할 때 보통은 그 학문이 다루는 대상이 아니라 연구방법을 가지고 말하기 때문이다. 예를 들어, 형법학, 민법학, 행정법학 등 구체적인 개별법학이 서로 다루는 대상이 다르면서도 같은 법학이라는 범주에 포함되는 것이나, 세법과 재정학이 조세라는 같은 대상을 다루면서도 하나는 법학이고 다른 하나는 경제학으로 이해되는 것은 모두 방법론을 가지고 학문을 구분하는 관행에 따른 것이다. 최근 경제학은 계량적 또는 통계학적 기법에 과도하게 의존하는 경향이 있는데, 법경제학도 역시 마찬가지로 보이고 있다는 점에서 법경제학은 경제학의 한 분과라는 점에 큰 의문이 없다.

그렇다면 법경제학은 법학에 어떠한 의미를 가지는가? 다시 말하자면, 법경제학은 단순히 사회적 사실로서의 법현상을 경제학이라는 다른 렌즈로 설명하는 것에 불과한가, 아니면 법경제학적 연구 또는 논증이 법의 제정이나 해석에도 **실질적으로** 기여할 수 있는 것인가? 이 질문은 2013년 봄 어느 날 따뜻한 햇볕이 내리쬐는 교수휴게실에서 몇 분의 교수들이 자리한 가운데 윤진수 교수와 필자가 나눈 담소의 주제였고, 이후 이 글의 구상으로 이어졌다. 먼저 우리는 법경제학이 특히 미국에서 현재와 같은 지위를 획득한 것은 주로 민사법 영역의 연구성과에서 비롯된 것이라는 인식을 공유하였다. 윤진수 교수의 견해는 법경제학적 사고가 민법의 개정이나 해석에도 실질적으로 충분히 도움이 된다는 것이었고, 이에 비하여 필자의 견해는 그렇지 않다는 것이었다. 법경제학은 이미 존재하는 민법적 질서를 경제학적으로 이해하는 하나의 새로운 시각을 제시하는 것에 불과하고, 그것을 가지고 입법이든 해석이든 민법적 문제를 해결하기는 어렵다는 것이었다. 사실 지금 생각하면 이러한 견해의 차이가 진정한 차이였는지도 의문이다. 서로 같은 이야기를 하면서 다만 정도의 차이를 과장한 것일 수도 있다. 이하 본문에서 설명하는 바와 같이 최소한 윤진수 교수와 필자가 경제학이나 법학이라는 용어를 서로 다른 의미로 사용한 것은 분명하다. 이렇게 시작된 논쟁을 통해서 법경제학에 대한 시각을 나름대로 정리한 것이 이 글이다.

이하 본론의 설명은 법학과 경제학에서 다루는 논증의 성격에 대한 전적으로 개인적인 이해에 기초하고 있다는 점을 밝힌다. 그래서 이 글은 논문이 아니라 수필이라고 하는 편이 적절할지도 모른다. 사실 필자는 아직 무엇이 법학인지, 법해석은 어떻게 하는 것인지조차 잘 알지 못한다. 일정한 주제를 놓고 생각하고 글을 쓰기는 하지만, 동료 법학자와 같은 패턴으로 사고를 하고 있는지도 의문이다. 경제학자들은 그나마 방법론이 통일되어 있다고 알려져 있지만, 최근 계량적 연구에 과도한 집착을 보이는 것 이외에, 이들을 경제학자라고 함께 묶을 공통적인 방법론이 무엇인지 잘 알지 못한다. 이미 법학이나 경제학도 모두 너무 세분화되어 그 내부에서도 서로 다른 소영역 사이에 학문적 소통이 이루어지지 못하는 것을 보면, 결국 법학 또는 경제학이란 “법학자 또는 경제학자라고 불리는 사람들이 하고 있는 작업”이라는 정도의 동어반복적 정의만 가능할지도 모른다. 위 교수휴게실에서 나눈 답소에서 필자와 윤진수 교수가 경제학적 사고방식의 의미에 대해서 서로 다르게 이해하고 있었다면 서로 다른 결론에 이르는 것이 당연하다. 실제로 윤진수 교수와의 견해 차이도 상당 부분 **경제학이라는 용어를 다르게 사용하였던 것에서 기인하였음**을 본문 첫 부분에서 바로 설명한다.

그래서 이 글은 필자가 법경제학을 어떻게 이해하고 있는지에 관한 수필이라고 보면 된다. 법경제학을 이해하는 핵심개념은 **인센티브**, **사전적(ex ante)**, **사회적 효율(efficiency)** 이렇게 세 가지라는 것이 필자의 생각이다. 법경제학은 먼저 주어진 환경에서 사회적으로 효율적인 상태는 무엇인지, 개인이나 집단은 어떠한 사전적 인센티브를 가지는지 밝히는 것에서 출발한다. 이를 실증적(descriptive) 논증이라고 한다. 이로부터 이러한 사전적 인센티브를 어떻게 하면 효율적인 방향으로 교정할 수 있을지 규범적(normative) 논증을 제시한다. 법경제학이 전통적인 법학과 충돌하는 지점은 바로 이 규범적 논증, 즉 법경제학의 지도이념 부분이다. 예를 들어, 법경제학은 왜 채무불이행에 대해서 손해배상을 해야 하는가, 왜 절도가 형사 처벌의 대상이 되어야 하는가 등의 규범적 질문에 대해서, “그렇지 않으면 개인이 사전적으로 비효율적인 인센티브를 가지기 때문이다”라는 형태로 해답을 제시한다. 이것은 법학에서 이해하는 것과는 다르다. 그렇다고 해서 법적 추론과 결론에서 차이가 나는 경우는 그렇게 많지 않지만, 법학의 논리와 차이가 있다는 것이다.

법경제학의 규범적 결론과 기존의 법제도는 크게 보아 세 가지 관계를 가질 수 있다. ① 우선 정책적 목적이 분명한 법 영역이다. 이 경우 법은 정책을 표현하는 다른 수단으로서, 법리 자체가 경제학적 논증의 형태를 가질 수밖에 없다.¹⁾ 이 영

역에서 법경제학적 논의는 실제로 법적 논의의 중심이 된다. 다양한 경제규제 영역이 그 사례일 것이다. 심지어 민법에도 금융실명제나 부동산실명제와 같은 정책적 요구와 기존의 법리가 긴장관계에 있었던 경험이 있다. ② 다른 극단에는 민법, 형법과 같이 역사적으로 오랜 세월에 걸쳐 독자적으로 형성된 법 영역이 있다. 미국의 법경제학은 바로 이런 영역도 경제학적 분석이 가능함을 보임으로써 학문적 관심을 끌었다. 역사적으로 이 법들이 개인의 비효율적 인센티브 교정과 같은 경제학적 논리에 기초하여 성립 또는 발전된 것은 아니다. 다만 이러한 인센티브를 방지하면 사회의 존속이 어려워진다는 점에서 민법, 형법의 내용이 법경제학이 제안하는 형태와 많은 경우 비슷하게 될 수밖에 없다. 이 영역에서 법경제학은 법을 이해하는 새로운 시각을 제시하는 것에 그치고, 그것을 가지고 법리를 변경하는 것에는 한계를 가진다. ③ 그 중간에 비교적 최근에 성립되면서 처음에는 정책적 목적이 분명하였으나, 점차 그 정책적 목적에 대한 인식이 약화되면서 마치 그 자체의 법리 같은 것이 형성되는 영역을 생각할 수 있다. 예를 들면, 회사법, 도산법, 지적재산권법 같은 법제가 그러하다.

각 영역이 개인의 사전적 인센티브나 사회적 효율을 **명시적으로** 고려하는 수준이 다르기 때문에, 법경제학의 규범적 논증이 가지는 유용성 및 설득력도 어느 영역인지에 따라 다르다. 첫 번째와 세 번째 영역에서 경제학적 논증은 항상 강력한 설득력을 가진다. 그러나 두 번째 민법, 형법과 같은 법경제학의 주요 분야는 사전적 인센티브를 말하는 경제학과 사후적 이해조정을 도모하는 법학이 서로 갈등을 일으키는 경우, 경제학적 주장이 실제로 채택되기는 쉽지 않다. 필자가 이해하는 경제학적 방법론의 개념하에서는, 이 영역에서 경제학이 법적 문제의 해결에 실질적인 영향을 주기 어렵다고 생각한다.²⁾ 이 글에서는 주로 민법 영역에서의 사례를 가지고 이 주장을 설명한다.

그러나 그것이 법경제학의 무용론을 말하는 것은 아니다. 심지어 두 번째 영역에서조차 법경제학은 법을 이해하는 **사회과학적** 시각을 제공한다는 점에서 여전히

1) 이 문장은 과장된 것이라는 심사의견이 있었으며, 타당하다고 본다. 정책이 반드시 비용편익분석 또는 경제학적 논리에만 의존하는 것이 아니기 때문이다. 비합리모형에 따라 정책이 형성되는 경우도 있으므로 정책을 경제적 논리와 같이 볼 이유는 없다. 본문은 경제적 후생의 증진과 같은 정책적 목적을 염두에 두고 있다는 설명을 부연하는 것으로 그대로 두기로 하였다.

2) 이 명제에 대해서는 학술대회의 토론 및 심사의견에서도 반대하는 견해가 있었다. 법의 해석은 모르겠으나 최소한 법의 제정에 있어서는 실제로 영향을 주고 있다는 견해가 더 많았다는 점을 밝혀 두고자 한다.

그 의미를 가지기 때문이다. 포즈너(Richard A. Posner) 판사가 말한 바와 같이, “법경제학의 가장 중요한 면은 법학에 과학적인 근거를 부여한 것에 있다”는 것이다. 교과서에 제3자를 보호하기 위한 규정이라고 설명되어 있다는 것이 실제 현실에서 제3자를 보호하는 결과를 보장하지는 않는다. 법학 교과서에 서술되어 있는 방식으로 세상이 움직인다고 또는 움직여야 한다고 믿는 법학자라면, 완전히 다른 방식의 사유체계인 법경제학을 통해서 세상이 실제로 어떻게 움직일 것인지 생각하는 훈련을 받을 필요가 있다.

II. 경제학적 사고방법으로서 사전적 인센티브의 중요성

1. 경제학의 개념에 대한 혼선

아마도 경제학자에게 “경제학적 사고방식의 핵심은 무엇인가”라는 질문을 던지면 수많은 답변이 나올 것이다. 필자도 이를 정의할 능력은 없다. 그러나 이 개념을 명확하게 정의하는 것이 불가능하다 하더라도, 최소한 어떤 점에서 개념을 서로 다르게 사용하고 있는지 드러내는 것은 생산적 논의를 위한 첫걸음이다. 하나의 용어를 서로 다르게 이해한 결과 논쟁이 평행선을 달리는 경우를 너무나 자주 보기 때문이다. 법경제학의 법학에서의 지위에 대한 논쟁에서도 그러한 측면이 있다.³⁾

먼저 경제학적 사고방식이 법적 판단으로 깊이 들어오는 것에 반대하는 입장에서는 경제학적 논증의 개념을 협소하게 파악하는 경향이 있다. 예를 들어, 조홍식 교수는 경제학을 功利主義와 市場이라는 개념을 중심으로 파악하면서, 법경제학적 논증을 시장모방적 규칙의 제안이라는 형태로 요약하고 있다.⁴⁾ 경제학이란 다양한 가치판단을 경제적 효용으로 환원한 다음, 일정한 조건하의 시장에서의 거래

3) 이 글에서는 법학방법론에 대한 선행연구의 검토가 거의 이루어지지 못하였다. 또한 법학방법론 자체에 대해서도 거의 언급하지 못하였다. 심사위원의 표현을 빌리면, “법학방법론이 자율적인 것인지, 도덕추론이나 경험적 추론과 다른 것인지, 독자적인 추론방법이 있는지, 민법과 행정법, 헌법을 관통하는 통일된 추론방법이 있는지, 아니면 영역마다 독자적인 방법론이 있는지, 이런 질문에 대한 나름의 판단이 서야 법경제학을 이와 비교할 수 있을 것이다.” 그러나 본문에서 언급하였듯이 필자는 이를 다룰 능력이 없다. 그 결과, 예를 들어, 본문에서 법학적 사고방식이라고 예시한 것이 사실은 그렇지 않을 위험도 배제할 수 없다.

4) 조홍식, “경제학적 논증의 법적 지위: 배제적 법실증주의의 관점에서”, **서울대학교 법학**, 제48권 제4호(2007), 128-130면.

가 이 효용을 극대화하는 방법이라는 주장으로 이해하는 것이다. 경제학적 사고방식을 이렇게 보면, 多元的 價値體系를 전제로 한 문제해결 상황에서⁵⁾ 경제학적 논증은 자연스럽게 법적 판단에서 배제되거나 또는 경시되는 결과를 가져온다. 기껏해야 법적 판단에서 고려할 수 있는 한 가지 사정에 불과하다. 법체계에는 우리의 삶과 가치가 녹아 있고,⁶⁾ 그것은 공리주의나 시장과 같은 형태로 하나의 단일한 기준으로 환원될 수 있는 성질의 것이 아니기 때문이다. 그러나 조홍식 교수가 글감으로 삼았던 계량분석⁷⁾은 물론이고 공리주의나 시장도 법경제학적 논증의 일부이지, 일반적인 방법론의 성격이라고 하기는 어렵다. 이하에서 살펴보겠지만, 법경제학적 분석에서는 다양한 가치를 경제적 효용으로 환원하지도 않고, 그것을 유일한 판단기준으로 이해하고 있지도 않기 때문이다.

반대로 법적 판단이 경제학적 분석에 의거해야 한다는 극단적인 견해는 경제학적 분석을 거의 “합리적인 논증” 정도로 이해하는 경향이 있다. 경제학적 분석에서 극대화하는 목적함수는 반드시 경제적 효용이 아니라 무엇이든 될 수 있다는 것이다. 예를 들어, 대표적인 법경제학자인 Kaplow 교수와 Shavell 교수는 후생에 근거한 규범적 추론(welfare-based normative approach)만이 유일하게 법적 판단의 근거가 되어야 한다는 주장을 한다.⁸⁾ 책의 제목인 “Fairness versus Welfare”만 보면 전통적인 공평·정의와 효율 사이의 상충관계에서 효율을 옹호하는 것처럼 보이지만, 그들이 정의하는 후생(welfare)이란 “어떤 형태로든 개인에게 가치를 가지면서 개인이 추구하는 무엇” 또는 “개인의 행복(well-being)에 영향을 주는 모든 것”을 말한다. 단순히 물질적 풍요만이 아니라, 타인과의 인간관계에서 느끼는 행복, 아름다움에 대한 추구, 타인에 대한 배려 등을 모두 후생이라는 이름으로 정의하고 있다.⁹⁾ 공평(fairness)은 그 여집합으로 정의된다. 따라서 공평의 추구가 개인의 행복을 감소시킨다는 것은 거의 동어반복에 해당할 정도로 자명하다.¹⁰⁾ 이렇게 극대화하려는 블랙박스 안에 무엇을 넣는지는 중요하지 않다는 것은 일반적으로 경제학자들이 가지는 경향이기도 하다. 그렇게 되면 사실 인간행동에 관한 모든

5) *Id.* 127면.

6) *Id.* 170면. 다만 조홍식 교수도 승인율을 “공유된 협동행위(shared cooperative activity)”로 파악하면서, 법원의 실무관행이 특히 전문적·기술적 영역에서 경제학적 논증을 일반적으로 받아들일 가능성도 있다는 점을 인정하고 있다. *Id.* 174면.

7) 서울중앙지방법원 2007. 1. 23. 선고 2001가합10682 판결(소위 군납유 사건 제1심).

8) Louis Kaplow & Steven Shavell, *Fairness Versus Welfare* (2002), 3-4면.

9) *Id.* 4면.

10) *Id.* 7면.

연구가 경제학이 되어 버리기 때문에, 규범적 판단도 여기에서 벗어나기 힘들다.

법적 판단에 경제학적 분석이 유용하다는 견해는 윤진수 교수의 논문에서도 강력되고 있다.¹¹⁾ 그는 먼저 독일에서의 아이텐뮐러와 안존의 대립되는 주장을 소개한 다음,¹²⁾ 민법에서 경제학적 효율의 개념으로 설명할 수 있는 사례를 제시하고 있다. 그런데 그 설명을 보면 대부분 거래비용(transaction cost)의 감소나 자원배분의 효율성을 염두에 두고 있다. 예를 들어, 신뢰책임의 법리는 정보비용을 줄임으로써 거래비용을 절약한다고 하고,¹³⁾ 비례의 원칙에서 목적의 정당성과 방법의 적절성, 피해의 최소화 역시 자원의 낭비를 줄이기 위한 법리로 볼 수 있다는 것이다.¹⁴⁾ 그러나 이렇게 제도의 운영에 있어 사회적 비용을 줄이는 것을 경제학적 논증이라고 본다면 사실 거의 모든 법제도를 이렇게 설명하는 것이 가능하다. 법제도가, 다른 특별한 이유가 없이, 거래비용을 높이거나 또는 사회적 자원을 낭비하는 방향으로 제정 또는 해석되지 않을 것이기 때문이다. 이런 시각을 따른다면 경제학적 사고는 **실질적으로** 법제도의 형성에 영향을 준다고 할 수 있다.

어떤 정의가 보다 타당한지에 대한 답은 없다. 다만 이렇게 다양한 의미로 사용하고 있음을 드러냄으로써 경제학의 어떤 속성이 법제도의 형성 또는 해석에 영향을 주는지 밝힐 수 있을 것이다. 이 글에서 필자가 새로 경제학적 사고방식의 속성으로 중시하는 것은 바로 사전적 인센티브의 개념이다. 경제학은 개인의 사전적 인센티브에 관한 학문이라는 것이다.

2. 사전적 인센티브

가. 의의

역설적이기는 하지만, 경제학적 접근이 무엇인지 이해하는 데 있어 제일 큰 장애물은 바로 “경제”라는 용어라고 생각한다. 최소한 법경제학과 같은 응용 미시경제학은 이미 오래 전에 그 관심대상을 일반적인 인간의 행동으로 확장시켰다. 따라서 일반적으로 경제학적 질문은 “사람들은 왜 이러한 행동을 하는가” 또는 “사회적으로 보면 이러한 행동이 더 바람직한 것으로 보이는데 왜 사람들은 이렇게

11) 윤진수, “법의 해석과 적용에서 경제적 효율의 고려는 가능한가”, 김일중·김두얼 편, **법경제학: 이론과 응용**(2011), 3면 이하.

12) *Id.* 7-13면.

13) *Id.* 18면.

14) *Id.* 37-39면.

행동하지 않는가”의 형태가 되고 경제학자는 그 이유를 제시하고자 한다. 이 질문은 결국 무엇이 사람들의 인센티브를 결정하는가 하는 것이다. 그 원인이나 결과가 반드시 경제적 효용과 관련되어야 할 이유는 없다. 예를 들어, 어느 국가의 법제가 투자자를 잘 보호하지 못하는 이유는 그 국가가 대륙법계에 속하기 때문이라는 식의 명제는 최근 Law & Finance 분야의 화두가 되었던 주제이기도 하다.

대부분의 법경제학 논문들은 이러한 실증적 논증에 집중하고 있다. 경제학의 “개인 또는 집단의 인센티브에 관한 연구”라는 부분은 가치이론의 관점에서 비판할 부분이 별로 없다. 그 인센티브를 결정하는 중요한 요소는 물론 경제적인 가치이겠지만, 경제학자들조차 그것으로 국한하는 것을 싫어하기 때문이다. 가능하면 비경제적 요소에 대해서도 어떤 형태로든 도구변수를 선택하여 그 영향을 측정하고자 하지만, 어떤 경우에는 이런 방법도 불가능하다는 연구의 현실적 한계가 있을 따름이다. 따라서 실증적 논증 부분은 공리주의적 전통으로부터 점차 분리되는 경향을 보인다. 사람들 사이의 가치평가기준의 유사성 또는 동일성을 전제해야 하는 것도 아니다. 이는 위에서 Kaplow 교수와 Shavell 교수의 지적과도 일맥상통하는 부분이다. 이 부분이 법학에 과학적 근거를 제공한다고 평가되는 지점으로서, 어느 법 영역인지를 막론하고 법학자들에게도 유용하게 활용될 수 있는 부분이다.

나. 법 제도 및 효율과의 관련성

법경제학이 주된 관심을 가지는 私法的 질서의 요체는 특정한 사건이 발생한 경우 당사자들에게 귀속되는 몫을 정하는 것이다. 법률요건이 갖추어지면 그에 따른 법률효과가 생긴다는 것인데, 이 법률효과라는 것을 경제학적으로는 당사자가 가질 몫이라고 표현할 수 있다. 예를 들어, 甲이 乙과 체결한 계약을 지키지 않아서, 그 결과 乙이 100원의 손해를 입었다고 하자. 이 경우 계약법은 甲이 乙에게 손해배상책임을 지도록 할 수도 있고 그렇게 하지 않을 수도 있다. 전자의 경우 100원의 손해는 甲이 부담하는 것이고, 후자의 경우에는 乙이 부담하는 것이다. 물론 甲이 일부의 손해만 배상한다면 100원의 손해를 서로 나누어 부담하게 된다. 채무불이행으로 인한 법률효과는 이처럼 甲과 乙의 몫을 정하는 것에 그치고, **손해 자체를 줄이거나 제거하지는 못한다.** 채무불이행이 일단 발생한 이상 甲과 乙로 이루어진 사회 전체의 **부는 법이 어떻게 되어 있는지에 영향을 받지 않는다.**

그러나 이것은 오직 사후적(ex post)으로만 그렇다는 것이다. 경제학에서 말하는 효율은 많은 경우 **사전적(ex ante)** 인센티브와 연결된다.¹⁵⁾ 일단 채무불이행이 발

생한 이상 법이 어떤 입장이더라도 100원의 손해를 없앨 수 없지만, 그 이전에 甲이 채무불이행을 선택하는 시점으로 돌아가서 본다면 어떠한 규칙이 적용될 것인지 甲의 의사결정에 영향을 줌으로써 사회적 富의 크기를 변화시킬 수 있다는 것이다. 상식적으로 甲이 손해배상을 해야 하는 것이 규칙이라면 甲은 그렇지 않은 경우보다 덜 계약을 파기할 것으로 짐작할 수 있다. 이처럼 법은 항상 채무불이행과 같은 특정 사건이 벌어진 이후의 법률효과를 정하고 있다는 점에서 사후적 성격을 가지지만, 당사자들은 이러한 규칙의 적용을 염두에 두고 채무불이행에 관한 의사결정을 한다는 점에서 이 규칙은 사전적 인센티브 효과를 가진다.

법경제학의 관점에서 甲이 乙에게 손해배상을 해야 하는 이유는, 그것이 공정해서도 아니고, 그것이 甲의 행위에 상응하는 비례적인 불이익이기 때문도 아니다. 그것은 손해배상을 하도록 하면 그렇지 않은 경우와 비교하여 甲의 사전적 의사결정이 달라져 채무불이행으로 인한 사회적 손실이 100원보다 적어지기 때문이다. 물론 이 사례는 경제적 손실만을 염두에 두었으나, 이 인센티브가 반드시 경제적 인 요소만으로 구성되어야 할 이유가 없음을 다시 강조한다. 이러한 설명이 법학의 입장에서도 수용 가능한가? 본격적인 논의에 앞서, 법제도가 가지는 사전적 인센티브를 잘 드러내는 사례를 간단히 소개한다.

다. 사례

(1) 장기매매

사람들의 인센티브, 더 나아가 과학적 접근에 대한 법학과 경제학의 시각을 잘 보여주는 사례로 자주 등장하는 것이 장기매매이다. 장기매매는 전형적인 “불편한 진실” 같은 것이다. 어느 누군가는 생존을 위해 자신의 장기를 팔 수밖에 없고, 다른 누군가는 돈을 주고 이를 구입하여 생명을 연장한다. 그리고 심지어 이 중간에서 이들을 연결시켜 주고 돈을 버는 중개인도 있다. 일반적으로 장기의 기증은 사회적으로 고귀한 행위로 받아들여지고 있기 때문에, 단순히 남의 장기를 가지고 누군가 생명을 연장한다는 것 자체가 문제는 아니다. 그것이 “불편한” 진실인 이유는 아마도 그 과정에 돈이 개입하고 있다는 것, 다시 말해서 생명을 “거래”하고 있다는 점일 것이다. 왜 우리는 이것을 불편하게 생각할까? 그것은 앞서 설명한 功利主義와 市場에 대한 불편함일 가능성이 있지만, **사람들의 인센티브를 적시할**

15) Kaplow & Shavell, *supra* note 5, 9면.

것인지 아니면 외면할 것인지를 문제이기도 하다.

법학적인, 즉 규범적인 측면에서 보자면 그 이유는 대강 다음 세 가지 정도로 요약될 수 있을 것이다. ① 먼저 장기를 파는 자는 대부분 빈민이고 장기를 사는 사람은 부자라는 점이 규범적으로도 중요한 요소가 될 것이다. 생명은 누구에게나 동일한 가치가 있을 것인데, 빈부의 격차가 이 생명에까지 영향을 준다는 점이 우리 마음을 불편하게 하는 가장 큰 이유일 것이다. ② 법학자는 당연히 생명이 돈으로 교환될 수 있는 것인가 하는 의문도 제기할 것이다. 인간의 존엄성과 같이 숭고한 이념을 거론하는 입장도 있을 것이고, 더 세련된 형태로는, 생명을 돈으로 환산하는 사고방식이 만연하게 되면 인간을 그 교환가치 내지 사용가치만으로 평가하게 될 것이고, 그 결과 인간성의 말살 또는 생명경시 현상이 초래된다는 주장을 할 수도 있을 것이다. ③ 마지막으로 공정의 관점에서든 문제를 제기할 수 있다. 장기이식을 기다리는 많은 사람들이 있는 상황에서, 누군가 돈을 지급하고 우선권을 취득하는 것은 공정하지 않다는 것이다. 물론 세상에 많은 영역에서 우선권의 매매라는 방식으로 자원이 배분되고 있기는 하지만, 생명의 경우에는 공정이나 형평이 더 중시되는 방식으로 배분되어야 한다고 생각할 수 있다.

이런 여러 가지 이유에서 규범의 세계에서는 장기매매를 금지하는 것이 일반적이다. 이에 대해서 경제학자들은 어떻게 반응할 것인가? 장기매매를 통하여 누군가는 생명을 연장하였고, 원칙적으로 가장 높은 금액을 제시하는 자는 생명을 연장함으로써 가장 높은 효용을 얻거나 사회적으로 큰 기여를 하는 자일 것이므로 장기매매는 사회적 효용을 증가시킨다고 말할 것인가? 공리주의와 시장에 충실하다면 이렇게 주장할 수도 있을 것이다. 더 영리한 경제학자는 이 문제를 의료시장의 양극화 현상과 연결시켜서, 이미 의료시장에서 돈으로 생명을 사고 있는데 장기매매를 하는 것이 무슨 차이가 있는지 반문을 할 수도 있다. 그러나 경제학자도 생명의 가치를 돈의 문제로 환원시키는 것에 불편함을 느끼는 것은 대부분 마찬가지이다. 공정이나 인간의 존엄과 같은 사회적 규범에 부지불식간 동화되었기 때문이겠지만, 이러한 극단적인 사안에서는 효용을 내세우는 것이 경제학자로서도 어딘지 불편하다. 그렇다면 경제학자들도 장기매매를 금지해야 한다고 말할 것인가?

일반적으로 경제학자는 “장기매매를 금지하더라도 장기매매를 막지 못할 것이다”라고 주장할 가능성이 높다. 우리가 인정하고 싶지 않은 우울한 현실이기는 하지만, **장기에 대한 수요와 공급이 있는 이상 장기매매를 막을 수 있는 방법은 없다**는 것이다. 바로 인센티브이다. 법이 장기매매를 금지하면 당연히 암시장에서 더

높은 가격에 장기가 거래되는 결과를 가져올 따름이다. 발각되어 처벌되는 위험까지 가격에 반영되기 때문이다. 이것은 규범명제가 아니라 사실명제로서, 실증적 분석의 대상이다. 단순히 장기매매를 금지하는 법규범이 있다고 해서 최종적인 결과도 반드시 의도한 대로 되는 것은 아니다. 법학이 사회과학이 되기 위해서는 주어진 규범에 대하여 사람들이 실제로 어떻게 반응하고 그것이 결합하여 어떠한 결과가 나타날 것인지에 대한 생각이 수반되어야 한다.

나아가 조사해 보니 장기매매가 금지된 상황에서 암시장에서 장기가 거래되고 있었다면, 이 문제는 어떻게 해결할 것인가? 역시 당사자들의 인센티브를 고려해야 한다. ① 한 가지 방법은 장기매매를 양성화하는 방법이다. 햇볕정책이라고 할 수 있다. 이렇게 양성화시키면 규제당국이 실태를 파악하기 쉬워지기 때문에 필요한 규제를 부과하는 것도 용이해진다. 경제학자들은 일반적으로 이러한 방법을 선호한다. 그러나 법학자는 바람직한 대안으로 생각하지 않는 경향이 있다. 公序良俗, 脫道德化 등의 개념이 등장하는 이유가 바로 그것이다. ② 장기매매에 대하여 처벌을 강화하여 암시장조차 생기지 못하게 만드는 것도 방법이다. 물론 이렇게 하더라도 암시장에서의 가격만 높이는 효과를 가져오는 것에 그칠 수도 있고, 반대로 사태가 반전되어 실제로 억지효과를 가져올 수도 있다. 역시 실증적 분석의 영역이다. 그러나 경제학자들은 이런 식의 해법으로는 문제가 해결되지 못한다고 믿는 경향이 있다. 처벌을 높이는 방식으로는 장기매매가 실제로 억지되지 않을 가능성이 높고, 무엇보다 그 사회적 비용이 너무 높기 때문이다.

경제학자가 장기매매 시장을 양성화해야 한다고 주장한다면, 아마도 그는 장기매매가 사회적으로 바람직하다고 주장하는 것이 아니라 현실적으로 장기매매를 금지시킬 방법이 없다는 점을 주장하고 있을 가능성이 높다. 다시 말해서, 사람들의 인센티브를 말하고 있는 것이다. 이는 법학에서도 무시할 수 없는 문제이다. 비록 그것이 우울한 현실이라고 하더라도 법학자 역시 법제도가 당사자에게 미치는 인센티브 효과를 이해하고 있어야 한다. 정책적 목적이 형평이든 효율이든, 현실에 대한 실증적 분석이 결여된 주장은 공허하다. 위에서 “사회과학으로서의 법학”이라는 표현은 바로 이러한 측면을 강조한 것이다.

(2) 法人格否認

회사법의 법인격부인은 가해자의 무자력(judgment-proof) 및 그로 인한 과소주의의 인센티브를 반영한 법리로 알려져 있다. 회사법상 주식회사 주주는 유한책임

(limited liability)을 지기 때문에 회사채권자에 대한 책임재산은 오직 회사의 재산으로 국한된다. 그 결과 회사의 재산이 채무변제에 부족한 경우에는 무자력 문제가 발생한다. 경제학 모형을 통하여 이 경우 주주가 사회적으로 바람직한 수준보다 과도하게, 즉 비효율적인 수준으로 위험을 인수할 사전적 인센티브를 가진다는 것을 쉽게 보일 수 있다. 따라서 법인격부인의 법리는 구체적으로 이러한 인센티브가 심각할 수 있는 상황에서 주주의 유한책임을 부정함으로써, 주주의 이러한 비효율적 인센티브를 제거하고자 하는 법리이다.

실제로 주주의 유한책임을 사회적 비용을 피해자에게 전가시키는 메커니즘으로 이용될 수 있다. 예를 들어, A 회사가 화학제품을 생산하는 공장을 가지고 있는데, 이 공장에서 A 회사의 원재료를 모두 생산한다고 하자. 그런데 이 화학공장이 대단히 위험하여 잠재적으로 막대한 손해배상을 하게 될 위험이 있는 경우 회사는 어떻게 이 부담을 피할 수 있을까? 한 가지 유력한 방법은 이 화학공장을 A 회사의 100% 자회사로 분리하는 것이다. 이렇게 하면 A 회사는 화학공장의 조업으로 인한 손해배상책임을 부담하지 않는다. 그런데 만일 자회사가 손해배상을 하기에 충분한 자산을 가지고 있지 못하다면 자회사의 위험인수에 관한 인센티브는 비효율적으로 된다. A 회사는 의도적으로 무자력 상황을 야기함으로써, 화학공장을 부주의하게 운영하거나 그 조업수준을 높일 인센티브를 가지게 되는 것이다. 회사법은 이러한 경우 유한책임을 부인하고 주주인 A 회사에게 손해배상책임을 지움으로써 비효율적인 인센티브를 교정하고 있다.

그런데 실제로 이러한 직선적인 논리가 타당할까? 물론 법인격이 부인될 것을 예상하여 A 회사가 적절한 주의를 할 가능성도 있다. 그러나 경우에 따라서는 그 반대도 가능하다. 왜냐하면 법인격이 부인될 것 같으면 A 회사는 원재료의 공급을 기업 내부가 아니라 시장을 통하여 조직화할 수 있기 때문이다.¹⁶⁾ 다시 말해서, 만일 법원이 A 회사가 자회사를 지배하고 있다는 이유로 A 회사에 책임을 묻는 법리를 확립한다면, A 회사로서는 화학공장을 100% 자회사로 분리하는 대신, 이 공장을 아예 독립적인 제3자(independent contractor)에게 매각하고 그로부터 원재료를 장기공급계약을 통하여 조달받을 가능성이 있다. A 회사의 입장에서 화학공장으로 부터 원재료 공급이 반드시 필요하다면 이는 어떠한 방식으로든 이루어지게 마련이고, 독립적인 제3자의 손해배상책임을 A 회사에 지우지는 못하기 때문에,

16) 코즈의 유명한 기업 v. 시장의 이분법이다. Ronald Coase, "The Nature of the Firm", 4 *Economica* 386 (1937).

법인격부인론의 적용이 예상되면 A 회사는 100% 자회사 방식 대신 시장에 의한 조직화를 선택할 가능성이 있는 것이다. 또 다른 A 회사의 인센티브 문제이다. 화학공장이 A 회사에 원재료를 공급한다는 점은 달라지지 않으며, 다만 누가 화학공장을 지배하는지만 달라질 따름이다.

조금 더 생각을 진전시켜 보면, 문제는 화학공장의 위험을 모두 내부화하고자 하는 독립적인 제3자를 찾기 힘들다는 것이다. 위험한 활동일수록 누구도 떠맡지 않으려고 할 가능성이 높다. 어렵게 찾았다고 하더라도 그 제3자가 적절한 시설과 능력을 갖추지 못하였을 우려가 높다. 심지어 그 제3자가 손해배상에 충분한 재산을 가지고 있다는 보장도 없다. 다시 무자력의 문제가 발생할 소지도 있다는 것이다. 결론적으로 제3자에게 화학공장의 지배권 또는 감독권이 이전됨으로써 사회적 효율이 증가되었다고 단정하기는 힘들고, 오히려 그 반대가 될 가능성이 크다. 그렇다면 법인격부인론이 원래 의도한 방향이 아니라 사회 전체의 위험을 증가시키는 방향으로 작동할 수도 있다. 법경제학은 이런 식으로 당사자들의 다양한 인센티브 효과를 생각한다.

Ⅲ. 법경제학과 사회적 효율

1. 규범적 논증의 지도이념으로서의 효율

가. 의의

규범적 논증은 어떠한 법제도가 사회적으로 바람직한지, 만일 바람직하지 않다면 어떻게 바뀌는 것이 바람직한지에 관한 것이다. 이러한 논의가 의미를 가지려면 먼저 “바람직함의 판단기준”이 확정되어야 한다. 예를 들어, 운전자에게 무과실 책임을 부과하면 교통사고가 줄어든다는 실증적 분석이 있다고 하자. 여기서 바로 “무과실책임이 사회적으로 보다 바람직하다”라는 규범명제가 도출될 수 있을까? 반드시 그렇지는 않다. 이렇게 규범적인 결론을 내리기 위해서는 그에 앞서 “교통사고를 줄이는 것이 사회적 목적이라면”이라는 전제가 필요하기 때문이다. 법경제학은 경제학이기 때문에 효율(efficiency)을 그 잣대로 사용한다. 효율이란 그 사회의富力 전체 크기에만 관심을 가진다는 의미로 이해하면 정확하다. 그富力를 누가 얼마나 가지는지, 즉 분배(distribution)의 문제는 원칙적으로 법경제학의 관심사

가 아니다.¹⁷⁾ 법경제학에서 어떠한 상태를 사회적으로 바람직하다고 말할 때에는 항상 그 앞에 “분배의 결과와 상관없이, 사회 전체의 경제적 후생을 극대화하는 것만이 사회가 추구하는 목표라면”이라는 전제가 있는 것이다.

예를 들어, 동일한 결과를 가져오기 위해서 甲이 수고를 하면 100원, 乙이 수고를 하면 300원이 든다고 하자. 여기서 100원 또는 300원은 수고나 노력에 수반되는 고통을 평가한 금액일 수도 있고, **사회적으로** 소멸되는 자원일 수도 있다. 이 경우 법경제학은 법제도가 甲이 수고를 하도록 만들어지는 것이 바람직하다고 본다.¹⁸⁾ 乙이 수고를 하는 것보다 사회적으로 200원을 절약할 수 있기 때문이다.¹⁹⁾ 누가 비용을 부담해야 하는지에 따라 甲 또는 乙의 부가가 달라지지만, 법경제학은 이 문제가 효율에 영향을 미치지 않는 한 고려할 필요가 없다고 본다.

나. 사전적 효율과 사후적 효율

효율은 사후적 효율(ex-post efficiency)과 사전적 효율(ex-ante efficiency)로 나누어 생각할 수 있다. ① 사후적 효율이란 현재의 주어진 상황에서 자원을 가장 효율적으로 사용한다는, 다시 말해서 최소한의 비용으로 최대한의 산출을 얻는다는 의미이다. 이 글에서는 資源配分の 效率 또는 靜態的 效率과 같은 개념으로 사용한다. ② 이에 비하여 사전적 효율이란 당사자의 사전적 인센티브까지 고려한 개념이다. 시간 개념과 불확실성이 고려되어 있다는 점에서, 動態的 效率이라고 할 수 있다. 법경제학에서는 당사자의 사전적 인센티브를 중시하므로 사전적 효율의 개념이 보다 중요하다. 이러한 점에서 본다면 사후적 효율에 관한 코즈 정리는 오

17) 미시경제학의 용어를 빌리자면, 효율의 개념으로 Kaldor-Hicks 기준을 채용한다는 의미이다. Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* (6th, 1998), 15-16면; Thomas J. Miceli, *Economics of the Law: Torts, Contracts, Property, Litigation* (1997), 4면. 물론 Pareto 기준이 가장 바람직하고 경제학에서는 유용하게 이용되고 있지만, 현실적으로 제도의 설계에 있어서는 한계를 가질 수밖에 없다. 현실적으로 Pareto 효율이 달성되는 경우는 거의 일어나지 않을 뿐만 아니라, 그 경우에는 법이 관여할 필요가 없기 때문이다. 법제도가 관심을 가지는 문제는 항상 관련된 누군가에게 불이익이 발생하는 경우라는 점에서 Kaldor-Hicks 기준이 유용할 경우가 많다. 그러나 이렇게 되면 결국 공리주의적 접근방식이 뭘을 주의하여야 한다(심사의견에서 강조한 부분임).

18) 이것은 재산권이 아직 정립되지 않았을 경우이다. 재산권이 정립되어 있지 않다면 경제학적 논의는 공리주의적 계산이 된다. 그러나 甲에게 재산권이 부여되어 있는 경우라면, “乙에게 책임이 있을 경우에는 甲이 수고하되 乙이 비용을 부담해야 한다”는 것이 보다 정확한 표현이 된다. 심사의견에서 지적한 사항이다.

19) Mitchell Polinsky, *An Introduction to Law and Economics* (4th, 2011), 8-9면.

히려 법경제학에서는 예외적인 내용이다.²⁰⁾ 실제로 코즈 정리는 너무 과장되어 소개됨으로써 법경제학적 사고를 오해하게 만든 점도 있다.

몇 가지 사례가 추상적인 설명보다 이해하기 쉽다. 예를 들어, 절도를 생각해 보자. 법제도가 절도를 범죄로 금지하고 있는 이유는 무엇인가? 다시 말해서, 甲의 물건을 乙이 아무 허락도 받지 않고 훔쳐서 사용하는 것은 **효율의 관점에서** 무엇이 문제인가? ① 먼저 甲과 乙로 이루어진 사회에서 물건은 없어지지 않았다는 점을 주의하자. 물건은 단순히 甲으로부터 乙로 이전되었다. 그렇다면 사회 전체의 **부의 크기는 달라지지 않았다고** 생각할 수 있겠지만, 사실은 그렇지 않다. 甲과 乙이 그 물건으로부터 느끼는 효용이 다르기 때문이다. 甲이 느끼는 효용이 100원이고 乙이 느끼는 효용이 80원이라면 위와 같은 절도로 사회 전체적으로는 20원의 효용의 감소가 일어났다고 할 수 있다. 이는 사후적 효율의 문제이다. 사후적 효율의 관점에서 절도가 문제인 이유는 물건을 훔친 乙이 甲보다 높은 효용을 누리는 자라는 보장이 없다는 점에 있다. 예를 들어, 사후적 효율의 관점에서 본다면 가난한 자가 부자의 돈을 훔치는 것은 경제학적으로 용인될 수 있다. 사회적으로 효용이 증가하기 때문이다. ② 경제학적으로 절도의 비효율은 주로 사전적 인센티브의 관점에서 설명한다. 만일 절도가 허용된다면 甲과 乙은 어떠한 인센티브를 가지겠는가? 두 가지 좋지 않은 행동이 예측된다. 먼저 乙의 근로의욕이 떨어질 것이다. 일을 하지 않더라도 필요한 물건을 구할 수 있기 때문이다. 甲의 입장에서는 절도를 방지하기 위한 비용을 지출할 것이다. 이러한 방지비용은 사회적인 생산에 기여하는 것이 아니라는 점에서 사회적으로 낭비이다. 사전적 효율의 관점에서 절도가 문제인 이유는 절도가 허용되면 사회 구성원의 근로의욕의 저하, 방지비용의 증가 등 사회적 부를 감소시키는 인센티브가 생긴다는 점에 있다.

실제로 법제도가 사전적 효율의 개념에 기초하여 성립한 경우도 있다. 지적재산권법이 그 좋은 예이다. 왜 소설이나 음악을 표절하는 것이 문제가 되는가? 왜 타인의 발명을 무단으로 이용하면 안 되는가? ① 사후적 효율의 관점에서 보자. 소설이나 음악, 발명이 이루어진 다음에는 그것을 계속 복제하더라도 원본이 없어지는 것은 아니다. 복제비용이 저렴하여 저작물의 효용보다 낮다면, 복제를 하면 할수록 사회적으로는 이익이다. 따라서 사후적 효율의 관점에서 본다면 지적재산권

20) 코즈 정리가 사전적 효율에 관한 내용이라는 것이 심사의견의 지적으로서, 이는 저자의 이후 설명과 배치되는 부분이다. 결국 기준이 되는 시점을 언제로 잡는지에 따라 평가가 달라질 수 있는 것으로 생각된다.

법은 정당화될 수 없다. ② 문제는 소설이나 음악, 발명이 이루어지기 전이다. 창작에 지적재산권을 인정하지 않는다면 당사자의 창작 인센티브가 저하되어 이러한 창작이 애초에 이루어지지 않을 수 있다는 것이다. 이것은 사전적 효율의 문제이다. 지적재산권법은 이렇게 사전적 효율의 증진이라는 관점에서 창작자 또는 발명가에게 독점적 권리를 부여한다.

사후적 효율의 관점에서 법제도가 형성된 경우도 있다. 대표적으로 도산법이 그러하다. 채무자의 재산이 전체 부채를 변제하기에 부족하면 채권자 또는 채무자의 신청에 따라 도산절차가 개시되는데, 이렇게 되면 개별적인 채권추심은 그 순간 모두 금지되고 채권자는 오직 도산절차 내에서만 변제를 받을 수 있다. ① 도산법이 개별적인 채권추심을 금지하는 이유는 그렇지 않으면 채권자 사이에 개별적인 채권추심의 경쟁이 발생하기 때문이다. 나누어 가질 몫이 부족한 상황에서 선착순으로 변제가 이루어진다면 누구나 먼저 채권추심을 하고자 할 것이다. 이 과정에서 채무자의 재산이 손상되거나 헐값에 매각되는 등 富의 감소가 발생하게 된다. 채권자의 입장에서조차 채무자의 재산에 대한 감시비용을 지출해야 하므로 사회적 낭비가 발생한다. 현재 도산법이 존재해야 하는 근거는 이렇게 사후적 효율의 개념을 가지고 설명하는 것이 일반적이다. ② 반면 도산절차에서 개별적인 채권추심이 금지되고, 민법과 다른 원칙에 따라 채무자의 재산이 채권자 사이에 분배된다는 사실은 당연히 사전적 효율의 문제를 발생시킨다. 도산법제가 어떻게 되어 있는가에 따라 도산 이전의 상황에서 자본의 조달수단, 이자율, 담보제공 등에 관한 의사결정이 달라질 수 있으며, 경우에 따라서는 개별추심을 허용하는 경우보다 비효율적인 행동이 나타날 수 있다. 그러나 이러한 측면은 최소한 도산법의 법리에서는 별로 고려하지 않는다.

다. 협상과 사후적 효율

(1) 코즈 정리

코즈 정리가 말하는 바와 같이, 사후적 효율은 협상을 할 수 있다면 자동적으로 달성된다. 간단히 교통사고 모형을 가지고 설명한다. 사고의 발생이 오직 가해자의 주의수준에만 의존하는 경우를 생각해 보자(unilateral care model).²¹⁾ 분석의 편의

²¹⁾ Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law* (2004), 177-182면. 최초로 이 모형을 제안한 것은 John P. Brown, "Toward an Economic Theory of Liability", 2

상 가해자와 피해자는 모두 위험중립적(risk neutral)이며, 사고가 발생하면 피해자가 1,000원의 손해를 본다고 하자. 각 주의수준에 따라 사고가 발생할 확률은 다음과 같이 주어져 있다. 주의수준을 높일수록 사고확률은 낮아지지만, 그렇더라도 사고의 가능성을 완전히 없앨 수는 없기 때문에 주의수준을 높일수록 사고확률이 감소하는 정도는 줄어든다.

주의수준	주의비용	사고확률
0	0	20%
1	50	14%
2	110	3%
3	130	2%

이 모형에서 사회적으로 가장 효율적인 선택은 사고비용과 사고방지비용의 합, 다시 말해서 총사고비용을 극소화하는 것이다. 손해가 1,000원이므로 여기에 사고확률을 곱하면 기대사고비용을 얻을 수 있다. 가해자와 피해자가 위험중립적이므로 기대사고비용이 효용을 결정한다. 기대사고비용을 주의비용과 합하면 총사고비용이 얻어진다. 이를 계산하면 다음 표와 같다.

주의수준	주의비용	사고확률	기대사고비용	총사고비용
0	0	20%	200	200
1	50	14%	140	190
2	110	3%	30	140
3	130	2%	20	150

사회적으로 최적의 주의수준은 총사고비용을 극소화하는 지점이다. 표에서 보면 2 수준의 주의가 그것임을 알 수 있다. 그러나 만일 무책임원칙(no liability), 즉 가해자가 손해배상책임을 지지 않는 법제도라고 하면, 아래 표에서와 같이 가해자는 주의비용을 최소화하는 주의수준, 다시 말해서 0 수준의 주의를 하게 된다. 이러한

주의수준이 사회적으로 비효율적임은 물론이다.

주의수준	주의비용	사고확률	기대사고비용	총사고비용
0	0	20%	0	0
1	50	14%	0	50
2	110	3%	0	110
3	130	2%	0	130

그런데 여기서 사실 가해자가 0 수준을 선택하는 이유는 피해자와 협상이 이루어지지 않았기 때문이다. 만일 거래비용이 낮다면, 코즈 정리에 따라 가해자와 피해자 사이에 협상을 통하여 가해자가 사회적으로 효율적인 선택, 즉 2 수준의 주의를 기울이도록 만들 수 있다. 위 표의 숫자를 이용하여 설명하면 다음과 같다. 먼저 가해자가 0 수준의 주의를 기울이고 있다고 하자. 무책임원칙에서는 피해자가 기대사고비용 200원을 부담한다. 만일 가해자가 1 수준의 주의를 선택해 준다면 피해자가 부담해야 하는 손해는 140원으로 줄어든다. 따라서 피해자는 이에 60원까지 지불할 용의가 있다. 가해자 역시 1 수준의 주의를 기울이기 위해서는 50원의 비용이 들기 때문에 50원 이상의 보상을 요구할 것이다. 따라서 50원부터 60원 사이의 금액을 피해자가 가해자에게 지급하는 형태의 협상이 이루어진다. 다음 2 수준의 주의에 대해서도 협상이 이루어질 수 있다. 여기서 협상금액은 60원에서 110원 사이가 된다. 여기서 더 나아가 3 수준의 주의를 기울이도록 하는 협상 영역은 존재하지 않음도 쉽게 보일 수 있다. 가해자는 추가적으로 20원 이상을 요구할 것인데, 피해자로서는 10원까지밖에 지급하려고 하지 않을 것이기 때문이다. 따라서 가해자가 3 수준을 선택하도록 하는 협상가능영역은 존재하지 않는다. 이것은 전형적인 코즈 협상의 시나리오이다. 협상이 이루어진다면 법이 누구에게 권리를 귀속시키는지와 상관없이 사후적 효율은 달성된다.

(2) 거래비용

실제로 대부분의 법은 협상이 이루어지지 않는 경우를 전제로 한다. 이 경우 어떻게 권리를 배분하는 것이 사후적 효율을 달성할 수 있는가? 법경제학 교과서는 일반적으로 “거래비용의 영향을 최소화하는” 방향으로 권리를 부여하라고 적고 있다.²²⁾ 이것은 경우에 따라서는 “거래비용이 높은 자에게 권리를 부여하라”고 표현

되기도 한다. 거래비용이 높은 자는 그 의사결정에 있어서 거래비용의 영향을 많이 받을 것이기 때문이다. 이 논리는 누가 그 권리를 더 높게 평가하는지 알 수 없는 현실에서는, 거래비용이 영향을 미치지 않도록 권리를 부여하면 당사자 사이에 그 권리의 자발적 교환이 일어나 효율을 달성할 수 있다는 것이다.

이처럼 코즈 정리에서 핵심적인 개념은 거래비용(transaction costs)이라고 알려져 있다. 거래비용이 높은 경우에는 법제도가 자원배분의 효율에 영향을 주기 때문에 법원이나 입법자의 결정은 경제적 효율에 관한 결정이 된다는 것이다. 이를 강조한 것이 코즈 정리의 진정한 기여라고 평가된다. 그러나 코즈는 물론이고 그 이후 누구도 **거래비용이 무엇인지** 말하고 있지 못하다. 몇 가지 거래비용을 예시하고 있을 뿐이다. 경제학에서는 일반적으로 당사자를 찾기 위한 탐색비용, 거래조건을 정하기 위한 교섭비용, 계약체결비용, 체결된 계약의 이행을 확보하기 위한 집행비용 등을 거래비용이라고 한다. 그러나 생각하기에 따라서는 거래비용의 개념은 무한대로 확대될 수 있다. 예를 들어, 재산권 제도의 운영이나 효과적인 司法 시스템의 유지에 들어가는 비용도 모두 포함될 수 있다. 협상이 이루어지기 위해서는 배경이 되는 시스템도 필요하기 때문이다. 거래비용이 무엇을 의미하는지 모르기 때문에 거래비용이 높은지 낮은지 판단하는 것도 사실상 불가능하다.

그래서 코즈 정리에서 “거래비용이 높다”는 서술은 독자적인 의미를 가지는 것이 아니라 “협상이 이루어지지 않았다”는 것을 다르게 표현한 것에 불과하다는 비판도 있다. 다시 말해서, 코즈 정리는 “일어나야 할 사건은, 그것을 방해하는 요소가 없는 한, 일어나게 된다”는 형태의 동어반복에 불과하다는 것이다. 예를 들어, 당사자들 사이에 정보비대칭이 발생하면 그렇지 않은 경우보다 협상이 이루어지기 어렵다. 이러한 의미에서 정보비대칭 또는 이를 극복하기 위한 정보비용은 교섭비용의 하나이다. 그렇다면 어느 정도로 정보비대칭이 심해야 협상이 이루어지지 않을까? 거래비용이 높은지 낮은지 어떻게 알 수 있을까? 협상이 이루어질지 미리 알 수 있는 방법은 없다. 심지어 협상이 이루어지지 않은 경우에도 그것이 정보비대칭이 심해서 그렇게 된 것인지, 아니면 다른 이유에서 그렇게 된 것인지 확인할 방법은 마땅하지 않다. 협상이 이루어지면 거래비용이 낮은 것이고 이루어지지 않으면 거래비용이 높은 것이다. 코즈 정리에서는 거래비용이 높으면 협상이 이루어지기 어렵다고 하지만, 실제로는 그 반대로, 협상이 이루어지지 않는 것을 보고 거래비용이 높다고 이야기할 수밖에 없다는 것이다. 코즈 정리에서 거래비용은 협상의

22) Polinsky, *supra* note 15, 15면.

가능성을 다르게 표현한 것에 불과하다.²³⁾

법경제학 문헌 중에는 거래비용의 개념을 오해하여 “거래비용을 줄이는 방향으로” 법제도가 설계되어야 한다고 서술하는 경우도 있다. 심지어 코즈 자신도 위 논문에서 “거래비용은 사회적 관점에서 보면 불필요한 자원의 낭비이기 때문에, 거래비용 발생의 필요를 줄이는 방향으로 법제도가 만들어져야 한다”고 설명하고 있다. 그러나 이 설명은 주의해야 한다. 두 가지 관점에서 본다. ① 너무 당연한 말이지만, 거래비용은 사회적 낭비가 아니다. 예를 들어, 당사자가 30원의 교섭비용을 들이면 협상이 가능하다고 하자. 이 경우 30원의 교섭비용은 사회적으로 낭비인가? 협상으로 인한 이익이 30원을 초과한다면 사회적으로 바람직한 지출이다. 거래비용 역시 그 지출로 인한 사회적 편익과 비교해야 하는 것으로서, 이를 감소시키는 것 자체가 목적이 될 수는 없다. ② 거래비용을 낮추는 방향으로 법제도가 만들어져야 한다는 점에 대해서도 반론이 있기 힘들다. 다만 그 취지가 단순히 사회적 자원의 절약에 있다는 것이 아님을 주목해야 한다. 법제도가 거래비용을 줄이는 방향으로 설계되어야 한다는 설명은 “법제도가 협상을 촉진하는 방향으로 만들어져야 한다”는 것으로 읽어야 한다. 당사자의 권리의무를 명확하게 정한다거나 소송비용을 낮춘다거나 하는 것들이 모두 협상을 촉진한다. 그런데 왜 법제도가 협상을 촉진해야 할까? 사후적 효율의 관점에서 보자면, 실제로는 누가 더 권리를 높게 평가하는지 알 수 없기 때문이다. 만일 누가 더 권리를 높게 평가하는지 알 수 있다면 거래비용과 상관없이 그 자에게 권리를 귀속시키는 것이 효율적이다.

라. 사전적 효율

(1) 부의 분배가 효율에 미치는 영향

이제 앞서 설명한 사전적 인센티브와 사회적 효율을 연관시켜 본다. 경제학의 관점에서 보면, 사후적 효율보다 일반적으로 더 중요한 것은 당사자들이 사전적으로 효율적인 인센티브를 가지는 것이다. 사전적인 인센티브는 당사자들 사이의 부의 분배에 영향을 받기 때문에, 사후적 효율이 달성되었다고 해서 자동적으로 달성되는 것이 아니다.

23) 다만 거래비용 경제학의 입장에서 보자면, 협상에 방해가 되는 거래비용이 무엇인지 완벽하게는 알 수 없더라도, 다양한 요소들을 검토함으로써 거래비용을 감소시킬 수 있다는 것은 충분한 의미가 있다는 것이 심사의견의 지적이었다. 본문은 코즈 정리에 서 거래비용이 너무 강조된 것에 대한 반론 정도로 이해하면 될 것이다.

예를 들어, 거래비용이 낮은 경우 공장과 주민 사이의 공해방지기 설치 협상을 생각해 보자. 공장과 주민의 초기자원은 200원이고, 공장이 70원의 비용을 들여 공해방지기를 설치하지 않는 한 주민에게 100원의 피해가 발생한다고 하자. 거래비용이 없어 협상을 통하여 사후적 효율은 달성된다고 하자. 따라서 권리가 어떻게 배분되어 있든, 항상 공해방지기가 설치되고 사회적 부는 330원이 될 것이다. 법제도는 자원배분의 효율에 영향을 미치지 않는다.

그런데 여기서 주목할 부분은 법제도가 누구에게 권리를 주는지에 따라 70원을 누가 부담하는지가 달라진다는 것이다. 공장에 권리를 부여하면 70원은 주민이 부담하고, 주민에게 권리를 부여하면 공장이 70원을 부담할 것이다. 이제 공장이 지어지기 전의 상황으로 되돌아가, 공장을 짓는 사전적 인센티브를 생각해 보자. 주민이 200원의 부를 누리고 있는 상황에서, 이제 공장 주인이 공장을 건설하는 문제를 생각하고 있다. 공장은 건설되면 200원의 가치를 가질 것이다. 그런데 공장을 건설하기 위해서 150원이 든다고 하자. 이러한 상황에서 공장 주인의 의사결정은 이후 공장이 가동되고 나서 공해방지기 설치비용을 누가 부담할 것인지에 따라 달라진다. ① 법제도가 주민에게 환경권을 부여하여 공장이 주민에게 100원의 손해 배상을 해야 한다면, 공장의 건설로 주민의 부는 130원이 된다. 공해방지기를 설치할 것이기 때문이다. 공장 주인은 150원을 들여 130원을 얻게 되므로 공장을 건설하지 않는다. ② 반대로 공장이 오염권을 가진다면 공장 주인의 부는 200원이 된다. 따라서 150원을 들여 공장을 건설하게 된다. 공장이 건설되는지 여부는 건설된 다음 공해방지기 설치비용의 부담에 따라 달라진다.²⁴⁾

그런데 공장과 주민으로 이루어진 사회에서 공장의 가치는 얼마인가? 공장은 200원의 가치가 있지만 동시에 100원의 비용을 가져오는 공해를 유발한다. 따라서 그 자체로는 100원의 가치를 가진다. 그러나 거래비용이 낮다면 항상 공해방지기가 설치될 것이므로, 이를 전제로 하면 공장의 사회적 편익은 130원이 된다. 따라

24) 공장이 오염권을 가지는 경우, 공장 주인은 150원을 들여 200원의 이익을 얻으므로 50원의 이익을 본다. 주민은 200원을 누리고 있었으나 130원으로 부가 감소한다. 따라서 거래비용이 없는 경우 주민은 50원 이상 70원 이하를 공장 주인에게 지급하고 공장을 건설하지 않도록 하는 코즈 협상이 성립할 것이다(심사의견에서 지적된 사항임). 이처럼 기준이 되는 시점을 공장이 지어지기 전으로 잡으면, 공장을 지을 것인가에 대해서도 코즈 협상이 가능하고, 이것은 기준 시점을 앞당김으로써 공장의 건설을 사후적 효율의 문제로 구성하는 것이다. 본문에서는 공장이 지어진 이후를 기준으로 코즈 협상을 설명하고, 그 협상이 그 전의 사전적 효율을 담보하지 못한다는 점을 보고자 한 것이다.

서 공장의 건축비용이 130원보다 크다면 사회적으로 공장이 건설되지 않는 것이 바람직하고, 130원보다 작다면 건설되는 것이 바람직하다. 다시 말해서, 사회적으로는 공장의 건설비용을 130원과 비교하여 그 건설 여부를 판단하여야 한다. 만일 건설비용이 150원이라면 공장은 건설되지 않는 것이 효율적이다. 이렇게 사회적으로 효율적인 결과는 주민에게 환경권이 부여되는 경우에만 달성된다. 공장의 건설로 공장 주인의 부가가 150원이 되기 때문에 공장 주인의 인센티브는 정확히 사회적으로 효율적인 수준과 일치한다. 사전적 효율은 바로 이를 가리킨다. 물론 반대로 공장이 오염권을 가진다면 건설비용이 150원에서 200원이 되는 구간에서 공장 주인은 사회적으로 비효율적인 인센티브를 가진다.

(2) 사전적 효율과 사회적 비용의 내부화

누가 공해방지 시설비용을 부담하는지가 왜 당사자에게 사전적 인센티브를 가지는가? 여기서 핵심적인 개념이 바로 사회적 비용의 内部化(internalization)이다. 공장이 건설되면 100원의 피해를 가져오는 공해가 배출된다. 이것은 사회적 부를 감소시킨다는 의미에서 사회적 비용이 된다. 사회적 비용의 내부화란 비용을 발생시킨 자가 그 비용을 부담하는 것을 말한다. 반대로 다른 사람이 부담하게 되는 것을 外部化(externalization) 또는 外部效果(externality)라고 한다. 내부화가 이루어지면 사회적 비용이 개인적 비용이 되기 때문에 개인의 의사결정은 항상 사회적 효율과 일치하게 된다. 반면 자신이 야기한 사회적 비용을 다른 사람에게 전가할 수 있게 되면 개인이 이를 의사결정에서 고려하지 않기 때문에 사회적으로 효율적인 수준보다 항상 과도하게 활동이 이루어지게 된다. 위 사례에서 보면 공장이 공해비용을 주민에게 전가함으로써 비효율적으로 과도하게 공장의 건설이 이루어짐을 알 수 있다. 사전적 효율의 관점에서 법제도의 기능은 사회적 비용을 내부화시키는 것에 있다고 요약할 수 있다.

참고로 사회적 비용의 내부화는 사후적 효율과도 관련이 있다. 처음 사례에서 주민에게 권리를 부여하면 공장이 공해비용을 모두 내부화하게 되므로 자동적으로 사회적으로 효율적인 의사결정을 하게 된다. 피구(Arthur C. Pigou)와 같은 경제학자는 외부효과를 교정하기 위해서는, 공장에 공해로 인한 피해액만큼의 세금(이를 흔히 “Pigouvian tax”라고 한다)을 부과해야 한다고 주장하였는데, 이 역시 외부효과를 내부화하는 주장이다. 사회적 비용을 내부화시키는 것은 자원배분의 효율을 달성하는 유력한 방법이다. 코즈 정리는 이렇게 내부화하지 말아야 한다는 주

장이 아니라, 거래비용이 낮을 경우에는 이렇게 내부화가 이루어지지 않더라도 사후적 효율은 달성될 수 있다는 것이다. 반면 사전적 효율의 경우에는 거래비용이 낮더라도 사회적 비용의 내부화가 이루어지지 않는 한 비효율적으로 과도한 활동이 이루어지는 것을 막을 수 없다. 사후적 효율과 사전적 효율을 동시에 달성할 수 있는 가장 좋은 방법은 사회적 비용을 야기한 자에게 그 비용을 내부화하도록 법제도를 설계하는 것이다. 이렇게 생각하면 피구가 더 옳았을지도 모른다.

2. 사전적 인센티브와 법적 판단

경제학적 사고방식에서는 법제도란 개인의 사전적 인센티브를 사회적 관점에서 효율적으로 유도하는, 다시 말해서, 사회적 비용을 내부화하는 메커니즘이라고 할 수 있다. 위 공장 건설 사례에서 보면, 경제학적 관점에서 바람직한 법제도는 주민에게 환경권을 부여하는 것이다. 공장에 오염권을 부여하는 법제도는 공장 주인에게 비효율적인 인센티브를 제공하기 때문에 바람직하지 않다. 물론 비례의 원칙 등 법적 판단기준에 따르더라도 주민에게 환경권을 부여하는 것이 정당화될 수 있지만, 경제학적 시각에서는 그 근거가 다르다.

실제로 법적 판단기준과 경제학적 논증이 결론에 있어서는 동일한 경우가 대부분이다. 설명방식에서 서로 차이가 날 뿐이다. 그러나 일부 극단적인 경우에는 결론에 있어서도 차이가 난다. 이 경우 사후적 관점을 중시하는 법적 판단에서는 사전적 관점을 중시하는 경제적 판단을 받아들이기 힘들다. 이하 몇 가지 구체적인 사례를 가지고 살펴본다.

3. 사례

가. 징벌적 손해배상

가해자의 손해배상책임을 사회적 비용의 내부화라고 이해한다면, 가해자에게 효율적인 인센티브를 제공하기 위해서는 일반적으로 그 손해배상액은 실제로 발생한 손해액과 일치시키는 것이 옳다. 손해액과 배상액이 달라지면 과소주의 또는 과다주의와 같은 비효율이 발생하기 때문이다. 그런데 미국 등 일부 국가에서는 징벌적 손해배상(punitive damages)이라고 하여, 실제 발생한 손해액보다 높은 금액을 배상하는 제도를 시행하고 있다. 일종의 가해자에 대한 민사적 처벌인 셈인데, 우리나라에도 공정거래법 등에서 그 도입에 관한 논의가 활발하게 이루어지고 있다.

징벌적 손해배상의 경제학적 논거는 가해자가 책임을 회피할 수 있다는 점이다. 다시 말해서, 가해자가 어떠한 이유로든 손해배상책임을 부담하지 않을 수 있게 되면 가해자는 과소주의를 할 인센티브를 가지는데, 손해배상액을 높여 그 효과를 상쇄하면 이러한 인센티브를 교정할 수 있다는 것이다.²⁵⁾ 예를 들어, 사고확률이 10%, 손해액을 1,000원이라고 하면 기대사고비용은 100원이 된다. 그런데 소송비용이 높다거나 절차가 오래 걸리는 등의 사정으로, 사고가 발생하더라도 실제로 소송까지 가는 확률은 25%에 불과하고 나머지는 피해자가 배상청구를 포기한다고 하자. 그렇다면 가해자의 실제 기대사고비용은 25원이 되므로 어떤 책임원칙에서든 과소주의 및 과다행위를 할 가능성이 높다. 이러한 상황에서 가해자의 기대사고비용을 100원으로 맞추려면 손해배상액을 4,000원으로 하면 된다. 여기서 4,000원은 실제 손해액에 소송이 제기될 확률 25%의 역수를 곱하여 구하는데, 이렇게 곱해지는 수를 징벌승수(punitive multiplier)라고 한다. 실제 손해액은 1,000원이고, 징벌적 손해배상액 3,000원이 된다.

징벌적 손해배상은 효율적인 측면에서 본다면 설득력이 높으나,²⁶⁾ 운용상 **비례의 원칙에 반하기 때문에** 전통적인 법학으로는 설명하기 힘든 제도이다. 비례의 원칙이 법경제학의 논리에 부합한다는 견해²⁷⁾에 의하더라도 징벌적 손해배상까지 비례의 원칙에 부합한다고 말하기는 힘들 것이다. 이를 극단적으로 비유하면, 운이 없는 가해자가 다른 가해자의 잘못까지 함께 책임지는 것이라고 할 수 있기 때문이다. 근본적으로 징벌적 손해배상이 기존의 민법의 법리에 부합하지 않게 된 이유는, 경제학적 논리에 따라 역지의 **사전적(ex ante)** 인센티브를 염두에 두고 있기 때문이다. 그 결과 **사후적으로** 제반 사정을 고려하여 몫을 결정하는 법학적 관점에서는 용인하기 힘들게 된 것이다. 바꾸어 말하면, 이 경우 갈등은 사전적 v. 사후적에서 발생하는 것이지, 효율을 지도이념으로 삼은 것에서 발생하는 것이 아니다.

25) A. Mitchell Polinsky & Steven Shavell, "Punitive Damages: An Economic Analysis", 111 *Harvard Law Review* 869 (1998).

26) 본문의 설명에만 국한한다면 그렇다고 할 수 있다. 다만 징벌적 손해배상은 근본적으로 엄벌에 의한 역지와 동일한 논리이기 때문에 엄벌주의가 가지는 효율성의 문제, 예를 들어, 법원의 오판비용의 증가, 가해자의 비효율적 처벌회피 노력 등이 발생할 수 있다. 엄벌주의에 대한 비판적인 경제학적 논리와 같은 논리에서 징벌적 손해배상의 효율성 역시 그렇게 확실한 것은 아니다(심사의견에서 지적된 사항임).

27) 윤진수, 위 논문 각주 11), 37-39면.

나. 법원의 판단오류

(1) 제1종 오류와 제2종 오류

불법행위법에서 법원이 과실판단의 기준을 사회적 최적주의 수준으로 설정하였다고 하더라도 판사가 神이 아닌 이상 구체적인 사실판단에 있어 가해자가 이 기준을 준수하였는지를 판단함에 오류를 범할 수밖에 없다. 이 오류는 두 가지 유형으로 나눌 수 있는데, 하나는 가해자가 기준을 준수하지 못하였음에도 법원이 과실이 없다고 판단하는 경우이고, 다른 하나는 반대로 가해자가 기준을 준수하였음에도 불구하고 법원이 과실을 인정하는 경우이다. 통계학의 용어로 전자는 제1종 오류이고, 후자는 제2종 오류라고 설명할 수 있다. 본래 통계학에서 제1종 오류란 올바른 가설이 기각되는 것이고, 제2종 오류란 잘못된 가설이 받아들여지는 것을 말한다. 판사가 심리하는 가설을 “가해자가 법원이 정한 기준을 준수하지 않았다”라는 것이라고 생각한다면, 제1종 오류는 가설이 맞음에도 불구하고, 즉 가해자가 기준을 준수하지 않았음에도 불구하고, 판사가 이를 기각하여 과실이 없다고 판결하는 것을 말한다. 제2종 오류는 가설이 잘못되었음에도 불구하고, 즉 가해자는 기준을 준수하였음에도 불구하고, 판사가 잘못 과실을 인정하는 경우가 되는 것이다.

(2) 오류의 효율적 통제

법원의 과실판단에 오류가 있는 경우 가해자의 인센티브에는 어떠한 영향을 미칠까? 가해자로서는 법원이 제1종 오류를 범할 것을 감안하여 주의비용을 절약하는 것을 선택할 가능성도 있다. 적정주의를 하지 않더라도 법원이 가해자에게 책임을 묻지 않을 수 있기 때문이다. 반면 제2종 오류를 염두에 둔다면 가해자는 주의비용 지출을 증가시켜 사고확률을 줄이는 것을 선택할 수도 있다. 자신이 부담하게 될지도 모르는 기대사고비용을 줄이겠다는 것이다. 이것은 앞서 불확실성과 같은 논리이다. 이론적으로는 다양한 가능성을 생각할 수 있으나, 여기에서는 법원의 오류가 커지면 가해자에게 과소주의를 할 인센티브가 생긴다는 점을 보이고자 한다. 예를 들어, 손해액이 1,000원인 경우 주의수준에 따른 사고확률과 사고비용이 다음과 같이 주어졌다고 하자.

주의수준	주의비용	사고확률	기대사고비용	총사고비용
0	0	6%	60	60
1	30	2%	20	50
2	60	1%	10	70

법원은 적정주의를 1 수준으로 잡고 있으며, 가해자는 이 사실을 알고 있다고 하자. 그런데 법원은 제1종 오류와 제2종 오류를 각각 20%의 확률로 범할 수 있으며, 이를 가해자도 알고 있다. 이 경우 가해자는 어느 수준의 주의를 선택할 것인가? ① 가해자가 0 수준의 주의를 선택하면 가해자는 80% 확률로 기대사고비용을 부담하게 되므로 총기대손실은 48원이다. ② 가해자가 주의를 1 수준으로 높이면, 추가적으로 주의비용 30원이 들지만, 기대사고비용 20원을 부담할 확률이 20%에 불과하므로 4원만 부담하면 된다. 합계 총기대손실은 34원이다. ③ 2 수준의 주의의 경우 같은 계산을 해 보면, 주의비용 60원에 20% 확률로 10원을 배상해야 하므로 모두 62원이 든다. 결국 법원의 오류 가능성에도 불구하고 가해자는 효율적인 1 수준의 주의를 한다.

그러나 이러한 결과가 항상 성립하는 것은 아니다. 예를 들어, 제1종 오류와 제2종 오류의 확률을 모두 40%로 해 보자. 이 경우에는 가해자가 0 수준의 주의를 하면 기대사고비용을 부담할 확률이 60%이므로 36원이지만, 1 수준의 주의를 하게 되면 40%의 확률로 20원의 기대사고비용을 부담하게 되므로 이를 30원의 주의비용과 합하면 모두 38원이 된다. 따라서 가해자로서는 0 수준의 주의를 선택하는 것이 이익이다. 물론 가해자가 2 수준의 주의를 할 이유는 없다. 이처럼 법원의 오류 확률이 높아지게 되면 가해자가 법원이 정한 기준을 따라 행동할 인센티브는 낮아진다. 법원의 오류로 인한 비효율이 발생한 것이다.

이 모형에서 한 가지 주목할 점은, 가해자에게 주의수준에 관한 적절한 인센티브를 제공하기 위해서는 제1종 오류를 줄이는 것이 더 중요한가 아니면 제2종 오류를 줄이는 것이 더 중요한가 하는 점이다. 위 계산과정을 음미해 보면, 가해자의 주의수준을 1 수준으로 유도하기 위해서는 기대사고비용인 60원에 곱해지는 확률을 높이든가 20원에 곱해지는 확률을 낮추면 된다. 60원에 곱해지는 확률은 제1종 오류를 범하지 않을 확률이고, 20원에 곱해지는 확률은 제2종 오류를 범할 확률이다. 당연히 큰 금액에 곱해지는 확률의 영향력이 더 크다. 따라서 제1종 오류와 제2종 오류의 확률을 줄이는 비용이 동일하다면 제1종 오류의 확률을 줄이는 것이

효율의 측면에서는 더 우월하다. 다시 말해서, 과실 없는 사람에게 책임을 잘못 묻는 부작용이 커진다 하더라도, 과실 있는 사람을 면책시키지 않도록 제도를 설계하는 것이 효율의 관점에서는 더 바람직하다는 것이다. 예를 들어, 형사소송법에서는 흔히 “9명의 도둑을 놓치더라도 1명의 억울한 죄인을 만들지 말라”고 가르치지만, 가해자에게 법원이 정한 기준을 따르도록 인센티브를 제공한다는 차원에서는 반대로 “1명의 억울한 죄인을 만드는 한이 있더라도 9명의 도둑을 놓치지 말라”고 가르쳐야 하는 것이다. 피고인의 인권을 중시하는 법학적 사고와 일반 억지라는 효율을 중시하는 경제학적 사고가 극명하게 갈리는 부분이기도 하다.

IV. 結 語

이 글은 법경제학을 연구하는 연구자로서, 법경제학이 실제 법제도의 형성 또는 해석에 어떤 영향을 주는지 생각해 본 시론이다. 사용하는 “경제학”이라는 용어가 서로 다를 수 있다는 한계에도 불구하고, 이러한 시도를 통하여 법경제학에 긍정적이든 부정적이든 관심을 가지고 있는 여러 연구자에게 논의의 장을 제공하고자 하였다. 구체적인 사례를 붙인 것도 그러한 이유에서이다. 이 글에서 필자는 다른 학자들의 견해와 달리, 개인의 사전적 인센티브에 대한 연구를 경제학적 사고방식의 핵심으로 이해하였다. 그 결과 경제학의 적용이 법의 제정 및 해석에 제한적일 수밖에 없다는 결론에 이르게 되었다. 전통적인 민법이나 형법은 이러한 사전적 인센티브를 그렇게 중요하게 고려하지 않았기 때문에, 법경제학은 이러한 영역에서 법적 사고와 충돌할 가능성이 높다. 제도적 근거를 다르게 설명할 수도 있고, 경우에 따라서는 결론 자체가 다를 수도 있다. 어느 경우든 기존의 법학에서 쉽게 받아들이기 힘들 것이다. 그럼에도 불구하고 법규정이나 해석이 가져오는 사전적 인센티브 효과에 대한 연구는 법학이 과학적 분석이 되기 위한 첫걸음이라는 점에서, 기존의 법학에 가지는 의미를 간과해서는 안 될 것이다.

투고일 2014. 7. 24	심사완료일 2014. 8. 18	게재확정일 2014. 8. 29
-----------------	-------------------	-------------------

참고문헌

윤진수, “법의 해석과 적용에서 경제적 효율의 고려는 가능한가”, 김일중·김두얼
편, **법경제학: 이론과 응용**(2011).

조홍식, “경제학적 논증의 법적 지위: 배제적 법실증주의의 관점에서”, **서울대학교
법학**, 제48권 제4호(2007).

Kaplow, Louis & Steven Shavell, *Fairness Versus Welfare* (2002).

Miceli, Thomas J., *Economics of the Law: Torts, Contracts, Property, Litigation*
(1997).

Polinsky, A. Mitchell, *An Introduction to Law and Economics* (4th, 2011).

Polinsky, A. Mitchell & Steven Shavell, “Punitive Damages: An Economic Analysis”,
111 *Harvard Law Review* 869 (1998).

Posner, Richard A., *Economic Analysis of Law* (6th, 1998).

Shavell, Steven, *Foundations of Economic Analysis of Law* (2004).

<Abstract>

Limited Implication of Economic Approach to Legal Analysis

Song, Ok-Rial*

The economic analysis of law has prevailed in the U.S. legal studies, and currently more and more legal scholars in the European and Asian countries also employ such an economic approach. This paper examines the extent to which the law and economics approach contributes to the traditional legal scholarship, as well as the legislation and legal interpretation. Examining conflicting arguments on the relationship between economic analysis and traditional legal thought reveals that the origin of such debate lies on their different use of the notion of economics. An economics as a thought of utilitarianism, for instance, inevitably limits its relevance to the legal approach. On the other hand, if it is claimed in the name of economics that individuals are assumed to be rational whatever they pursue, or that law is a system of reducing transaction costs, an economic analysis will successfully explain the traditional legal system such as civil law and criminal law. This paper argues from different direction that the economic analysis might have limitation in applying to traditional legal system. This paper emphasizes that the economics is a study of each individual's *ex ante* incentives, which have not been much taken into account in traditional civil law and criminal law. Therefore, the policy recommendation based on the economic analysis is unlikely to be in harmony with current legal scholarship. This paper illustrates several examples of such conflicts, but this paper also emphasizes that, in spite of such limitation, law professors, lawyers, and legislators should be equipped with the economic analysis which will lead them to more scientific or refutable understanding of law.

* Professor, College of Law/School of Law, Seoul National University.

30 『서울대학교 法學』 제55권 제3호 (2014. 9.)

Keywords: Economic analysis of law, *Ex ante* efficiency, Incentive, *Ex post* efficiency,
Economics