

제목: <원리의 문제 A Matter of Principle> 제12장  
- 부는 가치인가? Is Wealth a Value?

저자: 로널드 드워킨

요약번역자: 이한

일러두기: 문단 번호는 이 12장의 첫문단부터 붙인 것입니다. 괄호 () 안의 의견은 요약번역자의 의견입니다.

1장

1 이 에세이에서 나는 법에 대한 정치 이론 중에서 법에 대한 경제적 분석이라 종종 불리는 것을 검토하고 비판하겠다. 법에 대한 경제적 분석은 (1) 기술적(descriptive)인 부분과 (2) 규범적인 부분으로 나뉜다. 이 이론은 보통법을 해석하는 판사는 어려운 사건을 사회적 부를 극대화하는 방향으로 결정해야 한다고 주장한다.

2 그 이론에 대한 비판자들은 종종 “부 극대화”의 의미를 오해한다. 이 이론에서 말하는 부 극대화는 “파레토 효율성”과는 다르다. 그러니까 “파레토 효율성”을 무식한 법률가들이 어설피고 멍청하게 이해한 것이 “부 극대화”라고 보면서 야이~ 멍청한 놈들이 하고 비판하면 제대로 된 비판이 아니다.

3 기술적·규범적 이론 내에서 부의 극대화란, 사회의 자원이 개인적 잉여의 총합을 가장 크게 하는 방향으로 분배되는 것이다. 여기서 잉여란 기꺼이 지불하고자 했던 돈에서 실제로 지불한 돈을 뺀 것이다. (예를 들어 mp3한개를 사고서 남은 소비자 측의 잉여란 그 mp3에 기꺼이 지불하고자 했던 돈이 30만원인데 18만원에 샀으면 12만원이 잉여가 된다)

4 개념적 어려움 : 대부분의 사람들은 가지지 않은 것에 대하여 기꺼이 내려고 하는 돈과, 이미 가진 것을 교환하고자 할 때 내려는 가격이 다르다.

Case I : 남의 집 잔디가 더 푸르게 보인다 현상 grass is greener. 남이 가진 것을 자기가 가졌을 때보다 더 탐한다. 이 경우 사회적 부 극대화 함수는 내재적으로 불안정하게 된다. A, B라는 두 주체가 있을 때, A로부터 B로 갔을 때 사회적 잉여가 더 늘어나고(B가 훨씬 탐하니), 다시 이 상태에서 B로부터 A로 갔을 때도 이전보다 사회적 잉여가 더 늘어나면(이번엔 또 안가진 A가 더 탐하니) 부 극대화를 위해 그 소유물은 영원히 뽕뽕이를 돌아야 한다. 말하자면 부 극대화는 딱 이 상태다, 하고 정해줄 수 있는 기준이 아니라 뽕뽕이 돌리는 ‘순환 기준’ cyclic standard 가 되어버린다.

Case I : 기득권 효과. 나는 5달러를 내고 참가한 추첨에서 웬블던 관중석 티켓을 따 냈다. 이 경우 나는 50파운드 이하로는 이것을 팔지 않을 것이다. 그러나 내가 애초에 그 티켓을 추첨으로 얻지 않은 상태이고 웬블던 경기를 보고 싶다 하더라도 확실히 20달러 이하로는 내지 않을 것이다.(이러한 사실은 이미 많은 심리학 실험 결과로 누차 확인되었다) 이러한 기득권 효과 때문에 부 극대화는 경로 의존적이 된다. 다시 말해 하나의 사회적 상태가 바람직하다는 단일 기준이 되려면 경로 독립적 path-independent이어야 하는데 이 때문에 쓸모가 많이 없어진다. 일단의 부 극대화를 이뤘다고 제시되는 최종적 분배는 최초 분배 상태가 동일한데서 출발했다 하더라도 그 경로에 따라 심대히 다르게 될 것이어서, 그 당위적

이전 해결책 transfer solution 으로 서로 다른 것을 제안하게 될 것이다.

5 법에 대한 경제적 분석을 지지하는 많은 학자들은 이러한 어려움을 난관으로 받아들이고 있지 않는 것 같다. 합리성 가정으로 기꺼이 내려고 하는 돈과, 팔려고 내놨을 때 거는 돈이 달라지게 만드는 차이를 미리 배제할 수 있고, 또 법의 경제적 분석은 주로 이런 가정이 자의적으로 보이지 않는 기업의 경우를 다루고 있다면서 말이다. 그러나 우리가 그들의 명제를 좀 더 엄밀히 정식화해준다고 해서 그리 문제가 있을 것 같지는 않다. (한마디로 좋은 옷을 일단 입혀놓고 패줄 생각이니, 나중에 허수아비 쓰러뜨리기 논증했다고 징징 짜지 말라는 것이다). 지불하려는 가격 뿐 아니라 교환시 내거는 가격으로 측정된 사회적 부를 이전 해결책이 증가시킬 때(이중적 잉여 증가 조건 충족)에만 부의 극대화가 달성된다고 정의하고, 이 두 기준이 불일치할 때는 사회적 부의 극대화는 불확정적이라고 이야기하면 될 것이다. 불확정적인 경우는 그리 많지 않기 때문에 몇몇 경우에서 사회 개선에 대해 불확정적이라고 한다고 해도 큰 반대를 할 수는 없을 터이니.

6 “파레토 효율성”이라는 우리에게 친숙한 경제학의 개념은 부 극대화와는 매우 다른 것이다. 파레토 효율성은 누구도 나빠지지 않으면서 모두의 상황을 개선시키는 이전이 더 이상 이루어질 수 없는 상태를 달성했다는 말이다. 그런데 이러한 기준은 상당히 광범위한 종류의 상이한 분배 상태를 허용한다. 따라서 이러한 파레토 효율성 개념만으로는 법해석의 기준이 되기에는 너무나 불만족스럽다.

(1) 소의 당사자인 원고와 피고 양측이 모두 개선되는 이전이라 할지라도, 법정에 없는 제3자는 불리한 효과를, 예를 들어 가격 변화를 통해 받을 수 있다. 이 경우 파레토 비효율에서 파레토 효율로 사회를 변화시키는 경우를 제외하고는 판사가 어떠한 이전을 명해서는 안 되기 때문에 그러니 아예 판결을 내릴 수가 없다고 말하는 것은 대단히 어리석은 일로 보인다. 판사는 판결을 거부할 수 없다.

(2) 또한 현재가 파레토 비효율상태라면, 파레토 효율인 이전 방식은 여러 가지가 가능하다. 파레토 효율 개념만 가지고는 서로 다른 이전 방식 사이에 선택할 수 있는 기준을 제시해주지 못한다.

(마찬가지 이유로 입법의 기준이 되기도 매우 불만족스럽고, 또 입법도 헌법해석을 전제하기도 한다)

7 예를 들어 다음의 경우를 보자. 캔디 공장 사장의 기계가 큰 소음을 유발해서 그 공장 옆의 빌딩에서 병원을 운영하는 의사가 의술을 펼치기에 더 어려움을 유발하는 상황을 생각해 보자. 이제 가상적으로, 의사가 손해배상이나 법원의 금지명령을 받아낼 권리를 아직 인정받지 않은 상태이고, 캔디공장 사장이 주위에 그런 어려움을 유발하든 말든 공장 기계를 돌릴 수 있는 권리도 아직 법해석에 의해 인정받지 않은 상태라고 해보자. 의사가 캔디공장 사장을 고소하는 경우 ① 어느 쪽이 승소해도 그 이전의 상황보다 파레토 우월적이지 않을 것이다. 왜냐하면 어느 당사자 쪽이든 그 이겨서 얻는 대가는 상대방 당사자가 져서 지불하는 비용으로 얻어낸 것이기 때문이다. ② 또한 파레토 우월적이라고 말할 수도 있을 것이다. 왜냐하면 법원의 판결에 따라 이전이 이루어지고 나면, 그 집행이 끝난 상태를 다른 상태로 바꾸는 것은 또 양당사자의 효용을 적거나 크게 만들지 않고서는 이루어질 수 없기 때문이다. 그러니 이런 경우에서 파레토 효율성 개념은 쓸모가 없다!

8 반면에 부 극대화 기준은 쓸모가 있다. 코즈는 R.H. Coase 다음과 같이 논했다. 만약 거래비용 transaction costs 이 0이라면, 어느 쪽의 손을 들어주든, 즉 어느 쪽의 법률적 권리만을 인정하든 부 극대화에는 아무런 상관이 없다고. 왜냐하면 판사의 결정 그 자체로는 부

를 극대화시키지 못하겠지만, 당연히 합리적인 당사자들은 협상을 통해 부를 극대화시키는 해결책을 도출해 낼 것이기 때문이다.(이 논의는 시민교육센터의 「<법의 제국> 제8장 보통법 강의 제2절」을 찾아보시면 잘 설명되어 있습니다) 그러나 이전비용은 0이 아니라 양(+)의 값을 갖기 때문에 실제로는 어느 당사자가 승소하느냐, 어느 당사자의 권리가 인정되느냐의 문제는 부 극대화 기준에서 보아 우열을 가릴 수가 있게 된다. 예를 들어 캔디 공장 사업가가 의사가 잃는 것보다 더 많이 벌고 남음이 있다면, 캔디 공장 사업자가 보상 없이 소음을 유발시키면서 기계를 돌릴 권리를 가져가야 한다. (다시 말해서 더 많이 벌고 있는 쪽에 권리를 줘야 한다는 것이다. 빈익빈 부익부 판결이다. 왜 이렇게 결론이 나오냐 하면, 권익권을 더 낮게 평가하는 쪽에 권리를 줘 버리면, 더 높게 평가하는 쪽에서는 협상을 통해 그 권익권을 사려고 하기 때문이다. 위 경우에 있어 동일시간에 캔디 공장 사업가는 공장 돌려서 순이익 100만원을 벌고 의사는 순이익 50만원을 버는데도 의사에게 권익권을 부여해서 캔디 공장 사업자는 의사의 동의 없이 아예 공장을 못돌리게 된다면 사업가는 의사에게 50만원 이상을 보상하고서 공장을 돌리는 협상을 추진할 것이다. 협상을 추진해서 의사에게 55만원을 준다고 해도 45만원이 남기 때문이다. 그러나 사회적으로는 협상 등에 들어간 거래비용이 들어가게 된 셈이다. 그래서 판사가 아예 처음부터 권익권을 가장 높게 치는 사람, 지금 분쟁이 걸려 있는 사안에서 제일 돈 많이 버는 놈에게 권리를 주는 판결을 내리고 그것이 판례로 확립되면 거래비용도 발생하지 않고 사회가 돈도 제일 많이 벌게 된다) 이 경우는 거래비용이 0인 경우와는 달리, 분배 태양이 달라지면 사회적 부 총량도 달라지게 되고 우열을 가릴 수 있게 되는 것이다.

9 따라서 법경제적 분석(부의 극대화라는 어떤 규범적 기준을 들고 들어와 사안에 대해 실용적 해결책을 피하게 해주는 해석기준)과 법에 대한 경제학자의 분석(파레토 효율성 개념만을 기준으로 한 제한된 기능만을 가진 효율성 분석)은 구별되어야 한다.

10 법경제적 분석은 그 규범적 목적으로서 사회적 부의 극대화가 가치 있는 목표라고 한다. 그러나 왜 사회적 부가 추구할 만한 가치가 있는 목표인지는 분명하지 않다. 개인이 자신의 행동 기준으로 잉여 극대화를 추구한다고 해서 사회를 의인화하여 사회도 그 잉여 총량 극대화를 추구해야 한다는 것은 합성(구성)의 오류를 범한 비약이다. 이 오류를 범하지 않으면서 사회적 부 극대화를 가치있는 목표로 제시하는 논변이 있을 수 있는가?

11 논변1: 사회적 부 자체가 가치 있는 것이다.

논변1은 다시 두 버전으로 나뉜다

(a) 사회적 부는 유일한 사회적 가치다. 이것은 가장 노골적인 버전이다.

(b) 사회적 부는 다른 가치들과 그 비중을 가리는 여러 가치 중 하나다.

12 논변2: 사회적 부는 그 자체가 가치의 구성 요소는 아니지만 가치의 수단이다.

논변2는 세 버전으로 나뉜다.

(c) 부가 극대화되면 다른 개선이 이루어진다. 예를 들어 사회 내의 최소 수혜자의 가난이 완화된다. (인과적 버전)

(d) 사회적 부는 다른 사회적 가치를 추구할 수 있는 자원을 제공하기 때문에 사회적 부의 증가는 역시 가치의 개선이라 할 수 있다. (토대 버전)

(e) 사회적 부는 사회적 가치의 대리물이다. 사회적 가치, 예를 들어 전반적 행복은 직접 타겟으로 하여 개선시키는 정책을 수행하기가 힘들다. 오히려 높은 상관관계가 있는 사회적 부를 타겟으로 하면 더 나은 결과가 나온다. (모조 과녁false-target 버전)

13 가장 노골적인 버전인 논변1-(a)를 제외하고(당연히 그 버전에서는 다른 경쟁하는 가치

나 기준이 없으니 제외된다), 사회적 부 극대화 주창자들은 다음과 같은 공통된 주장을 편다: 의회는 여러 가치들을 같이 추구할 수 있기 때문에 사회적 부를 단일 목표로 추구할 필요는 없으나, 법원은 오직 사회적 부 극대화만을 기준으로 법을 해석하고 판결해야 한다. 그 근거는 ① 다른 목표의 추구는 다른 기관의 영역이고 ② 다른 기관은 사회적 가치를 직접 과녁으로 삼아 활동할 수 있지만 법원은 어떤 이유에 의해서 그렇게 할 수가 없다. 나는 이와 같은 견해를 “강한 제도적 이론”이라고 부르겠다. “제도적”이라는 이름이 들어간 이유는 사법제도라는 한 제도는 사회적 부 극대화를 추구해야 하기 때문이고, “강한”이라는 이름이 들어간 이유는 그것도 오직 사회적 부 극대화 단일 기준만을 추구해야 하기 때문이다. 14 먼저 논변1의 온건한 버전과 강건한 버전이 변호가능한 것인지 각각 검토하겠다.

15 결론부터 말하자면 변호가능하지 않다. 만일 경제적 분석이 소송의 결과가 사회적 부를 증가시키기 위한 것이어야 한다고 주장하려면, 그 이론은 더 많은 부를 가진 사회가 그렇지 못한 사회보다 단지 그 이유만으로도 더 나은 사회라는 점을 보여줄 수 있어야 한다. 이것은 도덕철학의 문제이지 경제 분석의 문제가 아니다. 만일 이 요구에 제대로 응답하지 못한다면, 즉 사회적 부의 증가만으로 더 나은 사회가 아니라면, 경제적 분석 이론의 규범적 측면은 다른 지지를 필요로 하게 된다.

16 다음과 같은 가상적 사례를 생각해 보자. 가난뱅이 데렉과 억만장자 아마티야라는 사람이 있다. 데렉은 이 책을 2달러에 팔 용의가 있고, 아마티야는 3달러에 살 용의가 있다. 말하자면 데렉에게 이 책의 효용은 2달러고 아마티야는 3달러다. 이 경우에 잉여가 높은 아마티야에게 공짜로 강제적 이전하면 더 나은 사회가 되는가? 나는 대부분의 사람들은 강제적 이전 후의 사회가 더 나은 사회라고 보지 않을 것이라 생각한다.

17 물론 다음과 같은 반론이 있다: 도둑질이나 강탈을 막고 시장거래를 통하게 하는 것이 실제상 부를 극대화하는 것이다. 이 가상적 사례는 강탈을 이야기하고 있다.

반론에 대한 비판: 실제 시장을 통했느냐 아니냐가 중요한 것이 아니다. 거래비용이 높으면 포스터와 같은 자들은 시장모방적 규칙에 의해 달성될 결과를 집행력 있는 판결로써 강제할 것이다. 그리고 그러한 강제적 판결을 내리기에 충분한 정보가 있다는 가정 하에 이론을 전제하고 실제 판결을 내린다.

18 그러므로 우리의 가상적 책 사례에서도 그러한 가정과 전제를 유지시켜서 생각해 보자. 그러면 결국 경제적 분석 이론에 따르면 그 책에 대한 소유권은 아마티야에게 있다고 판사는 판단해야 한다. 왜냐하면 강제적 이전을 바로 하지 않고 데렉에게 일단 소유권을 인정한다면 아마티야가 2달러에서 3달러 사이의 가격을 지불하여 그것을 사도록 하면 가격을 흥정하고 입씨름을 하느라 거래비용이 사회적 부에서 빠져나갈 것이기 때문이다. 또한, 경제적 분석의 일관된 논리에 따르면 이 강제적 이전에 대해서 국가는 데렉에게 어떠한 보상을 해주어서는 안된다. 왜냐하면 이 경우에 보상은 사회 잉여를 증가시키지 않는 종류의 재분배이며 행정비용이 소용될 것이기 때문이다.

19 이와 같은 나의 논리 전개에 대한 반론: ① 개인에게 권리를 안정적으로 주는 체계가 부의 극대화를 가장 잘 달성시키고, 이를 위해서는 아무도 교환이 아니고서는 그 권리를 잃지 않아야 한다. ② 또는 가상적 거래에서 데렉이 불렀을 가격에 따라 보상을 주는 체계가 있어야 부의 극대화가 잘 달성된다.

이와 같은 반론은 왜 부의 극대화가 가치의 구성요소라고 믿으면서도 동시에 강제적 이전이 이루어진 상태가 더 나은 사회라고 생각하지 않는지를 보여준다. 만일 사회적 부를 극대화하는 체제를 일단 설립해 놓고 데렉에게 그 체제에 따른 권리가 있다면, 데렉에게 보상을

주지 않는 강제적 이전은 장기적으로 보아 그 최적의 체제를 침해하기 때문에 오히려 부를 적게 만들게 된다는 논리인 것이다.

20 위와 같은 논변에서 권리는 오직 도구적인 지위만을 갖는다. 데렉의 책에 대한 소유권도 오직 도구적인 의미에서 권리이다. 만일 부의 극대화를 위해 다른 권리체계가 필요했다면 데렉에게는 그 소유권이 없다. 이러한 논변은 우리에게 친숙한 ‘권리’에 대한 규칙 공리주의적 설명과 형식적으로 유사하다. 규칙 공리주의도 권리를 도구적으로 인식하며, 권리란 그것을 존중했을 때 장기적으로 공리 극대화를 달성하는 틀이기 때문에 일화적인 케이스에서 공리를 기준으로 해서 권리를 침해해서는 안된다고 본다.

21 이러한 형식의 논변은 여기서 논점이 아니다. 나는 강제적 이전이 현실사회에서 현명한 전략이냐를 묻지 않았다. 나는 단지 아마티아와 데렉의 이야기에서 강제적 이전이 이루어진 후의 사회가 그 전의 사회보다 어떤 면에서든 더 나은 사회냐고 물었을 뿐이다. 공리주의자라면, 만일 오직 이 일화적 사례만 딱 떼어놓고 보자면 데렉으로부터 책을 뺏아서 아마티아에게 공짜로 주는 것이 더 낫다고 보지만, 다만 그것을 일화적 사례로 보지 않고 연속된 국가행정의 한 부분으로 보자면 장기적으로 훨씬 나쁜 결과를 가져오기 때문에 그러한 강제적 이전을 금지하는 규칙을 준수하는 것이 나을 것이라 논할 것이다. 이 구분은 중요하다. 왜냐하면 장기적으로 공리에 미치는 부작용을 고려하지 않는다면 국가는 강제적 이전을 추진 “해야”하기 때문이다. 즉, 장기적 공리를 고려해서 강제적 이전을 금지하는 규칙을 준수하겠지만 이 때문에 몇몇 경우에 있어서는 뭔가 잃어버리게 되는 효용이 있을 것이라고 생각하게 되는 것이다.

22 나의 질문, 강제적 이전 후의 사회가 더 낫냐는 나의 질문에 대한 부 극대화론자들의 대답은 내 이야기의 힘을 오해하고 있다. 이들은 단지 강제적 이전을 금지하는 권리 체계가 부 극대화 기준에 비추어 더 낫다고만 이야기한다. 즉, 자기 이론에 따른 실제적 결론은 그게 아니다~라고 단순한 반례(너희 것 따르면 이런 황당한 걸 추천해야 하지 않느냐~하는 반례)를 다루듯이 대응하고 있다. 그러나 내가 하는 질문은 그것이 아니다. 나는 사회적 부가 과연 사회적 가치에 속하느냐는 도덕이론에 속하는 질문을 묻고 있는 것이다. 이 사례만 떼놓고 보았을 때, 강제적 이전 이후의 사회(Society2=S2)가 그 전의 사회(Society1=S1)보다 결코 낫지 않다면, 사회적 부는 아예 여러 개의 사회적 가치 중 하나에도 속하지 않는 것이다.

23 만약 S2가 더 낫다고 생각한다면 추가된 가정이 필요하다. 즉, 사회적 부가 증대하면 사회적 효용도 증가한다는 것이다. 그러나 포스너는 적어도 부란 공리에 개념적으로 독립적이라고 명시적으로 논하고 있다. 그는 공리의 개인간 비교가 가능할 수 있고, 때로는 부의 증대가 공리 총합의 감소로 이어질 수도 있다고 인정한다. (이는 경제적 분석 이론이 공리주의보다 도덕 이론으로서 더 우월하다는 점을 논하면서 언급된 바다)

24 사례를 좀 더 구체적으로 만들어보자. 데렉은 가난뱅이인데 아파서 약이 필요하다. 그 책은 그가 가진 유일한 낙 중에 하나라서 그 책을 읽고 또 읽고 감동한다. 그렇지만 눈물을 머금고 그는 약을 사기 위해 그것을 2달러에 팔려고 한다. (2달러 이상 팔 수 있다면 좋겠지만 그 책의 시장 가격은 2달러라서 그 이상 부르면 사람들이 사질 않는다) 아마티야는 3달러 정도 내고 싶어하는데, 3달러든 4달러던 아마티야에게 있어서는 이것은 껌 값이다. 아마티야의 전체 행복에 이바지하는 바로 볼 때, 책의 가치는 그 비율이 크지 않다. 단지 아마티야는 돈이 넘쳐나서 더 많이 낼 수 있을 뿐이다. 독재적 국가가 데렉에서 아마티야로 보상없이 강제적 이전을 추진하게 되면 공리의 총합은 매우 급격히 감소할 것이다. (데렉은

아픈데 치료를 못받고 계속 아프게 되고, 아마티야는 워낙 쾌락거리가 많아서 책 한권 더 가진다 해도 별로 효용이 늘어나지 않는다) 그러나 사회적 부, 즉 사회적 잉여는 당연히 증가할 것이다. 도덕적인 관점에서 보았을 때, 그 책이 기꺼이 더 많은 돈을 내려고 하는 사람의 손에 있다는 사실은, 그 책이 이름의 알파벳 순서가 더 앞순위인 사람에게 있다는 사실만큼이나 도덕적으로 무관계한 사태다.

25 사회적 부가 공리로부터 분리되어버리는 순간, 사회적 부가 가치의 한 구성요소라는 주장이 갖는 모든 설득력은 사라진다.

공리주의자들은 통상 다음과 같이 주장한다. 개인은 그 인생 일부의 행복 수준이 더 낮아지더라도 인생 전반에 걸쳐 행복 총량이 더 많아지면 필연적으로 더 나아지므로, 사회 전체의 행복 총량이 더 많아지면 일부 구성원이 더 적어지더라도 그 사회는 필연적으로 더 나아진 것이라고 보아야 한다.

이렇게 개인 통합의 원리에서 사회 통합의 원리로 유비를 시키는 것에 대해서는 다음과 같은 비판이 있다. ① 인생 전반의 행복 총량이 더 많아진다는 사태는 필연적으로 더 나아진다는 사태로 연결되지 않는다. 인생의 각 시기에 어떻게 행복이 분배되느냐 역시 중요하다. 어떤 사람들은 전반적인 행복 총량은 적더라도, 꾸준하고 담백한 삶(A)을, 일부 비참하고 처참한 시기가 있지만 다른 일부에는 형언할 수 없을만큼 쾌락적인 삶(B)보다 더 선호할 수 있다. ② 사회와 개별 구성원의 관계는, 개인과 개별 나날들의 관계와 같지 않다. 그 유비는 “사람들 간의 차이를 신중하게 다루지 않는 것이다”.

26 사회적 부 극대화 주장은 위 공리주의보다 더 심각한 비판을 받을 수 밖에 없다. ① 개인이 더 많은 부를 가질수록 필연적으로 더 나아진다는 명제조차 참이 아니다. 부의 가치는 효용에 대한 정보와 독립적으로 평가될 수 없기 때문이다. 포스너 역시 부의 개선이 꼭 행복의 개선으로 필연적으로 이어지는 않는다고 동의한다. 포스너는 또한 부의 개선이 때로는 행복의 상실로 이어질 수 있다고 본다. 예를 들어, 사람들이 부 이외에 원하는 다른 가치들이 더 많은 부로 인해 위협에 빠질 때 그렇다고 한다. 그러므로 개인은 그를 더 행복하게 만들어줄 삶과 더 부유하게 만들어줄 삶 사이의 선택에 직면한다는 말이다. 그러나, 이때 후자를 택하는 것은 비합리적인 일이다. 그리고, 이게 급소가 되는 지점인데, 전자를 선택한다고 해서 가치 중에 잃거나 희생하는 것이 아무것도 없다. 그것은 후자를 택하였을 때 얻게 되는 가치를 희생하면서 전자를 선택해야 한다거나 선호해야 한다기 때문이 아니다. 돈은 단지 그것이 더 가치롭고, 성공적이며, 행복하며, 도덕적인 삶으로 인도하는 능력을 부여하는 한에서만, 수단으로서 가치있는 것이다. 돈을 그러한 수단 이상으로 평가하는 사람은 작은 녹색 종이에 페티쉬를 느끼는 것과 다를 아니다.

27 데렉-아마티야 이야기는 부 극대화의 단지 노골적인 버전 뿐만 아니라 보다 온건한 보전의 실패도 보여준다는 것을 주목해야 한다. 왜냐하면 그 이야기는 부가 추가됨으로써 얻어지는 이득이, 효용, 공정성 등의 상실이 갖는 더 큰 비중으로 인해 압도된다는 뜻이 아니기 때문이다. 그 이야기는 사회적 부가 다른 가치와 떼어낸 채 그 자체로만 고려되었을 때 전혀 ‘이득’gain 이라고 할 수 없다는 점을 가리킨다. 따라서 온건한 버전도 반박하는 셈이다. 따라서 계속해서 우리에게 친숙한 아이디어, 즉 사회적 부는 여러 사회적 가치 중 한 구성요소라고 보는 발상, 부 극대화에 대한 가장 설득력 있게 표현된 정식화에 대해서 논의해보도록 하겠다.

28 정의와 사회적 부가 의미있게 서로 교환될 수 있다는 발상말이다. 예를 들어 칼라브레스는 『사고의 비용The Costs of Accidents』라는 책에서, 사고법accident law은 두 개의

목표를 갖고 있다고 논의했다. 하나는 “정의”이고 다른 하나는 “비용 감소”다. 그리고 이 두 목표는 서로 갈등할 수 있기 때문에 “정치적” 선택이 필요하게 된다고 말했다. 같은 식의 사고가 한 축에는 정의의 수직선이 다른 축에는 사회적 부의 수평선이 놓여 있어서 일종의 무차별곡선을 그리는 발상에도 나타난다.

29 그 좌표에는 누구의 무차별곡선이 그려져야 하는가? 통상적인 이야기는 “우리”가 정의와 부가 어느 비율로 교환될 것인가와 관련해서 내리는 “정치적”이거나 “집단적”인 선택이 그 무차별곡선을 그려준다고 한다. 이것은 물론 개인들의 선택을 어떤 방식으로든 집계한 합일 것이다. 그렇다면 그 집계적 선택을 구성하는 개인의 선택이란 A 그 개인이 살고 싶어하는 사회에 대한 선택인가 아니면 B 그가 도덕의 관점에서 보아 가장 최선이라고 생각하는 사회에 대한 선택인가. 우리는 이 두 해석을 차례로 검토해 보겠다.

30 A 해석, 즉 자기이익 추구로서의 선택은 전적으로 정의에 상반되는 방향으로 들어서는 것처럼 생각될 수도 있다. 예를 들어 개인은 다음과 같은 선택에 직면한다. i) 전적으로 정의롭게 행동하지만 일생에 걸쳐 가난하게 산다. ii) 이따금씩 부정의한 행동을 함으로써 좀 부유하게 산다. iii) 아주 많은 부정의한 행동을 함으로써 매우 부유하게 산다. 물론 사람들은 부정의하다는 것을 알면서도 행위하는 경우가 있다. 그래서 개인이 자신이 행할 정의로운 행동과 자기자신의 삶에서의 복지를 교환할 수 있다는 점은 인정할 수 있다. 그러나 이에 반해, 사람들이 정의를, 자기자신의 복지가 아니라 법에 대한 경제적 분석이 의미하는 바로서의 전체 사회의 부와 교환한다는 것은 도대체 무슨 뜻인가?

31 어쩌면 그러한 주장은 개인이 적거나 많은 부를 가진 사회를 택하면, 자신의 삶 역시 그에 따라 가난하거나 부유할 확률을 가진다고 생각하면서 사회를 선택한다는 것일 수도 있다. 이는 마치 롤즈의 원초적 입장에서 시현된 것과 같은 선호를 가지는 방식을 설명하는 것처럼 보인다. 즉 개인이 선택 후 자신의 효용이 정확히 어떻게 될지 매우 불확실한 상태에서 정의와 효율성 간의 조합을 선택한다는 식 말이다. 아니면 자신의 전망에서의 이득과 사회의 정의로운 성격 상실을 서로 교환해서 조합한다는 식 말이다. 그러나 이러한 선택은 롤즈의 원초적 입장에서 논의되었던 원래의 버전과는 대단히 다른 것이다. 롤즈의 원초적 입장에서는 정의라는 것은 선택 이전에 확정되어서 개념으로서 주어지는 것이 아니다. 롤즈의 원초적 입장의 당사자들은 정의를 모른다. 그들은 순전히 자기이익을 합리적으로 추구함으로써 선택한다. 그리고 롤즈의 원초적 입장에서의 선택은 “어떤 원칙이 정의를 구성하는가”를 보여주기 위해 정교하게 구조화된 것이다.

32 위와 같은 불확실한 상황에서 당사자들은 사회적 부와는 전혀 다른 지표를 사용할 것이다. 사회 규칙의 성격은 그 선택의 각 결과를 보여주는 지표index에 의존하고, 이 지표들을 어떤 언어language로 표현할지에 따라 달라지게 된다. 예를 들어 효용이라는 지표를 사용할지 부라는 지표를 사용할지. i) 그들이 효용이라는 언어를 선택한다면, 하샤니와 맥키 Harsanyi and Mackie 등의 논자들이 논했듯이, 사람들은 자신이 받을 것으로 예상되는 복지의 대리적 지표로, 평균 효용을 택하게 된다. ii) 만일 그들이 ‘개인의 부’를 지표로 사용한다면 어떨까? 이 경우 선택 후 자신이 실제로 취득하게 될 복지의 대리물로 무엇을 선택하게 되는 셈일까? 그러나 이 경우에도 결코 복지에 대한 대리적인 지표로서, 경제적 분석이 정의한 사회적 부에 의해 결정되는 개인적 부를 사용하지는 않을 것이다. 또한 그들은 이에 대한 대리물로 개인적 부 평균이라는 지표도 사용하지 않을 것이다. 왜냐하면 한계 효용 체감의 법칙 때문이다. 그들이 부라는 지표를 사용한다고 해도, 그들은 부라는 자원에 대한 최소극대화 원칙에 훨씬 가까운 것을 선택할 것이다. 이는 롤즈의 두번째 원칙과 매

우 유사한 수준의 것이다. 롤즈의 원칙이 꼭 채택되리라고 보는 것은 아니지만, 적어도 다음과 같이 말할 수는 있겠다. 불확실한 상황에서, ‘부’라는 지표를 사용하여 사회적 규칙을 정해야 하는 사회계약의 당사자들이 (A) 사회적 부 극대화 원칙과 (B) 최소극대화 이 두가지 선택만 주어질 때, 분명히 (B) 최소극대화를 선택한다.

33 그러나 확실히 이 모든 것은 무관한 논의다. 칼라브레시 Calabresi와 다른 논자들은 자신들의 논의가 롤즈의 원초적 입장과 같은 불확실성 하의 선택이 아니라 실제의 정치적 선택에 관련된 것이라고 한다. 그리고 경제적 분석이 이 선택의 의미를 밝히는 데 중요하다고 한다. 왜냐하면 사회적 부 이외의 다른 가치가 채택되었을 때 얼마나 많은 부가 맞교환의 결과로 상실되었는지 보여주는 데 유용하기 때문이라고 한다. 그러나 불확실성 하의 선택이 아니라면, 이 경우 무차별곡선을 그려넣는 좌표에서 효율성이나 부를 나타내는 좌표축의 의미를 아예 이해할 수 없게 된다. 우리는 그 축을 ‘개인’의 복지를 대변하는 축으로 이해해야만 한다. 어떤 개인도 ‘사회적 부’ 자체에는 관심을 갖지 않는다. 개인이 ‘자기자신의 부’가 아니라 ‘사회적 부’와 어떤 가치를 교환한다는 것은 사리에 맞지 않는다. 말도 안되는 소리다. 선택하는 개인은 그 사람의 개인적인 운명에 관심이 있다. 그리고 칼라브레시 등의 논자들의 논의에서는 당연히 전제된 것인데 실제 정치 상황에서 각 개인은 자신의 실제 지위를 알고 있다. 그래서 각 개인은 자신의 개인적인 복지와 정의를 여러 모로 조합한 사회들 가운데 하나를 골라야 이치에 맞는 것이다. 사회적 부나 파레토 효율성은 이 계산에서 아무런 역할도 하지 못한다.

34 이제 두번째 해석 B, 모든 것을 고려한 도덕의 관점에서 보아 최선의 정의-사회적 부 조합으로서의 선택이라는 해석에 대해 살펴보자. 이제 정의와 부의 교환관계라는 발상 그 자체가 신비스러운 것이 되어버린다. 만약 개인이 도덕적으로 최선의 사회를 선택하는 문제라면, 왜 단지 정의만을 고려하지 않는가?

35 우리는 이러한 의문에 대하여 두 가지 답변을 기대할 수 있겠다. 첫째, 정의는 유일한 사회적 가치가 아니라는 반론이다. 정의의 가치와 문화의 가치가 교환될 수 있듯이, 정의의 가치와 사회의 가치도 교환될 수 있다. 서로 경쟁하는 사회적 가치다. 둘째, 사람들이 정의와 부를 맞교환할 때, 이 때 “정의”는 보통의 언어가 뜻하는 바의 일부만을 지칭하는 것이다. 즉, 보다 넓은 정의의 영역 중에서 분배적 부분, 능력주의적 부분, 응분의 부분만을 지칭하는 것이라고 한다. 그러니, 정의와 사회적 부 간의 교환관계는, “정의의 분배적 측면”과 “사회적 부라는 표제로 포괄될 수 있는 정의의 다른 측면” 간의 교환관계라는 소리다.

36 이 두 가지 답변은 그 정신에 있어 유사하다. 왜냐하면 그 둘은 모두 부 극대화를 사회적 가치의 구성요소로 보고 있기 때문이다. 첫번째 대답에서 부 극대화는 정의와 경쟁하는 성분으로 다루어지고, 두번째 견해에서는 부 극대화가 정의의 구성요소로 다루어진다. 그러나 이 두가지 답변 모두 바로 그 이유로 인해 실패한다. 부 극대화를 사회적 가치 중 하나로 다루는 것은 부조리하다. 그 개념을 정의의 개념 바깥에서 다루든, 안에서 다루든 마찬가지다. 우리가 앞서 다루었던 데렉과 아마티야의 책 사례를 상기해보라. 게임 끝이다.

37 물론 부가 가치의 구성요소는 아니지만 가치를 성취하는 데 필요한 수단이 된다고 이야기할 수는 있겠다. 그러나 그렇게 생각한다면 수단과 목적은 같은 차원의 것이 아니므로 맞교환 관계에 놓을 수는 없다. 수단을 목적과 교환한다는 것은 말이 안된다. (섹스 횟수 극대화를 행복과 교환하나? 책을 읽은 양 극대화를 지식을 교환하나? 지금 장난하나.)

38 무차별 곡선의 좌표 자체가 말이 안된다. 그러나 말이 된다고 인정을 해보자. 인정한다고 해도 이 무차별 곡선은 모두 ‘개인’의 무차별 곡선이고, 이 개인의 선호를 합해서 어떤



집합적인 사회적 함수를 만들어야 한다. 선택은 모든 개인이 합성된 전체로서의 사회의 선택이 되어야 한다. 교환관계를 주창하는 사람들의 정신 속에서는 아마도 인격화된 공동체를 염두에 두고 그 인격인 “우리”가 이러저러한 사회를 원한다는 명제를 정식화하는 상황이 그려지고 있을거라 생각된다. 그런 식의 그림 그리기는 명료한 사고를 위해서는 절연되어야 한다. 그런 식의 인격화 사고는 저능아적인 것이며 악의적인 것이다.

39 사회가 이렇게 바보같은 방식으로 인격화될 수 있다고 해도 그 인격화된 사회가 왜 정의와 부 사이의 교환을 원하는지는 미스터리로 여전히 남는다. 첫째로, 효용에 관한 정보와 독립적으로 부를 선택하는 것은 실제 개인들에게 아무런 의미도 없는 것처럼 합성 인격에 대해서도 아무런 의미도 없다. 둘째, 이 부분은 더 흥미로운 부분인데, “정의”에 관한 참조는 그 의미를 잃을 것이다. 정의란 분배의 문제다. 사회를 인격화 해버리고 나면 정의의 측면에서 고려되어야 할 것은 더 이상 아무것도 남지 않는다. 인격화된 사회는 물론 그 합성 인격의 구성 성분이 되는 성원들 사이의 분배의 문제에 관심이 있을 수도 있다. 그러나 그러한 배열 문제는 정의와는 차원이 다르다. 정의란 자기 삶에서 즐거운 날과 나쁜 날의 분배하는 문제가 아니다. 우리가 보통 예산 제약 하에서 이번 주에 데이트를 할지, 다음주에 데이트를 할지, 맛있는 부분을 먼저 먹을지 나중에 먹을지 생각할 때, “정의”에 관해 생각하고 있다고 말하지 않는다.

40 결론적으로 정의와 부 사이의 교환관계에 대한 어떠한 해석도 도무지 말이 되지 않는다. 나는 그 발상이 아무리 친숙하고 익숙하다고 하더라도 경제 이론과 정치 이론에서 사라져야 된다고 본다.

--쉬는 시간--

## 2장

41 이제 부가 많은 사회가 더 좋다는 주장을 검토해 보자. 이 주장에는 ‘강한’ 버전과 약한 버전이 있다. 약한 주장은, 단순히 사회 부의 개선이 때때로 다른 가치의 개선을 야기한다고 말하는데 지나지 않는다. 그리고 이것은 뻔한 사실이다. 그러나 약한 도구적 주장은, 판사가 부 극대화를 보통법 또는 보통법의 특정 분야의 변경을 위한 단일 테스트로서 받아들여야만 한다는 논변을 뒷받침하기에는 부족하다. 그 논변은, 즉 “부 극대화 단일 기준을 사용하는 판사(A)가, 부 극대화 기준을 통해야 독립적 가치를 증진시킨다는 특별한 이유가 있는 사건에서만 그 기준을 참조하는 보다 선별적인 판사(B)보다 독립적인 가치를 더 많이 산출할 것”이라는 강한 명제를 필요로 하기 때문이다. (그리고 이 명제는 입증될 수 없다)

42 이것은 중요한 논점이다. 강한 버전과 약한 버전 사이의 차이점은 단순히 그 양적 차이에 머무르지 않는다. 강한 도구적 이론은 판사가 부 극대화 단일 기준을 법이나 보통법의 모든 사건들을 해결하는데 써야 한다고 주장할 필요는 없다. 그러나 몇몇 유형의 특정한 사건들, 즉 부 극대화가 사실상 진정한 목표를 산출하는 유형의 사건들에서는 부 극대화 기준을 사용해야 한다고 주장은 해야 한다. 경제적 분석의 규범적 가치가 적어도 이와 같은 강한 도구적 주장을 포함하지 않는다면, 그 이론의 규범적 측면은 뻔하고 오도하는 것이 된다. 뻔한 이유는, 어느 누구도 그 주장-때때로 부의 증대는 다른 가치의 증대에 도움을 준다-을 반박하려 하지 않을 것이기 때문이다. 오도한다는 이유는, 왜 그 이론을 현재까지 적시된 바가 없는 진정한 목표, 부가 궁극적으로 성취하고자 하는 목표를 따서 “oo 가치 극대화 이론”이라고 하지 않고 부 극대화라고 이름을 지었는가 하는 의문 때문이다.

43 그러므로 나는 경제적 분석이 부를 가치의 구성요소임을 부인하고 단지 부 극대화는 다

른 개념적으로 독립적인 목표나 가치에 도구적으로 유용하다고 주장한다면 그 주장은 법 전 반이건 법 특정 영역이건 강한 도구적 연결관계를 전제하고 있다고 가정할 것이다.

44 모든 강한 연결관계 주장은, 부가 도구적으로 증진시킨다고 전제하는 그 목표와 가치를 구체적으로 적시해야만 한다.

45 경제적 분석의 인기에도 불구하고 이러한 적시가 거의 이루어진 바 없음은 놀랍다. 이 사태는 많은 법률가들이 생각도 없이 무비판적으로 부를 가치의 구성요소로 보고 있다는 점을 간접적으로 보여준다. 그런데 포스너는 최근의 논문에서 이같은 적시를 시도하였다 (Richard A. Posner "Utilitarianism, Economics and Legal Theory" Journal of Legal Studies, 8:103(1979)) 포스너는 부 극대화 기준을 채택하는 사회가 다른 매력적인 특성을 발전시킬 것이기 때문에 부가 가치라고 논했다. 특히 i) 개인의 권리를 존중하고 ii) 청교도적인 덕성에 보상을 주며 iii) 사람들이 서로를 위해 혜택을 창출하도록 하는 동인을 공급할 것이다.

46 위 포스너의 논의는 두 단계 구조로 이루어져 있다.

1단계: 바람직한 사회의 일련의 특성을 명기한다.

2단계: 그리고 이 특성들 간의 “올바른” 조합이 부 극대화 단일 기준에 의해 가장 잘 도달된다고 주장한다.

그러나 그가 답해야 하는 비판은 이것이다: 이 강하고 광범위한 도구적 주장을 지지해줄 만한 논변이 존재하는가?

47 예를 들어 부 극대화가 개인의 권리에 대한 존중을 복돋운다는 주장을 검토해보자. 그런데 부 극대화 사회가 돈, 노동력, 다른 재산 등에 관한 권리를 구체적으로 설정하고 보호할 필요가 있다는 것은 사실이다. 그러나 단지 어떤 사람들이 어떤 것에 대해 갖는 자격을 제도적으로 명시했다는 단순히 그 사실만으로 그것이 더 나은 사회가 되는 것은 아니다. 예전의 남아프리카공화국을 보라. (차별적인 자격들이 명시적으로 할당되고 법에 의해 존중되었지만, 이것이 남아프리카공화국을 더 나은 사회로 만들지는 않았다). 부 극대화 원리가 보호하는 권리는 바로 부 극대화를 위해 최적화된 자격에 불과하다. 즉, 부 극대화 원리가 인정하는 권리가 도덕적으로 가치 있는 권리라는 결론은 나오지 않는다. A 원리를 가장 잘 수행하게 들어맞는다는 도구적인 의미에서 R 권리를 설정하고, 그 다음에 그 도구적인 R 권리가 가장 잘 지켜지고 존중된다는 이유로 A 원리를 극찬한다. (이게 무엇인가. 장난인가.) 의사와 캔디 제조업자의 사건을 다시 상기해보자. 법정에 던져진 질문은 “시끄러운 기계를 멈추게 할 의사의 권리가 인정되느냐”였다. 경제적 분석은, 의사에게 그 권리를 주느냐 마느냐와 관련하여 독립적인 그 도덕적 논변이 존재하지 않는다고 본다. 즉 도덕적으로는 정답이라고 주장할 만한 것이 아예 없다. 경제적 분석에서 사회의 부를 증가시키는 답만이 바로 그 이유 때문에 정답이라고 한다.

49 포스너는 그러한 순환적이고 도구적인 권리 논변의 적용 범위를, 상린관계에 있어서 금지명령이나 과실 불법행위로 인한 손해배상청구권 같은 덜 중요한 권리에의 논의로 제한하지도 않는다. 오히려 포스너는 시민의 기본적 인권 대부분을 결정하는데도 동일한 테스트가 사용되어야 한다고 명시적으로 밝히고 있다. 그러나 부 극대화가 도구적 가치에 불과하다면, 부 극대화가 추천하는 권리를 근거지우는 독립적인 도덕적 논변이 있어야 한다.

50 그렇다면, 포스너가 다음과 같은 논변을 염두에 두었다고 가정해보자. 즉 사람들은 자신의 신체에 대한 권리 및 노동을 자유로이 투여할 권리를 갖고 있다는 명제가 어떤 독립적인 도덕적 추론에 의해 도출되었다고 해보자. 또한 부를 극대화하는 사회가 이들 권리를 가장

잘 인정하게 될 것이라고 그가 논한다고 가정해보자. 그러나 여전히 심각한 개념적 순환에 빠진다. 왜냐하면 부 극대화 사회에서는 분배의 공정성에 대한 어떤 독립적인 판단은 하지 않을 것이기 때문이다. “자연적” 소유자의 자신의 신체와 노동에 대한 권리가 오직 부 극대화 테스트에 의해 정당화될 경우에만 진짜 권리로서 인정될 것이기 때문이다. 즉 신체와 노동에 대한 “자연적 소유자”의 권리가 다른 사람에게 할당되더라도, 자연적 소유자는 기꺼이 그 권리를 구매하고, 또 구매할 수 있을 것임이 입증되어야 한다. (즉, “권익권”을 더 높게 평가해야만 한다)

51 그러나 그 거래가 이루어질 당시의 부의 분배 상태에 대한 가정을 도입하지 않고서는 신체와 노동에 대한 권리의 구매 여부를 알 수 없다. 가난한 노예라면 그 권익권을 구매할 수 없을 것이다. 즉 상대적 부의 분포에서 차지하는 위치가 그의 구매력을 결정하게 되고 이는 또한 자연적 권리의 구매 여부를 결정하게 된다. 요약하면, 권리의 초기할당을 명기하지 못하면 권리의 초기 할당을 명기하지 못한다는 것이다. 이것은 심각한 순환으로 보인다.

52 이 순환에서 벗어날 방도가 있는가? 예를 들어, 어느 누구도 아무 권리도 없는 상태에서 구매 결정을 한다고 사고하면 어떨까? 그러나 이 상황에서 자연적 소유자의 권리를 보유하고 있는 타인도 없으며 신체와 노동에 대한 권리를 살 돈조차 누구에게도 없다. 그럴 경우 질문은 의미를 상실한다. 꼭 의미가 있다고 한다면 그 답은 아무도 무언가를 구매하지 않는다는 것이다.

53 그렇다면 이런 건 어떨까? 부를 포함하여 ‘다른’ 것에 대한 권리가 제대로 분포되어 있다고 가정하고 일단 노동과 신체에 대한 구매 결정 여부의 질문을 하여 권리를 할당한 후, ‘다른’ 권리도 각각 같은 방식으로 검토하는 것이다. 그러면 그 상황에서 질문의 대상이 되고 있는 그 특정한 권리를 누가 더 가치있게 생각하느냐를 결정지어줄 대답이 나올 수 있을 것이라고 말이다. 예를 들어 IQ 120 이상 집단의 노동력에 대한 권리를 빼앗아 다른 사람에게 할당한다고 해보자. 이 권리를 잃어버린 사람들이 현재 보유한 부는 건드리지 않은 상태에서 말이다. 이 상태에서 거래비용에도 불구하고 재구매한다면 그것은 부 극대화 기준이 ‘자연적 소유자’의 신체와 노동력에 대한 권리를 인정함을 보여주는 것이 아니겠는가. 과연 그런가.

54 이들 권리에 대한 구매의사를 타진하는 것은, 시장에서 그 권리를 보유하고 있는 사람들에게 구매시 지불할 수 있는 구매력을 전제함을 상기해야 한다. 오늘날 대부분의 사람들에게는 현재 보유하고 있는 노동력 이외의 부보다 노동력 구매를 위해 지불해야 하는 금액이 훨씬 더 클 것이다. 포스너는 시장 불완전성을 제거할 경우에 돈을 빌려서 재구입하면 된다고 말한다. 시장 불완전성을 제외한 이후에도 재구매하지 않는다면 이는 그 자연적 소유자가 그 권익권을 높이 평가하지 않음과 다름 없다고 한다. (화폐 이익이라는 변수로 가치가 환원)

55 불완전시장이나 거래비용 같은 본질적 어려움이 제거되었다고 가정하고, 돈을 빌려서 자신의 노동력을 구매할 것인지 결정한다고 가정해 보자. 구매할까? 구매 안한다. 왜냐하면 그 사람의 미래 노동력의 ‘화폐’ 가치는 그 자신보다는 다른 사람에게 더 클 것이기 때문이다.

56 아가타라고 부르는 가난한 사람이 있다고 하자. 그녀는 가난하지만 탐정소설을 쓰는데 천재적인 재능이 있다. 아가타의 노동력이 조지 경에게 할당된다고 가정해보자. 아가타가 자신의 노동력을 소유했었다면 인테리어 디자이너로 일했을 것이다. 그러면 아가타는 돈을 덜 벌지만 탐성 소설을 쓰는 것보다 삶이 더 만족스럽다고 느낀다고 하자. 또는 탐정소설

작가를 하기는 하지만 최대한 쓸 수 있는 것보다 더 적은 소설만을 쓴다고 가정해보자. 그 만큼의 소득을 포기하는 대신 정원에서 여유를 즐기고 싶기 때문이다.

57~58 만일 그녀가 은행 관리자에게 이러한 계획을 진솔하게 이야기한다면 (이것이 바로 시장 불완전성의 제거가 필연적으로 함축하는 바이기도 하다) 그 어떤 은행에서도, 조지 경으로부터 아가타 자신의 노동력에 대한 권리를 되찾는데 필요한 만큼의 돈을 빌릴 수 없을 것이다. (왜냐하면 은행은 아가타가 돈을 갚을만큼 일하지 않을 것임을 알게 될 것이니까). 만일 그녀가 은행에 사실대로 말하지 않는다 해도 은행이 빌려주는 돈은 아가타의 계획으로서는 다 갚을 수 없다. 왜냐하면 은행은 조지 경이 부르는 값, 즉 조지 경이 아가타의 노동력을 평가하는 값, 아가타에게 일을 시켜서 뽑아낼 수 있는 돈이라고 생각하는 만큼을 빌려줘야 할 것이고, 그 돈을 받아서 아가타는 조지 경에게 노동력 값을 지불한다. 말하자면 빌린 돈은 아가타가 조지 경 밑에서 일해야 하는만큼 열심히 일해야만 갚을 수 있는 sehs이다. 이로 인해 그녀의 삶은 조지 경 밑에서 노예로 일하나, 은행 밑에서 노예로 일하나의 차이만 있을 뿐 노동력을 되찾아와도 마찬가지로 (자기 인생 기획에 비추어 볼 때) 비참할 뿐이다.

58 그녀의 상황은 이자율 때문에 더 나빠질 수도 있다. 그녀는 어쨌든 자기 삶에 대한 통제권은 실질적으로 거의 갖지 못하는 것이다. 자유의 주된 가치는 결국 선택과 자기 정향에 있는 것인데 일단 노동력이 다른 사람에게 할당되어버리면 그 뒤에는 어찌해도 이 주된 가치는 향유하지 못하게 된다. 우리는 엄밀한 분석을 거치면 아가타가 스스로의 노동력을 되살 수 있다거나 되살 것이라는 점이 도출된다고 확신할 수 없다. 따라서 경제적 분석이 아가타에게 노동력에 대한 권리를 애초에 주는 것이 옳은지 여부를 긍정적으로 지지해줄 수 있다고 주장할 수 없다.

59 아가타 이야기의 요지는 부 극대화가 기괴한 사회적 결과를 낸다는 것이 아니라, 부 극대화가 강한 도구적 가치를 가진다는 명제는 그 입증에 실패할 수 밖에 없다는 것이다.

60 포스너는 또다른 도구적 주장을 했다. 사회적 부 극대화는 매력적인 인격적 덕성 특히 '남을 이롭게 하려는 성향' beneficence이라는 덕성을 복돋울 것이라고 하였다.

61 부 극대화를 기초로 구성된 사회에서는 아담 스미스의 보이지 않는 손에 의해서 사람들은 다른 사람에게 이익을 주지 않고서는 자신의 처지를 개선시킬 수 없다. (남들이 소비자 잉여를 남길만큼 좋은 물건을 만들어야 자신도 생산자 잉여를 남긴다). 그러나 다른 사람의 복지를 얼마나 개선시키는가의 기준이 단순히 다른 사람의 부를 얼마나 개선시키는가 하는 기준보다 더 낫다. (예를 들어, 초호화 사치재들, 호텔 서비스, 거대한 집, 초호화 결혼식 같은 부자만을 노리는 상품을 잇달아 내놓는 선도 기업이 있다고 하자. 이 기업이 상품을 내놓으면 부자들이 앞다투어 구매를 한다. 그리고 그 이윤은 볼펜 파는 것보다 훨씬 높다. 이윤이 높다는 것은 부를 많이 생산했다는 말이다. 그러나 볼펜 사업보다 더 필요한 일이거나 더 가치로운 일이라고 그 이윤량으로 판단할 수는 없는 일이다) 그렇다면 사회의 구성원리를 왜 부에 두고 조직하는가? 둘째, 한계효용체감의 법칙 때문에 다른 사람의 복지를 개선시키는가 하는 기준은 분배적 요구사항을 포함하게 된다. (반면에 부 극대화는 분배의 문제를 포함하지 않는다. A가 1000, B가 20을 가지고 있어도 그것이 부의 극대화에 이바지 않는 한 A의 효용이 80, B가 10이든 상관하지 않는다) 부 극대화는 확실히 다른 이의 '부'를 새로이 개선시키지 않고서는 자신의 '부'를 증대시킬 수 없겠지만 과연 다른 사람의 총복지를 개선시키는데 있어 보다 타협적인 경제정치구조보다 나을 것이라는 점은 전혀 명백하지 않다. (예를 들어 제대로 특별소비세를 실시한다고 해보자. 경제학자 Frank 교수가 제안한

대로, 그 양이 본질적으로 희소할 수 밖에 없는 지위재positional goods를 중심으로 특별소비세를 매기는 것은 부 극대화 기준에서는 부를 감소시키는 일이다. 반면에 타협적인 경제 정치구조에서는 오히려 정당화되는 일이 될 것이다)

62 위 질문은 경험적인 것이지만 여기서 더 반박하지는 않겠다. (미국, 일본과 서구 유럽을 비교해보자. 전자는 부 극대화 원리에 더 가깝지만 사람들의 복지는 후자에 뒤떨어진다). 왜냐하면 포스너의 위 논변에는 보다 근본적인 결함이 있기 때문이다. 다른 사람에게 이익을 주려는 행위, 선행의 도덕적 가치에는 행위자의 의지나 의도도 포함된다. 자기 자신을 이롭게 하려는 의도만 가지는 행위에는 본질적으로 도덕적으로 가치있는 점이 없다. 포스너는 다른 사람을 위한 생산이라는 주장이 타인을 고려하는 행위자의 의도와 아무 상관이 없다는 점을 명백히 하고 있다. 포스너의 틀에서 다른 사람에게 혜택을 주게 되는 것은 오직 생산자가 소비자 잉여의 마지막 한 방울까지 흡수하지 못하는 무능력에 의해서이다. (만약 가격차별을 완전하게 실시할 수 있는 생산자가 있다면 그는 아무런 소비자잉여도 남기지 않게 될 것이다. 그런데 모든 생산자는 성공적일수만 있다면 가격차별을 실시하려고 하는 의도를 갖는다. 단지 그렇게 할 수 없기 때문에 안할 뿐이다. 아무도 소비자 잉여를 극대화하려는 '의도'를 갖지 않는다) 결국 부의 생산하는 행위의 본질적 가치는 부 극대화를 추천하는 이 유가 될 수 없다.

63 부 극대화라는 더 정의로운 분배를 낳는다는 주장을 검토해보자. 이런 주장이 성립하려면 정의로운 분배의 이상이 부 극대화는 독립적으로 명기되어야 한다.

64 따라서 도구적인 주장에 대한 이 새로운 해석은 최소한 정의에 대한 거친 명세라도 있어야 한다. 노직의 유명한 구분을 따르자면 그 이론은 역사과정적 정의여서는 안되고 분배정형적 유형에 속해야 할 것이다. 왜냐하면, 부 극대화 이론은 권리 할당에 대하여 역사과정적 테스트가 아닌 분배정형적 테스트를 제시하기 때문이다. 의사나 캔디 제조업자 중 누가 권리를 가질 것이냐는 단지 그 시간 단면에서 누가 그 권익권에 더 많은 돈을 지불할 것인가에 따라 분배되어야 한다고 보는데, 이는 분배정형적인 관점이다. (역사과정적 관점이라면 누가 그 권리에 대해 노동을 투여했느냐, 누가 동의를 얻어서 그 권리를 취득했느냐 등등을 따질 것이지만 이렇게 선례가 정해지지 않은 권리 갈등의 문제에 대해 역사과정적 정의 테스트는 무력하다) 이렇게 분배정형적인 부 극대화 기준이 역사과정적 분배를 달성하는데 도구적이라는 주장은 일관성이 거의 없다.

65 따라서 부 극대화의 옹호자는 분배정형적 정의관 중 하나를 골라야 한다. 예를 들어 총공리 극대화, 평등주의, 최소 극대화, 능력주의, 보상주의 등을 생각해볼 수 있겠다. 포스너는 위 첫 세 가지를 탈락시킨다. 능력이나 보상의 이론이 그의 정신에 보다 친화적이므로 이들을 먼저 살펴보겠다.

66 능력주의 이론은 사람들이 그 능력에 따라 보상을 받는 분배가 정의롭다고 한다. 이 이론을 위해서는 두 가지 능력 간의 구분이 필요하다. 첫째, 능력에 대한 독립적 개념이 필요하다. 이 개념은 부 극대화 과정과 독립적으로 능력을 서술할 수 있을 것을 요구한다. 그래야 부 극대화가 과연 그 능력에 따라 보상하는지를 경험적으로 검증할 수 있기 때문이다. 그러나 독립적인 능력의 리스트를 작성하려는 시도는 모두 실패한다. 왜냐하면 어떤 능력이냐 속성이 특정한 공동체 특정한 시대에 보상받느냐는 기술의 수준, 취향, 운에 달린 일이기 때문이다. 지금과 다른 사회에서는 전혀 다른 재능을 가진 사람이 보상받을 것이다.

67 예를 들어 야구의 재능을 가진 자는 야구가 발달하지 못한 곳에서는 아무런 보상을 받지 못할 것이다. 어느 재능이 시장에 의해 보상받는가는 여러 요소에 의해 대단히 우연하게

결정되기 때문에 효율성의 추구는 어떤 고정된 독립적 재능의 특정한 세트를 보상하는 방법으로는 이루어질 수 없다.

68 두번째로 살펴볼 능력의 개념은 의존적 개념이다. 즉 어느 때건 그 때 그 곳의 시장에서 성공을 가능하게 해주는 것이 능력이다. 의존적 개념을 채택하면 부 극대화에 맞춰진 시장 경제가 능력을 보상해준다고 말할 수 있는 것은 사실이다. 그러나 능력의 의존적 개념을 채택하면 도구적 주장 자체가 동어반복에 빠지는 것도 사실이다. (부 극대화에 기초한 시장은 그러한 시장에서 보상받는 자를 보상해주기 때문에 정의롭다)

69 따라서 적어도 포스너의 이론에 대하여는 정치철학의 문헌에 있는 독립적인 정의관 중에서 맞는 것을 하나도 찾을 수가 없다. 포스너는 부 극대화가 광범위하게 단일 기준으로 사용되어야 한다고 주장하며, 그러한 광범위한 활용을 하지 않는 모든 정의관을 단순히 오류라고 보거나 사소한 것으로 치부한다. 그렇다면 다원적인 정의관이 포스너의 이론을 지지해줄 수 있는 정의관이 될 수 있는가? 다원적 정의관이란 효용이나 평등 또는 능력과 같은 단일 가치를 기준으로 정의를 구성하는 대신, 정의로운 분배란 이들 여러 가치의 현명한 조합이라고 주장하는 정의관이다. 이 견해에서 정의로운 분배란, 복지의 평균적인 수준이 꽤 높고, 불평등의 정도가 너무 심하지 않으며 얼마나 열심히 일했는가 또는 얼마나 많은 것을 생산하였는지가 사람들이 보유한 부와 대체로 연결되는 사회라고 할 수 있겠다. 정확한 가치의 조합은 명기할 수 없을지 모르나 대충 보면 알 수 있다고 주장할 수는 있다. 부 극대화가 도구적으로 이와 같은 다원적 정의관에 관련되어 있다는 말은 제대로 된 주장인가?

70 그 위험성은 충분히 명백하다. 이런 식으로 완결된 도구적 주장은 다시 한 번 동어반복이 된다. 왜냐하면 다원적 정의관을 경험적으로 검증될 수 있을 정도로 명료하게 진술할 수 없으면 그것으로 부 극대화가 그 정의관을 충족하는지 여부를 알 수 없기 때문이다. 예를 들어 부 극대화 기준에 기초하여 운영되는 사회가 산출하는 가치량의 묶음이 A라고 해보자. 이 때 비판자가 부 극대화 기준을 조금 희생시켜 재분배를 피하고자 한다. 이렇게 A에 비해서 불평등은 덜하고 평균효용은 조금 하락하며 능력과 부 사이의 상관성도 조금 달라진 가치량 묶음을 B라고 해보자. 그런데 A 조합이 B 조합보다 더 낫다는 논변을 구축할 수 있는가?

71 그러한 논변은, 설사 존재한다 하더라도 설득력이 있을 수가 없다. 부의 극대화 기준을 시행했을 때 평균효용, 불평등, 능력과 부의 상관성 등의 가치가 어떻게 조합될지는 사전적으로 대단히 불확정적이고 불명확하다. 또한 부 극대화 기준을 어느 만큼 타협시켰을 때 어떤 가치조합의 변화가 산출되는지도 대단히 비확정적이다. 더군다나, 타협적인 기준보다 부 극대화에 의해 더 잘 보장되리라고 생각되는 그러한 특정한 조합이 존재한다는 것은 설득력이 없다.

72 여기에는 더 중요하고 더 일반적인 논점이 있다. 나는 부 극대화의 지지자들은, 특정한 분배가 부 극대화에 의해 달성되었기 때문에 정의롭다는 식으로 생각하지 그 반대 방향의 추론(정의로운 분배가 따로 기술될 수 있고, 이것을 달성하려면 부 극대화가 필요하다)은 하지 않는다는 혐의를 두고 있다. 그리고 이러한 혐의는 법의 경제적 분석을 연구한 수많은 문헌으로 뒷받침된다. 그런데 저런 식의 생각-부 극대화에 의해 달성된 거니까 정의롭다-은 도구적 정당화가 아니라 오직 부 그자체가 가치의 구성요소라는 전제에 의해서만 정당화될 수 있다. 그리고 앞서 보았듯이 그런 전제는 입증되지 않는다.

73 우리는 이제껏 부 극대화가 증진하는 사회적 가치의 독립적이 개념을 명기함으로써 부 극대화에 대한 도구적 주장이 완결될 수 있는지를 살펴보았다. 나는 먼저 공리주의적 정의

관을 제쳐 놓았다. 왜냐하면 포스너는 명시적으로 그 정의관을 거부했기 때문이다. 그러나 포스너 자신의 제안, 즉 i) 개인의 권리 ii) 개인의 덕성 iii) 그리고 상이한 가치들의 인상적인 조합을 부극대화가 가장 잘 증진한다는 주장은 모두 실패로 귀결된다.

74 비록 포스너가 법률가들 중에서 가장 분명하고 극단적인 부 극대화론자이기는 하나, 그가 공리주의를 거부하였다고 해서 다른 부 극대화론자들도 그것을 거부해야 하는 것은 아니다. 그렇다면 우리가 던질 질문은 이것이다. 공리주의 전통은 부에 대한 도구적 주장을 완결하는 길을 제시해주는가?

75 다시 한번 우리는 서로 다른 유형의 도구적 주장을 세심하게 구별해야 한다. 그 주장에는 보이지 않는 손, 부가 가치의 구성요소라는 주장, 모조 과녁false-target 버전이 존재하고, 또 광범위한 적용 범위 버전 및 좁은 적용범위 버전이 있다. 그러나 이들 버전들은 모두 공통된 개념적 문제를 겪는다. 공리주의는 개인 간 복지 수준이 적어도 때때로는 비교가능하다는 것을 전제하고 있다. 그래야 총효용이나 평균효용이 사회 프로그램의 선택을 그 기준에 따라 서열화할 수 있기 때문이다. 만일 공리주의가 부 극대화 기준을 작동시키는 원동기motor가 되려면, 현대 정통 경제학의 회의주의를 불식하여 개인간 비교가 가능하다는 입장으로까지 나아가야 한다. 그리고 설사 대규모 공동체 내에서 복지 비교에 대한 일반화-예를 들어 한계효용은 체감한다는 일반화-를 받아들인다고 하더라도, 공리주의적 도구적 이론의 모든 버전은 즉각 설득력을 잃게 된다. 부 극대화 단일 기준의 충족만을 추구하는 사회(A)가, 부 극대화를 추구하기는 하지만 사회적 부 증가를 명목으로 수용할 수 있는 불평등의 격차에 일정 정도 한계를 부여하는 사회(B)보다 평균효용이나 총효용이 더 많을 것이라고 생각하는 것은 설득력이 없다.

76 그러므로 부 극대화의 공리주의-도구적 이론이 설득력이 있으려면 반드시 그 적용범위가 꽤나 좁은 이론이어야 한다. 그렇다면 우위판별을 할 좁은 이론의 예를 구성해보자. 판사가 보통법의 어려운 사건을 사회의 부를 극대화하는 규칙을 선택함으로써 판결하는 사회는, 총효용을 극대화하는 규칙을 선택하는 판결을 내리는 사회보다 장기적으로 더 많은 총효용을 달성하리라는 주장이 그 예다. 어떤 경험적 증거가 이러한 주장을 지지할 수 있을 것인가?

77 가장 유력한 가정은 선별적인 극대화를 원인이나 가치의 모조 과녁이라고 보는 것이다. 이 입장은 판사가 총 부를 증가시키도록 판결을 하면 입법부를 포함한 다른 기구들은 그렇게 사법부가 증대시킨 총 부를 재분배하여 평균효용이나 총효용을 증대시키면 된다는 것이다. 그러하 국가제도의 순차적인 작동은 개인간 효용비교가 원리상 가능하다고 볼 때 충분히 생각할 만한 것이기는 하다. 그러나 그런 결과가 필연적으로 도출되는 것은 아니다. 정치과정은 부 극대화로 인해 가장 많은 이득을 본 사람들의 이익을 건드리지 않고 그대로 놓아둘 수도 있기 때문이다. 그러므로 우리는 공리주의-도구적 이론이 그 이론의 규범상의 목적을 달성키 위하여 입법부로 하여금 총효용을 개선하기 위한 재분배를 실제로 행할 것을 요구하는지 아니면, 단지 입법부가 그러한 재분배를 행할 수도 있다는 가능성만으로 그 이론의 정당화가 족한지를 검토해보아야 한다.

78 다음과 같이 그 이론을 정교화했다고 생각해보자. 판사는 보통법 사건에서, 기존의 부와 법적 권리의 분배라는 배경 하에서 재량권을 행사하여 판단한다. 판사가 내리는 특정 사건에서의 판결 하나가 그 분배 상태를 중대하게 바꾸지는 못한다. 총효용 개선의 원리에 기초한 판사가 할 수 있는 최선의 일은 결국 부의 총공급을 개선하는 것이다. 입법부가 증가된 부를 효용이 최적화되도록 재분배한다면 훌륭하고 좋은 일이다. 입법부가 그렇게 하지 않더

라도 그 사회가 잃은 바는 아무것도 없다. 그렇다면, 어쨌든 판사는 사회의 총 부를 증대시켜 입법부가 그것을 재분배할 수 있는 기회를 사용하든 사용하지 않든 갖도록 하는 것이 낫다고 한다.

79 위 논변은 좁은 이론에 대한 훌륭한 방어라고 볼 수 있는가? 위 논변은 여러 가정에 광범위하게 의존한다. 첫째, 판사는 단순히 부를 극대화하는 것 이외에는 효용을 직접 개선하기 위해서 할 수 있는 일이 아무것도 없다. 심지어 효용 개선이라는 목표를 위해 입법부가 그 이상 아무것도 하지 않으리라는 것을 알고 있을 때조차 그렇다. 둘째, 위 논변은 부가 효용의 유용한 구성요소가 아닌 때에도 훌륭한 모조 과녁이라고 가정한다. 우리는 그와 같은 가정을 다음의 방식으로 검증해볼 수 있다. 예를 들어 다음 프로그램 선택지 중에 어느 것이 더 나은지 판별해본다고 하자. 판사가 보통법의 어려운 사건을 판결할 때 다른 대안보다 효용을 더 잘 증진시키는 방식이 무엇인가에 따라 결정한다고 해보자. 그 경우 일부 사건에서는 그 결정은 부 극대화에 부합하는 결론이 나올 것이고 일부는 그렇지 않을 것이다. 모든 것이 상황에 따라 달리 나올 것이고 미리 효용 증대에 더 낫은 방법이 곧 부 극대화 결정인 것과 아닌 것일지를 결정하는 것은 불가능하다.

80 위와 같은 주장은 부 극대화에 대한 약한 도구적 이론이다. 이제 두 가지 질문이 생긴다. ① 약한 이론은 좁고 강한 도구적 이론이 추천하지 않는 사법 판단을 추천하는 경우가 있는가? ② 판사가 약한 이론을 따르는 사회는, 강한 이론을 따르는 사회보다 더 많은 효용을 산출할 것인가? 질문 ①에 대한 대답은 여러 이슈에 따라 달라지게 되기는 하겠지만 거의 모든 경우 확실하게 “그렇다”는 답이 나올 것이다. 온정적 간섭주의의 문제는 효용 극대화 규칙이 부 극대화 규칙과 다른 경우를 만들어 낼 것이다. 예를 들어 캔디 제조기계의 소음으로 인하여 받을 수 없게 된 의료에 대한 보상으로 캔디를 제공한다고 해보자. 이 경우 캔디는 그 공동체의 건강에 나쁠 것이며 따라서 그 공동체의 장기적인 효용을 해할 것이다. 미래 세대의 문제도 그같은 불일치가 발생하는 경우다. 미래 세대의 효용이 고려 대상이 되고 나면, 환경에 영향을 미치는 보통법의 결정, 즉 현재의 분배 상태에서 부를 증대시키려 할 경우 장기적 효용의 훼손을 가져오게 될 수도 있다. 이들 요소를 포함하고 있지는 않으나 보통법의 몇몇 사안들은 잠재적으로 재분배적인 성격을 지니고 있기 때문에 동일한 차이를 발생시킨다. 예를 들어 판사의 판결이 침해되어가는 그리고 비경쟁적인 산업에 종사하는 노동자들을 보호(A)하거나 새로운 산업을 발전시키는데 유리하게 권리를 구조화(B)함으로써 (즉 해고를 쉽게 함으로써) 실업을 가속화시키는 어느 쪽으로든 판단할 수 있을 때, 부 극대화 결정(B)은 후자를 선택할 것이나 효용 증진 결정(A)은 전자를 선택할 것이다.

81 약하고 강한 두 이론이 서로 추천하는 결정이 다른 사안이 많이 있다 해도 두 번째 질문에는 아마 “그렇지 않다”고 답할 수 있을 것이다. 모조 과녁이 때때로 좋은 과녁이라는 것은 사실이다. 우리는 때때로 우리가 원하는 것으로부터 약간 빗겨난 목표를 겨냥함으로써 그것을 직접 겨냥한 때보다 더 나은 결과를 얻기도 한다. 그러나 이런 일이 항상 벌어지는 것은 아니며 통상적으로 벌어지는 일조차 되지 못한다. 그리고 입법부는 모조 과녁을 사용하면 안되고 법원만 그렇게 해야 되는 선택적인 어떠한 이유도 찾아보기 어렵다. 부를 극대화하지 않는 결정은 그것이 그럼에도 불구하고 효용을 증진시키기 때문에 때때로 채택해야 한다면 법원도 이와 같은 방식의 판단을 하지 않아야 할 이유는 아무것도 없어 보인다.

82 공리주의-도구적 이론은 입법부가 법원과 협력하여 행위하여 최대 효용을 산출한 다는 판단에 근거하고 있다. 그러나 실제로 이런 일은 이루어진 바도 없다. 이런 사실이 아닌 순차적 과정을 이론의 전제로 깔고 있기 때문에 그 이론은 심각한 결함에 빠진다. 또 꼭 실제



로 그런 정치적 과정이 순차로 일어나지는 않지만 그와 비슷한 결과가 벌어지고 있다는 설명도 설득력이 없다. 우리 사회의 현재 불평등은 공리주의 관점에서 지나치게 큰데, 입법부나 연방정부, 주 정부가 이 불평등을 줄이려는 노력으로 바꿨다는 보고가 전혀 없다. 설사 순차적 정치 과정론 가설이 건전하다고 해도 부 극대화 사법이론은 더 많은 가정을 요구한다. 즉 효용이 과녁이라면 효용을 극대화하는 사법해석론을 가지면 족하지 왜 부 극대화를 이야기하는가? 이는 근거없이 모조 과녁을 설정하고 그것을 노리는 것이 최종 과녁을 직접 바로 노리는 것보다 낫다고 우기는 것이다. 사법해석론은 모조 과녁이 적용될 분야가 아니다. 중독, 근시안 같은 분야나 모조 과녁이 사용된다. (아니면 잠이 안오면 양을 세거나 하는 일 등. 그런데 이런 모조 과녁의 유효성이 입증된 분야와 사법해석의 분야가 그 메커니즘 상 유사하다는 어떤 논증도 이루어진 바 없다)

84 최소극대화 효용을 진정한 과녁으로 삼는 동일한 유흥의 모조 과녁 이론도 마찬가지로 비판이 적용된다. 최소극대화 효용이 도달해야 할 궁극목표라면 왜 그 목표의 기준을 사법해석에 직접 적용하지 않는가? 이 경우 모조 과녁이 더 유용하다는 증거나 근거가 있는가? 없다.

85 부 극대화를 위한 도구적 논변은 정의의 이론 중에서 비능력주의 분배정형 이론, 예를 들어 효용이나 최소극대화 같은 이론이 추천하는 상태를 추구하기 위해 사용되었을 경우에 더 설득력이 있었을 것이다. 그렇게 전개되었더라면 개념을 살펴보는 작업만으로는 그 논의를 기각시켜버릴 수는 없었을 것이다. 그러나 포스너의 이론은 개념만 짚 살펴봐도 바로 기각된다. 그럼에도 불구하고 포스너류의 이론이 아무런 이론의 기초도 없이 계속 사법해석론으로 유행하고 있는 실정이다.

86 법에 대한 경제적 분석은 기술적인 이론이자 규범적인 이론이다. 이 중 규범적인 부분이 실패하게 되면 기술적인 부분도 훼손되는가? 인간의 행동을 설명하는 데는 여러가지 양식이 있다. 일부는 비동기적이다. 동기적 설명 양식도 상이한 형태로 나뉜다. 가장 직설적인 것은 행위자의 관점을 취하여, 행위자의 목표, 의도 그리고 그것을 위해 무엇이 적절한 수단인가에 대한 그 사람의 신념을 인용하는 것이다. 그러나 이보다 더 복잡한 동기적 설명 양식도 있다. 보이지 않는 손은 특정한 동기를 지닌 사람들의 행동의 결과로 개인적으로 목표했던 것과 상인한 결과를 낳게 된다고 가정한다. 프로이트 학파는 무의식적 동기에 의해 사람들이 움직인다고 한다.

87 경제적 분석론은 유전적, 화학적, 신경학적인 설명과 같이 비동기적인 설명도 아니고 동기적 설명 중 보이지 않는 손의 설명도 아니다. 프로이드식의 설명도 아니다. 보이지 않는 손이 결들여져도 이는 판사가 사회적 부의 극대화라는 의도를 가지고 판결한다는 직설적인 동기적 설명 방식을 전제한다. 따라서 기술적 측면에서 경제적 분석론은 직설적인 동기적 설명 방식이 참이나 거짓이냐에 그 성패가 달려 있다.

88 그러나 경제적 분석론의 규범적 측면에 반대하는 나의 논변은 동기적 설명 방식 역시 의문시하게 만든다. 나는 사회적 부가 심지어 여러 사회적 가치 중 하나에도 해당하지 않는다고 논했다. 앞에서 보았듯이 부가 사회적 가치의 구성요소라고 가정하는 것은 터무니 없는 황당한 결론을 낳으며, 부는 진정한 목표와 강한 도구적 연관성을 가지고 있다는 주장은 설득력이 없다. 그러므로 판사가 사회적 부 극대화를 그 자체로 추구하든, 다른 가치를 위한 모조 과녁으로 추구하든 모두 터무니 없는 것이다.

89 그렇다면 경제적 분석의 기술적 주장 역시 근본적으로 불완전하다고 할 수 있다. 그 이론이 현상을 기술하는 이론으로서 설명력을 가지려면, 그 이론은 다시 고쳐 쓰여져야 한다.

예를 들어 약한 도구적 주장에 맞게끔 고쳐 쓸 수 있겠다. 그럴 경우 그 논변은 강한 도구적 주장에 맞춰진 경우보다 그 적용범위에서 더 선별적이어야만 한다. 그럴 경우, 그 이론은 사법 판단 중에서도 특정한 집합을 골라내어서 왜 그 집합의 경우에는 판사가 사회적 부를 개선시키는 규칙을 쓴다고 가정하는 것이 판사가 다른 목표, 예를 들어 효용, 맥시민, 가난의 제거, 국제관계에서 국가의 힘 등 다른 목표를 추구한다고 가정하는 것보다 판례를 설명하는 힘이 더 큰지를 설명하는 방식이 된다. 그리고 이는 매우 복잡한 설명이 될 것이다. 왜냐하면 더 큰 설명력을 가짐을 보이기 위해서는 자세한 인과적 설명 뿐만 아니라 지성사나 지식사회학의 설명도 포함해야 할 것이기 때문이다. 과실불법행위나 엄격책임의 체계를 발전시킨 판사들은 그들의 결정이 (부를 개선시키는 간접적인 경로를 통해) 평균효용을 개선시킬 것이라고 생각했기 때문에 그렇게 했는가? 이 판사들은 모두 하나같이 공리주의자였는가? 그래서 하나같이 그와 같은 사고 경로를 채택했는가? 긴 시간 동안 판사직을 거쳤던 판사들이 사회적 가치에 대하여 같은 이론을 채택하고 있었다고 가정하는 것이 설득력이 있는가? 예를 들어 사회정의에 관한 이론으로서 공리주의가 학계에서 인기가 있던 시기, 그리고 그 전 시기, 그 이후 시기 불문하고 판사들이 모두 하나같이 공리주의자였다고 가정하는 것이 설득력이 있는가? 이런 질문들은 약한 도구적 가정을 통해 판사들이 부 극대화를 판결의 기준으로 채택했다는 주장을 뒷받침하기 위해 답해야 할 산더미 같은 질문들 중 한 줌의 모래에 지나지 않는 것들이다. 그러나 이 한 줌의 질문만으로도 현재 법에 대한 경제적 분석이 주장하듯이, 판사들이 부 극대화 기준에 따라 보통법의 판례를 축적해왔다는 주장이 얼마나 근거 없는가를 드러내는 데에는 충분하다.

90 그러나 내가 부 극대화 이론에 대해 너무 많은 것을 요구하는 반면 이미 성취된 바는 너무 폼하한다고 생각하는 독자들도 있을 수 있다. 법에 대한 경제적 분석이, 보통법의 특정한 분야 예를 들어 상린관계나 과실불법행위나 채무불이행에 기한 손해배상 사건에 관하여 판결한 판사들의 결론과, 사회적 부를 극대화시키는 기준을 명시적으로 채택하였다면 도달하였을 결론이 중요한 상관성이 있다는 점을 증명했다고 가정해보자. 그럴 경우 이 모든 정보로부터 등을 돌리는 것은 심술궂고 어리석은 태도일 것이다. 우리는 다음과 같은 태도를 견지할 수도 있다. “지성사적 설명이 왜 실제 판사들이 이런 식으로 행위하였는가를 제대로 알려준다면 더 좋을 것이라는 점은 의심할 여지가 없다. 그러나 지금 밝혀진 바는 이것이다. 즉, 판사들이 부 극대화를 가치의 구성요소로 생각했든지 아니면 부 극대화에 대한 약한 도구적 이론, 강한 도구적 이론을 채택했든지 어느 것인지는 모르겠지만, 부 극대화 결론과 실제 판례 사이의 상관성은 판결 과정에 대한 우리의 이해를 중요한 정도로 높여준다.”

91 나는 위와 같은 태도(상관성이 높은 이론이 곧 사법 판단, 사법 해석의 기준에 대한 이해를 높여준다는 태도)가 틀렸다고 생각한다. 왜냐하면 이런 종류의 상관성은 독립적인 의미를 갖는 동기적 가정에 의해 뒷받침되지 않으면 설명력을 가지고 있다고 할 수 없기 때문이다. 다음과 같은 예를 생각해보라. 우리가 일리노이 대법원에서 판결된 모든 사건들을 이진법적인 알파벳 순서의 열(sequence)로 바꾸어 구성한다고 하자. 우리는 승소자의 이름이 패소자의 이름보다 알파벳 순서로 볼 때 앞에 올 경우에는 1을 쓰고, 승소자 이름이 패소자 이름보다 알파벳 순서에서 뒤일 때에는 0을 쓴다. 원고와 피고의 이름이 똑같다는 식의 복잡한 경우는 생각하지 않기로 하자. 이렇게 만들어진 열에 ‘아더Arthur’라는 이름을 붙인다. 우리는 아더 열이 이 모든 사건들의 판결을 설명한다고 말하지 않을 것이다. 그런데도 아더라는 열은 사건과 완벽한 상관성을 이룬다. (아더의 원칙에 모든 사건이 들어맞기 때문이다.

아더에서 1로 표시된 사건을 찾아보면, 실제로 승소자가 알파벳 순서에서 패소자보다 앞설 것이다. 반대로, 승소자가 알파벳 순서에서 패소자보다 앞선 사건을 아더 열에서 찾아보면 당연히 그 값은 1로 표기되어 있음을 발견할 수 있다) 아더 열의 작성은 아직 판결하지 않은 사건, 즉 미래의 사건에 대해서도 계속될 수도 있다. 예를 들어 미국의 아카데미한 법률가들이 내릴 판결 100개의 무작위 사건에 아더 열을 투사한다고 해보자. (즉 과거 사건으로부터 작성된 열을 미래 사건에 그대로 적용시켜 일치 여부를 본다는 말이다). 예를 들어 아더 포스너 열, 아더 마이클만 열, 아더 칼라브레시 열 등등을 얻을 수 있다. 그리고 이 각각의 열은 그 각각의 판사가 내릴 결론을 아더 열 구성의 기준에서 보았을 때 매우 잘 예측한다. (간단하게 5 사건의 경우만 생각했을 때, 과거 판결의 아더 열이 [1, 1, 0, 1, 0] 이라고 해보자. 그리고 이 작성 시점 이후로 판사가 판결한 사건 5개를 차례로 아더 변환을 거쳐서 [1, 0, 1, 1, 0]이 나왔다고 하자. 그러면 일치하는 비율이 무려 60%나 된다. 상관성이 높다고 나오는 것이다. 그러나 무엇을 설명하는 바는 전혀 없다.) 그러나 우리는 이런 경우를 두고 아더 열이 훌륭한 예측력을 가졌거나 일리노이주 대법원 판결에 대해 기술적으로 설명하는 좋은 이론이라고 보지 않는다.

92 아더 열 변환 이야기를 하면서 내가 지적한 논점은 매우 분명하고 중요한 것이다. 인간 행동을 설명하기 위한 척도의 후보가 되기 위해서는 실제로 그 행동을 하는 사람에 대해서 생물학적이거나 동기적으로 설명하는 방식 중 어느 하나를 택해야 한다는 것이다. (예를 들어 어떤 사람이 담배를 피우는 행동을 설명하려면 그 사람이 ‘담배를 좋아한다’고 생각하든가, 아니면 뇌의 메커니즘 상 계속 담배를 피게 된다고 설명하든가 둘 중 하나는 해야 된다.) 상관성이 아무리 높게 보장되더라도, 그러한 연결관계를 설명할 전망이 아예 없다면 그것은 단지 우연에 불과한 것이다. 인간행동에 대해 점성술이나 다른 초자연주의적인 방식의 설명은 모두 이러한 문제에 빠진다. (말하자면 판사들이 뇌에 화학적 물질이 분비되어서 의식하지도 못하면서 부 극대화를 적용한 것과 마찬가지로의 결론으로 치달았는지 아니면 판사들이 정말로 부 극대화론을 지지하는 어떤 이론을 명시적으로 채택하여 그런 결론을 내렸는지 둘 중 하나임을 밝혀야 한다는 것이다)

93 우리는 세가지 선택이 있다. 하나는 실제 판례와 부 극대화 결론과의 상관성을 모두 우연적인 것으로 무시하고, 사법해석에 대한 이론을 우위판별할 수 있는 노력을 포기하는 것이다. 이러한 태도는 낭비적이고 뒤틀린 것으로 보인다. 왜냐하면 상관성이 이 경우에 존재한다면 이 상관성은 아더 열과 사건 간의 상관성과는 그 성격이 다를 것이기 때문이다. 아더의 경우에는 아더 열을 구성하는 방법 자체가, 과거 아더 열과 미래 아더 열 사이의 상관성이 설명력을 가지는 것이라기보다는 우연에 지나지 않음을 보증한다. 그러나 경제적 분석과 실제 판례 사이의 상관성을 풀이하는 방식 중 ‘우연’은 여러가지 설명 중 하나에 지나지 않는다.

94 둘째로, 내가 이 절에서 시사한 과업을 추구할 수도 있다. 부 극대화론 중에서 약한 도구적 이론을 구성하여 상관성이 실재하는 법 분야에서는, 공리주의와 같은 전통적인 사회적 가치를 잘 추구하려면 부 극대화를 선택하는 것이 유용한 방법이 된다는 것, 그리고 판사들은 이 점을 거칠고 정교화되지 않은 방식이기는 하지만 어쨌든 인식하고 판결을 내렸다는 점을 입증하는 과업 말이다. 그 과업은 정치 이론 뿐만 아니라 지성사 이론의 상세한 층으로 경제적 분석을 이끌고 들어갈 것이다. 물론 이 과업을 시작부터 기각할 수는 없는 노릇이다.

95 마지막으로 세번째 선택지가 남아 있다. 우리는 부 극대화론과 결론이 일치하는 것처럼

보이는 관례를 사회적 부나 공리, 또는 다른 정책 목표를 달성하기 위해 효율적으로 취해진 모조 과녁을 추구한 결과가 아니라, 공정성에 대해 가장 설득력 있는 관념을 실행하는 원리의 결정으로 이해할 수도 있다. 나는 여러번에 걸쳐서(이 책 <원리의 문제들>에 실려 있는 다른 논문을 가리킴), 원리에 기초하여 판결을 설명하는 것이 정책에 기초하여 설명하는 것보다 규범적인 측면에서 그리고 실증적인 측면에서 왜 더 선호할 만한지를 보여주려고 시도하였다. 이 원리 측면에서 이론을 구축하는 전략은 방금 위 문단에서 기술한 정책에 대한 약한 도구적 프로그램 이론보다 훨씬 전망이 풍부하다. 그러나 나는 왜 독자들이 이 과업에 나와 같은 확신을 가지고 참여해야하는지에 대해 주목하지 않을 수 없는 근거를 아직 제시하지 않았다. (이 책에서 이 끝문장에 뒤이어 <왜 효율성인가 Why Efficiency?>라는 논문이 이어짐)

