

法的 正義와 經濟的 效率

朴 世 逸*

I. 問題의 提起

經濟의 效率性和 法的 正義는 어떠한 관계에 있는가. 兩者는 흔히들 생각하듯이 서로 상이하고 전혀 무관한 獨自的 개념인가, 아니면 상호 밀접한 內的 聯關을 가진 關係의 개념인가. 관계를 가진다고 할 때도 그 관계의 내용이 相互 補完과 協力の 관계인가 아니면 相互 緊張과 對立의 관계인가.

우리가 새로운 法制度를 구상할 때 혹은 기존의 법제도의 解釋을 시도할 때 正義와 效率의 관계에 대한 올바른 이해와 인식은 대단히 중요하다. 이 관계를 올바르게 이해하여야 올바른 法政策(立法論과 解釋論)이 나올 수 있고 동시에 올바른 經濟政策도 나올 수 있다고 생각한다. 왜 그런가? 효율과 정의의 관계에 대한 올바른 이해가 중요하다고 생각하는 이유는 다음과 같다.

우리 인류는 「資源과 財貨가 稀少한 조건」 속에서 살고 있기 때문이다. 자원과 재화의 稀少性이라는 조건은 人類 歷史의 어느 시대, 어느 곳에서든 엄연히 존재하였던 制約이고 인류가 이 地球라는 有限한 物理的 空間 속에서 살기 때문에 생기는 인류 공통의 運命이다. 인류의 역사는 어느 의미에서는 이 자원과 재화의 稀少性을 극복하기 위한 끝없는 鬪爭의 歷史였다고 볼 수 있다.

이러한 자원과 재화의 稀少性 내지 有限性 때문에 인류사회에는 끊임 없는 法的 紛爭이 생기고 자원과 재화의 經濟的 交換이 생긴다. 그 결과 正義와 效率의 문제가 발생한다. 만일 자원과 재화의 공급이 無限하다면 우리에게는 처음부터 효율이나 정의의 문제는 발생하지 않았을 것이다.¹⁾ 모든 사람들에게 재화가 무한히 존재

* 前 서울大學校 法科大學 教授

1) 이 주장은 주로 經濟的 財貨를 염두에 두고 한 주장이다. 그러나 엄밀한 의미에서 경제적 재화뿐 아니라 政治的 財貨(정치적 권력, 지위 등)나 社會的 財貨(사회적 신분, 지위 등)의 경우에도 원리적으로는 같은 주장을 할 수 있다고 본다. 현실적 이야기는 아니나 만일 정치적 권력이나 높은 사회적 신분이 供給이 제약되어 있는 稀少財가 아니라 供給이 無制限의인 自由財라면 그리하여 누구나 원한다면 얼마든지 권력을 누릴 수 있고

한다면 재화의 경제적 교환의 필요도 없고 재화를 둘러싼 법적 분쟁의 필요도 발생하지 않는다. 따라서 효율이나 정의는 처음부터 문제가 될 수 없다.

이와 같이 人間의 慾望과 비교하여 자원과 재화의 稀少性 내지 有限性이 문제가 되기 때문에 인간은 이 희소성을 극복하기 위하여 경제적 노력과 법적 노력을 하게 되고 이 과정에서 나온 것이 效率과 正義의 德이고 效率과 正義의 法이다.

人類의 歷史를 보면 자원과 재화의 희소성을 극복하기 위한 노력은 두 가지 방향에서 진행되어 왔다고 볼 수 있다. 하나는 動態的으로 희소성 극복을 위한 노력이고 다른 하나는 靜態的으로 희소성 극복을 위한 노력이다.

前者는 주어진 資源(예컨대 자본, 노동, 토지 등)을 가지고 보다 많은 財貨(상품과 용역 등)를 생산함으로써 이루어질 수 있었다. 한 마디로 技術開發과 經濟成長을 통한 희소성 극복노력이 그것이다. 지금까지 이 분야는 經濟政策의 주 관심분야였고 따라서 주로 경제적 효율성과의 관련 속에서 연구되어 왔다. 그러나 뒤에서 자세히 보겠지만 어떠한 法政策을 선택하느냐, 혹은 어떠한 正義의 原理를 선택하느냐에 따라 경제적 효율, 나아가 경제성장에도 대단히 큰 영향을 줄 수 있다.²⁾

반면에 後者는, 즉 靜態的으로 희소성을 극복하기 위한 노력은 이미 생산된 재화를 어떻게 배분하는 것이 바람직한가 하는 문제이다. 어떻게 배분하는 것이 보다 많은 사람의 效用을 만족시킬 수 있는가, 동시에 어떻게 배분하는 것이 보다 정의로운가 하는 문제이다. 생산된 財貨의 量은 일단 정태적으로는 일정하므로, 주어진 量을 가지고 우리는 보다 많은 사람을 만족시킬 수 있는 「보다 效率的인 配分」, 그리고 사회적으로도 「보다 正義로운 配分」을 문제 삼지 않을 수 없다.

이와 같이 자원과 재화의 희소성을 극복하기 위한 노력에는 동태적인 경우든 정태적인 경우든 모두 항상 경제적 효율과 법적 정의가 함께 문제가 된다. 따라서 이 兩者의 관계를 올바르게 인식하는 것이 올바른 경제정책은 물론 올바른 법정책을 수립하기 위하여도 대단히 중요한 이론적 실천적 과제가 된다.

II. 基礎概念의 整理

正義와 效率의 관계에 대한 본격적 분석에 앞서 법적 정의의 개념과 경제적 효율의 개념을 간단히 정리하는 것으로부터 시작하자.

높은 신분을 즐길 수 있다면 정치적 사회적 갈등이나 투쟁은 물론 절충과 타협의 필요성도 발생하지 않을 것이고 정의나 효율의 문제도 발생하지 않을 것이다. 그러나 이 글에서는 주로 경제적 재화를 염두에 두고 분석을 진행하도록 한다.

- 2) 歷史的으로 보아도 효율적인 법정책을 선택한, 즉 「效率的인 法制度」를 가진 사회는 그렇지 못한 사회보다 빠른 經濟成長을 보이고 있다. 여기서 효율적인 법제도란 한마디로 去來費用을 最少化하는 법제도를 의미한다. 자세한 내용은 뒤에 本文에서 상론한다.

우선 法的 正義에 대한 개념부터 시작하자. 법적 정의에 대한 이론은 시대에 따라 학자들마다 대단히 多樣多岐하게 전개되어 왔으나 本稿에서는 法的 正義를 다음과 같이 3가지 종류의 正義로 분류하여 定義하고자 한다.

첫째, 「最高의 德」으로서의 法的 正義이다.

實定法을 초월하는 理念으로서의 정의이다. 아리스토텔레스(Aristoteles)가 이야기하는 「德全般과 범위를 같이하는 正義」 혹은 라이프니츠(Leibniz)가 이야기하는 「賢者の 愛로서의 正義」와 같은 개념이다³⁾. 인간으로서의 「완전한 탁월성(德)의 추구」 내지는 사회적 共同善을 목표로 한 「인간의 사랑」이 법질서를 궁극적으로 기초 지우고 그 정의의 실현을 가능케 하는 것이라는 의미의 正義觀이다.

사실 플라톤(Platon)과 아리스토텔레스에서 시작된 古典的 의미의 법적 정의는 이 개념이 중심이었다. 그러나 近代로 들어오면서 「法과 道德의 分離」현상이 진행되고 동시에 「個人主義的 社會契約的 世界觀」이 등장하면서 이러한 고전적 의미의 법적 정의는 점차 정의론의 연구에서 소외당하여 왔다.⁴⁾

그러나 생각건대 인간이란 본래가 個體的 存在이면서도 동시에 사회적이고 關係的 存在이기 때문에 그의 탁월성 내지 완전성은 社會性을 외면하고 발현될 수 없다. 社會愛 더 나아가 사회적 共同善의 추구를 무시하고 「인간의 완성」과 「사회의 완성」을 논할 수 없다고 본다. 따라서 공동선의 추구하고 개인과 사회의 同時完成을 위한 끊임없는 노력을 위하여 「最高의 德으로서의 正義」에 대한 연구와 논의는 앞으로도 계속되어야 한다고 생각한다.

둘째, 交換的 正義로서의 法的 正義이다.

正義를 「各人에게 各人の 것을 주는 것」이라고 定義할 때 각인의 것을 정확하게 각인에게 주는 것이 바로 交換的 正義이다 예컨대 각인의 생명과 신체자유의 보장, 재산권의 보장, 勞動에 대한 반대급부로서의 報酬, 犯罪에 대한 刑罰 등을 엄격하고

3) Leibniz, *Philosophical Papers and Letters*. 2 vols. University of Chicago, 1956, p. 690, p. 921

4) 이러한 古典的 法的 正義개념이 19세기 중엽부터 社會正義(social justice)라는 표현으로 부활하는 듯한 움직임을 보이고 있다. 사회정의는 개인의 정의(개인의 올바른 행위)와 구별되는 사회의 정의(국가의 올바른 정책이나 사회제도의 올바른 모습)로서 주장되나 사회정의에 대한 여러 논의에는 항상 몇 가지 공통된 특징이 보인다. 하나는 고전적 법적 정의에서 주장하여 오던 共同善이라는 관점과 共同體에 대한 관심이 다시 등장하고 있다는 점이고 다른 하나는 個人主義的 正義觀을 극복하려는 노력이다. 이러한 움직임에는 긍정적인 점이 분명히 있다고 보아야 한다. 다만 주의할 것은 사회적 정의에 대한 주장도 너무 과도하게 강조되면 불가피하게 個人的 自由에 대한 큰 제약을 결과할 위험이 있기 때문에 항상 양자의 適切한 調和를 염두에 두어야 한다는 사실이다.

정확하게 실행하는 것, 이것이 바로 交換的 正義(commutative justice)로서의 법적 정의이다.

노동에 대한 보수를 결정할 때 어떠한 기준(功勞냐, 必要냐, 身分이나 등)으로 할 것인가 혹은 刑罰수준을 정할 때 어떠한 원칙과 기준을 가지고 할 것인가의 문제는 뒤에서 논할 配分的 正義(distributive justice)로서의 법적 정의의 문제이다. 그러나 일단 확정된 각자의 몫을 각자에게 過不足 없이 정확하고 嚴正하게 실현시키는 것이 바로 交換的 正義의 문제이다.

교환적 정의는 일단 모든 사람을 同一 平等하게 파악하고 이들 사이의 「利害得失을 均等化」하는 정의라고 볼 수 있다. 또한 모든 사람이 「法앞에서 平等」하고 同一하다고 하는 전제 위에 서서 개개인의 「自由를 最大化」하는 정의라고도 말할 수 있다. 왜냐하면 교환적 정의가 엄격히 지켜지는 경우에 한하여 他人의 自由에 危害를 가하지 않는 범위 내에서 각자는 最大의 自由를 누릴 수 있기 때문이다. 교환적 정의가 지켜져야 자유에 대한 각자의 몫을 최대한 찾아 갈 수 있기 때문이다. 따라서 교환적 정의는 自由의 法(law of liberty)과 항상 함께 간다고 보아야 한다.⁵⁾

아담 스미스(Adam Smith)는 사회가 유지되기 위해서는 타인의 부당한 「侵害로부터의 安全(security from injury)」이라는 의미의 正義는 嚴正하고 정확하게 추호의 例外나 修正없이 실현되어야 한다고 주장하고 있다. 마치 文法の 諸原則과 같이 最高의 正確性을 가지고 지켜져야 하고, 이러한 정의가 지켜지지 않으면 인간사회라는 거대한 구조물은 한순간에 산산조각이 나 붕괴될 것이라고 주장하고 있다.⁶⁾ 그가 이야기하는 정의는 바로 여기서 우리가 논하는 교환적 정의(소위 矯正的 正義는 교환적 정의의 일부로 볼 수 있다)로서의 법적 정의를 의미한다.

셋째, 配分的 正義로서의 法的 正義이다.

정의의 문제를 「各인에게 各인의 것을 주는 것」이라고 정의할 때 「각인의 것」 내지 「각인의 몫」을 어떤 원칙과 기준에 의해 정할 것인가가 바로 配分的 正義로서의 법적 정의의 문제이다.

5) 개인의 자유를 최대한 보장하기 위해서는 반드시 法の 支配(rule of law)가 전제되어야 한다. 당초 法の 支配란 政治權力的 恣意性을 제한하기 위하여 비롯된 개념이나, 점차 權力關係뿐 아니라 個人間的 私的關係까지 규율하는 개념으로, 즉 모든 관계에 있어 便宜의 支配(rule of expediency)가 아니라 原則의 支配(rule of principle)라는 개념으로 발전하여 오고 있다.

따라서 이러한 의미의 법의 지배가 실현될 때 비로소 個人의 自由가 보장될 수 있고 (공권력으로부터의 보호뿐 아니라, 私人間의 침해로부터의 보호까지도), 그 결과 교환적 정의로서의 법적 정의도 실현될 수 있다. 그러므로 「自由의 法」=「法の 支配」=「交換的 正義」라고 볼 수 있다.

6) 아담 스미스 著 박세일·민경국 譯, 道德 感情論(The Theory of Moral Sentiments), pp. 163-165, 비봉출판사, 1996.

勞動에 대한 반대급부수준을 정할 때, 犯罪에 대한 형벌수준을 정할 때, 公益을 위하여 개인의 自由權行使의 한계를 정할 때, 새로운 財産權創出時 그것을 누구에게 귀속시키느냐 등을 결정할 때, 무엇을 기준으로 어떠한 원칙에 의하여 정하는 것이 정의로우냐의 문제이다. 노동에 대한 반대급부수준의 결정문제는 경제학에서는 所得分配의 公正性의 문제로 취급하여 오고 있으나 법학에서는 배분적 정의의 문제의 하나로 볼 수 있다.

이 配分的 正義의 문제는 그 시대의 支配的 哲學과 개인 내지 집단의 價値觀에 따라 그 기준과 원칙이 크게 다를 수 있다. 예컨대 勞動에 대한 反對給付 수준을 결정하는 경우 어떤 사람은 功勞나 寄與度에 따른 보수를 정의롭다고 볼 것이고 어떤 사람은 必要度에 따른 보수를 정의롭다고 볼 것이다. 아니면 이 양 기준의 적절한 調和가 바람직하다고 보는 사람도 있을 것이다. 이와 같이 어느 것이 바람직한 배분적 정의의 기준인가에 대하여는 여러 견해가 가능하고 여러 가치관간의 충돌이 가능하다.

그러나 이 배분적 정의의 문제를 단순히 觀察者의 主觀的 문제로 취급해 버리는 태도, 환언하면 價値相對主義로 해결하려는 태도는 바람직하지 않다고 생각한다. 가능하다면 正義의 자의성과 임의성을 줄이기 위하여 客觀的이고 合理的인 正義基準을 찾으려는 노력을 계속하여야 한다고 생각한다.

물론 배분적 정의의 기준을 絶對化하는 것이 바람직하다고 주장하려는 것은 결코 아니다. 다만 앞에서 논한 古典的 法的 正義가 주장하던 「最高의 德의 實現」, 「共同善의 追求」라는 관점에서, 人間의 個體性과 社會性의 조화를 위하여, 보다 합리적인 배분적 정의의 원칙과 기준을 모색하려는 이론적 실천적 노력을 지속하는 것은 대단히 바람직하다고 본다. 또한 우리가 그러한 노력을 계속하면, 뒤에서 자세히 보겠지만, 이 배분적 정의의 문제에 대하여도 상당부분 合理的 基準과 原則을 제시할 수도 있다고 믿는 것이 本稿의 입장이다.⁷⁾

7) 아담 스미스(Adam Smith)는 푸펜도르프(Puffendorf)나 허치슨(Hutchinson)의 분류법에 따라 권리를 「완전한 권리」와 「불완전한 권리」로 나눈다. 完全한 權利(perfect right)란 強制할 수 있는 권리를 의미하고 不完全한 權利(imperfect right)란 그 실현이 바람직하지만 強制할 수 없는 권리를 의미한다. 아담 스미스는 교환적 정의를 「완전한 권리」로 보고 이것이야말로 法學(jurisprudence)의 주제라고 주장한다. 반면에 배분적 정의는 「불완전한 권리」로 보고 이것은 法의 영역이 아니고 道德의 영역(a system of morals)에 속하는 문제로 이해한다. 그리하여 그는 법학강의에서 배분적 정의의 문제는 빼고 오직 교환적 정의의 문제에만 국한하여 분석하고 있다.

Adam Smith, *Lectures on Jurisprudence* ed. by R. L. Meek, D. D. Raphael, P. G. Stein, Oxford University Press, 1978, p. 9.

法學의 주제를 교환적 정의에 그 초점을 맞춘 것은 옳다고 생각되나 배분적 정의의 문제를 道德의 문제로 보아 法學의 논의에서 완전히 배제하는 것은 바람직하지 않다고 본다. 오히려 배분적 정의의 문제는 法의 영역과 道德의 영역이 서로 만나서, 서로 重疊되는 분야의 과제로 보는 것이 바람직하다. 그리고 共同善이라는 관점에서, 個體性과

이상이 法的 正義에 대한 간단한 개념정리이다. 본고에서는 법적 정의와 경제적 효율간의 관계를 연구의 대상으로 하고 있기 때문에 위의 세 가지 법적 정의 중 주로 交換的 正義와 配分的 正義를 중심으로 논의하기로 한다. 왜냐하면 最高德으로서의 正義개념 속에는 이미 經濟的 效率이라는 價値가 포함되어 있기 때문이다. 따라서 정의와 효율간의 긴장과 협력관계를 분석하기에는 最高德으로서의 정의 개념을 연구대상으로 하는 것은 타당하지 않다.

다음은 경제적 효율에 대한 개념 설명으로 들어가자. 경제학에서의 效率性(economic efficiency)은 일반적으로 파레토 효율성을 의미한다. 파레토 효율성(Pareto efficiency)이란 제한된 자원이나 재화를 배분함에 있어 「적어도 어떤 한 사람을 不幸하게 하지 않고는 다른 사람을 더 이상 幸福하게 할 수 없는 상태」에 도달함을 의미한다.

우리가 일반적으로 어떤 한 사람을 불행하게 하지 않으면서도 다른 사람을 좀 더 행복하게 만들 수 있는 자원배분의 경우를 소위 「파레토 改善」(Pareto improvement)이라고 부르는 바, 이러한 의미의 「파레토 改善」의 可能性이 완전히 消盡되어 이미 더 이상의 「파레토 개선」이 불가능한 상태를 우리는 파레토 효율성이 달성된 자원배분의 상태라고 한다.

이러한 파레토 효율이 사회 전체적으로 달성되기 위해서는 (1) 交換에서의 效率性(exchange efficiency)과 (2) 生産에서의 效率性(production efficiency)은 물론 (3) 總體的인 效率性(overall efficiency)이 함께 충족되어야 한다.

交換에서의 效率性이란 생산된 재화를 당사자들이 원하는 방향으로 원하는 양을 서로 교환하여 당사자들의 效用(만족)이 극대화된 상태를 의미한다. 더 이상의 自發的 交換의 필요가 없는 상태이다. 다음으로 生産에서의 效率性이란 주어진 生産要素들(자본, 노동 등)의 最善의 結合을 통하여 생산량이 극대화된 상태를 의미한다. 주어진 자원과 현재의 기술수준을 가지고는 더 이상 생산해 낼 수 없는 상태를 의미한다.

그리고 總體的 效率性이란 효율적으로 생산해 낸 것들이 소비자들의 효용을 극대화시킬 수 있는 것들이어야 한다는 것이다. 환언하면 소비자들이 가장 원하는 재화를 가장 효율적인 방법으로 생산해 낼 때 비로소 총체적 효율성이 달성된다는 것이다. 아무리 생산의 효율성이 있어도 소비자들이 원하지 않는 것들을 만들어 내

全體性의 調和라는 관점에서, 끊임없이 「합리적인 배분적 정의의 기준을 모색하려는 노력」이 있어야 한다고 본다. 그러한 노력과정에서 個人의 인격적 완성(사회성을 포함한 완성)도 가능하고 社會의 진정한 발전(개개인의 창의성에 기초한 발전)도 가능하다고 생각한다. 따라서 배분적 정의의 문제를 단순한 도덕의 문제, 개인의 가치관의 문제로 돌려서는 안 된다고 생각한다. 충분한 社會的 同感이 형성되면 배분적 정의도 強制할 수 있는 完全한 權利로 전환될 수도 있어야 한다고 생각한다.

면 총체적으로 자원의 효율적 배분이라고 볼 수 없기 때문이다. 이상의 세 가지條件이 동시에 성립될 때 파레토 效率이 달성된다.

엄밀히 말하면 이 파레토 效率이라는 개념은 經濟學的 概念이라기보다는 技術的 工學的 概念이다. 특정 經濟體制(예컨대 시장경제)만을 前提로 하여 성립된 개념이 아니다. 市場經濟뿐 아니라 計劃經濟하에서도 적어도 이론적으로는 위의 3가지 조건을 모두 달성시킬 수 있다.⁸⁾

어느 經濟體制에서든 자원의 효율적 배분은 대단히 중요한 정책 과제이다. 어느 체제가 보다 적은 비용으로 파레토 效率을 달성할 수 있는가가 항상 논쟁의 중심이 되어왔다. 왜냐하면 어떻게 하여 주어진 자원을 가지고 보다 많이 생산하여 보다 많은 사람을 만족시킬 수 있도록 할 것인가 하는 문제는 어느 시대든 우리 모두의 共同善的 課題이기 때문이다.

자원배분에서 이러한 파레토 效率성을 달성하기 위해서는 어떻게 하여야 할까? 경제학에서는 이 문제가 대단히 중요한 문제이다. 이와 관련하여 近代經濟學에서의 한가지 중요한 주장은 「競爭的市場價格機構」(competitive market price mechanism)가 자유롭게 작동한다면 國家의 介入 없이도 시장에서의 참여자들의 自發的 去來와 交換을 통하여 자원배분에 있어서의 파레토 效率성이 自動的으로 달성된다는 주장이다. 市場價格의 자유로운 上下向 움직임을 통하여 교환과 생산에서의 效率성은 물론 총체적 效率성까지 모두 달성된다는 것이다⁹⁾. 따라서 자원배분에 있

8) 社會主義 計劃經濟下에서도 이론적으로는 얼마든지 파레토 效率을 달성할 수 있다. 기술적으로 불가능한 것은 결코 아니다. 문제는 費用이다. 모든 생산요소의 부존량에 대한 거대한 微視情報이 필요할 뿐 아니라 모든 국민들이 選好하는 재화에 대한, 그리고 그 선호의 強度에 대한, 그리고 그 變化에 대한 엄청난 미시정보를 가지고 있어야, 파레토 效率달성을 위한 중앙 정부의 계획수립이 가능하다.

반면에 시장경제하에서는 위의 모든 미시정보의 蒐集·配分·流通機能 등을 시장에서의 價格機構가 대행하여 주고 있다. 시장에서 자유롭게 형성되는 價格의 上下方 움직임을 통하여 생산요소의 부존량, 국민들의 특정재화에 대한 選好度와 그 변화 등에 대한 모든 정보가 생산되고 유통된다. 예컨대 價格이 오르면 한편으로는 그 재화를 생산하는데 드는 자원비용이 증대하고 있다는 情報과 다른 한편으로는 국민들의 그 재화에 대한 선호도가 올라가고 있다는 情報이 창출되어 유통되고 있는 셈이 된다. 이들 정보를 보고 생산자와 소비자가 자신들이 다음의 행동을 자발적으로 결정한다. 계획경제에서처럼 일일이 政府의 指示를 받을 필요가 없다. 따라서 시장경제가 계획경제에 비하여 대단히 費用이 적게 드는 체제라고 볼 수 있다.

어떤 의미에서는 과거의 冷戰時代 때의 體制競爭의 주요 내용의 하나가 바로 어느 체제가 자원배분에 있어서 파레토 效率을 보다 적은 비용으로 보다 잘 달성할 수 있는가 였다고 할 수 있다. 결국 이 파레토 效率達成競爭, 費用競爭에서 사회주의 계획경제가 자본주의 시장경제에게 敗北한 셈이 되었다.

9) 시장가격기구에서 파레토 效率이 달성되기 위한 조건을 보다 이론적으로 정리하면, (1) 完全 競爭市場인 것, (2) 생산규모에 있어서 收穫遞增의 法則이 작용하지 않을 것, (3) 公共財(public goods)가 존재하지 아니하고 생산과 소비에 있어서 外部性(externality)이 없을 것, (4) 市長情報(market information)가 완전할 것 등을 들 수 있다. 이상과

어 파레토 효율의 달성을 위한 최선의 길은 「경쟁적 시장가격기구」가 제대로 작동하도록 만드는 노력이고 이는 모든 경제정책의 기본이 된다.

이상과 같은 기초개념에 대한 정리를 끝내고 본고의 주제인 정의와 효율과의 관계에 대한 분석으로 들어가자. 우선 교환적 정의와 효율과의 관계를 분석하고 다음으로 배분적 정의와 효율과의 관계를 분석하도록 한다.

III. 交換的 正義와 效率

交換的 正義는 經濟的 效率과 어떠한 관계를 가지고 있는가? 교환적 정의는 인류가 자원과 재화의 희소성을 극복하려는 노력과 어떻게 관계되어 있는가?

결론부터 이야기하면 交換的 正義는 經濟的 效率의 前提條件, 환언하면 파레토 효율성 확보를 위한 前提條件이 된다. 교환적 정의가 없으면 시장질서가 형성되지 못하며, 경제적 자유도 성립하지 못한다. 한 마디로 市場價格機構가 작동하지 못한다. 따라서 시장가격기구를 통한 경제적 효율의 달성을 위해서는 교환적 정의의 실현이 필수적이다. 왜냐하면 效率은 自由없이 달성될 수 없고 自由는 항상 秩序를 전제로 하며 秩序는 正義없이 창출될 수 없기 때문이다.

환언하면 交換的 正義가 없으면 교환과 거래의 질서, 즉 市長秩序가 형성될 수 없다. 그리고 시장질서를 활성화시킬 經濟的 自由도 성립할 수 없다. 따라서 시장질서가 형성되고 시장가격기구가 작동하기 위해서는 반드시 교환적 정의가 전제되어야 한다. 그리고 이와 같이 시장가격기구가 작동될 때 비로소 우리는 자원배분의 효율성을 기대할 수 있다.

그러나 보다 엄격히 이야기하면 交換的 正義는 經濟的 效率性, 파레토 효율성 달성을 위한 必要條件이지 充分條件은 아니다. 교환적 정의가 전제될 때 비로소 시장가격기구가 작동하지만 파레토 효율성은 이미 앞에서 본 바와 같이 시장가격기구가 競爭的일 때에 限하여서만 달성될 수 있기 때문이다. 시장가격기구가 작동한다고 하여도 競爭的 市場이 아니라 獨占的 市場일 경우에는 파레토 효율은 달성되지 않는다. 따라서 교환적 정의가 자동적으로 경제적 효율을 보장하는 것은 아니다. 그러나 교환적 정의없이는 경제적 효율은 결코 달성될 수 없다.

같은 조건에서는 자원배분에 있어서 파레토 효율은 항상 달성된다. 물론 현실적으로 존재하는 시장이 위의 모든 조건을 100% 달성하는 경우는 거의 없다. 다만 위와 같은 조건에 접근하면 할수록 자원배분의 결과가 완전한 파레토 효율에 접근한다고 보아야 한다.

위와 같은 조건하에서 시장가격기구가 어떻게 하여 파레토 효율을 달성할 수 있는가에 대한 理論的 數理的 證明은 대부분의 中級 微視經濟學 교과서에 상세히 설명되어 있으므로 여기서는 略하기로 한다.

이러한 의미에서 交換的 正義는 自由이고 市場秩序이고 效率이다. 효율과 정의는 상호대립하는 것도 상호모순하는 것도 아니다.

좀 더 자세히 살펴보자. 經濟的 效率性, 즉 파레토 효율성이 달성되기 위해서는 경쟁적 시장가격기구가 원활히 작동하여야 하고, 시장가격기구가 원활히 작동하기 위해서는 다음과 같은 法的 制度的 條件들이 必須的이다.

첫째, 개인의 身體와 生命의 自由가 절대 보장되어야 하고 經濟的 自由(영업의 자유, 취업의 자유 등)가 최대한 보장되어야 한다.

둘째, 財產權制度가 명확히 확립되어야 하고 他人의 부당한 侵害로부터 재산권이 엄정히 보호받아야 한다.

셋째, 契約法制가 확립되어 공정히 집행됨으로써 타인과의 約束에 대한 期待가 보호받아야 한다.

넷째, 기타 모든 法制度가 效率的이어야 한다. 환언하면 법이 가능한 去來費用(transaction cost)을 最小化하는 방향으로 입법되고 해석되어야 한다.

이상의 4가지 중 앞의 3가지, 즉 基本的人權의 보장, 財產權제도와 契約法制의 확립을 전제로 타인의 권리를 해하지 않는 범위 내에서 經濟的 自由가 보장되어야 하고 이러한 의미에서 모든 개개인은 平等하고 同一하게 취급되어야 한다는 조건은 바로 交換的 正義에 해당하는 조건이다. 따라서 다시 강조하지만 교환적 정의의 확립이야말로 競爭的 市場價格機具작동의 전제조건이고 파레토 효율성 확보의 필수조건이다.

포즈너(R. Posner)가 자원의 낭비를 허용하는 것이 도덕적이 아닌 한 「正義는 곧 效率이다」라고 주장하고 있는 바 그 근거는 바로 여기에 있다. 그가 이야기하는 「效率로서의 正義」는 바로 여기서의 交換的 正義를 의미한다고 해석하여야 할 것이다.¹⁰⁾

그러면 네 번째 조건인 법제도가 효율적이어야 한다는 것은 무엇을 의미하는가? 效率的인 法制度란 과연 어떤 의미인가? 그것은 법제도가 去來費用(transaction cost)을 낮추는 방향으로 입법화되고 해석되어야 함을 의미한다.

人類가 가지고 있는 자원은 제한적인데 이 제한적 자원을 가지고 인류가 필요로 하는 재화를 만들 때 일반적으로 자원은 大別하여 두 가지 용도로 사용된다. 하나는 直接 生産을 위하여 투하되는 자원이고, 다른 하나는 生産을 組織化(기업을 만

10) Richard A. Posner. *Economic Analysis of Law*, 4th ed. Little Brown and Company, 1992, p. 27. 그는 대부분의 경우 正義는 사실상 效率을 의미한다고 본다. 그러나 그는 물론 정의는 효율보다 훨씬 더 큰 개념으로 보고 있다. 따라서 우리 사회에서는 비록 효율적일지 몰라도 정의롭지 못하여 법적으로 허용하지 못하는 경우가 있음을 지적하고 있다. 예컨대 私的인 인종차별, 남녀차별 등의 허용, 入養을 위한 어린이의 賣買, 集團 餓死를 막기 위한 食人行위의 부분허용, 협박의 합법화 등이 그것이다.

들고 정부의 인허가를 받고 하는 비용)하고 去來를 組織化(생산을 위한 생산요소의 거래와 소비를 위한 생산물의 거래 등)하기 위하여 드는 자원이다. 이 중 後者를 去來費用이라고 한다. 요컨대 직접생산에는 기여하지 않지만 생산과 거래를 조직화 하는데 드는 자원을 거래비용이라고 한다.

총체적 자원은 제한되어 있기 때문에 이 거래비용을 가능한 한 낮출수록 보다 많은 자원을 직접생산과정에 투하시킬 수 있게 된다. 그러면 그만큼 재화의 생산량을 높일 수 있게 된다. 결국 거래비용을 낮출수록 효율성을 높이고 자원과 재화의 희소성을 극복하는데 기여할 수 있게 된다.

그런데 法制度의 內容에 따라 去來費用이 크게 달라진다. 예컨대 모든 경제행위의 每 去來마다 정부의 認許可를 받도록 하는 法制度가 존재하는 경우 거래비용은 엄청나게 커진다. 또한 價格情報나 技術情報의 자유로운 流通을 제한하는 法制度가 존재하는 경우 거래비용은 크게 증대된다. 거래비용을 낮추기 위해서는 이러한 법제도는 철폐되어야 한다. 이와 같이 가능한 한 거래비용을 낮추는 방향으로 법제도가 입법화되고 해석될수록 보다 많은 人的 物的 資源을 재화의 直接生産에 투하할 수 있게 되어 재화의 생산량은 커지고 자원배분에 있어 경제적 효율, 즉 파레토 효율성 달성도 용이해진다.

끝으로 강조하고자 하는 것은 交換的 正義가 곧 경제적 효율성 실현의 前提가 된다고 하여서, 정의와 효율간에 모순이 존재하지 않는다고 하여서, 교환적 정의의 存在理由가 곧 효율성 때문이라고 결론지어서는 안된다는 점이다. 환언하면 교환적 정의가 실현되어야 하는 이유(交換的 正義의 목표)가 效率性 확보 내지 國富의 增大에 있다고 보아서는 안된다는 점이다.

交換的 正義에 관한 한 公利主義的 正義觀은 옳지 않다고 생각한다. 이 점에 관한 한 筆者는 대비드 흄(David Hume)과 견해를 같이하지 않는다.

주지하듯이 흄은 正義는 「自然的 德」이 아니라 「人爲的 德」이라고 보고 특히 「正義의 機能」에 초점을 맞추어, 정의는 인간의 생존과 사회의 유지를 위하여 필요하기 때문에, 환언하면 公的으로 有用(public utility)하기 때문에 등장하였다고 하는 소위 效用正義論을 주장하고 있다.¹¹⁾

생각건대 그는 正義의 機能(事後的)과 正義의 目標 내지 存在理由(事前的)를 혼

11) 그는 正義 내지 正義의 法은 不義를 볼 때 느끼는 인간의 生來의 衝動이나 正義의 感覺에 기초하여 등장한 것이 아니라고 본다. 正義는 인간사회의 존립과 유지를 위한다는 公共의 目的을 가지고 등장하였고 그 근원적 동기는 인간의 自愛心 내지 自利心에서 찾아야 한다고 주장한다.

David Hume, *An Inquiry concerning the Principles of Morals*, ed. L. A. Selby-Bigge, Oxford, 1966, p. 195.

David Hume, *A Treatise of Human Nature*, ed. L. A. Selby-Bigge, Oxford, 1966, p. 429, p. 499, p. 534.

동하고 있다고 본다. 이미 앞에서 보아 왔듯이 정의의 기능이 결과적으로 효용과 효율에 기여하는 것은 사실이다. 正義가 國富의 增大에 기초가 된다고 보는 것도 올바른 관찰이다. 그러나 그렇다고 하여 정의가 곧 사회적 효용 때문에 등장하였다고 주장하는 견해에는 동의할 수 없다. 정의는 효용과는 직접 관련없이 정의 나름의 독자적 自己理由를 가지고 등장하였다고 본다.

筆者는 교환적 정의의 발생이유로서는 오히려 아담 스미스의 同感正義論에 보다 가까운 입장이다. 즉 인간이 生來的으로 가지고 있는, 인간의 本性속에 내재하여 있는 正義의 感覺 내지 正義의 德이 正義의 法の 원천이라고 생각한다. 不義를 보았을 때 느끼는 正義의 感情, 교환적 정의가 파괴되었을 때 느끼는 憤怒가 곧 正義의 法이 등장하게 되는 계기라고 생각한다.¹²⁾

이상을 요약하면 交換的 正義는 시장가격기구작동의 전제가 되므로 경제적 효율성 실현에 직접 기여한다. 그러한 의미에서 정의의 추구하고 효율의 추구는 相互 矛盾하지도 相互 緊張하지도 않는다. 相互作用하면서 자원과 재화의 희소성 극복이라는 社會的 共同善을 결과하고 있다고 보아야 한다. 그러한 의미에서 교환적 정의는 효율이다.

IV. 配分的 正義와 效率

우리가 살고 있는 사회의 資源과 財貨의 稀少性 때문에 불가피하게 등장하는 또 하나의 문제는 이 제한된 자원과 재화를 누구에게 얼마만큼 配分하는 것이 正義로운가 하는 문제이다. 이 문제가 바로 경제학에서는 所得分配의 公正性의 문제로 등장하고 법학에서는 配分的 正義의 문제로 등장한다.

제한된 자원과 재화를 어떠한 기준과 원칙을 가지고 어떻게 배분하는 것이 정의로운가, 「各人에게 各人の 것」을 보장하는 것이 正義라고 할 때 「各人の 것」 내지 「各人の 몫」을 어떻게 확정할 것인가 하는 문제가 바로 여기서 논하는 배분적 정의의 문제가 된다.

配分的 正義의 문제를 논하는 데는 두 가지 과제로 나누어 접근하는 것이 바람직하다. 첫째는 무엇이 바람직한 配分的 正義의 모습인가이다. 어떠한 配分基準과

12) 좀더 구체적으로 이야기하면 아담 스미스는 특히 中立的인 第3者(impartial spectator)가 느끼는 同感(sympathy)에서 正義의 源泉을 찾는다. 예컨대 길에서 어떤 사람이 이유없이 구타를 당하는 경우 이러한 不義를 보았을 때 당사자가 아니라 中立的인 第3者가 느끼는 분노, 즉 입장을 바꾸어 놓고 생각할 때(피해자와 가해자의 입장에 동시에 놓고 생각할 때) 느끼는 同感的 憤怒에서 正義의 發生의 源泉을 찾는다. 운동시합 중 경기규칙을 지키지 않는 것을 중립적인 관중이 보았을 때 느끼는 분노의 감정도 마찬가지로 정의발생의 계기라 하겠다.

아담 스미스 著, 앞의 책, 제2부 참조.

原則을 가지고 자원과 재화를 배분할 때 配分的 正義가 실현되었다고 볼 것인가이다.

둘째는 바람직한 配分的 正義의 모습을 어떻게 實現시킬 것인가이다. 배분적 정의의 기준과 원칙이 정해진 후 어떤 政策的 手段을 가지고 이를 달성할 것인가이다. 예컨대 經濟政策이 보다 효과적 수단인가 아니면 法政策이 보다 효과적 수단인가이다. 전자는 配分的 正義의 基準設定의 문제이고 후자는 配分的 正義의 實現方式에 대한 문제이다.

우선 前者 즉 基準設定의 문제로부터 시작하자. 어느 기준과 원칙을 가지고 자원과 재화를 배분하였을 때 우리는 배분적 정의가 실현되었다고 볼 수 있을까? 각인의 사회에 대한 功勞 내지 寄與度인가? 아니면 各人の 생활을 위한 必要度인가? 아니면 各人の 사회적 身分 내지 地位인가? 어느 기준에 의하여 배분할 때 우리는 배분적 정의가 실현되었다고 볼 수 있는가?

그리고 그때의 상황은 경제적 효율과는 어떠한 관계가 성립하는가? 배분적 정의와 경제적 효율과는 상호 모순과 긴장의 관계인가 아니면 앞의 교환적 정의의 경우와 같이 상호 협력과 상호 지지의 관계인가?

이들 문제를 분석하기 위하여 우리는 인간의 社會經濟的 相互作用 내지 社會經濟的 活動(socio-economic interaction or activity)을 아래와 같이 (1) 市場이 작동하는 경우(when market works)와 (2) 市場이 작동하지 않는 경우(when market does not work)의 2가지 경우로 나누어 생각하도록 한다. 왜냐하면 어느 경우에 속하느냐에 따라 배분적 정의의 판단기준도 달라지고 정의와 효율과의 관계도 달라지기 때문이다.

1. 市場이 작동하는 경우의 配分的 正義

시장이 작동하는 경우 그 중에서도 競爭的 市場機構가 작동하는 경우 그 시장적 결과(所得分配)에 대하여는 그 시장적 결과가 어떠한 내용이든지 配分的 正義에 反한다고 주장할 수 없다. 경쟁적 시장에서 당사자간의 자유로운 거래행위의 결과 나타난 소득분배에 대하여는 배분적 정의에 合致한다고 까지는 주장하지 않는다 하여도 적어도 配分的 正義에 反한다고 주장할 수는 없다고 생각한다. 그 이유는 다음과 같다.

첫째, 우선 지적할 수 있는 것은 과연 競爭的 市場秩序下에서의 所得分配에 대하여 配分的 正義에의 합당여부를 논할 수 있는가하는 근본적이고 철학적인 문제의 제기이다. 이론적으로 볼 때 본래 正義란 人間の 意志的 내지 意圖的 行爲와 관련 하여서만 논할 수 있는 개념이다. 인간의 의지가 들어간 어떤 행위가 그리고 인간의 의도가 들어가 인간이 만든 어떤 제도가 정의로운가 아니한가는 논할 수 있으

나, 人間의 意志나 意圖가 전혀 들어가지 않은 현상, 예컨대 自然的 現象과 같은 것에 대하여는 正義나 아니냐를 논할 수는 없다. 예컨대 가뭄이 심한 지역에서 비가 오는 것이 대단히 바람직하고 좋은 일인 것은 틀림없으나 비가 오는 것을 정의롭다거나 정의롭지 않다고 이야기할 수는 없다.¹³⁾

自然現象뿐 아니라, 비록 人間의 行爲(혹은 행위의 결과)라 할지라도 意圖되지 않은 행위(혹은 행위의 결과)에 대하여도 正義와 不正義를 논할 수 없다고 본다. 예컨대 태어날 때부터 身體的 缺陷을 가지고 태어난 경우(부모의 의도나 不注意가 없는 경우) 우리는 정의나 부정의를 논할 수 없다. 물론 出産 그 자체는 분명히 인간의 행위(혹은 행위의 결과)이나 신체적 결함이란 결과에는 인간의 의도가 전혀 개입되어 있지 않았기 때문이다.

그런데 市場이란 秩序는 분명히 인간과 인간이 相互關係하면서 만들어 내는 질서인 것은 사실이나 이 시장적 질서는 특정 인간이 의도적으로 만들어 낸 질서는 아니다. 「國家」나 「政府」와 같이 계획되고 의도된 질서가 아니라, 「社會」 혹은 「自然村落」과 같이 자연발생적 내지 自生的으로 生成되는 질서이다. 마치 言語의 文法과 같이 오랜 기간 인간들이 사용하면서 저절로 形成發展되어 온 질서이다. 그렇다면 市場的 秩序가 만들어 내는 市場的 結果(소득분배)에 대하여 정의나 아니냐를 논하는 것은 原理的으로 문제가 있다고 하지 않을 수 없다.

市場이란 누가 단일한 特定目的을 가지고 만든 질서가 아니다. 시장이란 單一目的 혹은 공동목표 없이도 사람들이 각자가 각자의 個別目的을 가지고 자유롭게 참여하지만 서로의 자발적 거래와 교환을 통하여 相互利得이 되는 시장적 결과를 만들어 내는 平和的이고 自生的 協力秩序이다.

自發的 去來와 交換이 궁극적으로 사회에 어떠한 이익이 되는가 하는 공동목표에 대하여 참여자들이 반드시 同意할 필요도 認知할 필요도 없다. 아니 개별적 거래와 교환의 累積的 最終結果가 사회전체에 어떤 영향을 미치는지에 대하여는 실은 어느 누구도 알기 어렵고 알 수도 없다.

뿐만 아니라 去來의 상대방이 어떠한 目的을 가지고 거래에 임하는지를 알 필요도 그 개별목적에 同意할 필요도 없다. 각자는 타인의 목적을 위하여서가 아니라 각자의 自己目的을 위하여 충실하게 움직이지만 그 결과는 다른 시장참여자의 個別目的에 기여한다는데 시장질서의 특징이 있다.¹⁴⁾

13) 이 점을 가장 명쾌하게 주장하고 있는 학자는 하이에크이다. F. A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, Routledge and Kegan Paul, 1982, 특히 volume 2: *The Mirage of Social Justice*를 참조하라.

14) 아담 스미스는 다음과 같이 이야기하고 있다. “모든 動物의 경우는 각 個體가 일단 성숙하면 완전히 獨立한다. 그러나 人間은 거의 끊임없이 同胞의 도움을 필요로 한다. 그러나 동포의 慈愛心에 호소하여 도움을 구하는 것은 소용이 없는 것이다. … 동포의 利

그리고 다시 강조하지만 그러한 질서가 특정인에 의하여 고안된 것도 의도된 것도 아니고 오로지 여러 사람들의 자발적 행위의 결과로 저절로 형성된 자생적 질서라는 점이다. 市場秩序가 作爲的 秩序 혹은 意圖된 질서가 아니라 自然發生的이고 自生的 秩序이기 때문에 시장적 결과에는 특정인의 의도가 들어갈 수 없다. 따라서 인간의 의도가 들어가지 아니한 행위의 결과에 대하여 正義로운가 아닌가를 논하기 어렵다.

다만 끝으로 주의 할 것은 이상의 주장은 「競爭的인 市場秩序」를 전제하고 한 이야기라는 점이다. 시장질서가 競爭的이 아니고 獨占的이 되면 시장적 결과(가격이나 소득분배)에 대하여 獨占者의 意圖가 작용하기 시작한다. 시장질서의 自生性이 약화되고 作爲性이 강화되기 시작한다. 이렇게 되면 아무리 시장질서의 결과라 하여도 우리는 그 결과가 배분적 정의에 합당한가 아닌가를 하는 문제를 따져야 한다. 즉 경쟁적 시장의 경우와는 달리 독점적 시장의 경우에는 그 시장적 결과에 대하여 배분적 정의에 反한다는 주장을 얼마든지 할 수 있다.

물론 대부분의 시장질서는 경쟁적이기 때문에 독점적 시장질서의 경우는 예외적으로 취급하여야 하겠지만 위와 같은 質的 差異가 있다는 사실만은 확실히 해 둘 필요가 있다.

둘째, 우리가 시장질서의 결과에 대하여는 正義나 不正義냐를 논할 수 없다는 앞의 주장을 받아들이지 않는다 하여도 경쟁적 시장질서의 市場結果(소득분배)는 公利主義的 正義論(공리주의적 배분적 정의론)의 주장에 상당히 접근하기 때문에(비록 완전히 일치하지는 않지만) 競爭的 市場秩序의 결과는 配分的 正義에 反한다고 볼 수 없다.

주지하듯이 개인의 철학과 가치관에 따라 배분적 정의의 기준은 얼마든지 다를 수 있다. 예컨대 어떤 사람은 소득분배에 있어 寄與度에 따른 배분을 정의롭다고 할 것이고 다른 사람은 必要度에 따른 배분을 정의롭다고 할 것이다.

筆者는 배분적 정의에 대한 여러 주장 중에서 市場에의 功勞 내지 寄與度, 환언하면 生産性(예컨대 노동생산성과 자본생산성 등)에 따른 소득배분을 정의롭다고 주장하는 公利主義的 正義論이 가장 합리적이라고 생각한다.¹⁵⁾ 공리주의적 정의론

己心에 호소하여야 한다... 즉 내가 원하는 것을 나에게 주시오. 그러면 당신이 원하는 것을 드리겠습니다... 우리가 우리의 食事を 기대하는 것은 푸줏간, 술집, 빵집의 慈悲心에서가 아니라 그들 자신의 利益에 대한 자신들의 考慮에 기대하는 것이다... 우리는 그들에게 우리의 필요에 대하여 이야기하지 않고 그들 자신의 이익에 대하여 말하는 것이다”

Adam Smith, *Wealth of Nation*, 國富論(上), 최임환 역, pp. 12-3.

- 15) 이와 관련하여 존 스튜어트 밀의 다음과 같은 주장에 동감한다. “正義의 諸 原理間의 대립(예컨대 기여도나, 필요도나, 아니면 신분이나 등)의 문제는 「社會的 效用」의 관점으로부터 밖에 해결할 수 없다” “여러 민족 여러 개인들은 각자 나름의 정의관을 가지

이 가장 합리적인 배분적 정의론이라고 생각하는 주된 이유는 공리주의적 정의론만이 「勤勉과 努力에 대한 합리적인 誘引體系」를 제공할 수 있기 때문이다.

왜냐하면 시장에서의 寄與度에 따라 소득을 분배하여야 보다 높은 소득을 얻으려는 개개인의 利己心과 競爭心을 자극할 수 있다. 각자가 자기의 寄與度(생산성)를 높이려 스스로 새로운 技術도 배우고 현장에서의 技能訓練에도 보다 熱意를 가지고 임할 것이다. 이러한 경쟁적 노력들은 결국 效率性의 제고, 國富의 증대 등 사회적 共同善을 결과할 것이다.

그러나 예컨대 경제적 必要度나 혹은 사회적 身分에 따라 소득을 분배한다면 많은 사람들은 일을 열심히 배우려 하지도, 열심히 하려고 하지도 않을 것이다. 그 결과 경제와 사회발전은 後退할 것이다.¹⁶⁾

요컨대 어느 시대, 어느 사회나 그 사회를 보다 발전시키려면 「勤勉과 努力에 대한 올바른 誘引體系(incentive system for work and effort)」를 갖추어야 한다. 그런데 결국은 개인의 이기심과 경쟁에 의지하는 公利主義的 誘引體系가 가장 강력하고 합리적이라고 본다.

그 외에도 다음과 같은 몇 가지 유인체계를 생각해 볼 수는 있으나 이들은 한결 같이 모두가 非合理的이다. 첫째로 利他心에 의지하는 유인체계를 생각해 볼 수 있으나 이의 효과는 일시적으로 기대할 수는 있으나 多數의 사람들에게 長期的으로 기대할 수 없다. 둘째로 集團의 忠誠心에 의지하는 유인체계를 생각해 볼 수 있으나 이 또한 少數集團에는 단기적으로 적용될 수 있을지 모르나 사회 전체의 적용

고 있다. 아니 한 개인에 있어서도 지지하는 정의의 원리가 반드시 동일하고 일관성 있는 것은 아니다. 때에 따라 감정에 따라 얼마든지 달라질 수 있다. 이러한 혼란을 벗어나는 유일한 길은 社會全體의 效用의 관점에서 생각하는 것이다” John Stuart Mill, *Utilitarianism in "The Philosophy of John Stuart Mill"* ed. Marshall Cohen, Modern Library, 1961, pp. 386-391

이와 같이 존 스튜어트 밀은 배분적 정의의 제원리 중 사회적 효용을 가장 높일 수 있는 원리의 채택을 주장하고 있다. 그렇기 때문에 결국 그도 경제적 필요도나 사회적 신분에서 따른 배분보다는 실제의 功勞나 寄與度에 따른 배분이 보다 합리적인 배분원리이라고 생각하고 있다.

- 16) 高所得을 위한 競爭에는 경쟁 나름의 폐해와 부작용이 있는 것도 사실이다. 그러나 다음의 존 스튜어트 밀의 지적을 들어 보라. “물론 競爭에는 불편함이 있다. 사회주의자들이 이야기하듯이 경쟁은 같은 직업에 근무하는 자들 사이에 猜忌와 敵意의 원천이 될 수도 있다. 그러나 경쟁이 그 나름의 고유의 弊害를 가지고 있지만 그러나 동시에 그것은 더 큰 弊害를 막을 수 있다는 사실을 간과해서는 안 된다. ... 사회주의자들의 일반적 誤謬는 인간의 生來의 게으름, 消極性, 習慣의 노예가 되기 쉬운 경향, 한번 선택하면 그것을 지속시키려는 傾向등을 과소평가 내지 간과하는 것이다. ... 경쟁은 進歩를 위한 최선의 자극제는 아닐지라도 현재로서는 아니 가까운 장래까지도 진보를 위하여 不可缺少한 刺戟劑가 될 것이다. 사람들은 경쟁자가 존재하지 않는 한 자신들의 습관을 바꾸어 새로운 生産方式을 택하려 노력하지 않기 때문이다.”

John Stuart Mill, *Principle of Political Economy*, University of Toronto Press, 1965, pp. 794-795.

은 어렵다. 셋째로 물리적 強制를 수반하는 유인체제도 생각할 수 있으나 이는 시대역행적이다.

결국 개인의 利己心 내지 自己愛에 의지하여 시장에서의 功勞 내지 寄與度에 따른 소득배분의 원칙이라는 공리주의적 유인체제가 가장 합리적이다. 이 유인체제만이 效率性和 國富의 증대라는 公的 利益과 高所得의 추구라는 私的 利益의 동시달성이 가능하고 두 목표의 합리적인 조화가 가능하기 때문이다.

물론 뒤에서 보겠지만 시장자체가 작동할 수 없는 경우에는 功利主義的 正義觀은 바람직한 배분적 정의론으로서 限界에 부딪친다. 시장자체가 作動하지 않으면 寄與度 이외의 別途의 배분적 정의기준이 필요하게 된다.

지금까지는 왜 功利主義的 正義觀이 합리적인가를 보았다. 그러면 다음은 왜 경쟁적 시장에서의 소득분배가 공리주의적 정의론에 接近한다고 보는가, 兩者가 완전一致하지는 않지만 왜 상당히 접근한다고 보는가 하는 문제를 분석해 보도록 하자.

엄밀하게 분석하면 競爭的 市場秩序의 시장결과로서의 所得分配은 두 가지 부분으로 구성된다. 하나는 市場에의 寄與度를 반영하는 부분과 다른 하나는 순수한 運(luck)과 偶然을 반영하는 부분으로 구성된다. 前者는, 즉 시장에서의 기여도란 생산성을 의미하고 높은 기여도는 소비자의 만족도의 제고로 나타난다. 따라서 需要者(소비자)를 많이 만족시킨 상품이 高價로 팔리고, 需要者(기업)를 많이 만족시킨 재능과 기술이 높게 평가되고 이들의 소유자에게 高所得이 배분된다.

이 시장에서의 기여도를 반영하는 부분은 분명히 공리주의적인 정의의 원칙과 일치하는 부분이다. 그러나 경쟁적 시장에서의 소득분배에는 이러한 시장에서의 기여도를 반영하는 부분 이외에 순수한 運과 偶然을 반영하는 부분이 존재한다. 아무리 많은 노력을 하여도 경쟁적 시장에서는 예측할 수 없는 우연한 이유로 성공할 수도 있고 실패할 수도 있다.

환언하면 많은 노력이 市場에서 消費者들에 의해 정당히 평가받는 경우도 있고 전혀 무시당하는 경우도 있다. 시장에는 본래 예측할 수 없는 변동이 얼마든지 일어날 수 있어 挫折되는 경우도 있고 成功하는 경우도 있다. 市場的 結果에는 幸運이라는 것이 努力과 재주만큼 중요한 역할을 하는 경우도 얼마든지 있다.

그러나 이러한 행운과 우연이 실제로 소득분배에 있어 중요한 역할을 한다고 하여도 운과 우연의 결과를 가지고 正義나 不正義냐를 논할 수는 없다. 적어도 運과 偶然이 작용할 수 있는 가능성이 모든 사람들에게 同一한 確率로 열려 있는 한, 운과 우연의 결과에 대하여 정의롭다거나 아니하다거나를 주장할 수는 없다고 생각한다.

競爭的 市場의 결과로서의 所得分配에서 이렇게 운과 우연이 작용하는 부분을 빼면 결국 남는 것은 市場에의 寄與度 부분이고 이 부분은 이미 앞에서 본 바와

같이 功利主義的 正意의 기준과 일치한다. 따라서 경쟁적 시장질서의 시장적 결과로서의 소득분배는 배분적 정의에 反한다고 볼 수 없다.¹⁷⁾

끝으로 두 가지 注意할 것이 있다. 첫째는 여기서도 우리의 주장은 시장질서가 競爭的인 경우에 限한다는 사실이다. 경쟁적 시장의 경우에 한하여 소득분배는 시장에의 기여도에 따라 결정된다. 환언하면, 각각의 生産要素의 限界生産性에 따라 결정된다. 즉 賃金所得은 노동의 한계생산성에 따라 결정되고 利子所得은 자본의 한계생산성에 의하여 결정된다. 반면에 경쟁적이 아닌 시장의 경우 예컨대 獨占市場의 경우에는 供給者가 시장가격에 영향을 미칠 수 있어서 獨占所得은 반드시 기여도를 반영하지 않을 수도 얼마든지 있다. 따라서 독점시장의 경우의 소득분배는 공리주의적 배분적 정의에 맞다고 볼 수 없다.

따라서 시장이 존재하고 작동하는 경우에는 시장의 경쟁성을 높이는 노력(예컨대 政府의 競爭政策 : competition policy)이 그 사회의 配分的 正義를 높이는 노력이 된다. 요컨대 市場에서의 競爭의 正義(justice of competition)를 높이려는 노력이 그대로 배분적 정의를 높이려는 노력이 된다.

둘째는 市場에의 參與機會가 모두에게 平等하게 열려 있어야 우리는 그 시장적 결과가 배분적 정의에 접근한다고 주장할 수 있다는 사실이다. 시장에의 참여 자체에 差別이 있는 경우 예컨대 女性の 勞動市場에서의 雇傭差別 등의 경우에는 그 시장적 결과(노동소득분배)는 결코 배분적 정의에 맞다고 볼 수 없다. 資本市場에서의 差別의 경우에도 마찬가지이다. 예컨대 大企業과 中小企業간에 대출조건, 대출 이자율 등에 차별이 심한 경우 그 시장적 결과(자본소득분배)는 배분적 정의에 맞다고 볼 수 없다.

따라서 競爭政策 이외에도 정부의 시장에서의 「參與機會의 平等化」(equality of opportunity : 예컨대 영세민이나 장애인에 대한 교육훈련기회의 확대, 여성과 노인 차별의 금지, 중소기업에의 자금지원강화 등)노력은 그 사회의 배분적 정의를 높이기 위한 대단히 중요한 정책과제가 된다.

2. 市場이 작동하지 않는 경우의 配分的 正義

시장이 작동하지 않는 경우는 두 가지 경우로 大別할 수 있다. 하나는 市場化 자체가 불가능한 경우이다. 즉 시장성립 자체가 불가능한 경우이다. 예컨대 個人의 身體나 人格, 生命 등의 경우를 들 수 있다. 奴隸制를 인정하지 않는 한 개인의 신체나 인격이 거래의 대상이 될 수 없다. 생명도 마찬가지이다. 이러한 경우의 배분적

17) 이 표현은 사실 대단히 소극적인 표현이다. 運과 偶然이 작용하는 부분을 무시하고서 「경쟁적 시장」하에서의 소득분배는 正義롭다(배분적 정의에 합치한다)고 주장해도 실은 크게 무리한 주장은 아니라고 본다.

정의의 기준은 絶對 平等이다. 개인에 따라 인격과 생명 등에 차별적 대우가 있을 수 없다. 이런 경우에는 法 앞에서의 絶對 平等이 올바른 배분적 정의이다.

다른 하나는 市場은 성립하지만 正常的 市場機能이 작동하지 않는 경우이다. 예컨대 찌는 듯한 사막에서 물을 충분히 가진 旅行者와 물을 전혀 가지지 못한 旅行者 간의 물을 팔고 사는 去來를 생각해 볼 수 있다. 물의 價格이 결코 정상적으로 공정하게 결정될 수 없고 그 결과 소득분배가 공정할 수 없다.

또 다른 극단적인 예로 生活이 아니고 生存 自體를 위협받고 있는 極貧者의 경우의 勞動供給을 생각할 수 있다. 생계유지의 여타수단은 全無하고 생존자체를 위하여서는 어떤 조건에서든 자신의 노동을 팔 수밖에 없는 경우의 임금결정을 생각할 수 있다. 이런 경우 勞動市場은 성립하지만 시장에서의 이 極貧者의 賃金交渉力은 전무하기 때문에 그러한 상황에서 결정된 임금수준은 배분적 정의에 심하게 반하게 된다. 아니 시장에 맡기는 경우 正常的 交渉力의 발휘 자체가 불가능하기 때문에 임금은 시장의 기여도(생산성)를 반영하지 못하고, 최소한의 생존을 위한 最低水準에서 결정될 것이다.¹⁸⁾

이렇게 정상적 시장작동이 어려운 경우에는 소위 人間的인 삶을 위한 社會的 最低水準(social minimum)이 무엇인가를 결정하여야 하고, 시장적 결과를 기다리지 말고 이 수준을 國家가 보장하는 것이 배분적 정의에 맞게 된다. 통상 이 사회적 최저수준이 最低賃金決定의 기준이 되어야 하고 각종 社會保障給付의 최저수준이 되어야 한다.

그러면 이 社會的 最低水準과 經濟的 效率性과는 어떠한 관계가 성립하는가? 아주 낮은 수준에서는 사회적 최저수준을 높이는 것은 경제적 효율성과 正의 關係가 된다. 즉 최저수준을 높이면 효율성도 함께 올라간다. 예컨대, 어떤 노동자의 교섭력이 거의 전무하여 생계유지가 어려운 아주 낮은 수준에서 결정된 시장임금이 있다고 하자. 이 시장임금을 最低賃金制의 도입 등을 통하여 올리면 소위 高賃金の 經濟(economy of high wage)가 작동하여 노동자들의 勞動生産性도 함께 오르게 된다.¹⁹⁾ 그 결과 효율성도 올라간다.

그러나 최저임금수준을 社會的 適正水準 이상으로 올리면 오히려 효율성을 해치게 된다. 즉 이 때부터는 사회적 최저수준과 효율성과는 否의 關係가 성립하게 된

18) 이런 경우에는 임금은 노동의 需要價格(demand price)인 한계노동생산성에서 결정되지 않고 노동의 供給價格(supply price)인 최저생계비수준에서 결정되고, 노동의 수요가격은 고용수준을 결정하는 원리로 작용한다. 경제개발 초기에 低開發國의 노동시장이 이와 유사한 경우가 많다. 무작정 농촌에서 탈농한 노동력이 도시로 대량 몰리는 경우 도시의 노동시장에서의 임금결정은 노동의 공급가격, 즉 「농촌에서의 소득수준+알파(都農間 최저생계비차이의 보충분)」정도의 수준에서 결정된다.

19) 高賃金の 經濟란 임금수준을 높이면 근로자들에게 動機誘發이 되고 成就欲求가 높아져 노동생산성이 증대함을 의미한다.

다.

한 마디로 사회적 최저수준을 조금씩 높이는 경우 일정한 社會的 適正水準(social optimum level)까지는 최저수준과 효율성은 無矛盾의 關係, 相依相生의 關係, 端正의 關係가 성립하나 사회적 적정수준 이상으로 최저수준을 높이면 양자는 相互矛盾의 關係 相互葛藤의 關係, 즉 否의 關係가 성립하게 된다.²⁰⁾ 오늘날 유럽 선진국에서 소위 福祉病은 바로 이 社會的 最低水準이 정치적 이유로 인하여 사회적 적정수준을 넘는 높은 수준에서 장기간 지속되기 때문에 발생한다. 이들 나라에서는 높은 사회적 최저수준이 경제적 효율성을 해치는 구조적 요인으로 작용하고 있다.

다음으로 시장이 정상적으로 작동하지 않을 때의 배분적 정의의 기준이 되는 이 社會的 最低水準은 어떻게 결정하는 것이 바람직한가 하는 문제를 보도록 하자. 물론 사회적 최저수준을 결정할 때의 가장 중요한 개념은 人間的 삶을 영위하기 위한 최저수준의 必要度가 된다.

이 必要度를 어느 수준으로 볼 것인가는 시대에 따라 사회에 따라 크게 달라진다. 中世 農耕時代에서의 社會的 最少限은 近代 産業化時代의 사회적 최소한과는 크게 다르다. 또한 국가와 사회에 따라 달라진다. 그 국가, 그 사회의 지배적 價値觀, 傳統, 國民意識 등에 의하여 사회적 최소한은 달라진다. 예컨대 個人主義와 자유주의적인 가치관과 전통이 강한 사회와 集團主義와 사회주의적인 국민의식이 강한 사회 사이에는 社會的 最少限의 수준에 큰 차이가 있을 수밖에 없다. 당연히 前者의 경우의 사회적 최소한이 後者의 경우보다 크게 낮을 것이다.

결국 이 社會的 最低水準을 결정하는 것은 그 사회구성원들이 가지고 있는 社會的 同感(social sympathy)이라고 보아야 한다. 개개인의 입장에서가 아니라 사회전체의 효용 내지 이익이라는 입장에서 생각할 때 어느 수준을 적정하다고 보는가가 최저수준에 대한 사회적 동감을 형성하고 그 내용이 곧 그 사회의 社會的 最低水準, 즉 配分的 正義의 기준을 결정한다. 한 마디로 배분적 정의의 기준이 되는 최저수준은 역사적 사회적으로 결정되는 바, 그 결정원리는 그 시대 그 사회 구성원들이 가지고 있는 사회적 동감이라는 것이다. 따라서 시장이 작동하지 않는 경우의 배분적 정의론으로서 존 스튜어트 밀의 同感正義論이 타당하다고 생각한다.²¹⁾

20) 여기서 이야기하는 社會的 適正水準이란 어느 수준이어야 하는가? 이를 구체적 수치로 特定化하기는 쉽지 않다. 그러나 이론적으로 이야기하면 社會的 最低水準을 높여서 제고된 配分的 正義로 인해 국민들이 느끼는 추가적 滿足(한계이익)과 최저수준을 높여서 불가피하게 감소되는 效率때문에 국민들이 부담해야 하는 추가적 苦痛(한계비용)이 일치하는 수준이 사회적 적정수준이다.

21) 아담 스미스의 同感正義論과 존 스튜어트 밀의 同感正義論은 일견 유사한 것 같으나 실은 큰 質的 차이가 있음에 유의해야 한다. 아담 스미스의 동감정의론은 不義를 보고 느끼는 憤怒 중에서 中立的인 第三者(impartial spectator)의 同感을 받아 낼 수 있는 범위내의 분노가 정의의 기초라고 본다. 이

다만 여기서 주의할 것은 최저수준을 결정하는 사회적 동감을 형성하는 요인은 複雜多岐하고 여러 요인들이 복합적으로 작용하기 때문에 社會的 同感의 客觀化 내지 特定化가 어렵다는 점이다. 환언하면 배분적 정의의 객관화 내지 특정화에는 큰 費用이 든다는 것을 의미한다. 그러면 어떠한 비용이 들까?

市場이 작동하지 않는 경우의 配分的 正義의 特定化費用은 크게 나누어 두 부분으로 생각해 볼 수 있다. 하나는 情報費用이다. 그 사회구성원들의 가지고 있는 개별적 동감수준에 대한 微視情報를 찾아 이를 수집하는데 드는 비용이다. 다른 하나는 行政費用이다. 모은 미시자료를 토대로 하여 사회적 동감수준을 확정하고 이를 집행하는데 드는 비용이다. 결국 최종적으로는 國家가 이 사회적 동감수준을 정하여야 하고 이를 시행(예컨대 최저임금제의 시행)하여야 한다. 그래야 배분적 정의가 실현될 수 있다.

그런데 여기서의 이 行政費用은 단순한 경제적 비용에만 국한된다고 보아서는 안된다. 國家의 介入에는 항상 個人의 自由가 제한되는 비용이 발생하고 이 비용이 경제적 비용 못지 않게 클 수 있다는 사실을 잊어서는 안된다.

따라서 시장이 작동하지 않는 경우에 배분적 정의를 실현하려면 적지 않은 비용이 든다고 볼 수 있다. 이 배분적 정의실현 비용의 주요내용으로는 (1) 결정된 사회적 최저수준이 경제전반의 效率성에 미칠 否의 效果와 (2) 사회적 최저수준을 결정하는데 드는 情報費用 그리고 이를 시행하는 行政費用은 물론 (3) 특히 개인의 자유 내지 선택의 제한이라는 政治的 費用 등을 생각할 수 있다.

물론 배분적 정의는 어느 사회든 「사회전체의 共同善」을 위하여 반드시 실현되어야 한다. 개인 속에 있는 社會性的의 완성을 통한 「個人의 完成」을 위하여서도 배분

때 중립적인 제3자는 가해자와 피해자의 입장에 자신을 놓고, 소위 想像上의 立場轉換(imaginary change of situation)을 한 후, 그 분노가 적정한가 아닌가를 판단하게 된다. 여기서 그 분노가 적정하다고 판단이 되면 그 분노는 정의가 된다. 따라서 아담 스미스의 동감정의론에서는 公利主義的인 요소는 全無하다. 憤怒가 公益에 이롭다든가 아니라든가 하는 고려는 전혀 없다. 다만 분노가 제3자가 수긍할 수 있는 분노인가 아닌가가 문제이다.

반면에 존 스튜어트 밀의 同感正義論은 우선 정의의 관념 속에서 있는 感情的 요소와 道德的 요소를 구별한다. 그리하여 前者는 效用이나 公利와 관계가 없으나 後者는 이들과 관계가 있음을 강조한다. 그리고 不義를 볼 때 느끼는 憤怒 그 자체는 극히 자연적 감정일 뿐이고 도덕적 요소는 전혀 없다고 본다. 다만 그 분노에 대하여 社會的 同感(social sympathy)이 형성되면 비로소 그 분노는 道德的 要素를 가지게 되고 정의가 된다. 이 때 사회적 동감은 그 분노가 社會的 價値 내지 사회적 효용을 가질 때 형성된다. 個人의 善이 아니라 社會的 善과 합치할 때 비로소 정의의 감정은 사회적 동감을 얻어 道德化(moralization)가 이루어진다고 주장한다. 따라서 존 스튜어트 밀의 경우의 사회적 동감 속에는 社會的 利益과 社會的 效用에 대한 고려를 우선하는 功利主義的 요소가 크게 작용한다. 이 점이 아담 스미스의 동감정의론과의 질적 차이이다.

아담 스미스著, 앞의 책, 제2편을 참조하라.

John Stuart Mill, 앞의 책, pp. 381-383을 참조하라.

적 정의는 반드시 실현되어야 한다. 그러나 正義가 아무 費用負擔없이 얻을 수 있는 것은 아니라는 사실도 함께 고려하여 適正水準의 정의실현을 목표로 하는 것이 바람직하다고 본다.

끝으로 남은 중요문제는 사회적 동감에 기초하여 배분적 정의의 기준을 확정한 후 이를 어떠한 정책수단으로 실현시키는 것이 바람직한가 하는 문제이다. 한 마디로 「配分的 正義의 實現方式」에 대한 문제이다. 예컨대 사회적 최저수준에 대한 社會的 同感 내지 合意가 있다고 할 때, 그리하여 바람직한 배분적 정의의 모습이 드러났다고 할 때, 이를 어느 정책수단에 의하여 실현시킬 것인가의 문제이다. 보다 구체적으로 이야기하면 經濟政策의 수단을 택할 것인가 아니면 法政策의 수단을 택할 것인가이다.

경제정책의 수단을 택한다면 일반적인 방법으로는 租稅와 補助金제도이다. 高所得者의 소득에 과세하여 그 조세수입으로 일정수준 이하의 영세민들에게 보조금을 지급하는 경우를 생각할 수 있다.

반면에 법정정책의 수단을 택하는 경우에는 예컨대 不法行爲에서 어떠한 責任原理를 선택할 것인가, 過失責任인가 無過失責任인가의 정책선택의 경우를 생각해 볼 수 있다. 工場이 내뿜는 매연으로 인하여 주민들의 피해가 발생하는 公害事件의 경우 과실책임원리를 택하면 공장은 주민에 주는 피해의 일부(無過失 部分)에 대하여는 책임을 지지 않으므로 소득분배효과는 공장에게 유리하게 된다.

반면에 무과실책임원리를 택하면 過失有無에 관계없이 주민들에 주는 모든 피해를 工場이 책임져야 하므로 그만큼 소득분배효과는 주민들 편에 유리하게 된다. 이와 같이 어떤 責任原理를 채택하느냐에 따라 법정정책도 소득분배에 직접 영향을 미칠 수 있고 따라서 배분적 정의의 실현 수단으로 활용될 수 있다.

이상의 두 가지 정책수단 중 어느 것이 보다 效率的인 政策手段인가? 보다 적은 비용으로 바람직한 소득분배효과를 달성할 수 있는가? 법정정책보다는 경제정책이 보다 효율적인 정책수단이라고 생각한다. 그 주된 이유는 經濟政策은 柔軟性을 가지고 있는데 반하여 法政策은 그러하지 못하다는데 있다. 경제정책의 경우는 課稅水準과 對象, 그리고 보조금의 수준과 지급대상을 필요에 따라 그리고 상황의 변화에 따라 얼마든지 細分化·特定化 할 수도 있고 쉽게 변화시킬 수도 있다.

그러나 法政策의 경우에는 그러하지 못하다. 예컨대 住民들이 대부분 영세민들이고 工場을 富者가 소유하고 있는 경우에는 무과실책임원리가 소득분배개선에 기여한다. 그러나 주민들이 대부분 부자들인 지역에 영세사업주의 공장에서 내뿜는 매연의 경우에는 무과실책임원리가 오히려 소득분배의 악화에 기여하게 된다. 後者의 경우에는 無過失責任原理가 아니라 過失責任原理가 소득분배개선에 기여하게 된다. 결국 경우에 따라 지역에 따라 상이한 책임원리를 채택하여야 한다는 결론이 되는

바 이는 法的 安定性을 크게 해하게 된다. 일반적으로 經濟政策의 安定性보다 법적 안정성이 보다 많이 요구되기 때문에 법정책을 통한 소득분배개선 노력은 경제정책을 통하는 경우보다 비효율적인 수단이 된다고 하지 않을 수 없다.

따라서 시장이 작동하지 않는 경우의 배분적 정의의 실현 수단으로는 과세와 보조금제도라고 하는 경제정책수단을 선택하는 것이 보다 바람직하고 법정책을 택하는 것은 옳은 선택이 아니라고 할 수 있다. 이 점을 가장 명쾌하게 주장하는 학자는 폴린스키(M. Polinsky)이고 筆者는 그의 이러한 주장에 대하여 反論을 할 수 없다.²²⁾

V. 맺 는 말

지금까지의 논의를 요약하면 다음과 같다.

22) 폴린스키는 배분적 정의의 문제, 그 중에서도 특히 소득분배의 공정성의 문제는 경제정책에 맡기고, 법정책은 법원칙의 효율성 제고에 초점을 맞출 것을 주장하고 있다. 대단히 간단 명쾌한 주장이다.

本稿는 法政策(법원칙의 선택)의 제1과제로 效率性 提高를 주장하는데 대하여 반대하지 않는다. 다만 이 주장에 대하여는 條件附 受用이 보다 바람직할 것이다.

이와 관련하여 갈레브레씨(G. Galabresi)는 다음과 같이 주장한다. 법제도 내지 法原則은 우선 效率의이어야 하고 자원배분의 효율성 제고에 노력하여야 한다. 그러나 효율성만이 전부일 수는 없다. 효율성을 높이기 위한 제도설계가 나온 후 반드시 正義感의 테스트를 받아야 한다. 법제도의 설계의 목표가 효율성인 것은 바람직하나 효율성을 목표로 한 제도설계가 나온 후에는 반드시 이 새로운 제도가 과연 그 사회의 정의감(our sense of justice)에 합치하는가가 테스트되어야 한다는 이야기이다. 결국 그는 正義에게 마지막 拒否權(veto or constraint)을 주어야 한다고 주장한다.

포즈너(R. Posner)도 유사한 주장을 하고 있다. 그는 많은 경우 정의는 효율을 의미한다고 주장한다. 그러나 정의에는 효율에 대한 관심 이외에도 고려하여야 할 바가 많다. 따라서 아무리 효율적이라도 近代市民社會의 正義感(sense of justice of modern society)을 해치는 것은 불법으로 막고 있다고 주장한다. 예컨대 重罪를 진 자에게 장기의 징역형을 감수하겠는가 아니면 형집행의 정지를 전제로 醫學實驗의 대상이 되겠는가의 선택권을 주는 것은 법이 명백히 막고 있다. 선택권을 주는 것이 보다 효율적일지 모르나 결코 우리의 정의의 감정이 용납하지 않기 때문이다.

법제도가 비록 效率을 지향해야 하다고 하여도, 효율적인 법제도를 채택하기 이전에 반드시 正義에게 거부권행사의 기회를 주어야 한다고 하는 이들의 주장은 분명히 일리가 있다. 그러나 다만 이들도 거부권을 주어야 한다고 하는 사회의 정의감의 內容과 基準이 무엇인지에 대하여는 자세한 논의나 분석이 없다. 앞으로 본격적인 연구가 필요한 과제라고 생각한다.

M. Polinsky, *An Introduction to Law and Economics*, 2nd ed. Little, Brown Co. 1989, pp. 119-127.

Guido Galabresi, *The Costs of Accidents : A Legal and Economic Analysis*, Yale University Press, 1970, pp. 24-26.

Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 4th ed. Little, Brown Co. 1992, p. 27.

1. 외견상 아무 관계가 없어 보이는 개념이지만 법적 정의와 경제적 효율과는 깊은 內的 聯關關係를 가지고 있다. 「대부분의 경우」 효율성이 곧 정의이고, 「모든 경우」 정의가 반드시 전제되어야 효율성이 확보된다. 그래서 兩者는 불가불리의 관계에 있다. 일반적으로 효율성과 정의는 相依相生의 正의 關係에 있다. 즉 보다 정의로운 사회가 효율적이며 보다 효율적인 사회가 정의롭다.

정의와 효율의 이러한 內的 聯關性은 인류가 자원과 재화의 稀少性과 有限性 속에서 살고 있다는 사실에서 기인한다. 자원과 재화의 이러한 희소성과 유한성 때문에 끊임없는 법적 분쟁이 생기고 경제적 교환이 생긴다. 또한 이 희소성과 유한성을 극복하기 위하여 자원과 재화의 「보다 효율적」인 배분과 동시에 「보다 정의로운」 배분을 함께 생각하지 않을 수 없다.

2. 정의와 효율의 관계를 좀더 자세히 보면, 우선 交換的 正義가 전제되지 않으면 經濟的 效率性은 확보될 수 없음을 알 수 있다. 교환적 정의가 없으면 시장질서가 형성되지 못하고 경제적 자유도 성립하지 못한다. 한 마디로 市場價格機具가 작동하지 못한다. 왜냐하면 自由는 항상 秩序를 전제하고 秩序는 正義 없이는 형성될 수 없기 때문이다. 그런데 경제적 자유와 시장질서 없이는 경제적 효율, 즉 파레토 효율은 달성될 수 없다.

따라서 시장가격기구를 통한 경제적 효율의 달성을 위하여서 교환적 정의의 실현은 필수적 전제조건이 된다. 즉 正義(교환적 정의)가 곧 效率이 된다.

3. 逆으로 경제적 효율성이 확보되어야 配分的 正義가 보다 잘 실현될 수 있다. 시장가격기구가 完全競爭市場에 가깝게 效率的으로 작동하여야 비로소 正義로운 소득분배가 실현된다.

시장이 경쟁적이고 효율적일 때 소득분배는 시장의 功勞 내지 寄與度(생산성)를 반영하는 부분과 순수히 運(luck)과 偶然을 반영하는 부분으로 구성된다. 운과 우연이 작용하는 부분에 대하여 正義 與否를 논할 수는 없다. 그러나 소위 市場寄與度를 반영하는 부분에 대하여는 配分的 正義에 합당하다고 주장할 수 있다. 즉 여기서는 效率이 곧 正義(배분적 정의)이다.

4. 우리는 交換的 正義에 관하여는 功利主義的 正義觀에 반대하나 배분적 정의에 관하여는 공리주의적 정의관에 찬성한다. 교환적 정의는 不義를 보았을 때 中立의 第三者(impartial spectator)가 느끼는 憤怒 내지 正義의 感情(第三者의 同感)에 기초하여 있다. 따라서 그 분노가 인간의 생존과 사회유지를 필요하기 때문이라든가 하는 公利的 考慮와는 아무런 관계가 없다. 공리적 고려를 하지 않는데 오히려 교환

적 정의의 價値가 있다.²³⁾ 그러한 의미에서 우리는 교환적 정의에 관한 한 데이브 흄의 效用正義論에 반대하고 아담 스미스의 同感正義論을 지지한다.

반면에 배분적 정의는 예컨대 소득분배의 여러 기준(寄與나, 必要나, 身分이나 등) 가운데 어느 기준과 원칙을 선택할 것인가의 문제이다. 따라서 이 때는 사회전체의 발전과 사회적 효용을 위한다는 관점에서 선택하여야 한다. 즉 公利的 考慮를 하는 것이 바람직하다. 특히 「勤勉과 努力에 대해 충분한 誘引提供」을 할 수 있는 배분적 정의원칙이 확립되어야 한다. 이러한 의미에서 우리는 배분적 정의에 관한 公利的 考慮에 기초한 社會的 同感(social sympathy)을 중시하는 존 스튜어트 밀의 同感正義論을 지지한다.

5. 정의와 효율이 서로 矛盾하고 葛藤하는 관계가 되는 경우도 있다. 이는 「市場이 정상적으로 작동하지 않는 경우」의 배분적 정의와 효율의 관계가 그렇다. 이런 경우 배분적 정의의 기준이 되는 社會的 最低水準(social minimum)이 높아지면 높아질수록 경제적 효율성을 해하기 쉽다. 뿐만 아니라 사회적 최저수준을 높이면 국가의 역할의 증대가 불가피해져 개인의 경제적 자유의 제한이라는 비용도 지불하게 된다.

이와 같이, 시장이 정상적으로 작동하지 않는 경우, 정의와 효율 사이에는 서로 否의 關係가 성립한다. 그러므로 이런 경우에는 사회적 최저수준을 適正水準으로 유지하는 문제, 환언하면 社會的 弱者의 경제적 必要度와 사회전반의 效率과 自由를 조화하는 문제가 중요한 이론적 실천적 과제가 된다.

6. 交換的 正義의 경우, 즉 효율과 정의가 모순하지 않고, 서로 相依相補의 관계가 성립하는 경우, 한 사회의 「효율과 정의를 함께 제고」하기 위하여는 經濟政策과 法政策은 어떠한 내용을 가져야 하는가?

우선 경제정책은 (1) 「競爭的」 시장질서를 확보하고 유지하기 위하여 소위 公正 去來政策, 反獨占政策 등의 經濟秩序政策을 강화하여야 한다. 그래야 정의와 효율이 동시에 제고된다. (2) 시장참여의 機會의 均等化를 위한 각종 지원정책(무상교육, 중소기업지원, 남녀차별금지 등)도 효율과 정의를 동시에 제고하는 정책이 된다. (3) 經濟發展을 위한 노력, 예컨대 기술개발지원정책 등도 효율과 정의를 동시에 높일 수 있는 정책이다. 경제발전을 통하여 國富의 增大가 이루어지면 그만큼 자원과 재화의 희소성이 극복되어 보다 효율적이고 보다 정의로운 사회를 만들 수 있

23) 교환적 정의의 존재이유에는 본래 公利나 效率에 대한 고려가 전혀 없지만, 그 효과 내지 기능면에서 공리나 효율성의 제고에 절대적으로 기여하는 결과를 가져 온다는 사실은 앞의 본문에서 누누히 지적하여 온 바이다.

는 가능성을 열기 때문이다.

법정책으로서 (1) 財産權制度가 확립되어 있어야 하고 효율적인 契約法制가 도입되어 있어야 한다. (2) 회사법, 세법, 국제거래법, 노동법, 금융관계법, 각종 인허가법 등 모든 經濟關聯 法制가 去來費用을 낮추는 방향으로 立法되고 解釋되어야 한다. 이러한 노력들이 강화되면 될수록 그 사회의 정의와 효율은 동시에 제고된다.

7. 配分的 正義의 경우, 특히 그 중에서도 시장이 정상적으로 작동하지 않아서 효율과 정의가 矛盾하는 경우, 兩者가 相互 葛藤하고 對立하는 경우, 효율과 정의를 동시에 제고시키기 위한 경제정책과 법정책의 방향과 내용은 어떠한 것이어야 하는가?

이러한 경우에는 經濟政策은 소득분배의 개선을 위하여, 환언하면 配分的 正義의 제고를 위하여 노력하여야 하고, 반면에 法政策은 보다 「效率的인 法原理」를 채택함으로써 效率性 제고에 노력하여야 한다.

소득분배개선을 위한 경제정책으로는 가장 전형적인 것이 고소득자에 대한 租稅 강화와 저소득자에 대한 政府補助金支給이다. 또한 효율성 제고를 위한 법정책으로는 각종 법제도에서 (1) (예컨대, 새로운 종류의 불법행위에 대하여 과실책임원리와 무과실책임원리 중 어느 하나를 선택해야 할 때, 혹은 새로운 재산권제도의 창출시 共有, 國有, 私有 등 어느 하나를 선택해야 할 때) 보다 「效率的인 法原理」를 채택하거나, (2) 동시에 불필요한 政府規制 등을 대폭 축소함으로써 去來費用의 發生을 最少化하는 노력을 생각할 수 있다.

8. 정의와 효율에 대한 연구와 관련하여, 우리 나라에서 앞으로 해결하여야 할 이론적이며 실천적인 과제가 두 가지 있다고 생각한다.

첫째, 우리 사회는 아직 「交換的 正義의 重要性」에 대한 이해가 대단히 부족하다고 본다. 民主主義와 市場經濟를 이야기하면서도 민주주의와 시장경제의 성립과 발전의 기초가 되는 교환적 정의의 중요성에 대한 이해는 부족하다. 民主主義의 發展을 위해서는, 自由의 法을 지키고 交換的 正義의 원칙을 잘 지켜야 한다는 사실을 外面하는 경향이 있다.

뿐만 아니라 市場經濟의 우월성과 시장경제를 통한 經濟發展을 주장하면서도, 시장경제의 활성화를 위하여서는 法의 支配와 交換的 正義가 반드시 前提되어야 한다는 사실에 대한 이해는 부족하다. 모두가 시장경제발전의 기본조건이 되는 교환적 정의의 준수에는 소홀히 하고 있다. 예컨대, 大企業과 中小企業과의 거래에서, 企業과 勞動組合간의 임금협상에서, 生産者와 消費者와의 거래에서, 政府와 民間간의 거래에서, 交換的 正義가 얼마만큼 지켜지고 있는가 반성할 일이다. 이들 문제를 이론

적 실천적으로 어떻게 풀 것인가? 이는 앞으로 우리 나라에서의 민주주의와 시장 경제의 발전과 관련하여 대단히 중요한 문제라고 생각한다.

둘째, 우리 사회에는 아직 배분적 정의의 기준, 특히 「社會的 最低水準의 合理的인 特定化」노력이 부족하다. 사회적 최저수준에 대한 社會的 共感을 어떻게 만들어 나갈 것인가, 정의와 효율을 조화하는 수준에서 어떻게 만들어 나갈 것인가에 대한 합리적 토론과 노력이 거의 없다. 이를 위한 制度的 장치의 하나가 國會인데, 이 점에서는 國會도 自己機能을 하지 못하고 있다. 대신에 대부분의 경우 이익집단들이 수단방법을 가리지 않고 자신들의 이익만을 극대화하려고 한다. 서로 입장을 바꾸어 놓고 생각하면서 私益을 公益과 조화시키려는 노력은 하지 않는다.

社會的 弱者는 最低水準을 무조건 높이려 하고 社會的 强者는 가능한 최저수준을 낮추려 한다. 서로 이익집단의 논리에만 충실하여 각자의 목소리만을 높여 각자의 이익만을 추구한다.

진정한 민주주의의 발전은 국민 각자가 자신들의 이익만을 주장하는 데서 오는 것이 아니라 公益내지 共同善을 위하여 자신들의 私益을 自制할 수 있는데서 비롯된다는 인식이 크게 부족하다. 한 마디로 우리 나라 민주주의 속에는 多元主義的 價値(pluralistic value)만이 주장되지 共和主義的 倫理(republican ethics)는 거의 존재하지 않는다.

이러한 정치문화 속에서는 민주주의는 결국 이익집단들 간의 무한투쟁이 난무하는 소위 交渉民主主義(bargaining democracy)로 전락하여 버린다. 이 문제를 앞으로 어떻게 풀 것인가? 배분적 정의의 기준을 합리적으로 세우는 制度的 努力을 어떻게 할 것인가? 효율적이면서도 정의로운 사회를 위하여 우리 모두가 반드시 해결하여야 할 이론적 실천적 과제의 하나라고 본다.

Legal Justice and Economic Efficiency

Park, Se-II*

1. This paper is aiming at analyzing the interdependency between legal justice and economic efficiency. This interdependency rises from the fact that we are living in a world of limited resources. The scarcity of resources inevitably requires more efficient and just distribution as well as utilization of resources. If resources were unlimited, neither efficiency nor justice would be a problem of human society.

2. When and where the market system works, there is no conflict between efficiency and commutative justice. Economic efficiency, I. e., Pareto efficiency, is attainable only when the market system is competitively working and the competitive market system is working only when the commutative justice is strictly observed. Thus, the commutative justice is a *sine qua non* for Pareto efficiency.

3. Conversely, the attainment of economic efficiency is a precondition for the realization of distributive justice. Only when market works competitively, the distributive outcome reflects the contribution of each market participant. In other words, individual income matches exactly with her of his productivity. Thus economic efficiency is a prerequisite for distributive justice. In sum, two concepts, efficiency and justice, are highly interdependent and mutually reinforcing.

4. When and where the market system does not work, a conflict between efficiency and justice does appear. In such case, a "social minimum" must be guaranteed to the disadvantaged. However, higher "social minimum" impairs economic efficiency. Therefore, there is a trade off between efficiency and distributive justice.

5. In the Korean society not a few intellectuals who advocate for efficiency and economic development do not appreciate the vital importance of rule of law and commutative justice in the market economy. At the same time, a national consensus for "social minimum" has yet established. Thus, the interest groups tend to compete for bigger slice of pie with little care for the public interest. More respect for justice and rule of law as well as communitarian ethics needed for the better future of Korea.

* Former Professor of Law, Seoul National University