

# 법의 최적집행(Optimal Law Enforcement)에 관한 연구

김 차 동\*

차 례

## I. 서 론

## II. 법집행 수단의 분류 및 그 특징

1. 대한민국에서의 ‘법집행’이란 용어의 의미와 본 논문에서의 법집행
2. 법집행 수단의 분류
3. 법집행 수단별 특징-특히 각 수단별 대체성이 있는 지를 중심으로

## III. 법의 최적집행이론

1. 개설
2. 베커의 최초논의
3. 최적집행의 기본 모형(주로 제재의 강도와 적발가능성간의 관계를 중심으로)
4. 금전적 제재(손해배상, 벌금)와 비금전적 제재(징역형) 간의 최적 조합
5. 최대제재와 최적제재와의 관계
6. 위험회피자에 대한 법적제재

## IV. 결 론

\* 한양대학교 법학전문대학원 교수

접수일자 : 2014. 4. 30. / 심사일자 : 2014. 5. 26. / 게재확정일자 : 2014. 5. 30.

## I. 서론

부족한 자원과 인간 행동의 외부효과를 규율하는 내용이 법의 전부라고 해도 과언이 아니다.<sup>1)</sup> 자원(resources)은 부족하고(scarse), 인간의 일부 행동에는 부의 외부효과(negative externality)가 발생한다. 낭비를 피하기 위하여 그 자원에 관한 이익이나 부의 외부효과로부터 자유로운 상태에 관한 이익을 권리로 고양시켜 민사법의 보호를 받게 하거나 일정한 특성이 있는 이익이나 위협을 공공재(public goods) 또는 공적 해악(public bads)<sup>2)</sup>으로 규정하여 공법의 적용을 받게 한다.

특히 권리가 인정되고 배정(assignment)된 이후에는 원칙적으로 물권적 보호원칙(property rule)에 의하여 그 권리가 보호되어야만 사람들은 자율적으로 거래에 참여하여 동의 있는 권리의 이전만이 가능하게 되고, 그 결과 자원의 효율적 배분(efficient allocation of scarce resources)이 이루어지게 된다.<sup>3)</sup> 그래서 이런 물권적 보호원칙은 소유권절대보호를 기초로 결국 국사적자치, 계약자유 원칙이란 근대사법의 기본원리를 설명하는 최상의 설명도구로 기능할 수 있다. 이때 물권적 보호원칙은 금지청구(또는 물권적 청구권)와 같은 민사법상의 배제(prevention)만을 의미하는 것이 아니라 법적제재(sanction)의 위협으로 인한 억지력<sup>4)</sup>으로도 이를 달성할 수

---

1) Dean Lueck and Thomas Miceli, "Property Law", in Mitchell Polinsky and Steven Shavell eds. *Handbook of Law and Economics, 2007 vol. 1*, Amsterdam: Elsevier, p 187{저자들은 (법경제학 시각에서 볼 때) 현존하는 "거의 모든 실정법들은 '재산권법(property rights law)'이다."라고 주장하였다.}

2) 사유재(private goods)나 공공재(public goods)나 사적 해악(private bads)이나 공적 해악(public bads)이나의 구분은 첫째 그 사용과 발생에 경합이 있느냐를 중심으로 경합이 있으면(rivalry) 사유재 또는 사적 해악으로, 경합이 없이(nonrivalry) 누구나 사용할 수 있거나 그 영향을 받게 되는 경우에는 공공재 또는 공적 해악으로 되고, 둘째 다른 사람의 사용이나 그 악영향을 배제할 수 있으면(excludability) 사유재 또는 사적 해악이 되고, 없으면(nonexcludability) 공공재 또는 공적 해악이 된다고 한다. Robert Cooter and Thomas Ulen, *Law&Economics(6th ed)*, Pearson, 2012, pp. 102-106

3) Guido Calabresi and A. Douglas Melamed, "Property rules, Liability rules, and Inalienability", *Nicholas Mercurio eds. Law and Economics vol 5* (Routledge, 2007) p. 17.

4) 많은 법학자들은 법적 제재(sanction)는 응보(retribution)의 목적으로 도입된 것으로 일반 예방적 차원의 억지(deterrence)와는 본질적 차이가 있다는 견해를 갖고 있다. 그러나 법적 제재는 제도기원으로부터도 범위반행위자로 하여금 지불하도록 한 대가란

있다. 금지(prevention)은 민사법상의 금지명령(injunction)<sup>5)6)</sup>을 통하여도 달성되지만 작위·부작위를 명하는 행정처분에 의해서도 달성될 수 있다. 그런데 법적제재는 억지력을 가진 것이라면 민사법상의 손해배상은 물론 과징금, 과태료부과처분과 같은 행정처분이나 벌금·징역형과 같은 형사처벌도 포함하는 개념이다. 한편 공적 해악도 작위·부작위를 명하는 행정처분을 통하여 금지시키거나 각종 민사상, 행정상, 형사상 제재를 통하여 내부화(internalization)를 시켜 억지하고자 한다. 따라서 본 논문에서는 이런 금지와 제재를 통한 권리자의 동의 없는 권리이전을 방지하고, 공적 해악의 발생을 억제하는 것을 법집행이라고 정의하고 논의를 시작하고자 한다. 법집행에 관한 위와 같은 정의에 바탕 두어 각 법집행 수단간에 대체성이 있음을 전제로 최적집행 조합을 설명하고자 한다. 즉, 각 법적 수단의 비용과 편익을 비교하여 상대적 우위를 가진 제도들을 일의적으로 발견해 내거나 아니면 그 최적의 조합을 찾아내 법의 최적집행 모습에 관하여 설명하고자 한다.

본 논문은 주로 법집행이란 데 초점을 맞추어 민사적 법집행과 행정적 법집행 그리고 형사상 처벌사이에 대체성이 있다는 점을 밝히고 이들 사이의 최적 법집행 조합을 찾는 문제를 개괄적으로 설명하고자 한다. 그래서 먼저 법집행이나 구제수단의 개념적 혼돈을 피하기 위하여 대한민국

---

측면이 강조되어 왔고, 그래서 법위반행위에 대한 비용(costs)라는 성격을 갖고 있었다. 따라서 합리적 인간을 전제로 법위반행위로 인한 이익(benefits)과 법적 제재란 비용(costs)을 형량하게 함으로써 비용이 이익을 초과할 때 법위반행위가 억지된다는 견해는 충분히 설득력이 있다. 그래서 법적 제재는 억지와 밀접한 관련이 있는 것이다.

- 5) 보통법계와 다른 전통과 용어를 사용하고 있는 시민법계에서 보통법계에서 발전되어 특정한 의미로 사용되고 있는 법률용어를 번역하여 사용함에 있어 그 정합성에 문제가 있는 경우가 종종 있다. 본 논문에서 이런 어려움에도 불구하고 보통법계의 법률 용어를 번역할 때 가급적 시민법계에서 사용하는 법적 용어를 사용하고자 하나 정합성의 결여로 인한 차이는 여전히 존재하기 때문에 해당되는 부분에서 이를 지적하여 밝히고자 노력하겠다. 하지만 독자들도 이를 읽을 때 그 차이를 인식하면서 주의하여 읽어 주기를 바란다.
- 6) 본 논문에서 금지청구, 금지명령, 배제라는 용어들이 사용되고 있는데, 이들은 전부 권리자가 의무자를 상대로 권리침해를 막을 작위·부작위를 구하는 구제수단을 지칭한다. 다만 금지청구는 injunction을 권리자가 청구하는 측면에서 파악한 것이고, 금지명령은 금지청구에 기하여 법원이 명하는 것을 지칭하고, 배제란 이러한 금지청구와 금지명령을 기능적으로 파악한 비법률적인 용어이다.

에서의 법집행과 법경제학에서의 법집행을 구분하여 설명하고, 각 법집행 수단간에 대체성이 있는지 여부를 살펴보며(Ⅱ), 이어 최적집행에 관한 기초적인 이론적 설명을 한(Ⅲ) 다음 결론(Ⅳ)을 내리기로 한다.

## Ⅱ. 법집행 수단의 분류 및 그 특징

### 1. 대한민국에서의 ‘법집행’이란 용어의 의미와 본 논문에서의 법집행

#### (1) 대한민국에서의 “법집행”이란 용어의 의미

대한민국 법체계하에서는 집행이란 용어가 다음과 같이 사용되고 있다. 먼저 대한민국 헌법상 4곳에서 집행이란 용어가 사용되고 있는데 그 중 의미를 부여할 수 있는 것은 헌법 제75조(대통령은 ... 법을 집행하기 위하여 ... 대통령령을 발할 수 있다.)로서 입법부·사법부와 대비되는 행정부의 수장으로서 대통령의 법집행권을 의미한다. 그 외 군인 등의 직무집행(제29조), 준예산 집행(제54조), 공무원 등의 직무집행(제65조)이란 곳에서 집행이란 용어가 사용되고 있는데 대체로 직무를 수행한다는 의미로 사용되고 있을 뿐이다.

다음으로 각종 법령에서는 법원의 각종 판단을 실현시킨다는 차원으로 사용되고 있다. 즉 민사판결의 경우에는 판결의 집행,<sup>7)</sup> 강제집행이란 용어가 사용되고 있으며, 형사판결의 경우는 형의 집행이란 용어가 사용되고 있고, 그 외 행정법 분야에서 경찰관 직무집행(경찰관직무집행법), 행정대집행(행정대집행법)이란 용어가 사용되고 있다. 위와 같은 용도로 사용된 집행이란 용어는 각종 법령에서 총 1,562회<sup>8)</sup>에 걸쳐 사용되고 있다.

요컨대 대한민국에서 법집행이란 주로 국가조직상으로는 행정부의 법

7) 민사집행법 제1조에서는 “강제집행, 담보권 실행을 위한 경매, 민법·상법, 그 밖의 법률의 규정에 의한 경매”를 민사집행이라고 약칭하였다.

8) 2014.1.경 법제처 홈페이지([www.moleg.go.kr](http://www.moleg.go.kr)) 현행법령검색 기능을 사용하여 법령본문을 검색해 본 결과 총 1,562회 사용된 결과를 얻었다.

집행기능을 부여하였다거나, 그 행정부의 법집행권에 기해 국가공권력의 근간인 경찰관에 의한 직무집행이란 측면에서 집행이란 용어가 주로 사용되기도 하고, 법원이나 분쟁조정기관에 의해 형성된 집행권원에 기한 강제집행(민사집행법 제24조 등 참조), 외국판결에 대한 집행판결(민사집행법 제26조), 기타 형사판결에 기한 형의 집행(형법 제5절)이란 법원의 법적판단에 대한 실현이란 의미로 주로 사용되고 있다.

## (2) 본 논문에서의 법집행

위와 같이 각급 공무원의 법률상 규정된 직무를 수행한다는 의미나 법원의 판단을 실현한다는 의미로 제한하여 사용되었던 종전의 집행 또는 법집행이란 용어가 우리나라에서도 최근 법경제학이나 경쟁법 분야를 중심으로 전혀 다른 의미로 사용되기 시작하였다. 이와 같은 경향은 법경제학과 경쟁법의 발상지인 미국에서 사용되고 있는 용어인 (Law) Enforcement를 그대로 번역한 것으로 대체로 권리를 침해한 자 또는 공적 해악을 일으킨 자를 적발하여 그 침해행위 또는 해악 발생행위를 금지(prevention)시키거나 이를 제재(sanction)하는 식으로 법을 집행하는 시스템을 지칭한다.<sup>9)</sup> 위와 같은 의미의 법집행은 위 1.항에서 설명한 우리나라 법률용어상의 ‘법집행’과는 그 의미가 전혀 다른 새로운 용어 사용례이다. 즉 본 논문에서의 법집행이란 용어는 오히려 대한민국 법이론상의 용어인 “금지명령과 법적제재의 결합물”에 유사하다. 게다가 논의의 과정에서 법위반행위를 적발(detection)하는 활동까지를 포함하여 법집행이란 용어로 사용하는 까닭에 본 논문에서는 ‘집행’, 또는 ‘법집행’이란 용어를 “금지명령과 법적제재의 결합물” 또는 위 사용례에다가 법위반행위 적발까지 확장한 의미로 사용하기로 한다.

## 2. 법집행 수단의 분류

법위반행위를 규제하기 위한 법적 수단으로는 민사법상으로는 금지청

9) 참고 *New Law Journal*(vol. 123, 1974), Part 1, p. 358.

구(금지명령, injunction)제도, 손해배상(damages)제도, 양도금지(inalienability) 원칙, 행정법상으로는 작위·부작위를 명하는 행정처분이나 과태료 또는 과징금 부과처분, 형사법상으로는 벌금, 징역형 기타 생명·신체에 관한 형벌의 부과란 형태로 존재하고 있다. 이러한 법집행 수단들을 다양한 관점으로 분류하는 것이 가능한데, 특히 법집행의 시기를 중심으로 사전 금지명령, 사후 제재로 구분할 수 있고, 법집행의 형태에 따라 금전적 제재 또는 비금전적 제재로 구분할 수 있으며, 법집행의 주체에 따라 사적집행(private enforcement)과 공적집행(public enforcement)으로 구분할 수 있으며, 공적집행도 행정기관이 하는 행정적 집행(administrative enforcement)과 검찰과 경찰에 의한 형사적 집행(criminal enforcement)으로 더욱 세분할 수 있다.

### 3. 법집행 수단별 특징-특히 각 수단별 대체성이 있는 지를 중심으로

#### (1) 사전 금지명령(injunction or prevention) v. 사후 제재(sanction)

법집행의 목적이 각종 해악의 발생이나 권리관계 현상을 변경하려는 일체의 행위 자체를 금지하여 이를 용인하지 않으려는 금지(prevention)에 있는 것인지, 아니면 그 범위반행위를 제재(sanction)함으로써 억지(deference)하려고 하는지에 따라 법집행의 모습이 달라진다. 전자의 경우에는 결과발생 전에는 방해예방, 방해배제 등 형태로 현상변경을 막고, 결과가 발생한 이후에도 원상회복청구, 부당이득반환(disgorgement) 등을 용인하여 일체의 권리변경을 막으려는 것이고, 후자의 경우에는 범위반행위자가 합리적 인간이란 전제하에 범위반행위자에게 금전적 제재 또는 비금전적 제재를 함으로써 편익(benefits)대비 비용(sanction으로 표현된 costs<sup>10)</sup>) 분석을 함으로써 범위반행위의 유인(incentive)을 제거하여 억지하

10) 제재(sanction)가 비용(cost)이란 관념은 법학자와 법률가에게는 매우 생소하다. 법학자와 법률가는 제재는 응보적 관점에서 범위반에 대한 징벌이란 성격으로 이해하고 있다. 제재가 응보적 성격을 가지는 한 탈리오 원칙과 같은 등가성을 추구할 필요

는 것을 지칭한다.

캘라브레이시와 멜라미드의 주장에 따르면, 권리를 최초배정(the initial assignment of entitlements)한 다음에는 권리자의 동의 없는 권리이전을 금지함으로써 사적자치를 증진(to protect 'the virtue of voluntary exchange')시키는 것을 목적으로 하는 물권적 보호원칙(property rule)에 의하여 권리를 보호하는 것이 기본원칙이어야 한다.<sup>11)</sup> 이런 물권적 보호원칙을 관철하고자 하면 사전 금지명령에 의한 보호가 가장 기본적인 법집행의 모습이어야 할 것이다. 이런 사전 금지는 단순히 부작위를 명하는데 그치지 않고, 법위반행위 발생의 방지나 방해된 행위의 환원 등 작위명령적 형태를 취하는 경우도 많을 것이다. 이러한 금지명령(injunction)은 경찰력 기타 물리적 집행력의 뒷받침이 필요하고 때로는 지나치게 행동의 자유를 제한할 수도 있다. 그래서 문명의 진화와 법제도의 발전에 따라 점차 경찰력과 같은 직접적 물리력에 기한 권리침해의 금지력 달성은 자제되고 법적 제재의 위협을 통한 억지효의 확보로 발전해 왔던 것이다. 그런 과정에서 권리에 대한 충분한 법적 보호가 이루어지지 못하는 피해는 국가 간섭의 자제를 통한 자유의 신장과 민간분야의 자율성이 확대됨으로 인한 사회적 이익으로 보상되면서 법제도의 진화현상으로 지지되고 있을 뿐이다.

그 외에도, 사전 금지명령은 경우에 따라 효율성도 떨어지고, 교통사고 관련 법제처럼 사전 금지명령이 물리적, 경제적으로 불가능한 경우, 기타 분배적 우선순위나 피해와 제재사이의 불균형 등 사유<sup>12)</sup>로 제대로 작동하지 못하는 법집행 분야도 있어 이 분야위주로 사후 제재 수단으로 대체되었거나 적어도 사후 제재와 결합되어 서로 보완적으로 집행되는 경

---

없이 비례성을 추구하면 달성되는 것으로 보고 있다. 하지만 최근에는 제재는 법위반행위자가 치루는 비용으로서의 성격을 지니고 있다는 점이 강조되고 있다. 제재가 비용으로 성격을 갖는다면 법위반행위로 인한 이득과 기대제재 사이에 등가성이 존재해야 비로소 억지력이 발생한다고 보고 있다. 이때 기대제재(expected sanction)란 제재의 강도(severity of sanction)를 적발가능성(probability of detection)으로 곱한 값을 지칭한다.

11) Guido Calabresi and Douglas Melamed, 위 논문 p. 17.

12) Guido Calabresi and Douglas Melamed, 위 논문 p. 19.

우도 있었다.

사후 제재는 법제도적으로는 민사상의 손해배상이나 과징금, 과태료 등 행정적 금전제재나 벌금 등 형사적 금전제재 및 징역형 등 형사적 비금전적 제재의 형태를 취하고 있고, 이러한 제재의 위협으로 행위자체의 억지를 주된 목적으로 한 것이다.<sup>13)</sup> 사후 제재는 다시 결과가 발생된 전후를 중심으로 행위자체의 위협성에 초점을 맞추어 결과발생여부에 관계없이 위협범적 형태로 법적 제재를 하는 것(act-based sanction)과 행위의 결과에 초점을 맞추어 결과범적 형태로 법적 제재(harm-based sanction)으로 구분될 수 있다.

사전 금지는 물권적 보호원칙을 철저히 보장하는 법집행 수단으로서 사적자치의 완벽한 실현수단으로 특성을 갖고 있으나 많은 경우 사전 작위·부작위 명령의 집행확보를 위하여 비용이 많이 드는 법집행수단이다. 한편 사후 제재는 금지와 같은 결과를 달성하기 위하여 수범자들이 비용·편익 형량을 할 수 있을 정도로 합리적 인간이어야 한다는 것을 전제로 할 뿐만 아니라 범위반의 억지란 편익이 법적 제재란 비용을 초과하지 않거나 현저하게 작아야 효과적인 억지력을 얻을 수 있다. 그래서 사전 금지명령과 사후 제재란 법집행 수단은 그 비용적 차이가 크다는 비용적 측면과, 금지력과 억지효사이의 간격을 메우기 어렵다는 집행효과란 측면에서 대체관계에 있다기 보다는 기본적으로는 보완적 관계에 있다 할 것이다. 하지만 억지효과가 거의 금지효과라고 할 수 있을 정도로 효율적이고, 그 비용적 차이가 극복가능한 수준에 이르게 된다면 금지명령과 법적제재란 법집행 수단사이에 대체관계가 성립될 수 있다.

## (2) 사후제재간의 대체성

### 1) 금전적 제재 v. 비금전적 제재

사후 제재의 형태로 금전적 제재(monetary sanctions)와 비금전적 제재(nonmonetary sanctions)로 나눌 수 있고, 비금전적 제재의 가장 대표적 형

---

13) Steven Shavell, "The Optimal Structure of Law Enforcement", *The Journal of Law and Economics* vol 36(April 1993), p. 257.



태로 징역형(imprisonment)을 들 수 있다. 금전적 제재는 비금전적 제재보다 훨씬 비용이 적게 드는 법집행 방법이다.<sup>14)</sup> 그래서 금전적 제재를 통하여 법위반행위를 효과적으로 억지할 수 없을 때에 비로소 비금전적 제재수단을 동원해야 한다. 그래서 금전적 제재와 비금전적 제재간에 대체성을 대체로 인정할 수 있다. 다만 그 논증은 다음 III.항에서 설명하기로 한다.

## 2) 사적집행 v. 공적집행

법집행은 그 집행주체에 의하여 사인에 의한 집행과 공무원이나 공적기관에 의한 공적집행으로 나눌 수 있다. 전자는 금지청구, 손해배상, 양도금지(무효화 포함)란 형태로 집행되고, 후자의 경우 행정공무원에 의한 행정적 집행과 경찰, 검찰 등에 의한 형사적 집행으로 구분할 수 있다. 행정적 집행의 경우는 금지청구와 기능이 같은 작위 또는 부작위를 명하는 행정처분(cease and desist order), 과태료, 과징금, 범칙금 등 부과처분 등으로 구분되며 또 그 처분시기에 따라 사전처분, 사후처분으로 구분될 수 있다. 형사적 집행의 경우는 벌금, 과료 등 금전적 제재와 징역형, 교수형 등 생명·자유형으로 분류될 수 있다.

한 나라의 법체계내에서 어떤 집행주체를 선택하여 법집행을 맡겨야 하는가에 대한 기준은 집행에 따른 이득측면보다는 주로 집행에 소요되는 비용적 측면을 더 비중있게 다룬다. 특히 정보비용(information costs)적 고려가 중요하다. 피해자가 자연스럽게 위반행위자의 정보를 얻게 된 경우에는 사적집행이 공적집행에 비하여 비교우위를 갖게 되고, 법위반행위자를 특정하기 위하여 정보비용이 필요한 경우에는 장기간에 걸친 중앙집중적인 정보관리에 능한 공적집행이 사적집행에 비하여 비교우위에 있다.<sup>15)</sup>

이상의 논의를 요약하여 표로 설명해 보면 다음 <표 1>과 같다.

14) Gary S. Becker, "Crime and Punishment: An Economic Approach", 76 *J. Pol. Econ.* 169(1968) 78p

15) Steven Shavell, 위 논문 p. 258.

<표 1> 법집행 수단별 집행의 다양한 관점

법집행 수단들	법집행의 다양한 관점		
	법집행 시기	법집행 형태	법집행 주체
손해배상	사후 결과중심 집행	금전적 집행	사적 집행
행정규제	사전 행위중심 집행	비금전적 집행	공적 집행
	사후 결과 중심 집행	금전적 집행	
금지청구	사전 집행	비금전적 집행	사적 집행
형사처벌	사후 행위 또는 결과중심 집행	비금전적 집행 또는 금전적 집행	공적 집행

### Ⅲ. 법의 최적집행이론

#### 1. 개설

위 II.에서의 논의는 매우 직관적이고 설명적인 태도로 일관되었다. 그래서 수리적 분석을 통하여 위와 같은 논의가 가능한 이론적인 근거를 간략하게 제시할 필요가 있다.

먼저 최적집행에 관한 대부분의 모형은 정책목적으로서 사회적 후생<sup>16)</sup>의 극대화(the maximization of social welfare)를 내세우고 있다. 사회적 후생의 극대화란 범위반행위로 인한 이득( $b$ )에서 그 행위로 인한 피해( $h$ )를 뺀 순이득에 다시 각종 법집행비용을 공제한 후생을 극대화한다는 것<sup>17)</sup>으로 경제적 효율성에 기초한 개념이다. 경제학적으로는 이를 개인의 범위반행위 여부에 지대한 영향을 미치는 요소들을 어떻게 통제할 것인가를 보여주는 사회설계자<sup>18)</sup>(social planner)의 목적함수를 극대화한다는 것이라고 표현할 수 있다.

16) III이하 수리적 분석에서는 사회적 후생을  $W$ 라고 표시한다.

17) Steven Shavell, 위 논문 p.261. (The measure of social welfare is the social benefits associated with commission of acts less the harm due to them and the costs of law enforcement.)

18) 사회설계자란 사회가 효율적으로 기능할 수 있도록 여러 가지 제도를 설계하고 집행하는 정책입안자를 지칭한다. 주로 정부가 될 것이다.

최근에 에를리히(Ehrlich)는 법앞의 평등을 변수로 하여 최적집행에 관하여 검토한 바가 있고,<sup>19)</sup> 그 이외에도 법집행의 오류방지나 응보 등을 변수로 삼아 최적 법집행을 연구한 논문들이 있었으나 이러한 연구들은 한결같이 효율성을 변수로 하여 최적 법집행을 연구한 결과들이 제안한 최대처벌보다는 낮은 처벌을 제안하고 있다.<sup>20)</sup> 그렇다면 효율성을 중심으로 한 최적화 모델을 논의한 후 그 결론에 기초하여 다른 관점에서 본 최적화 논의를 다시 해 볼 수 있을 것이다.

먼저, 최적집행의 이론적 기초를 제공한 베커(Gary S. Becker)의 설명을 간략하게 언급하고(2), 일반화 모델로 기능할 수 있는 기초 모형을 제시하며(3), 징역형 등 새로운 집행수단이란 변수를 추가할 경우 도출되는 결론에 관하여 설명하는 방식으로 수리적 완성형 최적집행 모델의 제기 가능성에 관하여 결론적 의견을 제기하기로 한다.<sup>21)</sup>

## 2. 베커의 최초논의

베커는 범죄자의 효용은 범위반행위로 인한 순이익{ $b$ (적발되지 않았을 경우) 또는  $b-f$ (적발되었을 경우)}과 함수관계에 있다며 다음과 같은 기대효용( $EU$ ; expected utility)에 관한 수식을 발표하였다.<sup>22)</sup>

$$EU = pU(b-f) + (1-p)U(b) \quad (1)$$

$p$  : 적발 및 처벌가능성

$U$  : (범위반행위로 얻게 되는) 효용

19) I. Ehrlich, "The Optimum Enforcement of Laws and the Concept of Justice: A Positive Analysis", *International Review of Law and Economics*. Vol. 2, 1982 pp. 3-27.

20) C. G. Veljanovski, "The Economics of Criminal Law and Procedure", *Coexistence*. Vol. 23, 1986 pp. 137-153.

21) 본 논문의 III. 부분은 Nuno Garoupa, "The Theory of Optimal Law Enforcement", *Journal of Economic Surveys* vol. 11, No. 3, Blackwell Publishers Ltd. 1997, 에서 많은 부분을 요약 발췌하여 작성하였다. 특히 주요하게 인용하는 부분에서는 해당 논문의 면수를 밝혀 두겠지만 대체적인 내용은 이를 요약한 것이니 참조하기 바란다.

22) Gary S. Becker, "Crime and punishment: an economic approach". *Journal of Political Economy*. Vol. 76, 1968, pp. 169-217.

$EU$  : 기대효용

$b$  : 범위반행위로 인한 이득<sup>23)</sup>

$f$  : 제재(주로 벌금형을 전제로 하였기 때문에  $f$ 로 표시함)

$b-f$  : 적발되어 처벌받은 후 남게 되는 이득

베커는 위 함수 (1)을 변수  $p$ 와  $f$ 에 관하여 미분하였고, 그 결과 음의 편미분결과치(negative partial differentials)를 얻었다. 이는 처벌의 확실성(probability)이나 강도(magnitude)가 범죄를 억지하는 데 효과가 있다는 사실을 보여 준 것이다. 즉 범위반행위자는 범죄행위로 나아갈 것인가는  $f$ ,  $p$ 와 같은 변수의 크기에 크게 의존한다는 것이다. 만약 범위반행위자들이 위험중립적이라고 할 때 위험중립적 범위반행위자는  $b \geq pf$  일 때 범위반행위로 나아가고,  $(b-pf)$ 의 기대이익을 챙기면서  $h$ 만큼 사회에 손해를 끼치게 된다. 베커가 효용함수를 사용한 이유는 범위반행위자들의 위험에 관한 태도가 다를 수 있어 이를 반영하여 자신의 식(1)을 일반화하기 위한 것이다.

그래서 베커는 범죄로 나아가는지 여부는 위  $p$ ,  $f$ 이외에도,  $b$ 의 크기와 위험에 대한 태도(위험선호, 위험중립, 위험회피), 수익에 대한 효용함수의 양태 등에 의존한다고 설명하였다. 그래서 개인들은 비록 위험회피자일지라도 기대효용이 충분히 크면 위법행위를 저지를 것이고, 위험선호자라면 더더욱 범위반행위로 나아갈 가능성이 크다고 하였다. 이때 범위반행위로 말미암은 기대효용이 크다는 것은  $p$ ,  $f$ 는 충분히 작고,  $b$ 는 충분히 크다는 것을 의미한다.

### 3. 최적집행의 기본 모형(주로 제재의 강도와 적발가능성간의 관계를 중심으로)

#### (1) 기본 모형

앞서 설명한 바와 같이 사회설계자는 범위반행위자가 범위반행위로 언

---

23) 모든 이득에는 두려움, 흥분, 고통 등과 같은 심리적, 정신적 요소들을 포함하고 있고, 이러한 요소들은 전부 금전적 가치로 환산할 수 있다고 전제한다.

는 이득에서 범위반행위가 입히는 손해를 빼고, 나아가 범집행비용까지 뺀 결과치인 사회적 후생을 극대화하고자 할 것이다.

한편 사회설계자들은 어떤 범위반행위자나 피해자의 구체적인  $b$ 나  $h$ 의 크기를 알 수는 없지만  $b, h$ 의 발생구간과 그 사이의 분포에 관하여 밀도 확률로서 전체적인 정보는 갖게 된다. 이러한 분산관계를 밀도함수(density function)  $g(b, h)$ 로 표현하고, 다시 개별적인 밀도함수로부터 누적 분산함수(cumulative distribution)  $G(b, h)$ 로 취합할 수 있다. 즉 사회설계자는  $b, h$ 의 크기와 발생구간내 밀도함수나 그 누적분산함수를 알 수 있다. 그렇다면 사회적 후생함수( $W$ )는 모든 가능한  $b-h$ 값에서 발생확률을 의미하는 밀도함수  $\{g(b, h)\}$ 를 곱한 결과를 취합<sup>24)</sup>하면 알 수 있다. 그래서 사회적 효용함수( $W$ )는 아래 적분식 (2)가 된다. 적분식 (2)는 대체로 범위반행위로 인한 피해( $h$ )가 범위반행위자의 수익( $b$ )보다 크기 때문에 음의 값을 갖게 되는 경향이 있다. 이때 범위반행위로 인한 범위반행위자 개인의 수익  $b$ 는  $[0, B]$  구간에서 어느 한 값을 가질 수 있지만  $b < p(c)f$ 인 구간에서는 합리적인 범위반행위자는 범위반행위를 하지 않을 것이므로 실제 값을 갖는 구간은  $[p(c)f, B]$ 이 된다. 피해자의 손해  $h$ 도  $[0, H]$  구간에서 어느 한 값을 갖게 된다.

$$W = \int_0^H \int_{p(c)f}^B (b-h)g(b, h)dbdh - c \quad (2)$$

(2) 기본 모형에 대한 법경제학적 설명(벌금수준을 증가시키면 적발가능성 향상을 위한 투자예산을 절감할 수 있다.)

사회설계자는 제재( $f$ )의 수준을 결정할 수 있는 권한은 물론 적발에 드는 예산(또는 비용,  $c$ 로 표시함)을 결정할 권한도 갖고 있다. 그 권한을 통하여 위 적분식 (2) 중  $[p(c)f, B]$ 의 범위를 확장 또는 축소시킬 수 있게 됨으로써 위 사회적 후생함수에 영향을 미칠 수 있다. 지금까지 연구

24) 수리적으로는 이 취합을 적분한다고 한다.

된 억지에 관한 실증적 연구결과에 따르면 적발가능성과 처벌의 강도가 증가하면 대체로 억지효과가 증가한다고 한다.<sup>25)</sup> 이런 연구성과가 사회설계자의 정책변수, 제재의 강도 조정 및 적발가능성에 대한 투자 조정의 효용성을 설명해 주고 있다.

먼저 사회설계자가 벌금제재의 강도( $f$ )를 무한대로 증가시키는 방식으로  $p(c)$ 의 극히 미미한 값에서도  $p(c)f$ 을 크게 증가시켜  $b < p(c)f$  상태로 만들어 범위반행위가 거의 발생하지 않도록  $[p(c)f, B]$ 의 범위를 축소시키는 정책적 선택을 함으로써 사회적 후생함수의 극대화 노력을 상정해 볼 수 있다.

베커는 벌금형은 집행비용이 극히 적게 들기 때문에 범위반행위자의 자산( $F$ )의 크기란 제약이 없다면 범죄를 억지하기 위하여 벌금형을 무한대의 크기로 부과하고, 적발에 관한 투자를 극도로 줄여 거의 적발확률이 0에 가깝도록 떨어지게 하면 범집행의 최적화가 달성된다고 주장하였다. 사회설계자의 위와 같은 시도는 베커의 위 주장과 궤를 같이 하고 있다. 즉 벌금형의 부과와 집행에는 그 비용이 거의 들지 않기 때문에 사회설계자가 제재수단으로 벌금형만을 사용해 적발가능성의 증가에 드는 예산을 절감하고도  $p(c)f$ 을 크게 증가시켜  $b < p(c)f$  상태로 만들어 범위반행위가 거의 발생하지 않도록  $[p(c)f, B]$ 의 범위를 축소할 수 있다. 하지만 위 주장의 유용성에 관한 비판도 많다.<sup>26)</sup> 특히 벌금형 제재의 크기는 그 범위반행위자가 갖는 현실적인 자산의 크기( $F$ ) 수준에 의하여 현실적으로 제한되고, 나아가 범위반행위와 제재간에 비례성, 잔혹한 형벌의 금지, 2중처벌의 금지 등 헌법상 원칙에 의하여 법리론적으로도 제한을 받아

25) Eide, Pyle, Ehrlich, 위 각 논문 참조.

26) S. Cameron, "The Economics of Crime Deterrence: A Survey of Theory and Evidence", *Kylos*. Vol. 41 1988 pp.301-323; D. J. Pyle, "The Economics Approach to Crime and Punishment", *Journal of Interdisciplinary Economics*. Vol 6, 1995 pp. 1-22.; E. Eide, "RDEU Models of Crime", *University of Oslo Working Papers*. WP No. C1. 1995 {This issue has recently developed two portfolio models of crime where the rank dependent expected utility(RDEU) theory is substituted for the traditional expected utility theory. The qualitative effects on crime of changes in the probability of punishment and of changes in the severity of punishment are the same as in the expected utility framework.}

그대로 선택될 수 없다. 그래서 적발가능성은 베커의 극단적인 주장인 0에 수렴하는 것이 아니라 대체로 양(+)의 값을 갖게 된다.

다음으로 사회설계자가 적발가능성( $p$ )의 증가를 통하여  $[p(c)f, B]$ 의 범위를 축소시키려는 노력에 관하여 검토해 보자. 물론 적발가능성을 증가시키는 정책적 선택은 비례성, 잔혹한 형벌의 금지, 2중처벌의 금지와 같은 법리론적 제약은 없고 범죄자는 꼭 처벌된다는 사회적 확신을 증가시키는 등으로 국민들의 광범위한 지지를 받을 수 있는 정책적 선택이긴 하다. 하지만 적발가능성의 증가에는 비용투입이 필요하다. 즉 적발가능성은 예산투입에 그 가능성이 증가하기 때문에  $p=p(c)$ 란 함수관계로 표시할 수 있다. 이 적발가능성 함수의 특징을 살펴 보기 위하여 1·2차미분하면 다음과 같은  $p' (= p_c) > 0$ ,  $p'' (= p_{cc}) < 0$ 의 값을 갖게 됨을 알 수 있다. 이런 결과치는 적발가능성이 예산투입에 따라 증가한다는 사실  $\{p' (= p_c) > 0\}$ 과 그 증가가 갈수록 체감(체감의 법칙)한다는 사실  $\{p'' (= p_{cc}) < 0\}$ 을 알 수 있어 투입예산대비 적발가능성 증가효율이 점차 떨어진다는 점을 알 수 있다. 그래서  $p=p(c)$ 함수에서 비용대비 효율이 떨어지는 일정한 비용( $c$ )의 최대값이 존재하게 되고, 기대 피해보다 더 낮은 이득을 가진 범위반행위 중 일부가 억지될 수 없게 된다.<sup>27)</sup> 사회설계자는 위 최대값까지 투입예산을 들여 적발가능성을 증가시키면 최적집행을 달성할 수 있게 된다.

이처럼 사회설계자는  $0 \leq f \leq F$ 라는 제약조건하에서  $f, c$ 란 정책변수를 조절함으로써 앞서 설명한 사회적 후생함수를 극대화하는 것이 법의 최적집행의 기본적 논리인 것이다.

한편 법집행 정책적 측면에서 보면 제재에 대한 적발가능성의 대체율을 뜻하는 탄력도  $\zeta$ 를 추가적으로 검토할 필요가 있다. 탄력도  $\zeta$ 는  $\zeta = -(F/p)p_F$ 라는 식으로 표시될 수 있다. 만약 탄력도  $\zeta$ 가 1보다 작다면 벌금을 1만큼 증가시켜도 적발가능성은 1보다 작게 감소한다는 것을 의미하기 때문에  $\zeta$ 가 1보다 작은 상황에서의 최적 법집행 정책은 적발가능성을 높이기 위해 투자하기보다는 제재의 강도를 높이는 투자가 더

27) Nuno Garoupa, 위 논문 p. 269.

효율적이란 사실을 말해준다. 탄력도  $\zeta$  가 1이라면, 적발가능성이나 제재의 강도에 대한 자원배분이 무차별적이 되고, 탄력도  $\zeta$  가 1보다 크면 적발가능성에 투자하는 것이 정책적으로 더 효과적이란 것을 의미한다. 이처럼 탄력도  $\zeta$  는 최적 적발가능성  $p^*$  수준결정에 큰 영향을 미치게 된다. 특히 여러 가지 시계열 실증분석결과에 따르면 탄력도는 일반적으로 경제 및 재산범죄에 있어 1보다 작다는 것을 보여준다.<sup>28)</sup> 그렇다면 경제 및 재산범죄에 대하여는 제재의 강도를 증가시키는 법집행 정책적 결정이 더 효율적임을 말해주어 일정한 범위반행위 유형에 관하여는 베커의 위 정책적 제안이 매우 유용하다는 것을 알 수 있다.

(3) 벌금수준을 증가시켜 적발가능성 향상에 들 예산을 절감할 수 있는 법집행 정책에 관한 법리론적 한계

1) 개설

벌금수준을 증가시켜 적발가능성 향상에 들 예산을 절감할 수 있다는 법집행 정책은 범위반행위자에 대하여 이득( $b$ )를 적발승수( $1/p$ )로 곱한 최대제재수준까지 제재할 수 있음을 전제로 한다.<sup>29)</sup>

그런데, 이러한 해결책은 범위반행위자의 자산수준에 따른 제약이 존재하는 이외에도 당해 범위반행위로 인한 피해(또는 이득) 수준이상으로 처벌한다는 점에서 헌법상 규정된 과잉금지의 원칙이나 2중 처벌금지의 원칙에 위배될 소지가 있다. 그러므로 법학계에서 논의되는 각종 법적 제재 운용의 실재를 검토하고, 두 원칙을 간략하게 소개하면서 법적 제재에 관한 법경제학적 제안의 법학적 저항에 관하여 검토해 보기로 한다.

28) 예를 들면, F. van Tulder “Costs and Benefits of Law Enforcement in Netherlands”, 제 12회(1995) EALE 회의 발표논문 .

29) 앞서 합리적인 인간은  $b \geq pf$ 일 때 범위반행위로 나아간다고 하였다. 그렇다면 합리적인 인간이 범위반행위로 나아가지 않게 할 수준의 제재(최대제재)수준은 위 식의 좌항상의  $p$ 를 우항으로 이항한 식인  $f \leq b/p$ 이란 식으로 표현가능하다. 이는 제재수준이 범위반행위로 인한 이득  $b$ 에 적발가능성의 역수(적발승수  $1/p$ )를 곱한 수치까지 증가시킬 수 있어야 한다는 것을 의미한다.



## 2) 각종 법적 제재의 대체성 부인

현재 대한민국 헌법재판소와 대법원은 대체로 각종 법적 제재의 억지적 측면을 과소평가하고, 그 개성을 강조하면서 법적 제재간 대체성을 부인하고 있다. 즉 손해배상제도는 손해의 공평한 분담을 중심으로 운용해야 한다고 하고, 각종 행정처분은 공익실현을 위한 것으로 파악하고 있으며, 형사처벌은 국가 형벌권의 행사를 위한 것으로 파악하고 있다. 이들 사이의 위와 같은 차이를 극복하고 범위반행위의 억지를 중심으로 대체할 수 있음을 전혀 염두에 두지 않고 있다.

## 3) 과잉금지의 원칙

국가가 국민에게 의무를 명한다고 하더라도 법치주의의 핵심적 내용인 과잉금지의 원칙에 어긋나서는 아니된다.<sup>30)</sup> 특히 입법과 관련하여서는 헌법 제37조 제1항, 제2항에 기한 과잉입법금지의 원칙이 적용되고 있는데, 국가가 국민의 기본권을 제한하는 입법을 함에 있어서는 첫째 목적이 정당해야 하고, 둘째 방법이 적정해야 하며, 셋째 피해가 덜한 다른 수단이 존재하지 않아야 하며, 넷째 보호하고자 하는 공익과 침해되는 사익간에 균형이 있어야 한다고 한다.<sup>31)</sup> 형량이나 제재가 가혹하다거나 불균형한 처벌이라고 인정되어 형벌체계의 정당성을 해친다<sup>32)</sup>면 과잉금지의 원칙에 위반된다. 그렇다면 이득에 적발승수를 곱한 범위내에서 제재하자는 앞서 본 주장은 처음으로 범위반행위에 나선 자에게는 비례성이나 적정성을 현저하게 해친 제재수준이 될 것이기 때문에 과잉금지의 원칙에 위반될 가능성이 크다.

대한민국 법체계상의 손해배상제도는 손해의 공평분담이란 원칙하에서 실손해 위주로 배상이 이루어지고 있으며, 많은 과징금 관련규정들이 대체로 당해 부당이득의 환수를 중심으로 운용되고 있기 때문에 대법원이나 헌법재판소는 원칙적으로 이들과 다른 법적 제재와는 대체성을 전혀

30) 정종섭, 헌법학원론(제7판), 박영사 2012, 873쪽.

31) 헌법재판소 1992.12.24 선고 92헌가8 결정 등 참조.

32) 헌법재판소 2005.3.31 선고 2003헌바12 결정 등 참조.

인정치 않고 있는 실정이다. 이미 소개한 헌법재판소의 위 선례들은 주로 형벌규정의 과잉금지원칙 위반만을 다루고 있을 뿐이나. 만약 앞서 소개한 법경제학자들의 주장과 같이 최대집행( $b \times \frac{1}{p}$ ) 수준까지 제재의 강도를 높여 적발가능성에 투자될 예산을 절감하겠다고 하면 가장 큰 법리적 저항은 위와 같은 제재가 헌법상의 과잉금지원칙 위반이라는 주장을 통하여 제기될 것이다.

#### 4) 2중처벌금지의 원칙

2중처벌금지의 원칙은 헌법 제13조 제1항에 근거하여 동일한 범죄에 대하여는 한번의 처벌로 책임을 진다라는 헌법상의 원칙이다.<sup>33)</sup> 헌법재판소는 위 원칙을 형사처벌의 영역에 국한하여 적용하고 있으며 국가가 행하는 각종의 제재나 불이익처분에는 적용하지 아니하고 있다. 그래서 헌법재판소와 대법원은 보호감호처분과 형벌, 보안처분과 형벌, 누범 및 상습범가중처벌, 행정형벌과 행정질서벌인 과태료의 부과, 형벌과 과징금 등은 서로 2중처벌의 관계에 있지 않다고 본다.

위와 같은 헌법재판소와 대법원의 태도는 각종 법적 제재의 고유한 특성을 존중하여 그 제재간의 대체성을 전혀 인정하지 않고, 마치 보완재적 성격으로 파악하고 있기 때문이다. 하지만, 각종 법적 제재가 범위반행위를 억지하기 위한 것이란 입장에 서면 사소한 질적 차이에도 불구하고 각종 법적 제재들간의 대체성을 충분히 인정할 수 있다. 향후 헌법재판소와 대법원이 각종 법적 제재의 억지력을 중심으로 한 대체성에 눈을 뜨게 된다면 그들간의 2중처벌금지 원칙 적용범위에 관하여 한층 격렬한 논쟁이 전개될 것으로 예상된다.

---

33) 정종섭, 위 책 502쪽.

#### 4. 금전적 제재(손해배상, 벌금)와 비금전적 제재(징역형) 간의 최적 조합

##### (1) 개설

억지력을 중심으로 금전적 제재와 비금전적 제재간의 대체성을 인정하게 된다면, 그 집행비용이 최소화되는 방법으로 양 법적 제재들을 적절하게 조합할 수 있게 되어 사회적 후생을 극대화시킬 수 있다. 금전적 제재와 비금전적 제재간의 대체성 문제는 형사적 처벌 중 벌금형과 징역형의 대체성 문제이기도 할 뿐만 아니라 징역형을 중심으로 한 형사적 처벌과 금전적 제재가 주된 수단인 민사적 제재와 행정적 제재 사이에도 대체성을 인정하여 법적 제재간의 최적조합을 찾을 수 있는가를 결정할 수 있는 쟁점이기도 하다.

##### (2) 벌금형과 징역형의 최적 조합에 관한 기초 수식 설명

위 수식 (2)는 제재를 벌금형과 징역형으로 더욱 세분하면 다음과 같은 수식 (3)으로 표현될 수 있다. 즉 징역형 부과에 따른 비용은 국가가 교도소를 설치하고 운영·관리하는 비용 및 수형자의 수감기간동안 일실수입 등으로 구분할 수 있다. 우선 징역형 기간을  $x$ 라고 놓고, 징역형 단위 기간 당 수형자가 부담하게 될 제재로 인한 비용의 금전적 가치를  $a(x)$ 라는 함수<sup>34)</sup>로 표시해 보자. 그러면 위험중립적인 범위반행위자는  $b \geq pf + pa(x)x$  일 때 범위반행위를 저지를 것이다.

다음으로 징역형의 부과에는 교도소를 운영하는데 따른 사회적 비용이 드는데, 그 사회적 비용을  $j(x)$ <sup>35)</sup>라고 하자.

그러면, 사회적 후생은

$$W = \int_0^H \int_{p(c)f + p(c)a(x)x}^B \{b - h - p(c)j(x) - p(c)a(x)x\} g(b, h) db dh - c \quad (3)$$

34) 이때 그 금전적 가치는 체증하기 때문에  $a'(x) > 0$  이 된다.

35) 물론 이때도 그 사회적 비용이 체증하기 때문에  $j'(x) > 0$  이 된다.

라는 식이 된다. 즉 사회적 후생( $W$ )는 범위반행위를 함으로써 얻게 되는 이득( $b$ )에서 사회에 끼친 손해( $h$ )와 징역형의 사적·공적 비용을 전부 공제한 금액에다가 확률분포를 곱한 값에서 범인을 체포하는 비용( $c$ )을 공제한 값으로 표시된다. 따라서 사회설계자는 정책적 변수  $f, c$ 에다가 다시 징역형 기간  $x$ 를 추가하여 세가지 정책적 변수를 사용하여 범위반행위를 억제할 수 있게 된다.

### (3) 폴린스키(Polinsky)와 샤펀(Shavell)의 벌금형과 징역형의 최적조합에 관한 제안<sup>36)</sup>

벌금형은 사회적으로 거의 비용이 들지 않으나 징역형은 상당한 사회적 비용이 들기 때문에 원칙적으로 벌금형을 사용하는 것이 이점이 많다. 하지만 수범자의 보유 자산의 크기로 말미암아 사용가능한 최대벌금 수준이 그리 높지 않고 징역형의 한계비용이 충분히 작다면 벌금형을 징역형으로 전환하는 것이 법집행의 최적달성을 위해 필요하다고 폴린스키와 샤펀은 제안하였다.<sup>37)</sup>

### (4) 벌금형과 징역형의 최적조합에 관한 여론(餘論)

서유럽에서는 전통적인 범죄유형에 대해서도 미국보다는 금전적 제재를 더 많이 사용하고 있다.<sup>38)</sup> 서유럽 범죄자들은 실업률이 낮고 보유자산 규모가 커 벌금형을 부담할 능력이 더 많고, 따라서 벌금형의 억제력에 대한 반응도가 높다. 미국의 범죄자들은 서유럽의 범죄자들과 달리 실업률도 높고 벌금형에 대한 반응도도 낮다. 서유럽은 미국에 비하여 징역형

36) Polinsky and Shavell, "The Optimal Use of Fines and Imprisonment", *Journal of Public Economics*. Vol. 24, 1984 pp. 89-99.

37) 본 논문은 최적집행의 일반론을 소개하는 목적으로 작성되었기 때문에 구체적인 주제에 관한 깊이 있는 설명과 논증은 많이 생략하였다. 벌금형과 징역형의 최적조합은 최근 대기업 총수에 대한 형사처벌과 맞물려 매우 흥미있는 주제이기도 하니 관심이 있으신 분들은 위 폴린스키와 샤펀의 논문을 참조해 주시기 바란다.

38) Morgan and Bowles, "Fines: the Case for Review", *Criminal Law Review*, 1981 pp. 203-214. (이 논문에서 필자들은 영국에서 벌금형을 광범위하게 사용하게 된 현상에 대한 심도 있는 검토를 하고 있다.)

의 집행비용도 더 높다. 그 결과 서유럽은 징역형에 대한 불신이 높는데 반하여 미국은 벌금형에 대한 불신이 더 높다. 이러한 차이는 철학적·문화적 이유보다는 경제적 합리성에 근거한 것이라고 보는 것이 더 타당할 것이다.<sup>39)</sup>

## 5. 최대제재와 최적제재와의 관계

### (1) 최대제재

억지력 관점으로 본 최대제재와 응보의 측면에서 본 최대제재는 조금 차이가 있다. 통상 범위반행위성이 인정되는 경우란 범위반행위로 인한 피해( $h$ )가 범위반행위자의 이득( $b$ )보다 더 큰 때가 보통이다.<sup>40)</sup> 그래서 피해를 중심으로 한 응보의 측면에서 본 최대제재 수준이 통상 범위반행위자의 이득을 중심으로 한 억지력 측면에서의 최대제재 수준보다 높은 경우가 일반적이다. 우선 억지력 측면에서 본 최대제재에 관하여 검토해 보자. 그 최대제재의 수준은 도식으로 가장 단순하게 설명하면  $b \geq pf$ 란 식에서 출발하여  $f \leq b/p (p > 0)$ 란 식으로 귀결된다. 즉 범위반행위자를 취득이득( $b$ )에 적발승수( $1/p$ )를 곱한 범위내에서 처벌하면 범죄 억지효과가 최고의 상태로 된다. 만약 그 수준이상으로 처벌하게 되면 사회적으로 효율적인 행위까지 억지되는 초과억지의 문제가 발생하게 된다. 그래서  $f \leq b/p (p > 0)$ 수준의 제재가 억지력 측면에서 본 최대제재가 되는 것이다.

하지만, 범위반행위는 범위반행위자에게 이득을 가져다주지만 한편으로는 사회적 피해<sup>41)</sup>도 발생하게 한다. 위와 같은 억지력 측면에서의 최대제

39) Nuno Garoupa, 위 논문 p. 270.

40) 피해가 이득보다 작은  $b > h$ 인 경우는 뒤에서 살펴보는 바와 같이 범위반행위성을 부정해야 하는 경우가 많기 때문에 제재의 대상에서 제외되는 경우가 많다. 물론  $b > h$ 인 경우라도 범위반행위성이 인정되는 때에는 부당이득 환수(disgorgement)문제가 발생하게 되는데, 법리상으로는 부당이득 환수는 매우 제한된 범위내에서 인정된다.

41) 이때 사회적 피해란 피해자로부터 가해자로 이전되는 가치가 아니라 범위반행위로 인하여 사회로부터 사라지는 범위반행위의 비용을 지칭한다. 예를 들면 독점사업자가 시장지배적 지위를 남용하고 가격을 경쟁가격이상으로 인상하여 소비자에게 부과하면 소비자잉여 중 일정부분은 독점사업자에게 독점이윤의 형태로 이전되기도 하지만 일부는 사중손실(deadweight loss)라는 형태로 사회로부터 사라지게 된다. 이

재는 범위반행위의 사회적 피해를 제대로 반영해 주지 못하고 있다. 그래서  $b \leq h$ 인 경우에는 억지력에 응보의 관념까지 고려한다면 최대제재는  $h/p$ 수준이 되어야 한다.

물론 이때  $[b/p, h/p]$ 구간에서 초과억지가 발생하게 된다. 잘 생각해 보면 사회적 피해는 범위반행위자의 이득으로 전환되지 못했지만 그 범위반행위가 엄연히 사회에 끼친 피해이고 이러한 해악은 그 야기자로 하여금 내부화(internalization)시켜야 하는 부분이기 때문에 사회전체의 관점으로 보면 가해자의 행위는 그 수준까지 억지되어야 효율적임이 분명하다. 그래서 이를 초과집행이라거나 과잉억지라고 할 수는 없다.

## (2) 법적 제재의 최적화에 대한 설명

그런데, 최적제재는 이러한 최대제재와 반드시 일치하지 않는다. 그 이유는 법적 제재를 할 때 일반적으로 비용이 들기 때문이다. 법적 제재를 통하여 범위반행위가 억지되는 효과가 법적 제재에 소요되는 비용보다 작을 때는 굳이 법집행을 할 필요가 없다는 것이다. 따라서 최대제재에는 못 미치지만 최적제재가 되는 법적 제재수단들의 조합을 설명하기 위하여 첫째 앞서 본 여러 수식들의 각종 전제조건들을 완화시켜 그 기본모형들의 변화를 검토해 볼 필요가 있고, 둘째 기본모형과 실제 법집행현실 사이에 존재하는 모순의 실태를 파악하고 그 극복방안을 논의하는 과정에서 자연스럽게 법의 최적집행의 모습을 잘 설명할 수 있게 된다.

우선 논의의 단순화를 위하여 일단 벌금형만으로 된 법적 제재의 최적화를 검토해 보자. 베커의 가정과는 달리 현실세계에서는 심지어 벌금형까지도 법집행비용이 든다. 벌금형의 단위당 드는 집행비용을  $\sigma$ 라고 할 때 벌금형 집행비용은  $\sigma f$ 로 들게 된다. 그렇다면 수식 (2)은 다음 수식 (4)와 같이 재구성될 수 있다.

$$W = \int_0^H \int_{p(c)f}^B \{b - h - p(c)\sigma f\} g(b, h) db dh - c \quad (4)$$

---

러한 피해를 특히 독점의 비용이라고 지칭하는데, 사회적 피해란 이런 부분을 지칭하는 것이다.

위 수식은 사회적 후생( $W$ )을 범위반행위로 인한 이득( $b$ )에서 그 사회적 피해( $h$ )와 벌금형 제재를 부과하는 사회적 비용  $\{p(c)\sigma f\}$ 를 공제한 금액에 확률분포를 곱한 값들을 적분한 값에서 범위반행위자를 체포하는 비용( $c$ )를 공제한 금액으로 표시하고 있다.

그런데, 법적 제재는 위와 같은 사회적 비용을 발생시키지만 또 범위반행위가 억지되는 사회적 편익<sup>42)</sup>도 발생시킨다. 이때 제재의 한계비용과 한계편익을 일치시키는 수준으로 법적제재를 하게 되면 최적집행이 된다. 물론 이러한 최적집행에 따른 사회적 후생수준은 최대집행에 따른 사회적 후생수준보다 열위적(*inferior*) 위치가 된다.<sup>43)</sup> 즉  $\sigma$ 가 충분한 양의 값을 갖게 되면, 최적벌금수준은 최대벌금보다 현저하게 낮은 수준에서 균형이 이루어 질 수 있다.

위와 같은 설명은 제재의 사회적 비용이 발생하는 징역형 등 다른 법적 제재에서도 그대로 적용되는 설명이다.

### (3) 피해, 이득, 정보력 차이에 따른 법집행의 차별화

#### 1) 문제점

위에서는 사회전체 차원에서의 법집행 수준을 검토해 보았다. 그러나 법적 제재를 집행하는 과정에서는 개인간의 피해야기 수준이나 이득수준, 정보력의 차이가 존재한다. 이때 그 차이에 따른 법적 제재의 조정이 가능한지가 문제된다.

#### 2) 피해수준에 따른 법적 제재의 차별화

만약, 법원이 구체적인 사건에서 당해 범위반행위자가 야기시킨 피해( $h$ )의 크기를 측정할 수 있는 정보는 갖게 되었으나 여전히 이득( $b$ )수준에

42) 제재의 사회적 편익은 우선 제재의 위협으로 억지되는 범위반행위가 포함되고, 그 외에도 사회의 평온, 질서유지 등 다양한 편익을 상정해 볼 수 있다. 각 제재수단이 갖는 사회적 편익수준도 다를 수 있다. 이와 같은 주제는 앞으로 다양한 실증적 연구를 통하여 밝혀져야 할 것이다.

43) L. Kaplow, "A Note on the Optimal Use of Nonmonetary Sanctions", *Journal of Public Economics*. Vol 42, 1990 pp. 245-247.

관한 정보는 없다고 가정하고 법의 최적집행수준을 검토해 보자. 이 경우 사회에 끼친 피해수준을 중심으로 범위반행위자들을 분류하는 것이 가능해진다. 그렇다면 피해에 따른 제재함수  $f(h)$ 로 표시할 수 있게 된다.

이런 상황에서 사회적 후생은 다음과 같은 수식 (5)로 표현될 수 있다.

$$W = \int_0^H \int_{p(c)f(h)}^B (b-h)g(b,h)dbdh - c \quad (5)$$

그렇다면, 피해가  $p^*F$  수준이하인 범위반행위자에 대한 최적제재는  $\frac{h}{p^*}$  ( $p^*$ : 최적 적발가능성)<sup>44)</sup>가 되고, 피해가  $p^*F$  수준을 넘어선 범위반행위자에 대한 최적제재는 최대제재인  $F$ 와 같게 된다.<sup>45)</sup> 위와 같은 설명의 의미는 모든 범위반행위에 대하여 최대한 제재함으로써 적발가능성을 높이는 데 필요한 집행비용을 절감할 수 있다는 베커의 주장과는 달리 피해가 일정한 크기이하일 때는 그 범위반행위자들을 최대제재하지 않고 비용대비 편익의 효율성을 고려하여 제재하더라도 범위반행위가 최적으로 억지될 수 있다는 것을 뜻한다. 그래서  $h > b \geq p^*F$ 로 될 정도로 피해를 입히는 범위반행위자만이 최대벌금에 처해져야 한다.<sup>46)</sup> 그 결과 피해가 작은 범주는 억지되기 쉽지만 피해가 큰 범주는 억지되기 어렵게 된다.<sup>47)</sup> 따라서, 피해가 작은 범위반행위는 낮은 수준의 법적제재로, 피해가 큰 범주는 높은 수준의 법적제재로 처벌되어야 한다는 방식으로 차별화할 수 있다.

### 3) 집행비용, 피해수준에 따른 법적 제재의 차별화

한편, 적발가능성( $p$ )에 큰 영향을 미치는 집행비용( $c$ )도 잘 분석해 보면

44) 위 수식에서 최적 적발가능성( $p^*$ )를 사용하고 있기 때문에 한계편익과 한계비용의 일치라는 최적화 개념이 이미 적용되어 있다.

45) Polinsky and Shavell, "Enforcement Costs and the Optimal Magnitude and Probability of Fines", *Journal of Law and Economics* Vol. 35, 1992 pp. 133-148.

46) Nuno Garoupa, 위 논문 p. 272.

47) E. Rasmusen, "How Optimal Penalties Change with the Amount of Harm", *International Review of Law and Economics* Vol. 15, 1995 pp. 101-108.



특정집행비용과 일반집행비용으로 나눌 수 있다. 전자는  $h$ 란 특정피해를 끼치는 범위반행위자에 대한 적발가능성을 높여주는데 투자하는 비용을 지칭하고, 후자는 위법행위를 저지르는 모든 자의 적발가능성을 높여 주는데 투자하는 비용을 지칭한다. 그렇다면 특정집행비용은  $x(h)$ 란 함수적 관계에 있게 되고, 일반집행비용은 특정 범위반행위 역지를 위해서는  $k$ 란 상수적 관계에 있게 된다. 그렇다면 적발가능성은  $p\{x(h), k\}$ 란 함수 관계에 있게 되므로 위 수식 (2)는 다음과 같이 변형된 수식 (6)이 된다.

$$W = \int_0^H \int_{p\{x(h), k\}f}^B (b-h)g(b, h)dbdh - \int_0^H x(h)dh - k \quad (6)$$

즉, 집행비용은 다음 식이

$$c = \int_0^H x(h)dh + k \text{이 되어 위 수식 (2)에 대입된 것이다.}$$

폴린스키와 새블의 위 수식 (5)에 근거한 제안은 특정집행비용과 일반집행비용으로 구분된 집행비용을 고려하게 되면 다음과 같이 다시 정리될 수 있다. 즉, 피해가  $p^*F$ 수준이하인 경우에는 범위반행위자에 대한 최적제재는  $\frac{h}{p^*}$ 이 되고, 피해가  $p^*F$  수준이상인 경우에는 범위반행위자에 대한 최적제재는 최대 제재  $F$ 와 같게 된다. 다만. 양의 값을 갖는 특정집행비용  $x(h)$ 는  $p^*F$  수준이상의 피해를 끼치는 범위반행위에 대해서만 최적이 될 수 있다.<sup>48)</sup> 특정집행비용만 발생한다면 베커의 주장과 같이 최적제재는 극한값을 갖게 되지만, 일반집행비용만이 존재하는 경우라면 최적제재는 범위반행위로 인한 피해정도에 따라 비례하게 되고, 특정집행비용과 일반집행비용이 공존하는 경우라면 최적집행은 피해수준에 따라 비례적으로 증가하다가 일정한 역치(threshold)를 초과한 이후에는 극한값을 갖게 되는 것이다.<sup>49)</sup>

48) Steven Shavell, "Specific and General Enforcement of Law", *Journal of Political Economy* Vol. 99, 1991 pp. 1088-1108.

49) Mookherjee and Png, "Monitoring vis-a-vis Investigation in Enforcement of Law", *American Economic Review* Vol. 82, 1992 pp. 1039-1066.

4) 법위반행위로부터 얻는 이득수준에 따라 법적 제재의 차별화

이번에는 법원은 피해( $h$ )는 물론 이득( $b$ )도 확인할 정보를 갖게 되었다고 하자. 그러면 이득( $b$ )과 연관된 피해( $h$ )에 의하여 최적집행은 차별화될 수 있다.

새블은 이 문제를 분석하여 다음과 같은 설명을 하였다. 이를 그대로 원용해 보면 다음과 같다. 사회설계자는 두가지 정책적 수단  $p$ 와  $f(b, h)$  함수를 사용하여 후생함수를 극대화하고자 할 것이다. 법원이 관련자들의 이득( $b$ )와 피해( $h$ )에 대하여 완전한 정보를 갖고 있다면 ① 이득이 피해보다 작아( $b \leq h$ ) 바람직하지 않고 억지될 수 있는( $b \leq p^*F$ ) 법위반예상자는  $\frac{b}{p^*}$ 란 크기의 제재위협만으로도 효과적으로 억지될 것이다. 물론  $b = p^*F$  인 법위반예상자에 대하여는 위 제재가 최대 제재인  $F$ 와 그 크기가 같게 될 것이다. ② 이득이 피해보다 작으나( $b \leq h$ ) 억지될 수 없는( $h > b > p^*F$ ) 법위반행위 예상자 또는 이득이 피해보다 커( $b > h$ ) 바람직한 행위자는 어떠한 제재도 받지 않고 자신이 원하는 행위를 할 것이라고 설명하였다.<sup>50)</sup>

다시 말하자면, 이익이 피해보다 큰  $b > h$  인 경우에는 사회적으로 유익하여 극히 일부 예외를 제외하고는 억지되어서는 아니 되고, 이익이 피해보다 작은  $b \leq h$  인 경우에만 그 행위는 법위반행위로 인정되어 법적 제재를 받게 되며 억지되어야 하고, 이때 처벌수준은  $\frac{b}{p}$ 가 되어야 한다. 그러나 이 제재수준도 수범자의 자산인  $F$ 수준에 의하여 제약을 받게 된다.  $\frac{b}{p} > F$  또는  $b > pF$  이 되는 행위는 처벌한다고 하여도 법적제재수준이 행위로 인한 이득수준에 못미치기 때문에 억지될 수 없다. 그 결과 억지될 수 없는 행위에 구태여 비용이 많이 드는 제재를 부과하려는 것이 되고, 따라서 차라리  $b > pF$ 가 되는 상황이라면 제재를 포기하여야 한다는 의미에서 최적 제재는 0이 되어야 한다고 주장하였다.

50) Steven Shavell, "The Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent", *American Economic Review* Vol 77, 1987 pp. 584-592.

이상, 최적 제재함수  $f$ 를 요약하면 다음과 같다.

$$f(b, h) = \begin{cases} 0 & \text{if } b > h \\ b/p & \text{if } b \leq \min(pF, h) \\ 0 & \text{if } pF < b \leq h \end{cases} \quad (7)$$

이와 같이  $b$ 나  $h$ 에 대한 완전정보는 사회적으로 매우 가치가 높다. 실제로 이 사회에서는 억지되지 않은 피해가 이득을 초과한 범위반행위는 자주 발생하고, 그래서 이를 억지하고자 하는 법집행비용  $c^*$ 도 사회적으로 발생하게 된다.

#### 5) 정보부재에 따른 법적 제재의 차별화

그러나 대부분의 현실세계에서는 피해를 평가하는 것은 비교적 쉽지만 이익을 평가하는 것은 쉽지 않은 경우가 많다. 이런 상태의 최적 집행은 다음과 같이 설명할 수 있다. 법원은 피해( $h$ )는 확인할 수 있는데, 이득( $b$ )는 확인할 수 없다는 상황하에서는 이득( $b$ )의 불완전한 대리변수를  $r$ 이라고 하자. 물론  $r$ 은  $0 \leq r \leq R$  이란 구간값을 갖게 된다. 이때 사회적 후생( $W$ )은 다음과 같은 수식 (8)로 표현될 수 있다.

$$W = \int_0^H \int_0^R \int_{pf}^B (b-h)g(b, r, h)dbdrdh - c \quad (8)$$

이때  $f$ 는  $f(r, h)$ 란 함수로 표시될 수 있다.

이런 상황하에서 새블은 다음과 같은 최적제재이론을 전개하였다.<sup>51)</sup> 법원이 체포된 범위반행위자에 관한 완전정보를 얻을 수 없다는 상황하에서의 최적 억지시스템은 ① 모든 범위반행위가 다 억지되지 않고 따라서 처벌되는 범위반행위자들이 상당수 존재할 것이다. ② 그들 중에는 피해( $h$ )가 이득( $b$ )을 초과하여 범위반행위로 인정받아야 하는 자도 있고, 또 이득이 피해를 초과하여 바람직한 행위를 한 자도 포함되어 있을 것이다. 그 정도 법집행의 오류가 발생하게 된다. ③ 최적제재가 어떤 경우에는

51) Steven Shavell, 위 1987년 논문 참조.

최대 제재수준인  $F$ 로 되어야만 하는 경우도 있고, 0과  $F$ 사이의 값을 갖게 되는 경우도 존재하게 된다. 만약 최적제재가 0과  $F$ 사이의 값을 갖게 된다면 제재수준을 증가시키는 데 드는 한계비용이 그 제재위협을 통하여 범위반행위를 억지시킴으로써 얻게 되는 사회적 순한계편익과 일치하는 수준에서 최적제재가 결정되어야 한다.

그래서 범위반예상자의 이익에 관한 불완전한 정보  $r$ 이라도 사회적으로 가치가 있다. 왜냐하면 주어진 변수  $h$ 에 대하여  $f(r, h)$  는 조건밀도 함수(conditional density function)  $g(b|r, h)$  에 적지 않게 의존하기 때문이다. 그 결과 법원은 이익에 관한 정확한 정보가 없기 때문에 피해보다 이익이 많은 행위라도 처벌될 가능성이 있게 된다. 지금까지 개인들은 이득이나 피해에서 개인적 차이가 있다는 것을 전제로 하였다.

논의를 단순화하기 위하여 각 개인들은 범위반행위로 말미암아 끼치는 피해( $h$ )를 확인할 수 있었다고 하였지만, 만약 정책입안자들이 그런 피해 정보를 정확하게 확인할 수 없다면, 기대피해치(expected value of harm)를 대신 대리변수  $r$ 로 삼아 사용할 수 있을 것이다.<sup>52)</sup>

#### 6) 개인별 소유 자산의 크기에 차이가 있을 때 법적제재의 차별화

각 개인이  $w$ 라는 크기로 자산을 소유하고 있다고 전제하자. 자산크기  $w$ 는  $[0, w]$ 의 범위내에서 조건밀도함수  $g(w|b, h)$  를 따라 분산된다. 그렇다면 사회적 후생( $W$ )는 다음 수식 (9)와 같다.

$$W = \int_0^H \int_0^w \int_{p(c)f}^B (b-h)g(b, h, w)dbdhdw - c \quad (9)$$

폴린스키와 새블은 최적제재수준은 범위반예상자가  $w^* = h/p^*$  보다 적은 자산을 가지고 있을 때는 개인의 자산크기  $w$ 와 같게 되고, 그 보다 더 많은 자산을 가지고 있으면 최적벌금은  $h/p^*$  이 되는데, 물론 이때는 최적벌금  $h/p^*$ 는 그들이 가진 자산크기  $w$ 보다 작다고 설명하였다.<sup>53)</sup>

52) Nuno Garoupa, 위 논문 p. 273 이하 참조.

53) Polinsky and Shavell, 위 1991년 논문 참조.

이러한 설명을 잘 이해하기 위해서는 자산의 크기가 다를 때 베커가 전개한 주장이 적용될 수 없는 이유에 관하여 살펴볼 필요가 있다. 최적이라고 판단된 벌금수준이 그 사회에서 가장 자산을 많이 가진 자의 자산보다 더 작은 수준이라고 가정해 보자. 베커의 추천처럼 벌금수준을 증가시키고, 이에 따라 적발가능성을 낮출 수 있다면, 더 많은 벌금을 지불할 수 있는 자는 충분히 억지될 것이다. 그러나 그 수준의 벌금을 지불할 수 없는 자는 억지 효과가 줄어들 것이다. 결론적으로 가장 최대제재수준으로 벌금액을 증가시키는 것은 일반적인 최적이지 아니라는 것이다.<sup>54)</sup> 그래서 자산크기 따른 법적 제재의 차별화가 필요한 것이다.

#### 7) 적발가능성에 관한 불완전 정보

대부분의 실증적 연구들에 의하면 사람들은 적발가능성을 실제보다 과대평가하는 경향을 갖고 있다고 한다. 이에 근거하여 두가지 추가 연구가 행해졌다. 한 연구는 지금까지의 기대효용이론 대신에 ‘순위 의존적인 기대이론’(rank-dependent expected theory)을 사용한 연구<sup>55)</sup>이고, 다른 연구는 기대효용 모형을 사용하면서도 불완전 정보이론을 적용하여 한 연구이다. 후자에 의해 최적제재를 설명해 보자. 우선 개인들이 적발가능성  $p$ 에 대한 불완전정보, 즉  $p$  값 인식에 오류가 있다고 하자. 이 경우 개인들은 50%의 확률로  $p + e(p)$  혹은  $p - e(p)$ 로 적발가능성을 잘못 인식하게 된다고 하자. 그렇다면 사회적 후생( $W$ ) 다음과 같은 수식 (10)이 될 것이다.

$$W = 1/2 \int_0^H \int_{p(c)f + e(p(c))f}^B (b-h)g(b, h)dbdh + 1/2 \int_0^H \int_{p(c)f - e(p(c))f}^B (b-h)g(b, h)dbdh - c \quad (10)$$

베척(Bebchuk)과 캐플로(Kaplow)는 사람들이 적발가능성에 관하여 불완전한 정보를 갖고 있을 때, 최대 가능치까지 법적제재하는 것은 최적이지 아닐 수 있다고 지적하였다.<sup>56)</sup>

54) Nuno Garoupa, 위 논문 p. 275.

55) E. Eide, 위 1995년 논문 참조.

56) Bedchulk and Kaplow, "Optimal Sanctions when Individuals are Imperfectly Informed about the Probability of Apprehension", *Journal of Legal Studies Vol. 21*, 1992 pp. 365-370.

위와 같은 결론을 이해하기 위하여  $g(b, h)$  는 구간  $[0, 1] \times [0, 1]$  내에서 정의된 균등분포(uniform distribution)라고 가정하자. 사람들이 자신이 끼친 피해수준에 따라 법적제재시 차별화되어 취급될 수 있다면, 벌금과 관련된 1차조건은 다음과 같이 표현될 수 있다.

$$L_f = p(h - pf) - e^2 f - \lambda = 0 \quad (11)$$

그렇다면 사람들이 적발가능성을 인식하는데 생긴 오류는 제재수준을 결정하는 기준이 되는 기대제재수준에 큰 영향을 미친다. 그렇기 때문에 최적제재( $f^*$ )를 무조건 최대제재( $F$ )로 고정시키는  $f^* = F$  식 법적제재 운용은 불필요한 과잉억지를 초래할 수도 있다. 위 수식 (11) 중 한계비용을 나타내는 우측 첫 항이 이러한 현상을 설명한다. 그래서 사람들 사이에 적발가능성 인식에 오류가 존재하는 경우에는 벌금형은 사회적으로 보다 값비싼 제재수단이 되는 것이다.<sup>57)</sup>

## 6. 위험회피자에 대한 법적제재

지금껏 위험중립(risk neutral)인 경우만을 상정하였지만 위험회피(risk averse)인 경우를 추가로 검토해 보자. 대체로 사람들은 위험회피적이라고 보고되고 있다. 그래서 이 검토는 현실을 더 잘 이해하는데 큰 도움이 된다. 위험중립이 아닐 때 사람들은 위험을 감안한 이득이 기대제재수준보다 클 때 한하여 범위반행위로 나아가게 된다. 위험을 부담함으로써 추가되는 부담(risk premium)을  $r$ 이라 하면  $b \geq pf + r$ 일 때 사람들은 범위반행위로 나아간다.

위험회피자에게는 법적제재가 위험중립적인 상태에서는 존재하지 않는 비용적 추가부담(risk premium)이 된다. 이런 추가부담은 제재수준이 증가됨에 따라 증가하고, 그래서 위험중립적일 때보다 더 높은 수준에서 최적제재의 균형이 이루어지게 된다. 그래서 추가적인 법집행의 비용부담없이도 억지수준이 높아지기 때문에 사회설계자들은 최적제재를 찾아낼 때

57) Nuno Garoupa, 위 논문 p. 277.

반드시 사람들의 위협에 관한 태도에 주목하여야 한다.<sup>58)</sup>

#### IV. 결 론

최적집행은 물론 법집행이란 주제도 우리나라 법학계에서는 매우 낮은 주제로 이에 관한 연구가 매우 적다. 그리하여 본 논문은 미국에서 활발하게 연구된 법경제학 논문들을 바탕으로 최적집행에 관하여 개괄적으로 요약하고, 현재의 법학적 논리까지 반영될 수 있도록 가능한 적합하게 설명하려고 노력하였다.

특히 물권적 보호원칙이 권리보호의 기본원칙임을 확인하고, 이를 철저히 관철하는 사전 금지명령과 억지효에 기대어 권리를 보호하려는 사후 법적 제재 간에는 원칙적으로 보완적 관계에 있다는 점을 밝혔고, 다만 문명국가가 될수록 금지를 위한 과도한 물리력의 행사를 자제하고 인간의 합리성에 바탕 둔 억지력의 확보를 위한 법적제재로 법집행의 큰 물줄기가 바뀌고 있다는 점을 인정하지 않을 수 없었다. 억지효를 공통으로 하는 각종 법적 제재 간에는 대체적 관계에 있음도 살펴보았다. 그래서 억지효가 있는 민사적 손해배상, 과징금 또는 과태료 부과처분(행정적 집행), 형사적 처벌간에는 대체적 관계에 있다고 보았다.

더 나아가 최대집행은 수식 (7)과 같다. 즉 이득( $b$ )이 피해( $h$ )를 초과하는  $b > h$ 인 상황하에서는 사회전체 관점에서 보면 대체로 범위반행위성이 부인되어 법적제재를 받지 않아야 하고, 최대제재수준( $pF$ )를 초과하는 이득( $b$ )과 피해( $h$ )가 발생하는 상황( $pF < b \leq h$ )에서는 아무리 처벌하여도 초과이득을 위한 범위반행위는 일어나기 때문에 처벌에 비용만 들 뿐 처벌의 효과가 없어 다른 법적 조치는 별론으로 하고 이를 처벌할 필요가 없다. 따라서 이런 두가지 경우를 제외하고 이득이 이론상 최대처벌수준( $pF$ )와 피해( $h$ ) 중 작은 것보다 더 작은 경우( $b \leq \min(pF, h)$ )에는 최대제재수준은 이득( $b$ )에 적발승수( $1/p$ )를 곱한  $b/p$ 이 된다. 물론 위와 같은

58) Chu and Jiang, "Are Fines more Efficient than Imprisonment?", *Journal of Public Economics* Vol. 51, 1993 pp. 391-413.

최대제재는 억지력을 중심으로 한 것으로 응보적 관점으로 본 최대제재 수준은 피해( $h$ )에다가 적발승수를 곱한  $h/p$ 수준이 된다.  $h/p$ 수준의 최대 제재는 억지효의 달성은 물론 응보적 정의도 동시에 실현할 수 있다.

이런 최대집행수준도 법집행에 비용이 발생하기 때문에 비용대비 편익이 더 나은 수준까지만 제재하는 방식으로 최적화되어야 한다. 이러한 최적집행의 궁극적 모델을 찾기 위하여 우선 앞서 본 수식 (2)와 같은 기본모형을 상정하고 여러 가지 가정들을 완화해 가는 방식으로 법의 최적화 방법에 관하여 모색해 보았다. 그 결과 제재의 강도를 높이는 방식은 적발가능성을 증가시키는 방식보다 비용적 측면에서는 효율적이나 과잉처벌 금지, 비례의 원칙, 2중 처벌금지의 원칙이라는 법이론적 저항에 부딪히게 된다는 점, 금전적 제재(손해배상, 과징금, 과태료, 벌금형 등)가 비금전적 제재(주로 징역형)보다 개인적·사회적 비용이 더 많이 들지만 법위반행위자의 자산크기란 제약 때문에 금전적 제재의 억지효가 부족한 때 만약 징역형의 한계비용이 충분히 낮다면 징역형으로 대체하여 제재할 필요가 있다는 점, 기타 이득, 피해, 적발가능성에 관한 정보를 충분히 파악가능할 경우 법적 제재의 차별화방안과 법위반행위자가 위험회피적일 때의 최적집행수준에 관하여도 살펴보았다.

법의 최적화를 검토하는 이유는 법집행에 비용이 존재하기 때문에 최대제재수준까지 법위반행위를 제재하지 못함으로써 모든 법위반행위가 다 억지되지 못하는 문제를 극복하고자 비용대비 효율적인 법집행 수단을 찾아내거나 법집행 수단간의 최적조합을 찾아냄으로써 그 최적조합대로 법집행제도를 개선하게 된다면 억지수준을 높일 수 있기 때문이다. 현재 대법원 또는 헌법재판소가 보이는 각 법집행 수단간의 대체성을 부인하는 태도는 입법에까지 영향을 미치고, 나아가 해당 법제도를 연구하는 연구자들에게까지 영향을 미쳐 각 법집행수단의 고유특성만을 강조한 나머지 억지를 중심으로 본 대체성에 눈뜨지 못하고 그 결과 더 높은 억지력 달성을 위한 법집행 제도 개선의 동력을 상실케 할 우려가 있다. 향후 보다 정치한 법의 최적집행이론에 관한 추가연구를 기대해 본다.



## 참 고 문 헌

- 박진근외 20인 공저, 『경제학대사전』, 박영사.  
정중섭, 헌법학원론(제7판), 박영사(2012).
- 헌법재판소 2005.3.31 선고 2003헌바12 결정.  
헌법재판소 1992.12.24 선고 92헌가8 결정.
- Gary S. Becker, “Crime and punishment: an economic approach”, Journal of Political Economy. Vol. 76, 1968
- Bedchulk and Kaplow, “Optimal Sanctions when Individuals are Imperfectly Informed about the Probability of Apprehension”, Journal of Legal Studies Vol. 21, 1992.
- Chu and Jiang, “Are Fine more Efficient than Imprisonment?”, Journal of Public Economics Vol. 51, 1993.
- C. G. Veljanovski, “The Economics of Criminal Law and Procedure” Coexistence. Vol. 23, 1986.
- D.J. Pyle, “The Economics Approach to Crime and Punishment”, Journal of Interdisciplinary Economics. Vol 6, 1995.
- E. Eide, “RDEU Models of Crime”, University of Oslo Working Papers. WP No. C1 1995.
- E. Rasmusen, “How Optimal Penalties Change with the Amount of Harm”, International Review of Law and Economics Vol. 15, 1995.
- F. van Tulder, “Costs and Benefits of Law Enforcement in Netherlands”, 제12회 (1995) EALE 회의 발표논문.
- Guido Calabresi and A. Douglas Melamed, “Property rules, Liability rules, and Inalienability”, Nicholas Mercuro eds. Law and Economics vol 5, Routledge, 2007.
- Gary S. Becker, “Crime and Punishment: An Economic Approach”, 76 J. Pol. Econ. 169 1968.
- Ioannis Lianos, “The interaction between public enforcement and private actions

for damages in Europe”, International perspectives of private enforcement organized by Korean Competition Law Association, 2013.

I. Ehrlich, “The Optimum Enforcement of Laws and the Concept of Justice: A Positive Analysis”, *International Review of Law and Economics*. Vol. 2, 1982.

L. Kaplow, “A Note on the Optimal Use of Nonmonetary Sanctions”, *Journal of Public Economics*. Vol 42, 1990.

Mookherjee and Png, “Monitoring vis-a-vis Investigation in Enforcement of Law”, *American Economic Review* Vol. 82, 1992.

Morgan and Bowles, “Fines, the Case for Review”, *Criminal Law Review*, 1981. *New Law Journal*(vol. 123, 1974), Part 1, p. 358.

Nuno Garoupa, “The Theory of Optimal Law Enforcement”, *Journal of Economic Surveys* vol. 11, No. 3, Blackwell Publishers Ltd. 1997.

Polinsky and Shavell, “Enforcement Costs and the Optimal Magnitude and Probability of Fines”, *Journal of Law and Economics* Vol. 35, 1992.

\_\_\_\_\_, “The Optimal Use of Fines and Imprisonment”, *Journal of Public Economics*. Vol. 24, 1984.

Steven Shavell, “Specific and General Enforcement of Law”, *Journal of Political Economy* Vol. 99, 1991.

\_\_\_\_\_, “The Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent”, *American Economic Review* Vol 77, 1987.

S. Cameron, “The Economics of Crime Deterrence: A Survey of Theory and Evidence” *Kylos*. Vol. 41 1988.

## <국문초록>

서로 다른 법분야도 동일한 대상을 규제하면서 동일한 법집행 목적을 추구하는 경우가 많다. 이 경우 다른 법적 수단을 사용함으로써 생기는 비효율을 방지하고 법집행 수단간의 최적 조합을 찾는다면 적은 사회적 비용으로 큰 법집행 목적을 달성할 수 있다. 그런데 최적집행은 물론 법집행이란 주제도 우리나라 법학계에서는 매우 낮은 주제로 이에 관한 연구가 매우 적다. 본 논문은 미국에서 활발하게 연구된 법경제학의 결과물들을 바탕으로 최적집행에 관하여 개괄적으로 요약하고, 현재 대한민국의 법학적 논의까지 반영하여 최적집행을 가능한 한 최대한 쉽게 설명하려고 노력하였다.

법분야에서 최적집행(optimal enforcement)을 논의하는 취지는 근본적으로 이질적인 법적 수단 사이에도 같은 목적을 달성하는데 서로 대체적(substitutable) 관계에 있음을 전제로 한다. 법적 수단 사이에 양적 대체성(quantitative substitution)까지 확인할 수 있다면 어떤 법집행 목적을 달성하기 위한 각 법적 수단의 최적조합을 찾을 수 있다.

범위반행위자가 위험중립적이라면 억지력의 관점에서 본 최대집행은 이득( $b$ )에 적발승수( $1/p$ )를 곱한 수준으로 제재하여야 한다. 하지만 각 법집행수단에는 집행비용( $c$ )이 들기 때문에 법집행으로 인한 한계편익이 법집행의 한계비용과 같아지는 지점까지 법집행하여 최적화하여야 하기 때문에 최적 법집행 수준은 항상 최대집행수준보다 낮게 형성되는 것이 보통이고 그 결과 사회에서는 억지되지 못한 범위반행위가 존재하게 되는 것이다. 만약 법집행수단들간의 대체성과 그 비용구조를 잘 살펴 효율적인 법집행수단을 선택하게 된다면 이러한 최적집행수준을 좀 더 높은 수준에서 형성할 수 있어 범위반행위가 더 억지될 수 있다. 그래서 법집행의 최적화가 필요한 것이다.

<b>주제어</b> : 최적집행, 최대집행, 규제수단, 금지청구, 손해배상
---

## A Study on the Optimal Law Enforcement

Kim, Cha-Dong\*

Social planners adapt different legal methods to achieve same goals go deter same kind of infringement. In the case, they should try to optimally combine various methods of law enforcement to avoid its inefficiency. Optimal law enforcement among legal methods can be discussed on the condition that all the relevant legal methods may be quantitatively substitutable each other.

Optimal law enforcement as well as law enforcement are pretty new topics for Korean law scholars. Therefore there are very few papers on the issues. On this paper, I would like to briefly introduce the basic optimal law enforcement theory which has been developed in the American Law&Economics and add some Korean understanding to it. Law enforcement can be replaced by the concept, remedies. Remedies include civil remedies such as injunction, damages, administrative remedies such as cease and desist order and administrative fines, and criminal sanctions such as fines, imprisonments and corporal punishment.

Law and Economists propose maximum sanction in which benefits from infringement,  $b$ , shall be multiplied by a reciprocal of probability of detection and conviction. But the maximum sanction can not always be optimal, because there exist some enforcement costs. By considering the costs, law and economists suggest optimal law enforcement. Optimal law enforcement arrives where marginal benefits of law enforcement equal marginal costs of law enforcement. Benefits of law enforcement can be defined as any benefits which can be derived from reduced infringement by the activity of law enforcement.

Also, law and economists suggest that social planners stop to sanction if benefits( $b$ ) exceed harm( $h$ ) or maximum expected sanction is far less than benefits and harms.

**Key Words** : optimal enforcement, maximin enforcement, remedies, injunction, damages

---

\* Professor of the Hanyang Law School