

# 서 평

• 정의론에 대한 접근 :  
'논리적 정의' 와 '실무적 정의'

/ 박기덕



# 정의론에 대한 접근

## ‘논리적 정의’와 ‘실무적 정의’

박기덕\*

문홍수. 『정의와 헌법: 쉽게 쓴 정의 이야기』. 서울: 박영사, 2011.

한 때 한국에서는 미국 하버드대학의 마이클 샌델 교수 열풍이 불었다. 아니 그의 정의론이 사회를 풍미했다. 그의 저서는 인문학 책으로는 드물게 베스트셀러가 되었고, 그의 강의는 국내 TV에서 연재물로 방영되어 시청자들의 인기를 끌었다. 많은 논자들이 시대를 반영하여, 땅에 떨어진 정의에 대한 시민들의 갈구의 증거라고 보고 이를 인용하고 또 사회를 개탄하였다. 시민들의 공감에 부응하여, 시세에 빠른 정치인들도 여야를 막론하고 국민정서를 급하게 자기 꾸러미에 주어 담았다. 이미 정의의 사도인 양 아니면 향후 소명을 받고 왔다는 식으로 능란한 언술을 전개해왔다. 그러나 시간이 어느 정도 지난 오늘날까지도 ‘정의가 강물처럼 흐른다’는 찬사는 없고, 정치에 대한 환멸과 그간 국민의 신뢰를 쌓아온 사회운동가나 대학교수가 한국정치판에 쓰나미처럼 나타났다. 서울시장 보궐선거가 그 하이라이트였다.

이런 사회 분위기에는 신자유주의적인 경쟁과 효율성 추구의 결과 사회에 만연된 빈부격차와 양극화, 그리고 그것이 초래할 것으로 예상되는 모른 심각한 사회적 갈등에 대한 우려가 기본적인 자양이 되었다. 지니계수는 올라가고, 청년층은 소위 ‘3포’로 낙담하고 있고, 중산층은 말라가고 있다. 그러니 내년에 치러질 총선과 대선에서는 아마도 복지담론이 주요 이슈로 등장할 것이다. 그러나 제대로 된 공약이 제시되지도 않고 논쟁도

『국가전략』 2011년 제17권 4호

\* 세종연구소 수석연구위원

전개되지 않으면서 민심에 영합하여 철학도 이론적 기저도 없는 복지론이 들끓을까봐 걱정이다.

이런 시점에서 흥미를 끄는 책이 나왔다. 일찍부터 사법개혁을 주창하던 고등법원 부장판사 출신의 변호사가 낸 『정의와 헌법』이 그것이다. 책은 본격적인 이론서가 아니다. 제1부에서는 저자가 자신의 정의관을 제 정치철학자들의 그것과 대비하여 소개하였다. 제2부에서는 한국에서 헌법적 정의의 전개와 관련하여 헌법재판소가 내린 자유, 민권, 재산권, 청구권, 인간다운 생활을 할 권리, 환경권 및 국가권력과 기본권의 관계 등에 관한 판례를 소개하고, 제1부에서 논의한 정의로운 사회 내지 공정사회의 이념을 구현하는 방법과 양상을 살피기 위하여 우리나라의 헌법재판소의 판결에서 어떻게 공정사회의 이념이 구현되고 있는가를 두고 대표적인 판례들의 의의를 서술하며 평석을 달았다. 그리고 마지막으로 제3부에서는 사법개혁을 통하여 공정사회를 구현해야 한다는 취지에서, 저자 자신이 앞장섰던 사법개혁운동에 관한 활동사와 법조계 내부의 반향을 소개하고, 법과 정의의 관계를 각 법률—민사법, 형사법, 민사소송 및 형사소송 그리고 헌법—에 비취 해제하고, 마지막으로 법적 정의를 위한 사법개혁의 방법론을 소개하였다.

먼저 저자의 정의관(正義觀)을 보자. 그는 “성실히 노력하였을 때 그에 상응하는 보상을 받는다면 정의로운 것”이며 “타인에게 해를 끼쳤을 때 그에 상응하는 책임을 물어 벌을 주고 피해를 변상하게 하면 그것은 정의로운 것”이라고 본다. 그에 더하여 “노력에 상응하는 보상이 따르고 잘못에 상응하는 책임이 추궁되는 것이 정의라는 것은 자명하다”고 하여, 정의(正義)를 공리(公理) 수준으로 규정하고 있다. 그러서는 이런 정의를 공리 수준이 아닌 하나의 사회적 현상으로 놓고 정의(定議)하려는 정치철학자 샌델의 노력이 세인에게 혼란을 주고 혼선을 불러일으킬 수가 있다고 본다. 그가 일종의 ‘도구적 정의관’을 가지고 있음을 보여주고 있다.

그러나 문제는 “상응하는” 것이 무엇인지, 누가 판단하여 보상을 주고 책임을 추궁해야 하는지가 문제다. 판단자를 필요로 하는 것이다. 그리고 그가 상응하다고 판단하는 수준의 상벌을 가한다는 것이다. 이와 같은 판단자의 도구로서의 정의관은 학술적으로 축적되어온 철학적 이해의 범주 밖에 있는 것으로 자칫 ‘판단자’의 주관에 정의를 결정하는 문제를 초래할 수 있다.

저자는 샌델이 정의(正義)를 정의(定議)하기 위하여 제레미 벤담의 공리주의, 임마누엘 칸트의 도덕형이상학론과 존 롤스의 평등이론에 근거한 자유주의와 아리스토텔레스의 정치이론을 동원했음을 지적하면서, 이것들이 모두 공리적 수준의 정의 개념을 간과하여 결국 샌델도 같은 문제에 빠졌다고 보고 있다. 그렇다. 대체로 정치학에서 정의론은 공공의 이익을 정의의 근거로 삼는 흄과 벤담의 공리주의적인 정의관, 공평성의 원리와 상호이익의 원리를 서열적으로 결합한 칸트-롤스의 구성주의적(constructivism) 정의관 그리고 노직(Nozick)의 역사적-자유주의적 정의관을 요소로 하여 논의된다. 공동체의 핵심적 이슈들 중의 하나인 분배문제도 그 해결을 위한 이론적 근거로서 공평성과 공공복리의 원리에서 출발한다.

실질적 민주주의를 공리주의의 용어로 구성하면 “공동체의 최고복지”라고 추상화할 수 있다. 그리고 복지의 핵심은 소유와 분배의 문제다. 소유·분배문제는 정의의 실현이라는 측면에서 이해되며, 정의로운 분배는 분배의 평등성에 달려 있고 정의로운 소유는 정의로운 분배의 누적된 결과라고 이해된다.<sup>1)</sup> 따라서 분배의 정의문제 해결은 ‘원초적인 소유상태’와 분배정의를 구성하는 기본요소를 검토하는 것으로부터 시작되어야 한다.

정당한 분배의 근거로서 평등성은 일반적으로 수용되고 있는 기준이다. 평등은 절대적인 완전평등과 상대적인 비례평등으로 개념화 된다. 완전평등이 궁극적으로 바람직한 상태라고 보는 사람들도 있겠으나, 현실적으로 사회구성원들의 개별적인 능력과 노력이 똑같지 않는 한, 그들이 완전평등을 정의로서 수용하기는 어려울 것이다. 또한 사회작동의 빠른 역동성을 감당하여 특정 시점이나 시간의 불평등을 그때그때 교정할 수 없는 것도 사실이다. 게다가 사회구성원들의 개별적인 차이를 반영하지 않아 구성원들의 동기를 유발하지 못하기 때문에 효율성을 저감하므로 최고복지의 달성을 불가능하게 한다. 따라서 현실적으로 우리가 추구해야 할 평등의 상한선은 (생산에 투여한 노력과 자원의 편차에 관계없이) 모두가 평등하여 생산활동을 통한 사회협력의 의욕을 상실하게 하는 수준보다는 낮은데 있어야 한다.

상대적인 비례평등은 불가피하게 불평등의 문제를 야기하는데, 이 불평등

1) 분배의 정의 문제에 관해서는 박기덕, 『한국 민주주의의 이론과 실제: 민주화·공고화·안정화』 (서울: 한울, 2006), pp. 156-158 참조.

의 문제를 정당화하는 것이 필요하다. 비례평등에서의 불평등은 특정 원칙이 개별적으로 미치는 영향에 있어서의 불평등과 그것이 타인과의 관계를 고려할 때 나타나는 상대적 차이로 표시된다. 현대사회에서 분배의 대상가치는 대부분 직·간접적인 사회협력의 산물이기 때문에, 이러한 협력의 산물을 분배하는 데는 그 산물의 생산에 대한 기여도를 기준으로 해야, 그 분배가 정당화될 수 있다. 그러나 기여도는 개별적인 노력의 산물이기도 하지만 주어지는 기회의 함수이기도 하므로 경쟁에 임하는 경제주체들의 주어진 자원의 다소를 보정할 필요가 있다. 그러므로 “사회협력 참가자의 기본적 필요”—구체적으로 예를 들면 빈곤선 또는 최저생활선 등—도 고려되어야 할 것이다. 즉, 우리가 추구해야 할 불평등의 하한선은 최저생활선 이상의 삶이 보장되는 수준일 것이다.

종합적으로, 평등과 불평등 정도의 허용 한계선은 지배적인 사회집단과 소외된 사회집단 모두가 사회협력에 대한 유인을 유지할 수 있는 수준이어야 한다. 더 구체적으로 말하자면 자본가가 투자에 수반되는 위험을 감안하고도 일정수준의 이윤이 보장될 것으로 기대할 수 있어야 하고, 노동자도 노동이 자신의 절대적·상대적 복지수준을 증대시킬 것으로 기대할 수 있어야 한다.

이처럼 복합적인 개념인 ‘정의로운 분배상태’를 ‘노력한 만큼 보상받는 것’이라고 단순화할 수는 없을 것이다. 따라서 정의(正義)가 저자가 말하는 정의(正義)의 정의(定議)처럼 “노력에 상응하는 보상이 따르고 잘못에 상응하는 책임이 추궁되는 사회”라고 단순화 할 수는 없는 것이다. 매우 실용적이고 사회현상에서 판단하는데 도움이 되는 정의(定議) 같지만, 사실 저자의 정의(正義)에 대한 정의(定議)는 판단자가 필요하고 그의 주관적인 판단을 불가피하게 하는 상당히 비논리적인 것이다. 저자의 경력을 따라 법정에서 정의와 불의를 논하기 위하여도 만약 사법제도나 교정제도가 공동체에서 구성원들의 잘잘못을 일도양단하여 시퍼런 규율을 세우기 위한 것이라기보다 공동체를 원만하게 운용하기 위한 것이라면, 보상과 책임에도 상한선과 하한선이 있어야 하는 것이다.

말할 것도 없이 저자가 사회정의의 구현을 위해서 사법개혁이 필요하고, 사법개혁에서 핵심이 ‘공정한 인사평가’라고 주장하는 것은 아주 실질적으로 의미 있는 것이다. ‘절대로 공정한’ 인사평가가 정말 가능한 것인지가 문제

되겠지만 말이다. 이미 평자가 논의한 것처럼 단순히 최대다수의 최대행복이 정의는 아니고, 또 절대평등은 가능하지도 바람직하지도 않다. 따라서 우리가 말할 수 있는 정의는 특정의 점이나 선 위해보다는 공간 내에 존재한다. 즉 핀포인트 되는 것이 아니고 “어느 수준이상 어느 수준 이하”와 같은 식으로 범주지어 지는 것이다. 평자의 논의에는 저자가 말하는 벤담, 칸트, 롤스의 문제점들—원초적 상태의 문제, 자발적 동의와 합의 그리고 공동체에 대한 소속 의무 등—이 모두 녹아 들어가 있다. 사법제도를 생각할 때, 현상과 사람의 공과 등을 판단하는 실용적인 문제가 대두될 것이다. 그러나 학문에서의 논의는 수준에 따라 한 점, 선 또는 공간으로 답의 영역을 자명하게 밝히면 된다. 판단자가 필요 없는 것이다.

제2부에서는 헌법재판소의 기본관례를 통해서 정의의 문제를 논의하고 있다. 대체로 기본권에 관한 것 등이 포함되고, 그것과 국가권력에 관한 것도 논의하고 있으나, 학술적 가치보다는 법원 실무적 가치가 훨씬 돋보인다.

제3부에서는 공정사회를 위한 사법개혁을 논하고 있는데, 자신의 개혁운동을 소개하는 것이 주조다. 상당히 관료적으로 조직된 사법부에서 이런 분야에 대한 개혁에 대하여 자신의 목소리를 내는 것이 쉽지 않고 여러 종류의 비판과 비방을 받을 가능성이 있음에도 불구하고, 지속적으로 그런 입장을 견지해온 점은 높이 평가된다. 또한 정의를 각종 범종(法種)에 따라 논의한 것도 사법 실무적으로 의미가 있어 보인다. 허나 사법적 정의의 문제도 크게 보아 평자가 논의한 공정한 분배와 소유의 문제로 결국 귀결된다고 생각된다.

따라서 이 책은 학술적인 의의보다는 법원 실무나 일반 사회생활에 도움이 되는 것이라고 보아, 정의문제에 관심이 있는 사람들이 읽어보기를 권한다.