제목: <원리의 문제들> 13장 왜 효율성을 택해야 하지?
요약번역자: 이한

칼라브레시의 올바른 조합

1. 귀도 칼라브레시(Guido Calabresi)는 그의 이론이 정의와 효율성을 어떻게 관계짓는가에 대한 나의 설명(13장 "부는 가치인가"-시민교육센터에 게시되어 있음)을 비판한다. 그러나 그가 그의 책 <사고의 비용 cost of accident>이라는 책에서 제시하는 사례는 나의 설명이 맞다는 것을 오히려 확인해준다. 왜냐하면 그는 정의가 효율성을 추구하는 일에 거부권의 기능을 한다는 점, 즉 사고의 전반적인 비용을 감소시키는 제도(scheme)이 정말로 부정의하다면 그것을 받아들여서는 안된다고 주장했음을 상기시키기 때문이다. 나는 이 그림을 정의와 효율성 사이의 맞교환(상충) 관계로 묘사한 것이 오도하는 것일 수 있다는 점에서 동의한다. 그 이론은 둘 사이에 보통과는 다른 제한적인 의미에서 사전 편찬적인 순서 내의 맞교환 관계를 인정한다. 이를 두고 맞교환 관계를 부인한다고 설명하는 것이 더 나을 수도 있겠다. 그러나 정의의 이 거부권 또는 사전편찬적 순서는 그럼에도 불구하고 문제가 되는 맞교환 관계를 전제한다. 즉, 그 맞교환 관계는 개념적으로 이미 발생되어 있는 것(on the cards)이다. 따라서 그 이론은 내가 칼라브레시가 견지하고 있다고 말했던 효율성에 관한 오류에 빠진 이론 중에서도 특별히 예리한 버전을 제공한다. 법에 대해 논하는 경제학자들은 맞교환 관계를 고려하나, 칼라브레시의 버전에서처럼 정의에 지배적인 힘을 부여하지는 않는다.

2 칼라브레시의 이론은 사회적 부가 정의와는 구별되는 어떤 이유에서 추구할 독립적 가치가 있다고 보는 이론이다. 왜냐하면 사회적 부가 그 자체로서 바람직하지 않다면 정의가 사회적 부에 대한 비토로 작동해야 한다는 이야기는 무의미해지기 때문이다.

3 칼라브레시는 맞교환 관계 또는 조합(mix)이 정의와 비용 절감 사이에서가 아니라 총 부와 그 분배 사이에서 이루어진다고 이야기하였다. 그러나 칼라브레시가 부가 그 자체로 가치 있는 것이라는 숨은 전제를 버렸는지는 의심스럽다. 그 문제를 드러내기 위하여 나는 새로운 구분을 하나 더 제시해야겠다. "올바른 조합 mix"이라는 관념이 작동할 때는 언제나 그 관념의 두 가지 의미가 구분되어야 한다. 하나는 독립적으로 욕구되는 두 가지 재화나 성질 사이의 맞교환(상충)이나 타협이라는 관념이다. 예를 들어 공원과 곡물을 모두 좋아하는 사람은 그의 재산 중 공원으로 놓아둘 부분과 경작지로 쓸 부분의 비율의 최적 조합에 대해 생각해야만 한다. 둘 다 최대한 많으면 좋겠지만 총 재산이 한정되어 있기 때문에 이 두 욕구는 충돌하게 되고 따라서 한 가지를 더 원하려면 한 가지를 희생시킬 수 밖에 없다. 그가 어떤 조합을 "옳은" 조합으로 선택한 뒤에 그가 경작하던 땅에서 더 많은 곡물을 수확할 수 있는 방법을 알아냈을 때 그는 이것을 완전무결하고 명백한 개선이라고 생각할 것이다. (그는 그 후 경작지 중 일부를 공원으로 다시 바꿀 수도 있고 그렇게 하지 않을 수도 있다)

4 이 맞교환이나 올바른 조합의 "타협"이라는 의미는 구별되어야 한다. 이 의미에서는 어떤

요소들의 조합이 최적 조합이라 생각되는 경우는 그것이 최선의 최종 결과물을 산출할 때뿐이다. 어떤 사람이 케이크를 만들면서 밀가루와 계란의 올바른 조합을 염려하는 것은 그가 밀가루와 계란을 각각 독립적으로 최대한 원하기 때문이 아니라, 케이크를 만들 때 사용할 수 있는 다른 조합 방식보다 특정한 조합이 낫기 때문이다. 예를 들어 올바른 조합이 밀가루 한 컴에 계란 두 개라고 해보자. 빵 만드는 사람은 투입되는 밀가루 양을 줄이지 않으면서도 세 개의 계란을 추가할 수도 있다는 말을 들었다 하더라도, 그의 상황에서 그 제안이 개선이라고 생각하지 않을 것이며 오히려 결과를 망치는 짓이라고 생각할 것이다.

5 칼라브레시는 부와 분배 사이의 맞교환 관계 또는 조합을 이야기한다. 그가 말하는 "올바른 조합"은 타협의 의미에서인가, 조리법의 의미에서인가? 그가 언급한 나의 논문에서 나는 그의 이론이 타협 의미에서의 조합에 대해 논하고 있다고 가정했다. 그리고 그 경우 그는 부가 가차의 구성요소라는 점을 전제하고 있음에 틀림없다. 왜냐하면 평등주의적 분배가 그 자체로 가치의 구성요라면, 즉 그 자체를 목적으로서 추구하는 것이라면, 그것과 다른 것 사이의 타협을 말하는 것은 그 다른 것 자체로 가치의 구성요소가 아니면 무의미한 소리가 되기 때문이다. 곡물이 가치 있는 것으로 취급될 때, 공원 역시 가치 있는 것으로 취급되지 않으면 곡물을 줄이고 그 대신 공원을 갖는 것은 이해가 되지 않는 것이나 마찬가지다.

6 그러나 칼라브레시는 사회적 부가 가치의 구성요소가 아니라고 생각하는 점에서 나의 견해에 동의한다고 하였다. 그의 입장을 해석하는 길은 두 가지가 있다.
해석1: 그는 타협이 아니라 조리법의 의미에서 올바른 조합을 의미하였을 수 있다.
해석2: 그는 타협의 의미에서 조합을 이야기하였지만 평등주의적 분배정형과 가치로서의 부 사이의 타협이 아니라 분배정형과 다른 무언가의 내용물로서의 부 사이의 타협을 이야기하였다고 보는 것이다.

7 해석1에 대한 검토: 그는 조리법을 의미하였는가? 다음과 같은 방식으로 해석이 진행될 수도 있다. 최대효용은 그 자체로 가치 있는 유일한 것이다. 달성가능한 최고의 효용은, 달성가능한 최대의 부와 실현가능한 최대의 평등주의적 분배 사이의 조합을 결합하는 조리법에 의해 산출되는 것이라고 말이다. 그리고 최대 효용을 낳는 그 조합이 부와 분배 사이의 *올바른* 조합이라고 말이다. 그러나 이 해석을 칼라브레시의 의도로 보기에는 무리가 있다. 그가 나에게 주장한 바를 보면, 더 평등주의적 분배는 그 자체로서 가치 있는 것이라고 이야기하는 것으로 보이기 때문이다. 따라서 보다 평등주의적인 분배를 달성하기 위하여 총효용을 줄이는 것이 가치 있는 일이 되는 경우도 있을 터이다. 그는 명시적으로 효용에만 가치를 두는 일원주의를 거부하기도 하였다. 따라서 그의 이론을 최대 효용을 산출하기 위한 조리법 이론으로 볼 수는 없다.

8 두번째 해석에 대한 검토: 사회적 부는 무엇에 대한 대용물인가? 칼라브레시는 "총효용"이라고 대답할지도 모르겠다. 따라서 그 부와 평등 분배 사이의 타협에 깔려 있는 것은 실제로는 총효용과 평등 분배 사이의 타협이지만 실용적인 목적을 위해 부를 대용물로 쓰는 것이다. 칼라브레시는 일원적인 공리주의자는 아닐지 모르나 부분적으로는 공리주의자일지 모른다.

9 이것이 그의 이론인가? 그렇다고 하기 전에, 나는 그에게 다른 이론을 구성하여 제시하고 싶다. 이 이론은 조리법 이론이나, 효용 조리법 이론이 아니라 평등 조리법 이론이다. 내가 이 평등 조리법 이론을 설명하기 전에 나는 정치적 이상으로서의 평등에 대하여 이야기할 것이 있다. 나는 칼라브레시와 내가 모두 분배의 문제에 있어 사람들이 동등하게 대우받아야 한다는 원리를 근본적인 것으로 받아들인다고 가정한다. 그런데 그 원리가 무엇을 의미하는지는 어려운 문제다. 다음 절에서 나는 평등에 대한 하나의 해석인 평등 대우 원칙에 관한 설득력 있는 설명을 하고자 한다.

평등 대우에 대한 해석

10 고정된 양의 동일 재화를 분배할 때 추상적 평등 원칙에 따르면 각자는 그 재화의 똑같은 몫을 가져야 할 것이다. 그러나 실제 사회에서는 상이한 재화의 분배가 문제되며 분배에 따라 상이한 재화가 상이한 양으로 생산되며(분배의 형태가 생산에 영향을 미친다는 뜻), 권리와 가치도 분배의 대상이 되기 때문에 위와 같은 결론을 그대로 적용시킬 수 없다. 상린관계에서 불쾌한 폐의 문제나 과실 불법행위 문제에 있어서 권리를 분배하는 방식 중, A와 A'가 있는데 A'는 A보다 상대적 불평등은 심하나 총 생산량은 더 많게 되는 방식이며(상대적 궁핍으로 인해 자존감에 주는 정신적 충격까지 고려하여) A'가 파레토우월하다면(즉, 누구도 나빠지지 않으면서 더 나아진다면) A가 사람들을 동등하게 대우하고 있지 않다고 말하는데 아무런 어려움을 느끼지 않을 것이다. 그러나 A'가 파레토 우월하지 않고, A에 비해 누군가는 더 나아지고 누군가는 나빠진다면 상이한 문제가 생긴다. 먼저 왜 두번재 상황에서 총 부가 증가했는지를 파악하는 일이 필요하다. 때때로 부의 불평등한 분배는 암묵적으로 사람들을 동등하게 대우하지 않는 정치 경제체제의 산물이다. 예를 들어 노골적인 사례로서, 한 집단에게는 법적 권리를 부여하면서 다른 집단에게는 부인하는 정치적 결정을 생각해보면 분명해진다.(예를 들어 여성의 상속권을 아예 부인하는 사회)

11 때로는 부를 균등 분배하는 것이 심층적인 평등을 부인하는 것에 해당할 수 있다. 예를 들어 재능과 능력이 대체로 비슷한 사회에서 일하는 시간에 상관없이 똑같은 재화를 분배하는 경우를 생각해볼 수 있다.

12 이러한 분배는 i) 비효율적일 뿐 아니라 ii) 각자의 삶의 비용을 제대로 반영하지 못하기 때문에 불평등하다. A는 여가시간을 2시간 밖에 못가졌고 B는 6시간이나 가졌고, A 덕택에 늘어난 재화의 양 때문에 다른 모든이들이 혜택을 입었는데 이것이 A가 가질 수 있는 재화의 양에 전혀 반영이 안된다.

13 실제 사회는 재능과 기회가 균등하지 않기 때문에 어떤 임금 구조가 가장 평등의 원칙에 근접하는지는 판단의 여지가 있다. 그러나 그 지점은 전적인 임금 균등과 전적인 부 극대화 임금 구조의 양극단 사이에 놓여 있을 것이다.

14 더군다나 많은 경우 평등은 효율성을 극대화하는 사회질서를, 이 지렷의 부의 분배에 미치는 결과를 상관하지 않고 요구할 수 있다.

ex) 넘어진 보행자를 위해 길 앞의 집주인에게 엄격책임(무과실책임)을 지우는 것은 보행자에게 지나치게 싼 값으로 안전한 길이라는 재화를 구입하게 하므로 심층적으로 덜 평등한 것으로 볼 여지가 있다. 이 경우 평등은 부 극대화와 동일방향의 제도를 추천한다.

15 그러나 두 이론 사이에는 큰 차이가 있다. 심층 평등이론을 지지하는 사람은 총 부 그 자체가 독립적인 가치를 지니고 있다고 생각하지 않는다. 때로는 심층 평등은 부 극대화 이론과 반대 방향의 제도를 추천할 수 있다. 그리고 이 경우 무언가 본질적으로 가치 있는 것이 희생되었다고 생각되지도 않는다.

예를 들어 심층 평등이 엄격 책임 원칙을 포기하게끔 하고, 이로 인해 일부 보행자들이 전보다 적은 복지만을 누리게 되었다고 하자. 과실책임이 도입되기 전에 모두가 평등한 부를 소유하고 있다가 이 제도로 인해 부의 평등도가 하락하였다고 하더라도 유감스러워 해야 할 일이 되지 않는다. 왜냐하면 이 경우에 있어 부의 평등을 유지하는 것은 불공정하며 우리가 가지기를 원하지 않는 것(이 경우에 있어서는 대가를 치르지 않고 재화를 확보하는 기회)이 상실되었다고 해서 유감스러워 하는 것은 터무니 없는 일이 될 것이기 때문이다. 이는 마치 밀가루에 더 계란을 넣지 못했다고 유감스러워하는 것과 같을 것이다. 물론 심층 평등을 지지하는 사람들과 보행자들은 그들이 원하는 것을 얻을 수 없다는 점에 대하여는 유감스러워 하겠지만, 그 유감의 대상은 다른 사람들의 이득과 관계없이 이들이 단순히 이전보다 나빠졌다는 점에 대한 유감이므로, 다른 사람의 이득까지 고려한 분배구조에 대한 판단과는 다른 이야기다. 심층 이론이 기계적인 부의 평등을 요구하지 않고 오히려 비난할 경우에, 심층 이론을 지지하는 사람은 부의 평등에서 상실된 것을 유감스러워하는 것은 아니다.

16 다른 한편으로, 심층 평등은 총 부가 감소되는 결과를 가져오더라도 부의 평등이 개선될 것을 욕루한다. 총 부의 감소는 누군가가 다른 질서 하에 있었더라면 얻을 수 있었을 것보다 적게 갖는 것을 의미하고, 그것은 유감의 이유가 될지도 모른다. 즉 우리는 공정한 분배에서 파레토 개선을 만들어내지 못하는 우리의 무능력을 유감스러워하는 것이다. 그러나 그것은 우리가 정의를 달성하기 위하여 총 부의 수준을 낮추어야만 했다는 것을 유감스러워한다거나 심지어 이 교환을 희생으로 간주한다는 것조차도 의미하지 않는다. 심층 이론을 견지하는 사람 중 일부는, 총 효용의 감소가 있을 때에도 종래의 높은 효용이 사람들을 동등하게 대우하지 않은 분배로 산출된 것이라면 효용이 감소된만큼 정의의 손실이 생긴다는 점을 부인할 것이다.(예를 들어 겨울철 숙제를 못해온 학생의 등 속으로 손을 집어넣는 여교사의 쾌락이 지고한 것이어서 학생들이 아이고 추워라라고 느끼는 것보다 훨씬 컸는데 그것을 못하게 했을 경우 총효용은 감소되었지만 그만큼 정의의 손실이 생겼다고 볼 수는 없다)

17 따라서 심층 평등의 논의는 부의 평등과 가능한 최고의 효용 사이의 타협의 논의와는 근본부터 매우 다르다. 비록 두 이론의 추천 결과가 일부 환경에서는 대체로 동일하다고 할지라도. 즉 두 이론 모두 부의 평등과 부의 효율 양자에 공히 관심을 기울이고 그 둘 사이의 "올바른 조합"을 요청한다고 할지라도 말이다. 왜냐하면 심층 평등 이론은 조리법 이론이기 때문이다. 그 이론은 정의는 사람들이 동등하게 대우받는 분배로 구성된다고 보며, 부의 평등이나 최대 총 부 또는 총 효용에 어떤 독립적인 가치가 있다고 보지 않는다. 반면에

타협 논의는 부 평등(기계적 평등)과 총 효용을 독립적인 도덕적 가치를 갖는 것으로 간주하며 어느 한 쪽이 감소하면 비록 그것이 다른 한 쪽을 증가시키기 위한 것이었다고 할지라도 그 자체로 그만큼 정의의 상실이라고 본다. 즉, 타협 이론에서는 "올바른 조합"은 파생적이거나 기생적인 중요성을 갖는다. 그것은 두 가지 지배적인 또는 주된 가치인 목적 사이의 올바른 타협으로서만 가치 있는 것이다. 그러나 심층 평등 이론에서는 "올바른 조합"이 지배적이며 주된 것이며, 따라서 심층 평등주의자에게는 "맞교환 관계"를 말하는 것은 이해할 수 있는 일이긴 하지만 오도하는 것이다.

18 두 이론 사이의 두 번째 중요한 차이점은 첫 번째 차이점의 결과로서 나타나는 것이다. 타협 이론에서 정의의 문제는 균형의 문제이며 그 균형은 비개인적이며 직관적이다. 비개인적인 이유는 개인은 평등 및 효용 총량을 달성하기 위한 도구로서만 취급되기 때문인4k. 객관적인 이유는 정확한 균형은 분명치 않은(inarticulate) "감"의 문제가 될 수 밖에 없기 때문이다. 반면에 평등주의 이론에서 정의의 문제는 총 합계의 공정성 문제가 아니라 개인 대 개인의 공정성 문제이며, 개인에 대한 공정성 문제에 대한 판단은 총 균형을 직관적이고 불확정적으로 맞추는 일이 아니라 특정한 결과에 대한 논변을 판단함으로써 이루어진다.

19 이것들은 내가 생각하기에 타협적인 평등주의 이론과 심층적인 평등주의 이론 사이의 중요한 이론적 차이점이다.(important theoretical differences between compromise and the deep egalitarian theory) 실제상에 있어서 이들 차이가 얼마나 중요한지는 견지하고 있는 심층적 평등 이론이 무엇인가에 따라 달라진다. 내가 이야기했듯이, 사람들이 동등하게 대우받아야 한다는 원리는 상이한 해석과 관념을 허용한다. 혹자는 그 원리는 상이한 평등이론, 즉, 동등하게 사람들을 대우하는 것이 무엇인가에 관한 이론을 위한 윤곽schema에 불과하다고 이야기할 수도 있다. 예를 들어 누군가가 다음과 같은 평등이론을 견지한다고 생각해 보라. "사람들의 복지가 평등해질 때 그들은 동등하게 대우받는 것이다. 예외적으로 복지에서의 차등이 더 많은 전반적인 복지를 낳는 경우를 제외하고는. 어떤 단순한 원리고 그러한 단서(proviso)의 작동을 지배하는 어떤 단순한 원리를 진술할 수는 없을 것이다. 왜냐하면 모든 것이 특별한 사안마다 내려지는 제도적인 판단에 따라 달라질 것이기 때문이다." 위와 같은 이론에서는 타협이론과 심층이론 사이의 차이점은 모두 사라지고 만다. 심층 평등의 정의(definition) 그 자체에 타협이 배태되어 있기 때문이다.

20 그러나 위와 같은 이론보다, 심층이론에 대한 더 낫고 더 정확한 설명이 있다. ud등에 대한 공리주의적 설명은 확실히 위 이론보다는 더 정확하다. 공리주의적 설명은, 재화와 기회가 사람들의 평균 효용을 극대화하도록 분배되었을 때, 사람들은 동등하게 대우받는 것이라고 한다. 타협이론이 복지평등과 최대 총 복지 간의 타협으로 이해된다면 심층 평등에 대한 공리주의 이론은 위 이론과 상이한 결론을 간단하게 내어놓을 것이다. 왜냐하면 공리주의는 복지 평등을 위해 총평등을 희생시키는 것이 공정함을 부인할 것이기 때문이다.

21 나는 심층 평등에 대한 공리주의적 설명보다는 보다 복합적인 설명을 선호한다. 그 설명은 바로 내가 전 절section에서 아주 간단히 스케치하면서 기대었던 이론이다. 이 이론은 개인들이 동등하게 대우받을 때란, 추상적으로 측정된 공동체의 자원, 즉 이 자원들이 특정한 생산경로에 투입되기 이전의 자원의 평등한 몫이 각 구성원의 삶에 부여될 때라고 한다.

나는 이러한 기술이 너무 간략히 이루어져서 이해가 될지 의심스럽다. 나는 이 이론과 그 결과를 상당한 분량을 할애하여 다른 곳에서 설명한 바 있다.(각주4- Ronald Dworkin, "What Is Equality", parts I and II, Philosophy and Public Affairs, .3 and 0.4(1981)) 여기서 나의 목적은 내가 지지하는 심층 평등성 설명이 갖는 장점을 설득하려는 것이 아니라, 그와 같은 설명 아래에서는 타협적인 이론과 심층 이론이 매우 상이한 결과를 낳게 된다는 점을 지적하는 것이다. 비록 타협이론과 심층이론 어느 쪽도 사회가 총 복지 평등이나 부의 총량 극대화에 전념하게 하지 않는다고 하더라도 말이다.

극단적이기는 하지만 강력한 논지(A Polemical but Powerful Point)

22 나는 캘러브레이지가 타협이론이 아니라 어던 종류든 심층 평등 방식의 이론을 받아들여서 분배와 부 사이의 교환(trade-off)에 관한 모든 이야기를 그만두기를 바란다. 여기서 부는 그의 논의에서 그 자체가 가치이거나, 복지 평등 및 복지 극대화의 대용물(surrogates)이다. 그러기 위해서 어떤 논변을 내가 사용해야 하는가? 내가 제시할 수 있는 가장 강력한 논변은 대단히 설득력 있는 심층 평등주의 이론을 발전시키는 것이다. 우리는 이를 보게 될 것이다. 그 전에, 나는 다음과 같은 극단적이고 부정적이나 그럼에도 불구하고 강력한 논점을 지적할 것이다. 나는 캘러브레이지가 그러한 이론의 기초(foundation)을 검토하고 난 후에도 타협이론을 호소력이 있는 것으로 생각할지 의문이다.

23 내가 기술하였던 타협이론 - 복지 평등과 총 복지 극대화 사이의 타협을 시도하는 이론-은, 다원주의적 공리주의를 수용할 것을 요구한다. 다원주의적 공리주의는 총 복지만이 유일한 선이 아니고 단지 분배적이며 캘러브레이지가 "다른 정의"의 고려사항이라고 부르는 것들과 타협하여야 하는 가치의 구성요소일 뿐이다. 즉 타협이론가는 우선 부분적으로 공리주의적이어야 한다. 왜냐하면 그렇지 아니하면 부의 극대화를 총 효용의 대용물로서 가치로운 것이라 여길 수 없기 때문이다. 그러나 오직 부분적으로만 공리주의적이어야 한다. 왜냐하면 전적인 공리주의자는 권리나 다른 비공리주의적 요소가 일정한 역할을 할 수 없기 때문이다.

24 공리주의는 정말로 두 개의 서로 다른 이론이다. 혹은 그보다는, 공리주의가 되는 두 가지 상이한 방식이 있다고도 말할 수 있겠다. 그 중 하나는 쾌락(또는 정교한 관념 하의 행복)이 그 자체로 선이기 때문에 그 분배상태와는 상관없이 많으면 많을수록 좋다고 여기므로 총 효용이 가치라는 입장을 가질 수 있다. 이것은 목적론적 공리주의다. 이와는 다른 견해는 재화는 최고 평균 효용을 산출하도록 분배되어야 한다고 본다. 오직 이같은 분배만이 사람들을 동등하게 대우한다고 보는 것이다. 이는 평등주의적 공리주의다. 나는 이에 대해 이 에세이의 초반부에서 이미 언급했다. 나는 이 이론을 공리주의 평등이론(utilitarian theory of equality)이라고 부른다. 벤담과 같은 잘 알려진 고전적 공리주의 철학자는, 비록 논쟁의 여지는 있지만 나에게는 평등주의적 공리주의자로 보인다. 그리고, 하샤니(Harsanyi)와 헤어(Hare)의 정신 아래에 있는 공리주의에 대한 현대적 옹호는 분명하게 평등주의적 공리주의임을 표방한다. 목적론적 공리주의는 거의 말이 되지 않는 소리로 보인다. 롤즈와 다른 많은 이들이 지적했듯이, 목적론적 공리주의는 각자의 삶이 죽는 것보다 겨우 나은 상태의 것이 되는 지점까지 인구를 늘이는 세계가, 평균적인 행복이 훨씬 크지만

인구는 적은 세계보다 낫다는 주장을 하기 때문이다.

25 이제 심지어 부분적인 공리주의자도 공리주의자가 되는 두 방식 중 하나를 선택해야만 한다. 평등주의적 공리주의자라면-즉, 사람들을 동등하게 대우하는 올바른 방식은 벤담식 계산에서 각자를 오직 하나로서 계산하는 것이라고 생각한다면-최고 평균 복지를 다른 다양한 이유-예를 들어 신을 경백하기 위해서라거나 문화를 진보시키기 위해서라거나 유전자 풀을 개선시키기 위해서라거나 하는 이유로 양보할 수 없는 것이다. 그는 일관성을 유지하면서 단순한 부의 평등 또는 복지 평등의 이름으로 최고 평균 복지를 타협할 수 없다. 공리주의적 평등관에서 사람들을 동등하게 대우하는 것은 최고 총 복지를 요구한다. 그리고 더 심층적인 평등관의 이름으로 사람들을 동등하게 대우하는 것 이외에는 일관성을 유지할 방도가 없다. 우리는 공리주의 평등관을 더 세련되게 할 수도 있다.

포스너의 잘못된 출발점

27 리처드 포스너는 정부기구, 특히 법원은 사회적 부를 극대화하도록 정치적 결정을 내려야 한다고 생각한다.(10) "보통법 판정에 있어서 효율성 규준의 윤리적, 정치적 기초"에서 포스너는 그의 주장을 좁혀서 새로운 논변을 제시한다(11) 그는 이전처럼 왜 사회가 전체적으로 모든 정치적 결정에서 부 극대화를 추구해야 되는지를 보여주려고 하는 대신, 단지 왜 보통법을 다루는 판사는 부를 극대화하도록 판결해야 하는지만을 보여주려고 한다. 포스너는 서로 연결되어 있다고 하는 두 논변을 제시한다.(또는 이를 오직 하나의 논변으로 볼 수 있을 것이다)(12) 첫째, 모든 사람은(또는 적어도 거의 대부분의 사람은) 부 극대화를 추구하는 판사가 적용할 원리나 규칙에 사전에 동의한 것으로 간주된다. 둘째로 이들 원리 및 규칙을 관철하게 되면 소송에서 패소하게 되는 사람을 포함하여 모두에게 (또는 거의 대부분에게) 이익이 된다. 첫번째 논변-동의 논변-은 부에 관련된 사건에 자율성이라는 사상을 도입한다.(그리하여 칸트의 계보를 잇는다)

28 포스너는 과실책임 규칙이 부 극대화 기준에서 보아 엄격책임 규칙보다 더 우월하다면, 감소된 운전비용으로 이익을 보는 사람들-거의 대부분의 사람들-이 엄격책임 제도 하에서보다 과실책임 제도 하에서 더 나아지게 되는 이유를 보여줌으로써, 두 번째 주장을 설명한다. 그게 맞다면 첫번째 주장, 동의에 관한 주장은 직접적으로 따라 나오는 것으로 가정된다. 만일 거의 대부분의 살마들이 엄격책임 제도 하에서보다 과실책임 제도 하에서 더 나아진다면 모든 이들이 적절하게 이른 시점에 이 두 제도 사이에 선택할 것을 요구받았다면 거의 대부분의 사람들이 과실책임 규칙을 선택했으리라 추정하는 것이 공정하며, 따라서 아무도 실제로는 선택하지 않았다 하더라도 거의 모두가 동의했다고 보는 것이 공정하다고 한다.

29 이들 논변은 보다 복잡하다. 그리고 내가 생각하기에는, 처음 보이는 것보다 더 혼란된 것이다. (나는 이들 두 논변 모두를 몇 년 전에 상당한 길이로 논한 바 있다-권리존중론 제6장). 첫째로, 동의와 자기 이익은 정치적 정당화에서 독자적인 역할을 갖는 독립적인 개념들이라는 점을 상기하는 것이 중요하다. 만일 내가 특정한 규칙에 의해 통치받는 것에 미리 동의했다면 이것은 내가 동의한 규칙을 나에게 불리하게 관철시키는 이유 중 하나가 된다.

물론 나의 실제 동의가 얼마나 큰 정당화 이유가 되느냐를 결정함에 있어 나의 동의가 이루어진 환경을 살펴보아야 한다. 특히 정보를 숙지한 상태에서 강제받지 않고 이루어진지를 말이다. 이런 검토에서는, 동의하는 것이 나의 이익에 부합하였는가는 오직 (역주-동의가 이루어진 환경의 성질에 대한) 증거로서만 기능하게 된다. 그것이 명백히 나의 이익에 부합하지 않았다면, 이는 내 동의가 지식이 없는 상태(uninformed)에서 이루어진 것이거나 강제된 것임을 입증은 못하더라도 시사할 수는 있다. 그러나 나의 동의가 나의 이익에 어긋난다는 단순한 사실 자체만으로 그 자체로 나중의 나의 바람에 반하여 그 동의한 바를 강제하는 일에 대한 반대의 근거를 제공해주지 않는다.(역자-예를 들어, 엠피쓰리 플레이어를 주문했는데 주문버튼을 누르고 나서 보니 훨씬 싼값으로 더 좋은 기능의 엠피쓰리 플레이어를 발견했다고 해서, 그 자체로 그 주문을 무효화할 수 있는 근거가 되지는 못한다)

30 반대로, 무엇인가에 동의했더라면 내 이익에 부합하였을 것이라는 점은 때때로 내가 실제로 동의했다는 사실에 대한 증거가 된다. 내가 실제로 동의하였느냐의 사실 여부가 의문의 대상이 될 때는 말이다. 그러나 이는 오직 증거에 지나지 않는다. 이익에 부합하였다는 사실 자체가 동의가 되는 것은 아니다. 그러나 어떤 환경에서는 자기 이익에 부합한다는 사실이 우리가 반사실적 동의, 즉 내가 질문을 받았다면 동의했을 것이라는 명제라고 부를 수 있는 것의 좋은 증거가 된다. 그러나 반사실적 동의는 지금 나에게 그 원리를 강제하는 것을 지지하는 논변을 제공해주지 않는다. 나는 이 점을 나중에 논할 것이다. 자기 이익의 부합이 증거가 되는 반사실적 동의는, 자기 이익 그 자체가 제공하는 논변을 넘어선 추가적인 논변을 전혀 제공하지 못한다. 포스너의 동의에 기초한 논변은 전적으로 반사실적 동의에 의존하고 있으므로, 그리고 방사실적 동의 그 자체는 정치적 정당화와 무관하므로, 동의에 기초한 논변은 전적으로 실패한다. "자율성"에 대한 포스너의 호소-그리고 이와 연관된 포스너의 주장으로서 가장 "칸트주의적인" 이론에서 가장 가치 있는 부분을 포착한 것이라는 주장-은 전적으로 피상적인 것이다.

31 나는 자율성이 동의와 상이한 개념이라는 점에는 동의한다. 자율성은 때때로-아마도 오도하는 명칭이겠으나 진정한 동의라는 것을 고려한다. 진정한(authentic) 동의란 진실된(true) 진심어린(genuine) 동의라는 의미다. 그 알 수 없는(dark) 관념은 자주 가상적이거나 반사실적인 동의의 일종으로 설명된다. 그런데 진정성은 다시-그리고 모든 것이- 반사실적 동의가 이루어진 여건이 어떻게 구체화되느냐에 달려 있다. 칸트 그 자신은 반사실적인 사람의 진심어린 동의를 규명하기 위하여 복잡한 형이상학적인 심리학을 차용하였다. 롤즈는 비슷한 목적을 위해 정교한 "원초적 입장"을 구성했다. 그러나 포스너의 논변은 그와 비견될만한 구조를 결하고 있으며, 그가 묘사하는 반사실적 동의가 사람들이 할 수도 있었지만 택하지 않은 다른 선택에 비해 더 진정성을 갖추고 있으며 더 자율적이라는 주장에 대한 어떠한 이유도 제공하지 않는다.

32 왜 포스너는 자기 이익과 동의를 이렇게 명백히 초보적인 방식으로 혼동했을까? 그의 논문은 여러가지 단서를 제공해준다. 다음의 비정상적인 구절을 보라.

"여기서 쓰인 동의의 개념은 경제학자들이 사전적 보상이라고 부르는 것과 같다. 나는 이 점이 논쟁의 여지가 없으리라고 희망하는데, 당신이 로또 복권을 사고 당첨되지 않았다면

당신은 그 손실에 동의한 것으로 나는 본다. 시장에서 경험되거나 시장이 효율적으로 기능할 수 없는 분야에서 시장을 대체하는 제도 때문에 수인해야 하는 비자발적이고 보상없는 손실은, 사전적으로는 온전히 보상된 것이며 따라서 동의된 것이다."(Hofstra Law Review, 8: 492)

위 구절은 두 질문을 혼동하고 있다.
① 누군가 손실을 감수하는 것이 공정한가?
② 그 사람은 그 손실을 감수하는 데 동의하였는가?
내가 만일 로또 복권의 당첨 확률을 알고 복권을 샀다면 내가 그에 따르는 손실을 감수하는 것은 아마도 공정할지 모른다. 왜냐하면 나는 그 위험을 떠안음으로써 혜택("보상")을 받았기 때문이다. 그러나 내가 그 손실에 동의했다는 결론이 따라나오지는 않으며, 그 결론은 참이 아니다. 내가 손실에 동의했다는 말이 도대체 무슨 뜻인가? (아마도 내가 꼭 지도록 게임이 부정조작되어야 한다는 점에 동의했다는 것을 의미하는지도 모르겠다.)

33 어떤 환경에서는 내가 손실의 *위험*에 동의했다고 말할 수 있을지 모른다. 그리고 이는 내가 손실에 동의했다는 것과는 다르다. 그리고 내가 위험에 동의했다는 말 역시 논지를 곡해하게 되며 많은 경우에는 단순히 참이 아니다. 예를 들어 (기망이나 강박이 전혀 없이) 무턱대고 내가 당첨될 확률을 과대평가하여 아마도 확실히 당첨되리라고 생각했다고 하자. 만일 복권값이 공정하게 매겨졌다면 내가 위험을 부정확하게 과소평가하였다고 하더라도 손실을 감수하는 것이 공정할 수 있다. 이 모든 것-공정성과 동의를 구분하는 일의 중요성-은 포스너가 논의하는 "기업가적 위험(entrepreneurial risks)"의 경우에는 더 명백해진다. 포스너는, 누군가 땅을 사고 나서 갑자기 그 동네의 가장 큰 공장이 이전하는 바람에 땅 값이 하락한 경우의 사례를 든다. 포스너는 그 손실은 사전적으로 보상된 (따라서 "동의된") 것이라고 한다. 왜냐하면 "공장이 이전할지 모른다는 확률은 그들이 지불한 가격이 그것을 반영한 할인된 가격이었다는 점에서 감안되었기 때문이다". 이 후자의 설명은 신비스러운 것이다. 그 말은 판매의 두 당사자가 공장 이전을 기대하였기 때문에 가격이 낮았다고 하는 것인가? 만일 그렇다면 공장의 이전은 예기치 않은 일이라 할 수 없었을 것이다. 아니면 단지 무엇이든 사고 파는 사람들은 예기치 않은 일이 일어날 수도 있다는 것을 안다는 소리인가? 어느 경우든 그 논변은 구매자가 손실을 감수하는 것이 공정하다는 논의로서는 선결문제요구의 오류를 범한다. 왜냐하면 그 논변은 당사자들에 의해 구매자가 손실을 감수해야 한다는 점이 이미 확립되고 이해되었다고 전제하기 때문이다. 그렇지 않으면 가격은 공장이 이전할지도 모른다는 위험과 또한 실제로 공장이 이전했을 때에는 구매자가 손실을 감수해야 한다는 위험도 반영했다고 말할 수 없기 때문이다.

34 그러나 어느 경우에서든 구매자가 손실에 동의했다는 것은 단순히 틀린 것이다. 아마도 비록 구매자는 공장이 전할 확률이 높다는 것을 알고 있었으며 공장이 실제로 이전하면 구매자 그 손실을 감수하리라고 판매자가 기대하고 있었기 때문에, 구매자는 할인된 가격에 땅을 구입할 수 있었으며 실제 두려워하던 공장이전이 발생하면 법원으로 하여금 매매를 무효화하도록 설득할 수 있다거나 입법자로 하여금 그를 긴급구제(bail out)해줄 것을 설득할 수 있다고 희망했는지도 모른다. 이 경우에는, 법원이 계약 무효화를 거부하는 것이 공정하겠으나 그럼에도 구매자가 손실을 감수하는 것에 동의하였다고 말하는 것은 명백히 틀렸다.

공정성 논변은 그 자체의 힘으로 성립해야 하며 동의에 관한 어떠한 추정(supposition)으로부터도 아무런 도움을 받을 수 없다. 자율성은 여기서 역할을 할 수 있는 관념이 아니다.

31 그리하여 포스너는 동의를 더 일반적인 공정성의 기초와 융합(conflate)시켰기 때문에, 이익과 동의를 융합했는지도 모른다. 두번째 단서는 그가 "묵시적 동의(implied consent)라고 불렀던 것에 대한 그의 언급에 의해 제공된다. 그는 과실 사건에서 원고가 엄격책임 제도가 아니라 과실책임제도에 명시적으로 동의했다고 말할 수 없음을 인정한다. 심지어 로또 구매자가 손실에 동의했다고 하는 그의 방식으로도 말이다. 그러나 그는 법원이 그러한 원고에게 동의를 귀속(impute)시킬 수 있다고 본다. 이는 마치 계약의 당사자들이 계약서의 문구에 일일이 기재해 놓지 않은 의도를 귀속시키거나 법률이 애매하여 알 수 없을 때 입법자의 의도를 귀속하는 것과 마찬가지라고 한다. 다시 한번 포스너의 유추는 혼동을 범한다. 이번 경우에는 묵시적 동의와 반사실적 동의를 혼동한 것이다.

36 법률가들은 계약이나 법률을 해석하는 일을 가장 잘 기술하는 방법이 무엇인지에 대해 견해를 달리한다. 그 중 한 이론에 따르면 법원은 당사자나 입법자가 명시적으로 말한 것을 증거로 삼는다. 즉, 비록 문제되는 문서에 공식적으로 기재된 바는 없지만 존재하였던 실제 의도라는 어떤 개인이나 집단의 심리적 상태를 단서로 보는 것이다. 이에 경쟁하는 이론에 따르면 법원은 그렇게 숨겨진 심리학적 상태를 발견하려고 해서는 안되고 표현되지 않은 심리적 상태의 허구(fiction)를 활용하여, 그들이 현재 문제시되고 있는 쟁점에 주의를 기울였다면 당사자나 입법자가 무엇을 했을까 (또는 아마도 무엇을 했어야 했나)를 탐구하기 위한 논변의 장치로 쓴다는 것이다. 이들은 구성적 의도에 관하여 상이하고 경쟁하는 이론들이다. 그리고 그렇게 다르고 경쟁하는 이론인 이유는 정확히도, 사법판단의 정당화를 상이하게 기술하기 때문이다. 만일 판사가 숨겨지긴 했지만 실제로 있었던 심리적 상태-계약 당사자나 입법자 구성원들의 공통된 이해-를 정말로 발견하는 경우 공통의 이해라는 사실은 판사의 판단을 직접 지지하는 논거가 된다. (역주-예를 들어 피아노 2대라고 계약서에 써 있지만 판매자나 구매자 모두 이것을 기관총 2대로 이해하고 계약한 경우 그 계약은 기관총에 대해 효력이 있다) 그러나 잠재적인 심리적 상태가 허구일 뿐이라면 그 허구는 그 자체로는 아무런 논변을 제공해주지 않는다. (예를 들어 팔고 나서 10일 안에 10배로 값이 뛰었을 경우를 물어보았더라면 어떻게 선택했을까라는 물음은 허구적인 심리적 상태를 묻는 것이다). 그 경우에는 판사가 채용하는 논변은, 당사자나 입법자가 그들의 일을 다 하였을 때 무엇을 했을까 도는 무엇을 했어야 하냐에 관한 것이고 동의라는 아이디어는 아무런 역할을 하지 않는다. 포스너가 법원이 자동차 사고 사건의 원고에게 동의를 귀속시킬 수 있다고 이야기했을 때, 그가 시사하고자 했던 기술이 어떤 종류의 것인지는 의문의 여지가 없다. 포스너는 원고가 정말로 비밀스럽게 매일 아침 식사 전에 침묵의 맹세를 하여 과실책임제도에 동의했다고 보는 것이 아니다. 그는 귀속된 동의가 허구라고 의미한 것이다. 그가 염두에 두고 있는 것은 (역주-실제로 존재했지만) 표현되지 않은 동의가 아니라 반사실적 동의다. 그러나 반사실적 동의는 실제 동의의 옅은 형태(pale form)가 아니다. 그것은 전혀 동의가 아니다.

37 포스너가 제공하는 세번재 단서는 더 흥미롭다. 그는 롤즈(그리고 하샤니 등의 경제학자가) 버난사실적 동의에 기초한 정의의 이론을 위한 정교한 논변을 구축했음을 주목한다. 그

는 동일한 종류의 논변을 전개하려고 한다. 비록 그가 명백하게 했듯이, 그가 염두에 두고 있는 것은 반사실적 동의의 상이한 기초였으며 상이한 정의론이었다. 그는 원초적 입장의 당사자들이 근원적인 불확실성의 여건 하에서 무엇에 동의했을지가 아니라, 실제 사람들이 그가 처한 상황을 온전히 알고 있는 상태에서 무엇에 동의했을까를 묻는다. 그는 그 상황의 사람들은 부에 대한 최소극대화나 심지어 평균 효용 원리가 아니라, 사회적 부를 극대화하고자 하는 판사가 사용했을 보통법 규칙과 같은 것에 동의했을 것이라고 본다.

38 그러나 포스너는 롤즈(그리고 하샤니)의 논변이 어떤 힘을 가지고 있는 이유가 바로 동의의 질문이 그들이 기술한 근원적 불확실성 하에서 대립되기 때문이라는 점을 무시한다. 내가 다른 곳(권리존중론 16장)에서 분명히 밝혔듯이 롤즈의 원초적 입장이 정의에 관해 사고하는 강력한 기제인 이유는 원초적 입장이 이 에세이의 마지막 부분에서 설명될 심층 평등이론을 구체화하고 관철시키는 방식으로 디자인되어 잇기 때문이다. 원초적 입장은, 각자에게 다른 사람보다 이점을 주는 어떠한 성질이나 속성에 대한 지식 없이 그리고 다른 이들과 구별되는 선관에 대한 지식 없이 정의의 원리에 동의한다는 바로 그 가정을 통해서 심층 평등이론을 구체화하는 것이다.

39 포스너는 자신의 논변이 롤즈의 것을 개선시켰다고 말한다. 왜냐하면 포스너는 그가 롤즈의 "인위적이고" 보다 근원적인 무지라고 부르는 여건 하에서가 아니라 그가 "자연적" 무지-내가 생각하기에 그가 이 용어로 의미한 것은 사람들이 실제로 불운에 빠질지를 모른다는 의미에서의 무지다-라고 부르는 여건 하에서 실제의 사람들의 선택에 관심이 있기 때문이라고 한다. 그러나 이 "개선"이야말로 치명적이다. 우리가 보았듯이 포스너는 실제의 동의를 고찰하고자 하지 않았다. 만일 그랬다면 선택자들에게 부여된 "자연적 무지"의 정도(또는 같은 것이긴 하나 그들의 무지를 운위하는 시점)이 주어졌을 것이다. 그 시점은 실제의 역사적인 선택의 시점이 되었을 것이다. 그러나 포스너는 실제 선택이 아니라 반사실적 선택을 염두에 두고 있었기 때문에 무지의 정도나 무지의 시점은 전적으로 자의적인 것이 될 수 밖에 없다. 그 중 어느 정도 또는 시점을 선택하느냐에 따라 공정한 것으로 판명나는 규칙은 서로 매우 달라질 것이다. 예를 들어 "자연적" 무지를 그가 자동차 사고에 대한 과실 책임 원리보다는 엄격책임 원리에 의해 기대 복지가 더 높아지는, 그 수가 얼마 안되는 일상적인 보행자에 속하는지를 모르는 것으로 구성하는 경우, 이는 명백히 자의적인 것이 된다. 그러나 자연적 무지가 그러한 자기에 관한 지식을 배제하지 못한다면 포스너는 반사실적 동의마저도 만장일치의 것이라고 주장할 수 없게 된다.(역주-일상적인 보행자는 동의하지 않을 것이므로) 따라서 그것은 전원이 아니라 대부분의 사람들의 가상적 선택의 문제가 될 수 밖에 없으며 따라서 포스너의 논변은 롤즈 논변의 개선된 버젼이 아니라 단지 공리주의적 논변만을 제공해줄 뿐이다.

40 상황은 그것보다 더 나쁘다. 왜냐하면 오직 "자연적" 무지만이 개입된다면 이미 불운한 처지에 빠졌음을 아는 사람들, 즉 판사가 부극대화 규칙을 부과할 것인지를 고민하고 있는 특정한 소송사건의 원고들의 지식을 배제할 수 있는 비자의적인 이유가 없기 때문이다. 결국 어느 시점에서든 그러한 처지에 놓인 사람들은 일부 있기 마련이며, 그들의 동의는 반사실적으로도 마련되어 있었다(forthcoming) 말할 수 없는 것이다. 포스너는 명백히도 자연적 무지가 아니라 롤즈의 원초적 입장보다 더 인위적인, 자기 결론에 딱 맞게 조정된(tailored)

무지로 드러난 여건 하에서의 동의를 도입하기를 원하는 것이다. 롤즈의 원초적 입장에서 근원적 무지는 정치적 도덕의 이유에서 도입된 것이다. 포스너는 단지 그가 원하는 결론을 얻기 위해서 반사실적 선택의 여건을 정의하는 것으로 보인다.

이익으로부터의 논변

41 포스너의 두 번째 주된 논변은, 내가 이전에 말한 바 있듯이, 대부분의 사람들의 자기 이익에 근거한 논변이다. 그는 판사가 보통법 사건을 부 극대화 규칙을 적용하여 판결한다면 거의 대부분의 사람들에게 이익이 된다는 점을 보여주고자 한다. 그는 자동차를 운전하지 않는 사람들도 버스를 타거나 다른 사람들의 차를 탐으로써 자동차를 사용하며, 감소된 운전비용으로부터 이익을 얻는다는 점을 지적한다. 엄격책임(strict liability)의 규칙보다 과실책임의 규칙 체계가 운전 비용을 감소시킨다면 거의 모든 사람이 그 비용감소로부터 전반적인 이득을 얻을 것이고, 복지공간에서 파레토 최적 정당화가 가능해진다. 거의 모든 사람이 나아지고 거의 아무도 나빠지지 않는다. 물론 절대적으로 모든 사람이 나아지지는 않는다. 우리는 여전히 항상 보행자가 되기만 하고 승객(passenger)조차 결코 되지 않는 사람을 생각해볼 수 있다. 그러나 오직 광신적인 사람만이 파레토 최적 정당화란 완전한 만장 일치여야만 한다고 주장할 것이다.

42 이것은 자율성 또는 동의의 요소가 빠진 광신적이지 않은 파레토주의에 근거한 포스너의 논변이다. 우리는 이것을 어떻게 이해해야(make of it) 하는가? 우리는 무엇보다 먼저 "거의 모두"라는 문구가 배제하는 사람들이 누군지에 대해서부터 보다 분명하게 해야 한다. 내가 자동차 운전자라서 인생 전반에 걸쳐 과실 책임의 원칙에 의해 가능하게 된 운전비용 감소로부터 꾸준히 이득을 보는 사람이라고 하자. 하루는 내가 (사는 곳 근처의 가까운 곳을 드물게 도보로 걷다가) 과실이 없는 운전자에게 치였고 내가 그 때까지 감소된 운전비용 그리고 감소된 앰벌런스비용, 미래에 사용할 자동 휠체어의 감소된 비용으로부터 얻는 이득을 넘어서는 정도의 의료상 고통과 다른 비용을 부담하게 되었다고 하자. 어떤 의미에서 나는 엄격책임에 비해, 나의 손해배상을 받을 권리를 부인하는 과실책임 제도로부터 이득을 얻는 것인가? 그것은 오직 나의 그 사건 이전의 자기 이익이라는 의미에서만 그러하다. 나는 자동차에 치기 전에는 최소한 다른 사람보다 교통사고를 당할 확률이 더 많지는 않다는 가정 하에서 과실책임제도 덕택에 더 나은 처지에 있었다. 무엇보다도 (가설적으로) 나는 내가 자동차 운전자로서 감소된 운전비용의 일부를 써서 교통사고에 대비한 보험을 살 수도 있었다. 그러나 사고 ***이후***에는 (그리고 나는 실제로는 보험에 가입해 있지 않았다면) 나는 엄격책임 하에서 더 나아질 것이다. 이 차이점은 시기상으로만 표현되는 것이 아니라 상이한 지식 상태 하의 기대 복지의 차이로도 표현될 수 있다. 차 사고를 당하는 것이 나라는 것을 알지 못할 때에는, 나의 기대 복지는 과실 책임 하에서 더 높았다.

43 (시기상으로건 지식의 함수로 표현되건) 그 중 무엇이 나의 기대복지를 계산하는 적절한 지점인가? 나의 사건이 그와 같은 사건을 과실책임의 원칙으로 다루어야 할 지 엄격책임 원칙으로 다루어야 할 지 판례가 없었기 때문에 (결국, 우리가 포스너가 제안한 것과 같은 판정 이론이 필요한 것은 바로 그러한 어려운 사건의 경우다) 법에 있어 어려운 사건이라고 해보자. 과실책임 제도 하에서 사고를 당하기 이전의 내가 더 나아졌을 것이라는 점은 무관

한 것으로 보인다. 실제로 벌어진 일은 과실책임의 규칙으로부터 내가 이득을 보지 못하게 되는 것이기 때문이다. 그러한 사건에서-어떤 규칙 하에서 모두가 더 나아지느냐는-질문은 오직 미래만을 살펴보는 것이어야만 한다. 그리고 (사고를 당한-역주) 나는 미래에 과실책임 하에서는 더 낫지 않을 것이다. 나는 엄격 책임 하에서 더 나을 것이다.

44 그러나 적어도 나를 제외한 다른 모든 사람들-또는 걸어다니기만 하고 차를 운전하지도 승차하지도 않는 이들을 제외한 다른 모든 사람들은-모두 나아질 것이라고 이야기된다고 해보자. 오직 나와, 이 항상 걸어서 다니는 보행자들만이 나빠질 것이다. 그것은 사실인가? 이 항상 걸어다니는 보행자들은 무시한다면, 나의 소송 시점에만 시간을 고정시켜 놓고 보자면 나 이외의 다른 모든 사람들이 나아지는 것은 사실이다. 그러나 다른 모든 사람의 실제 복지가 개선되리라는 것은 사실이 아니다. 왜냐하면 그 중 일부는 적절한 보험에 가입하지 않은 상태에서 불운을 당하게 될 것이기 때문이다. 그들은 과실이 없는 사고를 당하여 생긴 손해를 보상받지 못하게 되기 때문에 너무나 큰 괴로움을 겪을 것이다. 그리하여 사후적으로 보자면 나의 사건에서 법원이 엄격책임을 판시하였다면 더 나아졌을 것이다. 그들이 사고를 당하기 전까지의 운전비용 감소와, 사고 이후의 앰벌런스 비용이 고려되더라도 말이다. 당신이 그들 불운한 사람들 중 한명이라고 해보자. 당신은 소를 제기한다. 당신은 과실책임 하에서 당신이 아무런 이득을 얻지 못했다고는 말할 수 없겠지만 그럼에도 불구하고, 당신은 당신의 사건부터 과실책임 제도가 포기되어야 한다고 주장할 것이다.

45 당신의 요구를 거절하는 이유로, 나의 사건에서 내려진 판결 때문에 당신이 잃는 것보다 얻은 것이 많다는 점을 댈 수는 없다. 왜냐하면 당신은 얻은 것이 더 많지 않았기 때문이다. 당신은 얻은 것보다 잃은 것이 더 많았다. 그러나 당신이 잃은 것보다 얻은 것이 더 많다는 주장이 사실이라고 가정해 보자. 사실관계를 바꾸어서 그렇다고 해보자. 예를 들어 당신이 당한 사고가 기대수명의 끝자락에서 발생한 것이고 당신은 나의 사건에 대한 판결 이후에 보험도 구입하였기에, 당신의 소송에서 지더라도, 앞으로의 단기간의 삶에서 얻을 수 있는 웃돈의 증가만을 박탈당했을 따름이 된다. 당신은 상당기간 동안 감소된 운전비용으로, 당신이 소송에 졌을 경우에 잃게 될 앞으로의 손해보다 더 많은 것을 얻게 되었다. 그럼에도 불구하고 판사가 당신의 사건에서 당신의 요구를 거절하고 과실책임제도를 유지할 경우에 당신이 ***장래에*** 더 많은 이익을 얻게 될 것이라는 주장은 사실이 아니다. 감소된 운전비용이 (엄격책임 제도가 도입되어) 얻게 될 배상보다 크다 할지라도, 당신의 사건에서부터 엄격책임제도가 도입되는 것이 당신에게는 이득이다.

46 나는 이제 나의 논지가 명확해졌기를 바란다. 우리가 보통법 사안의 판결을 파레토적인 근거에서 정당화하려고 한다면, 그 판결로 인해 처지가 나빠지는 사람들의 집단에는 최소한 당해 소송 사건과 동종의 사건에서 패소하는 사람들이 포함되어야 한다. 현재 부과되는 규칙이 이전에 부과되었더라면 지금 패소한 사람들의 기대이익을 증가시켰으리라는 점은 파레토 정당화를 해주지 못한다. 그 규칙이 실제로 사전에 부과되었으며 이전의 일정 시점에서 패소자의 기대 복지가 실제로 증가하였다고 말하는 것도 마찬가지다. 그 규칙이 사전에 부과되었기 때문에 패소자는 현재 잃는 것보다 과거의 규칙으로부터 얻은 것이 더 많다는 주장도 마찬가지다. 위와 같은 주장 각각은 파레토 정당화와 무관하다. 왜냐하면 파레토 정당화는 미래 지향적인 정당화이지, 과거 지향적인 정당화가 아니기 때문이다. 파레토 정당화

는 어떤 결정이 내려짐으로써 아무도 나빠지지 않기 때문에 그 결정이 옳다고 하는 것이다. 그렇다면 미래 지향적인 관점에서 나빠지는 모든 이들은 이 사안에서 파레토 정당화가 이루어지지 않는다는 점을 보이는 반례라 하겠다. 이와는 상이한, 과거 지향적 고려는 사법 결정에서 사용되는 상이한 종류의 정당화와는 관계가 있을 수도 있다. 특히 공정성에 근거한 논변처럼 익숙한 정당화와는 말이다.(나는 그 논변을 이후 검토하겠다). 그러나 그것은 포스너가 고생스럽게 제공하려고 한 파레토 정당화와는 무관한 것이다.

47 포스너의 논변의 그의 경고, 즉 오직 광신자만이 절대적인 만장일치를 고집할 것이라는 경고 덕택에 구원될 수 있을 것인가? 모든 사람들이 빠짐없이 어떤 사회적 결정으로부터 혜택을 얻거나 적어도 손해는 보지 않아야 한다는 요구는 아마도 정말로 광신적인 것으로 들릴 수도 있겠다. 우리가 만일 그 제약사항을 받아들인다면 어떠한 사회적 결정도 정당화될 수 없을 것이다. 그럼에도 불구하고 그것이야말로 파레토 기준이 요구하는 것이다. 누구라도 한 사람 나빠지는 결과를 허용한다면 파레토 기준이 완화된 것이 아니라 파괴된 것이다. 파레토 기준은 임신이나 법적 사망과 마찬가지로 전부 아니면 전무의 판단이다.

48 왜 그런가? 파레토 기준이 전부 아니면 전무로 취급되지 않으면 파레토 기준은 공리주의 기준으로 붕괴되어버리기 때문이다. 특히 완화되어 붕괴된 파레토 정당화는 공리주의 이론의 개념적 결함과 도덕적 결함으로부터 초래되는 부담을 모두 떠안게 된다. 예를 들어 우리가 파레토 기준을 다음과 같이 비광신적인 방식으로 정식화한다고 해보자. “(사법을 포함한) 정치적 결정은 그 결정이 대다수의 사람들을 더 낫게 오직 소수의 사람들만을 나빠지게 하는 경우에 정당화된다”. 확실히 우리는 이 테스트를, 얻고 잃는 사람들의 숫자 뿐 아니라 그 복지의 양을 고려하는 것으로 해석할 수 밖에 없다. 그렇지 않으면 소수에게 참담한 손해를 가져오면서 다수에게 조금씩의 이득-소수의 손해합에 못미치는 총이득합-을 가져오는 결정조차 정당화하게 되기 때문이다. 그러나 우리가 복지량의 차원을 도입하게 되면 공리의 개인간 비교라는 익숙한 문제도 함께 가져오게 된다. 파레토 기준이 좋은 중요한 이유는 개인간 비교 문제를 피하기 때문이다. 만일 개인간 비교 문제를 피할 수 없다면, 파레토 기준이 특별히 더 나은 기준일 수도 없다.

49 파레토 기준이 좋다는 두 번째 근거는 정치적 도덕성에 관한 것이다. 공리주의자는 벤담주의적 계산에서 손해를 보게 되는 사람에게, 다른 사람의 번영을 위해 왜 고통을 받아야 하는지를 설명하는 데 문제를 겪는다. 공리주의에 대한 비판자들은 모든 벤담적 정당화는 내가(권리존중론 p233) 사람들 사이의 차이를 무시한다고 하는 애매한 죄(ambiguous sin)를 저지르게 된다. 만일 광신적인 파레토 기준이 주어진 정치적 결정에서 정당화 근거로 활용 가능하다면, 위와 같은 설명의 문제는 피할 수 있다. 나는 파레토 정당화가 전혀 문제가 없다고 의미하는 것이 전혀 아니다. 복지의 절대 평등을 추구하는 심층 평등 이론을 견지하는 사람은 파레토 정당화가 되는 정치적 결정이 기존의 복지의 절대 평등을 파괴하였다는 이유로 이를 반대할 지도 모른다. 그러나 광신적인 파레토 정당화는 다른 사람들이 이익을 보기 위해 일부가 손해를 보는 것을 정당화하는 명백히 더 심각한 문제를 피하는 것은 사실이다.

50 더욱이, 이것은 손실을 보는 사람들의 숫자가 문제되는 것이 아니라는 점을 이해하는 것

이 중요하다. 벤담적인 계산의 결과 오직 한 명만 손해를 보게 된다고 가정해보자. 다른 사람들에게 가는 이득의 총합이 그 손실자의 손실보다 크다는 사실이 그 손실을 정당화해준다면, 손실을 보는 사람이 아무리 늘어도 이득의 총합이 크기만 한다면 동일한 논리로 정당화될 수 있다. 원리의 문제는 개별 사안에서부터 이미 결정적으로 제기되는 것이다. 그것은 바늘구멍(eye of the needle)이다. 공리가 그 구멍을 통과하면 천국을 얻게 된다(역주-손실을 보는 한 개인의 사례만 정당화할 수 있다면 손실을 보는 집단의 사례도 그 집단 크기가 얼마나 커지든지 자동적으로 정당화된다는 뜻). 따라서 우리의 완화된 파레토 기준은 직설적인 벤담주의와 비교하여 정치적 도덕의 측면에서 아무런 우위도 확보하고 있지 못한다. 비광신적인 파레토주의는 단순히 공리주의에 지나지 않는다.

51 이제 결산(reckoning)을 할 때다. 포스너는 부 극대화가 자율성에 관한 칸트적 관심과 개인적 선호에 대한 공리주의적 관심을, 이들 전통 이론의 과도한 결과를 피하면서 결합시킨다는 주장을 하면서 기뻐하였다. 가상적 동의에 근거한 그의 논변은 칸트적인 특성을 보여주기 위한 것으로 생각된다. 그러나 그 특성은 피상적인 것이다. 동의라는 아이디어는 포스너의 이론에서 아무런 역할도 하지 않으며 따라서 자율성에 대한 호소는 허울(facade)에 불과하다. 공동선에 근거한 그의 논변은 공리주의적 특성을 부여하기 위한 것으로 생각된다. 그런데 그 특성 부여는 너무 잘되었다. 그는 보통법 판단에서 쉬운 사건에서나 어려운 사건에서나 진정한 파레토 기준을 적용한다고 말할 수 없다. 파레토주의에 대한 그의 완화된 버젼은 그 모든 흠을 함께 갖고 있는 공리주의일 뿐이다. 그의 논문이 시작했던 여정은 그가 가장 부인하고 싶어했던 전통 이론에 도착하는 것으로 끝났다.

동의와 이익을 넘어서

52 우리는 포스너의 다양한 논의 가운데서 그가 명시적으로 했던 것보다 더 나은 공정성에 근거한 논변을 발견할 수 있는가? (우리가 사전적 이익 원리라 부를 수 있는) 다음 원리가 그의 논의에서 작동하고 있는 것으로 보인다. 어떤 규칙이 시행되는 시점에서 그것이 모든 이의 사전적 이익에 부합한다면 나중에 적용 시점에서 그 적용으로 인해 불이익을 보는 사람에게도 그 규칙을 관철시키는 것이 공정하다. 그 규칙을 적용함으로써 불리해질 사건의 발생 확률 자체가 늘어나지 않는다면 말이다. 그것은 우리가 보았듯이 파레토 기준이 아니며, 모든 사람이 그것을 공정한 원리로 동의하는 것도 아니다. 나는 실제로 그것이 공정한 원리임을 의심할 이유를 제시하겠다. 그러나 그 원리는 우리에게 첫눈에 호소력을 가지고 있고, 따라서 판결에서의 부 극대화 논변을 위한 기초를 제공할 수 있는지 검토해 볼 필요가 있다.

53 사전적 이익 원리는 어려운 사건에서 최초로 판사가 채택할지 모르는 특정한 부 극대화 규칙에 유리하게 직접적으로 활용될 수는 없다. 왜냐하면 어떤 규칙도 그 원리가 제시하는 테스트를 통과하지 못할 것이기 때문이다. 그 규칙이 채택되는 시점에 그 규칙으로 인해 불리하게 되는 당사자에게는 이익이 되지 않기 때문이다. 그러나 사전적 이익 원리는 판단을 위한 메타 규칙(이를 알파라 부르자)을 위한 근거는 제공하는 것으로 보인다. 이 메타 규칙은, 특정한 규칙으로 손실을 보는 사람의 사전적 이익에는 부합하지 않더라도 대다수 사람들의 사전적 이익에 부합하는 규칙을 채택하여 적용해야 한다는 내용이다. 이 알파가 공동

체에서 상당한 기간 동안 유효하게 적용되면, 적어도 알파 자체는 사전적 이익 원리는 테스트를 통과하게 된다. 각 개인으로서는 알파가 그 사람에게 불리한 규칙을 채택할 확률을 높일지 모른다. 예를 들어 일상적인 보행자에게 알파는 과실책임 규칙이 채택될 확률을 높이게 될지 모른다. 그러나 모든 사람들이 각자 알파 덕택에 다른 규칙들도 같은 방식으로 채택됨으로써-일상적인 보행자는 다른 대부분의 사람들 뿐 아니라 자신에게도 이익이 되는 모든 보통법 사안의 규칙으로 인해 이익을 보게 될 것이다-알파 그 자체가 절대 다수의 사전적 이익에 부합한다는 이야기는 설득력이 있다. 그러나 심지어 이와 같은 이야기가 틀린 것이라 할지라도, 즉 어떤 경제적 소수나 다른 소수가 존재하여 그 알파 심사를 통과하는 광범위한 범위의 특정 규칙으로 인해 전형적으로 손해를 본다 하여도 알파는 그에 맞추어 수정될 수 있다. 그러므로 알파를 다음과 같이 재정식화하도록 하자. 어려운 사건에서 판사는 어떤 규칙을 선택해야 한다면, 대다수 사람들의 사전적 이익에 부합하며, 집단으로서 일반적이고 사전적으로 불리한 위치에 놓이게 된는 경제적 최소 수혜자나 소수 집단이 불리하게 되는 결과를 가져오지 않는 규칙을 선택해야 한다.

54 포스너는 알파가 판사로 하여금 보통법 사안에서 부 극대화 테스트를 채택하도록 요구한다고 생각한다. 만일 그렇다면 사전적 이익 규칙과 알파의 결합은 보통법 사안에서 (적어도 일반적인) 부 극대화 판정에 유리한 공정성 근거 논변을 제공하는 것으로 보일 수 있다. 그것은 중요한 결론이 될 것이며, 나의 견해로는 부 극 대화를 판결의 기준으로 정당화하려는 기존의 시도에 비해 분명히 개선된 것으로 보인다. 보통법 판결 사안에서는, 부 극대화 규칙이 공정하다고 논의하는 것이 부가 그 자체로 선이라거나 사회가 단일 목적으로서 부를 추구하는 것이 도구적으로 정당화될 정도로 다른 선에 인과적으로 관련이 있다는 논의보다는 더 설득력이 있다.

55 따라서 그 사전적 이익 원리가 공정한지를 검토할 좋은 이유가 있는 셈이다. 만일 그 원리가 롤즈의 원초적 입장의 당사자에 의해서 이치에 닿게 적용될 수 있고, 그에 따라 그 당사자들이 실제 적용과 선택을 한다면, 그들은 롤즈가 고르리라 생각했던 원리보다는, 평균 공리의 원리를 정의의 근본적인 원리로 선택하리라는 점을 주목해야 한다. (포스너가 우리에게 상기시켰듯이 하샤니와 다른 이들이 평균 공리 원칙을 이같은 방식으로 주장했다). 그러나 우리는 왜 원초적 입장의 당사자들이 그들의 이익에 대한 특성 하에서는 사전적 이익 원리를 채택하지 않을 것인가도 알 수 있다. 당사자들이 위험 회피적이고 그 이유 때문에 최소극대화의 전략을 취한다면, 그들은 사전적 이익 원리를 피하게 될 것이다. 왜냐하면 사전적 이익 원리는 이런 저런 방식으로 불운에 빠진 사람들의 이익에 반하여 작동하기 때문이다.

57 왜 그런지는 이미 보았다. 알파가 세대를 걸쳐 적용되어 왔다고 해보자. 그러나 자동차 사고에서 과실책임냐 엄격책임이냐의 문제는 한번도 결정된 바가 없다고 하자. 일부 사람들이 보험에 가입하지 않은 상태로 과실 없는 운전자에게 치였고, 법원이 알파에 따라 과실책임 원칙을 선택하여, 의료비 때문에 인생을 망치게 되리라는 것을 알게 되었다고 하자. 그가 속하는 경제 집단이, 다른 모두와 함게, 과실책임 제도 하에서 이익을 얻어왔다고 그에게 말하는 것은 호소력이 없다. 어쨌거나 그는 손실을 본다. 그의 공동체에서 알파가 채택됨으로써 그는 이익을 더 얻었다고 하는 것도 꼭 진실이라고 말할 수 없다. 그가 얼마나 얻

었는지를 추측하는 것은 힘들다. 우리는 사전에 알파 규칙으로 인해 채택되었던 규칙들을 지지할 수 있는 다른 논변이 있는지를 물어야 한다. 그렇게 해야 알파가 처음부터(from the outset) 거부되었다고 하더라도 동일한 규칙들이 채택되었을지를 판별할 수 있기 때문이다. 사고를 당한 사람이 사고에 대한 아무런 보상을 받지 못함으로써 절대적으로 인생이 망쳐진다면, 사후적으로 볼 때 알파가 채택되지 않았더라면 그는 더 나아졌을 것이다.

우리가 그의 불평에 대응하여, 알파에 비추어 모든 사건에 대하여 과실책임과 엄격책임의 원리 중 어느 것이 채택될지를 알았어야 한다고 답한다고 해보자. 그리고 알파가 과실책임 원칙을 그의 경우에 요구한다고 생각이 되므로, 그는 무과실 사고에 대비한 적절한 보험에 가입했어야 한다고 말이다. 그는 우리가 모든 중요한 질문에 대해 선결 문제 요구의 오류를 범하고 있다고 말할 것이다. 첫째로 알파가 과실책임제도를 요구한다는 사실로부터 그 알파가 추천하는 바가 적절한 의미에서 대중적으로 활용가능한 지식이었다는 결론이 나오지는 않는다. 과실책임 원칙을 도출하는 논변은 소송과 관련하여 처음으로 발전되고 연구된, 합당한 방식으로 많이 알려지지 않은 경제적 분석에 기초하고 있을 수 있다. 둘째로, 우리의 답변은 알파가 공정하다는 것을 전제한다. 그래서 그가 알파에 비추어 보험에 가입해 대비했어야 한다는 것이다. 그런데 그 공정성 자체를 바로 그는 문제삼고 있다. 우리는 알파가 도입될 당시에 그것이 그의 사전적 이익에 부합하였다고 하여 알파에 그가 동의하였다고 말할 수는 없다. 그것은 이미 살펴본 포스너의 실수를 반복하는 것이다. 또한 그 사람이 그 혜택을 받아들일지를 선택하지도 않은 상태에서 그 사람이 과거에 어떤 기준으로부터 혜택을 얼마간 보았다고 해서 그 기준을 그대로 그 사람에게 현재 관철하는 것이 공정하다고 받아들여지지도 않을 것이다. 우리는 사전적 이익 원리가 공정하다고 단순히 전제하는 것이 아니라 입증해야 한다. 우리는 이러한 반대를 베타라고 부를 수 있는 상이한 원리를 구성함으로써 명료하게 할 수 있다. 베타는 그 기본적인 정식에 있어 알파처럼 판결을 위한 원리는 아니나, 그러한 원리를 제공해 주는 원리이다. 베타는 기본적으로 사회적 책임에 관한 이론이다. 우리는 베타를 가장 추상적인 형태로 다음과 같이 정식화할 수 있다. 사람들은 모든 사람이 쉽게 대중적으로 신뢰할 수 있게 행위자에게 알려진 정보에 기반하여 정의감과 상호 평등한 배려와 존중을 가지고서 행위하고 투표하는 이상적인 공동체에서 입법되어 각자에게 할당된 비용을 부담할 책임과 일치한다면, 사고의 비용에 대한 책임을 받아들여야 한다. 베타는 (추상의 수준에서 진술되었을 때) 원리 그 자체가 아니라 단지 책임의 원리에 개요(schema)일 뿐이라고 이야기할 수도 있겠다. 그 원리를 받아들이는 합당한 사람들은 그럼에도 불구하고 정의로운 사람들이 어떻게 행동하고 투표할지에 대해 견해를 달리할 수 있다. 그러나 추상적으로 규정되더라도 베타는 공허한 것과는 거리가 멀다. 오히려 그와는 반대로 베타는 매우 많은 것을 요구한다. 아마도 너무 많은 것을 요구하는 것일 수도 있다. 왜냐하면 베타는, 일어날 법하지 않은 특정한 여건이면서 실제로 일어나지도 않은 여건에서 채택될 입법을 관철시킬 것을 제안하기 때문이다. 베타는 책임에 관한 강한 이론이다. 왜냐하면 입법에 관한 반사실적 명제(counterfactual proposition)에 의존하는(tied to) 책임에 관한 이론이기 때문이다. 어떤 이는 베타가 사람들로 하여금 사고에 대한 무과실책임의 비용을 부담할 책임을 지도록 요구한다고 믿으면서, 베타에서 기술된 입법이 실제로 시행되기 전까지는 그렇게 책임제도를 운영해서는 안된다고 생각할 수 있으며 이는 충분히 지성적인 태도일 수 있다. 그 사람은 즉 베타가 책임에 관한 특별한 책임을 요구한다고 생각하기는 하나 베타는 거부하는 것이다.

59 베타가 자연적 책임에 관한 이론이기는 하지만 판결(adjudication)에 대한 추천도 한다. 특히 판결의 일반이론의 배경에 반대하여서 말이다. 위 일반이론은 원칙적으로 자연권과 자연적 의무는 관철되어야 한다고 논한다. 그런데 누군가가 현재 베타는 알파와 동일한 것에 지나지 않는다고 말한다고 해보자. 또는 (아마 더 설득력 있는 주장일텐데) 알파는 베타의 한 해석이라고 말한다고 해보자. 이 두 주장 모두 오류이며 심각한 혼동이다. 왜냐하면 알파는 너무나 익숙한 특정한 여건에서는 베타에 대한 어떠한 설득력 있는 해석으로도 유지할 수 없는 판결을 추천할 것이기 때문이다. 우리가 방금 상정한 것처럼 어떤 특정 규칙이 알파의 요구 조건을 충족시킨다고 해보자. 그렇지만 여러가지 이유로, 그 규칙은 익숙하지도 않고 일반적으로 알려져 있지 않으며 널리 알려지지 않은 경제 데이터나 분석이 입법을 위해 발전되는 것과 같은 방식으로 판단과정에서 발전되었다고 해보자. 알파는 그 규칙이 알파에 대해서는 알고 있었지만 그 특정한 규칙을 예상하지 못하였던 사람에게도 적용되어야 한다고 말한다. 베타 역시 모든 갑작스러운 적용을 피할 수는 없다. 사람들이 깔려 있는 도덕적 쟁점에 대해 견해를 달리 하기 때문에 베타가 무엇을 요구하는지에 대해 근원적으로 대립한다면, 누군가는 베타의 적용의 실제 결과에 대해 놀랄 수 밖에 없다. 그러나 이러한 놀라움의 기초와 사건의 성격은 두 원리에 있어서 서로 크게 다르다.(역주 - 알파는 책임에 관한 이론이 아닌 것-따라서 공정성이 전제되지도 않은 이론이다-으로부터 책임에 관한 이론을 뽑아내는 반면에 베타는 그 자체가 공정성을 전제한 책임에 관한 이론이다),

60 두번째 차이점이 더 중요해보인다. 알파 같은 원리의 결과에 대한 다음과 같은 익숙한 논변을 검토해보자. 공정성의 고려가 어떤 집단-예를 들어 가난하거나 교육받지 못한 집단-이 특수한 규칙이나 그 상황에 놓인 사람들에게 특수한 중요성을 갖는 일반 규칙을 통해 계약상 우선권이나 면제권을 가질 것을 요구한다고 가정해보자. 그러나 만일 법원이 그 규칙을 받아들이는 경우 그 집단의 구성원들은 장기적으로 볼 때는 어려움을 겪을 것이다. 왜냐하면 상인이나 다른 계약 주체들이 그 집단의 사람들과는 계약을 꺼릴 것이며 가격에 프리미엄을 더 붙이거나 다른 계약조건을 더 유리하게 해야한다는 식으로 문제의 그 규칙이 목적했던 바를 훼방놓게 될 것이기 때문이다. 알파는 이제 일시적인 보호 규칙에 반대되는 결론을 내어 놓는다. 알파가 준수되는 경우 현재 사건에서 패소하는 사람은 다음과 같은 이야기를 듣게 된다. 비록 공정성이 당신과 같은 사건에서 그 자체의 이유로 당신에게 유리한 판결을 정당화 해주기는 하지만, 장래 당신과 같은 경제적 계급에 속하는 다른 사람들을 보호하기 위해 당신은 패소해야 한다고 말이다. 베타는 이와는 달리 다른 방식으로 논한다. 베타는 다른 이들이 공정성의 요구를 훼손하는 방식으로 행동하리라는 사실을 자연적 책임의 문제와 무관한 것으로, 판결되어야 할 문제와 무관한 것으로 간주한다. 사회경제적으로 혜택받지 못한 집단의 권리주장이 정의에 의해 요구되는 것이라고 논의의 목적을 위해 가정하자면(assume arguendo), 그 권리주장을 무시하는 상인들은 자연적 책임을 정하기 위하여 규정된 반사실적 여건에서 행위할 바대로 행동하지 않은 것이다.

61 물론 입법자들이 이들 반사실적 여건이 아닌 실제 세계를 고려할만큼 현명하다는 것은 의문의 여지가 없다. 계약상 면책, 사고의 책임 등등에 대한 미래지향적인 입법의 지침으로서 베타보다는 알파를 선호할 것이다. 일부 사람들은 어려운 사건을 판결하는 판사 또한 알파를 베타보다 선호해야 한다고 생각할지도 모른다. 비록 또 다른 사람들은 입법과 사법의 두 기관이 직면해야 하는 질문 간의 차이점에 더 민감하여 거기까지 나아가지는 않을지도

모르지만 말이다. 여기서 나의 논지는, 베타는 알파와는 그 원리가 요구하는 바에서도 그리고 그 철학적 기반에서도 상이하다는 점을 지적하는 것이다.

62 그러나 베타는 알파가 요구하는 것 중 많은 부분을 역시 요구할 것이다. 예를 들어 만일 과실책임 규칙 하에서 비용절감에 및 그 절감분의 배분과 관련된 사실에 대해 포스너가 옳다면 베타와 알파 모두 특정한 범위의 사건에 대해서는 무과실책임이 아니라 과실책임제도를 권고할 것이다. 더욱 설득력 있는 가정 하에서는 알파 뿐 아니라 베타도 과실을 산정하는 기반으로 핸드 판사의 공식의 모종의 버전을 권고할 것이다. 알파 뿐 아니라 베타도 전형적으로는 보통법 사안으로 해결되어야 할 분쟁에 대해서 부 극대화 규칙을 추천할 수 있다. (아마도 베타는 그러한 사건에서 알파보다 부 극대화 규칙을 추천할 경우가 더 많을지도 모른다).

63 우리는 이로부터 어떤 결론을 도출해야 하는가? 베타는 판결의 지침으로서 알파보다 본질적으로 더 매력적인 것처럼 보인다. 베타는 그 자체가 자연적 책임에 관한 이론이며, 그렇기 때문에 판결을 위한 지침으로서 판결과 개인적 도덕을 통합하여 어려운 사건에서 일방 당사자에게 책임을 부과하는 결정은 단순히 그 당사자의 도덕적 책임을 인정하는 것이라는 주장을 가능하게 한다. 알파는 그 자체로는 책임의 원리가 아니며 단지 현명한 장래 지향적 입법의 지침일 뿐이다. 알파는 판결에서의 공정성 논변을 제공하기 위하여 사전적 이익 원리에 의존해야 하는데(알파가 적용되면 손실을 보는 당사자의 불만을 고려함으로써 알아보았듯이) 이 원리는 심각한 결함이 있다.

64 어느 경우에서든, 그러나, 알파와 사전적 이익 원리를 결합시켜 우리의 법 체계에서 부 극대화 결정을 정당화하는 데에는 치명적인 반대가 존재한다. 나는 이 문제를 알파를 지지하는 논변을 설명하면서 잠시 들추어 보았는데, 여기서는 정면으로 다루도록 하겠다. 사전적 이익 원리는 어려운 사건에서 알파 그 자체를 도입하는 것을 결코 정당화할 수 없다. 왜냐하면 그 공동체의 일부는 그 알파가 도입되지 않았더라면 손실을 보지 않았을 텐데, 도입됨으로 인해 손실을 보게 되기 때문이다. 그 경우 사전적 이익 원리는 위반됨 셈이고 알파가 상당 기간 유효하게 관철된 연후에야 모든 공동체 구성원들에게 알파를 이미 도입했다는 것이 사전적 이익이 된다. 알파를 도입하는 첫 순간에는 (공정성이라는 것이 사전적 이익에 의존한다면) 결코 공정한 일이 될 수 없다. 비록 알파를 도입하여 나타나는 불공정은 시간의 흐름에 따라 사라지더라도 말이다.

65 이러한 이야기들은 오래 전 과거에 죽은 모종의 추정된 불공정성에 주의를 촉구하는 지루한 기술적인 논지에 불과한가, 아니면 실제적인 중요성을 갖는 노의인가? 그 질문에 대한 답은 무엇을 알파를 채택한 제도로 생각하느냐에 달려 있다. 알파가 법 체계 내에서 판결의 원리로 이미 채택되어 법원이 달성하거나 달성하려고 의도했던 바가 알파가 명시적으로 채택되었을 때 요구할 바와 동일하다고 말할 수 있는가? 아니면 단지 그 결정에 도달함에 있어 알파가 명시적으로 채택되고 활용되었을 때에만 그런가? 사전적 이익 원리는 알파가 두 번째 의미에서 받아들여지고 난 경우에만 알파를 판결의 원칙으로 지지하는 근거가 될 수 있다. 그 원리는 사람들의 사전적 복지나 기대 복지가 특정한 방식으로 판결하기로 하는 사회적 결정으로 개선되는 시점을 가정한다. 그리고 그 시점은, 만일 그 제도가 채택되었더라

면 달성되었을 일련의 결정들과 동일한 결정들이 있었다는 사실만으로 주어지지 않는다. 왜냐하면 단순한 결정들의 과정에 의한 알파의 약속과 같은 방식으로는 어느 누구의 기대 복지도 개선되지 않기 때문이다. 그 결정이 얼마나 알파와 일관되든 상관없이 그 결정들이 알파를 일반적으로 강제하고자 하는 약속 하에 이루어진 것이 아니라면 말이다. 그리고 이는 그 일련의 결정이 단순히 우연이 아니라 모종의 보이지 않는 손이나 판사의 무의식적 동기를 통해 알파를 관철하는 것이었다고 해도 마찬가지다. 본질적인 것은 약속이며 이는 오직 두 번째 의미의 채택에 의해서만 달성될 수 있다.

66 그러나 사정이 이러하기 때문에 우리 자신의 법 체계에서 알파는 적절한 의미에서 결코 채택된 바가 없다. 설사 포스너 등의 논자들이 적극적으로 주장하는 바대로 부 극대화 규칙이 설명력이 갖고 있다고 가정하더라도 말이다. 따라서 우리는 과거의 부 극대화 원리가 알파와 사전적 이익의 결합을 통해 공정하였음을 보이기 위하여 알파에 의존할 수 없다. 뿐만 아니라 그 결합에 기대어 장래의 부 극대화 결정도 정당화할 수 없다. 즉, 보다 자세히 살펴보면 알파는 부 극대화라는 규범적인 이론의 기반으로서 후보 자격이 없다.

67 우리에게 이제 남은 것은 베타라고 할 수 있겠다. 베타는 알파와는 달리 사전적 이익 원리에 의존하지 않는다. 베타는 그 자체가 공정성의 원리이며, 내가 말했듯이 자연적 책임의 원리다. 그리고 베타는 일부 사람들에게는 너무 많은 것을 요구하는 것으로 비춰질 수 있으나, 베타는 판결에서 공정성의 논변으로 제 몫을 하기 위해 사전적 이익 원리의 도움을 전혀 필요로 하지 않는다. 따라서 베타가 우리의 법 체계가 약속하는 바라는 점이 명시적으로 인정된 적이 없어도 상관 없다. 과거의 판례가 베타가 정당화할 수 있는 것들이었음이 보여질 수 있다면 그것 자체로 그 판결들이 공정했다는 논변으로 가치가 있다.

68 따라서 내가 여기서 논의한 가능성을 더 밀어붙여서 베타가 부를 극대화하는 판결과 동일한 보통법 판결을 (적어도 특정한 범위의 사건에 대해서는) 요구한다고 논의할 수도 있겠다. 만일 베타가 정말로 그러한 결과를 가져온다면, 부 극대화에 대한 칸트주의적 정당화는 실제로 가능해졌다고 말할 수 있겠다. 포스너가 판결에 대한 그의 규범적 이론의 철학적 기초를 찾아 떠난 기나긴 여정은, 처음에는 그의 영토로 보이지 않는 곳에서 끝이 나게 된 것인지도 모른다. 왜냐하면 칸트적인 도덕의 뿌리는 베타가 실제로 주장하듯이 심층적으로 평등주의적인 것이기 때문이다.