

持續 가능한 發展의 原則에 대한 法經濟學的 考察*

- 效率性和 衡平性を 함께 고려하는 環境法의 一般原理로서의 可能性에 관하여 -

許 盛 旭**

《 차 례 》

- I. 序 說
- II. 持續 가능한 發展의 原則
- III. 持續 가능한 發展의 原理와 效率性
- IV. 人間의 合理性(rationality)에 관한 再考
- V. 衡平性에 관한 考察
- VI. 效率性和 衡平性を 함께 考慮한 環境法 原理로서의 持續 가능한 發展의 原則의 定立
- VII. 結 論

I. 序 說

지속가능한 발전(sustainable development)의 이념은 1972년의 스톡홀름 선언과 이를 바탕으로 한 1972년 유엔 환경과 개발에 관한 세계위원회(World Commission on Environment and Development: WCED)의 유엔총회에 대한 보고서 <우리의 공동미래>(Our Common Future: 1987: The Brundtland(당시 노르웨이의 수상) Commission를 통하여 가시화되기 시작했고, 1992년의 <환경과 개발에 관한 리오선언>(The Rio Declaration on Environment and Development)을 통하여 '환경적으로 건강하고 지속가능한 발전(ESSD: Environmentally Sound and Sustainable Development)의 개념으로 공식화되었다.¹⁾

* 이 논문을 읽고 여러 가지 유익한 지적을 해 준 서울대학교 환경법교실의 설정은, 홍진영, 황형준 사법연수생에게 감사의 말을 전한다. 위 분들의 앞날에 무궁한 학운이 함께하기를 기원한다.

** 서울중앙지방법원 판사

1) 홍준형, 『환경법(제2판)』, 박영사, 2005, 70쪽.

지속가능한 발전의 법리가 이처럼 지구환경보전의 원리로 형성되기 시작한 이후, 그 동안 다양한 차원에서 그것을 구현하기위한 노력이 경주되어 왔고, 환경법 영역에서도 환경법의 기본원리의 하나로서 자리매김하게 되어서, 현재에는 환경법 원리로서의 그 의미를 부정하는 입장은 찾아보기 어렵다.

지속가능한 발전의 법리가 이처럼 환경법의 기본원리로서 확고하게 자리 잡았고, 각국에서 발전하고 있는 환경법과 환경규제들은 이미 상당 부분 지속가능한 발전의 실행이라는 의미를 가지고 있는 것이 사실이지만, 지속가능한 발전이 각국의 국내 환경법에서 가지는 지위나 실천적 의미와 지속가능한 발전을 위한 국내법적 부문에서의 실천전략에 대해서는 예나 지금이나 불투명한 상태로 남아 있다.²⁾

지속가능한 발전의 의미에 관해서는 여러 가지 설명이 가능하겠지만, 일단 이 글에서는 환경자원의 사용 및 배분에 있어서 전적으로 효율성의 원리에만 의존하는 것이 아니라, 형평성(fairness or equity)³⁾의 고려를 반영하려는 노력으로 이해하기로 한다. 이때 형평성의 고려에는 선진국과 개발도상국 사이에서의 형평성의 문제, 현재 세대와 미래 세대 사이에서의 형평성의 문제, 계층 간의 형평성의 문제 등이 포함될 것이다.

지속가능한 발전의 개념을 이렇게 정리하고 나면, 다음으로 제기되는 문제는 효율성과 형평성의 상호관계를 어떻게 정립할 것인지, 만약 양자의 관계가 서로 배척하는 관계에 있다면, 우리는 형평성에 대한 고려를 위해 효율성을 얼마나 양보해야 하는 것인지, 과연 효율성과 형평성을 함께 고려하는 법원리로서 지속가능한 발전의 원칙을 실제로 정립할 수 있는 것인지 등의 물음에 직면하게 된다.

이 글에서는 기본적으로 사회계약론적 입장에서, 효율성과 형평성을 함께 고려하는 사회계약의 하나로서의 지속가능한 발전의 법리의 정립을 위한 시도를 해보기로 한다. 이는 효율성에 관한 코우즈 정리(Coase Theorem)의 내용을 분석하고, 형평성에 대한 고려의 관점에서의 그 한계성을 지적한 후, 인간의 합리성에 대한 재검토를 통해서 인간의 내면에 존재하는 Empathy의 존재 및 의미를 발견하고, 이를 롤즈의 정의론에 따른 사회계약의 상황에 적용함으로써 형평성과 효율성을 함께 고려하는 사회계약으로서의 지속가능한 발

2) 홍준형, 전제서, 71쪽.

3) 효율성(efficiency)에 대비되는 개념으로서 형평성에 해당하는 영어 단어로는 fairness 혹은 equity를 생각해 볼 수 있는데, 양자는 구별 없이 사용되기도 하지만, 경우에 따라서는 다른 의미로 사용되기도 한다. 양자를 다른 의미로 사용하고 있는 문헌으로는 Daniel A. Farber, 「What (if anything) can economics say about equity」, 101 Mich. L. Rev. 1791 (2003) 등 참조, 위 논문에서 Farber는 Shavell의 용례에 따라 fairness를 효용(utility)에 터잡지 않은 형평의 가치관념으로 사용하고, 대신 equity는 utility를 포함한 포괄적인 관점에서의 형평의 개념으로 사용하고 있다. 이 논문에서는 특별히 양자를 구별할 필요를 느끼지 못하므로 구별 없이 사용하기로 한다.

전이라는 합의에 이를 수 있음을 보이고, 그 과정에서 나타나는 문제점 및 한계를 지적하는 방식으로 이루어 질 것이다.

II. 持續 가능한 發展의 原則

1. 지속가능한 발전의 개념

지속가능한 발전이 중요성을 더해감에 따라 여러 가지 다양한 개념과 해석들이 제시되어왔던 관계로, 지속가능한 발전의 개념을 일의적으로 정의하기는 어려운 상황이다.

여러 가지 개념 정의 중, 가장 일반적으로 승인된 지속가능성의 개념은 WCED의 보고서 <Our Common Future>에 의하여 정립되었다. 이에 따르면 지속가능한 발전이란 “미래의 세대가 그들의 필요를 충족시킬 수 있는 능력을 저해하지 않으면서 현세대의 필요를 충족시키는 개발”이라고 정의된다.⁴⁾ 즉 환경의 가치를 중시하고 개발의 목표를 장기적 전망에 기초하여 설정함으로써 현세대뿐만 아니라 미래세대의 요구까지도 고려하는 세대간 형평(Intergenerational Equity)을 기하는 발전을 말한다.

위 보고서에 따르면 인간의 필요와 소망을 충족시키는 것이 발전의 주된 목표이며, 생존의 기본적 필요를 충족시키지 못하고 있는 개발도상국의 무수한 대중들이 이러한 기본적 필요를 넘어서는 개선된 생활의 질에 대한 정당한 소망(legitimate aspirations for an improved quality of life)을 가진다는 것을 인정한다. 또한 기본적 필요의 충족은 부분적으로 완전한 성장잠재력의 달성에 의존하며, 지속가능한 발전의 원칙은 그러한 필요가 충족되지 못하고 있는 나라에서는 경제성장을 필요로 한다는 점을 명백히 하고 있다.

한편 그 밖의 나라에서는 경제성장이 넓은 의미에서의 지속가능한 성장의 원칙을 반영할 수도 있으나, 기본적으로는 성장 자체만으로는 충분하지 않고, 고도의 생산활동과 광범위한 빈곤이 공존함으로써 환경에 대한 위험이 초래될 수 있는 이상, 지속가능한 발전은 사회가 구성원(현재세대와 미래세대, 선진국과 개발도상국 모두를 포함한다)들 모두에게 형평에 맞는 기회를 보장하는 방식으로 사회적 생산잠재력을 증가시켜서 궁극적인 인간의 필요를 충족시킬 것을 요구하는 의미로 이해될 수 있다.⁵⁾

4) WCED, Our Common Future, Oxford: Oxford University Press, 1987(이하 “Our Common Future”로 인용하기로 한다), 8, 43: “development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own their own needs.”

요약하면, 지속가능한 발전이란 자원의 활용, 투자의 방향, 기술발전 및 제도의 설계 등의 모든 영역에서 인간의 필요와 소망을 충족시킴에 있어서 효율성의 증대를 통한 성장잠재력의 제고와 형평성의 요소를 함께 고려하는 개념으로 이해할 수 있다.⁶⁾⁷⁾

- 5) Our Common Future, 43, 44, 46, 홍준형, 전개서, 74-75쪽.
- 6) 지속가능한 발전의 원칙의 내용에 관한 세부적인 내용에 관해서는 이미 국내에도 충분히 소개되고 있으므로 여기서는 이 정도로 정리해두기로 한다. 지속가능한 발전의 원칙에 관한 국내문헌으로는 홍준형, 전개서, 70-94쪽, 이정전, 『환경경제학』, 박영사, 286-386쪽.
- 7) 그러나 지속가능한 발전의 개념의 정의는 생각만큼 쉽지 않다. 이는 지속가능한 발전을 정의하는 여러 가지 문헌들에 있어서 그 의미가 다음과 같이 조금씩 다르게 사용되고 있는 것에서도 알 수 있다. 정희성, 「지속가능한 사회를 위한 환경규제정책의 발전방향」, 한국환경정책·평가연구원 정책보고서, 2002년 6월, 79쪽.

출전	정의	자연조건을 중시한 정의			세대간의 형평성으로부터의 정의			보다 고차원적 관점에서의 정의	
		생물의 다양성	환경용량내에서의 생활	천연자원의 보전	사전적인 환경과 경제의 배려	경제성장의 지속	세대간의 형평성	세대의 형평성 생활수준의 향상	사회 인권 문화 등의 가치 활동
1. Coomer			○			○			
2. Allen							○	○	
3. IUCN(WCS)		○		○	○				
4. Tietenberg		○	○					○	
5. Brundtland				○	○	○		○	○
6. Clerk&Munn					○			○	
7. Repetto				○			○		
8. Baroier				○		○	○	○	○
9. Brown, et al					○	○		○	○
10. Tolba			○		○	○		○	○
11. Pearce, et al			○	○		○		○	
12. Turner				○		○		○	
13. WCED		○	○	○			○	○	○
14. Barbier				○	○	○			
15. OECD				○	○		○		
16. McCormick			○	○		○		○	○
17. Braat			○			○			
18. Norgaad							○	○	○

위의 표를 보고 우리가 알 수 있는 것은 지속가능한 발전의 개념은 정의하는 주체에 따라 서로 조금씩 다른 내용으로 표현되고 있기는 하지만, 전체적인 맥락은 크게 경제성장을 통한 효율성의 증대를 기함과 동시에, 환경자원의 보전을 통해 세대간의 형평성을 고려하는 내용으로 정리할 수 있다. 이러한 관점에서 이 논문에서도 지속가능한 발전의 개념의 주된 요소로 효율성과 형평성을 고려하기로 한다.

2. 효율성과 형평성의 관점에서 본 지속가능한 발전의 원칙

앞에서 본 바와 같이 지속가능한 개발의 원리는 국가간, 세대간, 계층간의 형평성에 대한 고려를 하는 상태에서 성장 잠재력을 극대화시키는 것을 그 목적으로 한다. 그렇다면 지속가능한 개발의 원리가 환경법 일반원리로서 제대로 자리매김하고 그 역할을 수행할 수 있기 위해서는, 그 원리가 내용으로 삼고 있는 효율성과 형평성의 상호관계에 대한 합리적인 논증이 가능해야 한다.

한편, 환경의 문제, 환경법의 문제란 결국 따지고 보면 인간의 무한한 욕구(wants)를 충족시켜주기에는 턱없이 부족한 환경자원을 적정하게 배분하는 문제에 다름 아니고, 환경법이 기존의 재산권 법제도와 다른 특수성을 가지는 것은, 환경재화 혹은 환경자원에 대한 권리관계의 완벽한 설정이 쉽지 않다는데 있다.

환경법을 논함에 있어 항상 그 논의의 출발점이 되고 있는 기념비적인 논문인 Garrett Hardin의 <The Tragedy of the Commons>⁸⁾에 의하면, 환경문제의 본질은 공유지와 같이 권리가 설정되지 않은 재화의 사용과 보호의 국면에서 나타나는 인간의 이기심⁹⁾에 의하여 초래되는 것이고, 이러한 환경문제는 기술의 개발을 통해서 해결될 수 있는 성질의 것이 아니므로, 환경파괴로 인한 인류의 멸망이라는 비극적인 결과를 피하기 위해서는 인간들로 하여금 공유지를 더 이상 공유지로 생각하지 않도록 만들 수 있는, 그래서 인간들이 자발적으로 이기심을 절제할 수 있도록 하는 사회적 장치들(social arrangements, Mutual Coercion Mutually Agreed upon)을 만들어내야 한다는 것이다.¹⁰⁾

그런데 환경자원의 적절한 사용 및 보호책임의 기준으로 일반적으로 제시되고 있는 대표적인 기준은 효율성과 형평성의 기준이다.¹¹⁾ 자원의 유한성이라는 제약조건 하에서 살

8) Garrett Hardin, "The Tragedy of the Commons," *Science, New Series*, Vol. 162, No. 3859 (1968), 1243-1248.

9) Adam Smith에 의하면 재산권이 정확하게 설정되어 있는 상태에서는 각 경제주체들이 스스로의 이기심을 좇아 스스로에게 가장 득이 되는 선택을 하면(이른바 합리적인 선택을 하면), 시장의 보이지 않는 손인 가격체계의 기능에 의해 가장 효율적인, 즉 그 사회 전체에 가장 바람직한 균형상태에 이를 수 있다는 것(Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*; 1776)이었고, 이러한 Adam Smith의 주장에 따른 고전파 경제학이 Hardin의 위 논문이 발표되던 1960년대까지만 해도 주류의 경제학으로 받아들여지고 있었다. Hardin은 적어도 공유지의 사용의 문제에 있어서는 그 속의 경제주체들이 각자의 이기심을 좇아 행동하는 경우에는 Adam Smith의 주장과 같이 균형에 이르게 되는 것이 아니라, 공유지 전체의 파괴라는 비극적인 결과에 이를 수 있음을 지적하였다.

10) Hardin. 전제논문, 1247

11) 조홍식. "환경법 소묘-환경법의 원리. 실제, 방법론에 관한 실험적 고찰-." 서울대학교 법학, 제

고 있는 인류는 부의 극대화를 위하여 주어진 자원을 효율적으로 이용하면서 살아야 하는데, 이를 위한 첫걸음이 자원을 효율적으로 배분하는 것, 즉 자원을 適者 -그 자원을 가장 효율적으로 이용할 수 있는 사람- 에게 배분하는 것¹²⁾이라는 점에서 효율성(效率性)의 기준이, 그리고 효율성의 기준이 전적으로 순수한 효용주의(utilitarianism)에 터잡고 있어서, 부의 극대화라는 기준만으로는 설명하기 곤란한 분배적 정의나 형평성의 고려에 의한 보완이 필요하다는 점에서 형평성(衡平性)의 기준이 각각 바람직한 환경자원의 배분의 기준이 된다는 점은 일반적으로 받아들여지고 있는 명제이다.

이런 관점에서 보면 지속가능한 발전의 원칙이 그 내용으로 자원의 효율적인 사용 및 개발을 통한 효율성의 증대와, 세대간, 국가간, 계층간의 형평성의 고려를 그 내용으로 하고 있는 것은, 지속가능한 발전의 원칙이 환경법의 일반원리로서 제시되고 있는 원리라는 관점에서 볼 때 너무나 당연한 것이라고 할 수 있다.

문제는 효율성이라는 주제에 관해서는 지금까지 정립되어 있는 경제학적 분석방법을 통해 어느 정도는 그 정답의 제시가 이루어졌다고 볼 수 있음에 비해, 형평성의 주제에 관해서는 과연 무엇을 형평에 부합한다고 볼 것인가에 관해 너무나 다양한 철학적 관점이 존재하고 그 중 어느 것이 절대적으로 우월한 형평성의 기준이라고 말할 수 없고, 가사 형평성에 관한 기준이 마련된다고 하더라도 그것이 효율성과 어떤 관계에 있는지, 형평성을 달성하기 위해 어느 정도의 효율성을 포기해야 하는지, 과연 효율성과 형평성을 함께 고려할 수 있는 환경법 원리가 존재하는 것인지 등의 문제에 관해 아직 정설이 없다는 점이 있다.

서문에서도 언급한 바와 같이, 이 논문에서는 효율성과 형평성을 함께 고려한 일반원리로서의 지속가능한 발전의 원리의 내용을 정립하는 것을 그 목표로 삼고 논의를 진행해 나가기로 한다.¹³⁾

40권 2호, 서울대학교 법학연구소, 1999. 8., 320-359쪽.

12) 조홍식, 『환경법 소묘』, 325쪽.

13) 이러한 논의를 진행해 나감에 있어서 필자는 코우즈 정리와 롤즈의 정의론에 따른 사회계약의 통합이론을 통해서 효율성과 형평성을 함께 고려할 수 있는 방법을 모색한 Michael I. Swygart, Katherine Earle Yanes, "A Unified Theory of Justice: The Integration of Fairness into Efficiency," 73 Wash. L. Rev. 249 (1998)에서 그 idea를 얻었음을 밝혀둔다. 물론 위 논문은 Sustainable Development와는 무관하게 일반적인 정의에 관한 통합 이론으로서 효율성과 형평성을 통합을 시도한 논문이다. 필자는 그 논의를 Sustainable Development 원리가 내포하고 있는 효율성과 형평성에 관한 고려를 설명하는데 적용하는 시도를 해 보았다. 이하 개별적인 인용표시가 필요한 경우를 제외하고는 별도의 인용 표시를 하지 않기로 한다.

3. 현재 세대의 복지 대 미래 세대의 복지¹⁴⁾

간단한 그림을 통해서 자원의 효율성을 으뜸으로 삼는 전통적 경제논리와 계층간, 국가간, 그리고 세대간의 형평성을 강조하고 있는 지속가능한 발전의 원칙과의 관계에 관해 살펴보기로 한다.

아래 [그림 1]에서 수평축은 현재 세대의 복지수준을 나타내고 수직축은 미래세대의 복지수준을 나타낸다. 현재 지구가 가지고 있는 모든 자원을 현재 세대의 사람들을 위해서 사용하는 경우에 현재 세대가 누릴 수 있는 복지의 수준은 수평축의 x 이고, 반대로 현재 존재하는 모든 자원을 미래 세대를 위해 사용하는 경우 미래 세대의 사람들이 누릴 수 있는 복지 수준은 수직축의 y 로 표시되어 있다.

이 두 극단의 상태 이외에도 현재 주어진 자연환경으로부터 최대한 달성할 수 있는 현재 세대의 복지수준과 미래 세대의 복지수준의 조합은 무수히 많이 존재할 수 있는데, [그림 1]에서 y , w , e , x 를 연결하는 원점에 대하여 오목한 곡선(이하 효용변경[utility frontier]곡선이라고 한다)의 아래 부분에 있는 점들은 모두 현재 주어진 자원 환경으로 달성할 수 있는 복지수준의 조합점들이 된다. 반면 위 효용변경곡선 상의 점들은 현재 주어진 자연환경으로부터 현재 세대와 미래 세대의 복지를 동시에 증진시킬 수는 없는 상태, 즉 어느 한 세대의 복지 수준을 늘리기 위해서는 반드시 다른 세대의 복지 수준의 희생을 수반해야 하는 상태를 나타낸다. 예를 들면 w 의 상태에서 현재 세대의 복지를 w_1 보다 더 많이 달성하기 위해서는 미래 세대의 복지를 반드시 w_2 이하로 희생해야 한다.

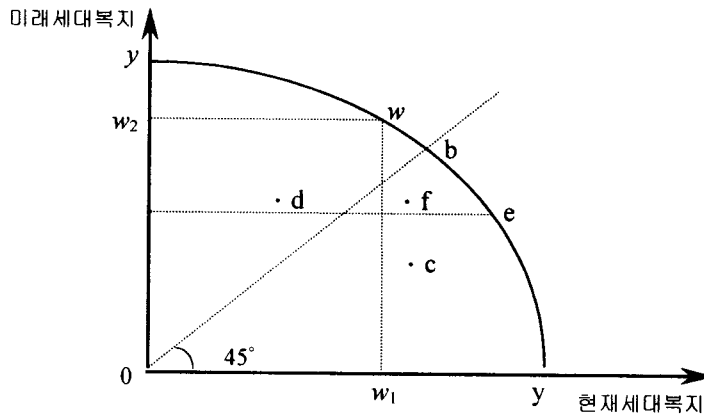


그림 1

14) 이정전, 『환경경제학』, 박영사, 2000. 305-308쪽의 설명에 전적으로 의존하였음.

그림에서 효용변경곡선 안쪽의 점들, 예를 들면 c, d, f 등의 점들은 환경자원이 효율적으로 이용되지 못하고 있는 상태를 표시한다. 왜냐하면 그 점들에서는 현재 세대와 미래 세대의 복지를 동시에 증대시킬 수 있는 점들이 존재하기 때문이다. 가령, 점 d에서는 점 w로 이동하여 현재 세대와 미래 세대의 복지를 동시에 증대시키는 것이 가능하다. 반면, 효용변경곡선 상의 점들, 예를 들면 w, b, e 등의 점들은 어느 특정 세대의 복지를 희생시키지 않고서는 다른 세대의 복지를 증진시킬 수 없을 만큼 환경자원이 최대한 이용된 상태를 나타내기 때문이 이를 일용 효율적인 상태라고 말할 수 있다.

한편, 위 그림에서 원점에서 45° 대각선의 위쪽에 있는 점들, 예컨대 d, w 등의 점들은 미래 세대의 복지가 현재 세대의 복지보다 적어지지 않도록 환경자원을 이용하는 점들을 나타내는 점들이며, 따라서 지속가능한 발전의 이념에 부합하는 상태를 반영하는 점들이다. 반대로 그 대각선 아래쪽에 있는 점들은 현재 세대의 이익을 위해 미래 세대의 이익을 희생시킨 상태, 즉 지속불가능발전의 상태이다.

만약 우리의 현재의 상태가 대각선 아래, 가령 점 c의 상태에 있다면 지속가능한 발전의 이념은 우리에게 대각선 위쪽의 어느 점으로 옮겨갈 것을 요구한다. 점 c에서 점 e로 가는 것은 현재 세대의 복지도 증진시키고 미래 세대의 복지도 증진시킨다는 점에서 경제 논리로 보면 매우 만족스러운 선택이지만, 이는 지속가능한 발전의 이념에는 부합하지 않는 점이 된다. 만일 45° 대각선이 효용변경곡선과 만나는 점인 b까지는 가지 못한다고 하면 효율성을 일정 부분 포기하더라도 일단 최소한 45° 대각선상의 어떤 점, 예컨대 점 f까지는 가는 것이 지속가능한 발전의 이념에 부합한다고 볼 수 있다. 또한 점 c에서 점 e로 가는 것보다는 현재 세대의 복지를 어느 정도 희생하더라도 차라리 점 w로 이동하는 것이 지속가능한 발전의 이념에는 더 부합하는 것이 된다.

여기서 우리가 주목할 점은, 앞서서도 지적한 바와 같이 지속가능한 발전의 이념은 효율성만을 목표로 해서는 달성되지 않는다는 점이다. 효율성을 중요한 기준으로 삼되, 세대 간, 국가 간, 계층 간의 형평성을 고려하여야만 한다는 것이다. 그림을 통해 설명하면, 현재의 비효율적이고 지속 불가능한 상태인 점 c로부터 효율적이고 지속가능한 상태인 점 w로 가기 위해서 우선 현재 세대가 미래 세대를 위하여 대폭 양보하여 일단 점 d의 상태로 옮겨간 뒤 자원의 효율적인 이용을 통해 점w상태를 향해 나아가는 것이다. 이와 같이 형평성을 고려하기 위해서는 현재 세대, 구체적으로 선진국, 부자들의 환경자원 이용에 대폭적인 양보가 필요할 것이다.

4. 社會契約의 內容으로서의 지속가능한 발전 이념

지속가능한 발전의 이념이 지구환경보전의 원리로 형성되어왔고, 환경법의 기본원리로서의 지위를 차지하였다는 것은, 그 이념이 지구 공동체 구성원들 사이의 사회계약의 내용으로 받아들여졌다는 것을 의미한다. 공동체의 구성원들은 서로간의 협상과 거래를 통해 그 공동체의 구성원들에게 가장 이익이 되는 내용으로 사회계약을 형성해 나간다. 시장과 정치과정의 결과물인 정부는 이러한 사회계약이 이루어지는 대표적인 국면이라고 할 수 있다.

시장이란 시장 참가자들이 스스로의 이익을 추구하는 과정에서 가격이 결정되고 그 가격의 기능에 의해 효율적인 자원배분이 이루어지는 장(場)이다. 그런데 시장기구에는 지속가능한 발전의 이념에 있어서 중요한 한 축인 미래세대가 참여할 여지가 없다. 결국 환경자원의 배분을 현재의 시장기구에 맡겨두면 현재의 시장 참여자들인 현재 세대의 구성원들에 의해 현재 세대의 효율성을 극대화시키는 결과에 이르게 되고, 이러한 결과는 지속 불가능한 자원의 이용 상태가 될 가능성이 높다.

따라서 지속가능한 발전의 이념이 현실화되기 위해서는 정부 혹은 국제기구가 미래 세대의 이익의 대변자로서의 역할을 할 필요가 있다. 즉 [그림 1]에서 현재의 상태가 점 c 라면 현재 세대의 구성원들만이 참여하는 시장에서는 지속가능한 발전의 상태인 점 d, w 로의 이동은 불가능하다. 현재 세대의 효율성의 측면에서만 보면 시장에서는 그러한 효율성의 희생을 용인하지 않을 것이기 때문이다. 따라서 지속가능한 발전의 이념에 따른 환경자원의 이용을 위해서는 정부 혹은 국제기구의 개입을 통한 현재 세대의 이익의 대폭적인 양보가 있어야 한다. 물론 현재 존재하는 정부 혹은 국제기구들은 현재 세대의 구성원들의 의사에 의해 그들의 이익을 대변하기 위해 만들어졌고, 민주주의 등의 제도적 장치를 통해 그 이익을 제대로 반영하지 못하는 경우에는 그 지속성이 담보될 수 없기 때문에, 정부 혹은 국제기구라고 해서 현재 세대의 구성원들의 의사를 전적으로 무시하는 정책을 펼 수는 없다.

그러나 조금만 더 깊이 생각해보면, 미래세대의 이익을 보호할 필요성을 인식하고 이를 지속가능한 발전의 이념을 통해서 구현하고자 하는 사람들은 바로 현재 세대의 구성원들이라는 점을 알 수 있게 되고, 현재 세대의 구성원들에 의해 선출되거나 구성된 정부 혹은 국제기구가 미래 세대의 이익을 배려하는 정책을 펴는 것은 결국 현재 세대의 구성원들의 의사에 부합한다고 볼 수 있게 된다. 이 논문에서 다루고자 하는 핵심 주제는 바로 이 부분이다. 즉 현재 세대 구성원들이 미래 세대의 구성원들에 대해서 가지는 Empathy

의 존재를 확인하고, 이를 매개로 하여 현재 세대의 구성원들이 미래 세대의 구성원의 이익을 고려하는 상태에서 사회계약을 만들어 나간다고 보면, 그 과정에서 우리는 효율성과 형평성을 함께 고려한 환경법 원리로서의 지속가능한 발전의 이념의 정립이 가능해질 수 있다는 것을 발견할 수 있게 된다.

Ⅲ. 持續可能한 發展의 原理와 效率性

1. 코우즈 정리

1) 서설

만약 거래에 참여하는 당사자들 사이에 거래와 관련된 일체의 거래비용이 존재하지 않는다면, 법원이 어느 당사자에게 권리를 부여하는지 여부는 효율성의 달성에 아무런 영향을 주지 않는다. 즉 권리가 어느 쪽에 부여되어 있는지 간에 당사자들은 자발적인 협상과 교환을 통해 가장 효율적인 자원배분에 이르게 된다.

이 점을 가정 먼저 그리고 가장 정확하게 지적한 학자는 Chicago 대학의 Ronald H. Coase 교수이다. 그리고 위 이론은 Coase의 논문 <The problem of social cost>(1960)에 소개된 이후 “Coase 정리”(Coase Theorem)라는 이름으로 지금까지 법경제학의 대부분의 문헌의 도입부에서 소개되고 있고, 관련 문헌에서 논의의 출발점으로 항상 제시되고 있다.

코우즈의 논문은 해로운 외부효과의 문제를 중심으로 사회적 비용의 적절한 배분의 문제에 관해 논의한 것이었는데, 그 후 그 논의는 우리 사회의 수많은 다른 자원배분의 문제에도 적용되는 일반원리로서의 기능을 하게 되었다.

물론 거래비용이 존재하지 않는다는 가정은 현실에서 충족되기 불가능한 가정이지만, 그렇다고 해서 코우즈 정리가 가지는 함의를 부정할 수 없다. 코우즈 정리에 따라 거래비용이 존재하지 않는 상황에서의 효율성의 분석은, 거래비용이 존재하는 현실에서 어떤 법정책, 법원리가 채택되어야 할 것인가에 관한 중요한 판단의 기준을 제시해주기 때문이다. 이는 현실에서 존재할 수 없는 완전경쟁시장에서의 균형이론이 미시경제학의 기본 분석틀로서 기능하고 있는 것과 비슷한 맥락에서 이해할 수 있다. 현재에는 완전경쟁시장의 전제조건이 현실에서 충족되기 어려운 것이라는 이유로 그 속에서의 균형의 달성에 관한 경제학 이론의 가치를 부정하는 사람은 아마 없을 것이다. 마찬가지로 코우즈는 거래비용이 존재하지 않는 상황을 전제로 논의를 진행한 후, 실제로 거래비용이 존재하는 현실에서의

여러 가지 자원배분, 권리배분의 문제에 관해 논의하고 있다.¹⁵⁾

2) 코우즈 정리의 내용

코우즈 정리가 법경제학에서 가지는 함의는 그 후의 많은 학자들에 의해 새롭게 발견되고 있는데, 그 대표적인 학자들에 의해 재발견된 코우즈 정리의 의미를 살펴보면 다음과 같다.

- (1) 완전경쟁의 상황에서는 사적 비용과 사회적 비용이 일치하게 된다.¹⁶⁾
- (2) 거래비용이 존재하지 않는 상황에서의 자원배분은, 부(富)의 효과가 존재하지 않는다면,¹⁷⁾ 손해배상책임부담의 원칙에 관한 법체제와 무관하게, 항상 효율적이게 된다.¹⁸⁾

예를 들어서 한번 살펴보기로 하자.

인접한 두 공장 A, B가 각자 생산활동을 하고 있는데, A가 P1이라는 상품을 생산하는

- 15) 실제로 코우즈 정리라고 불리는 거래비용이 존재하지 않는 상황에 대한 코우즈의 분석은 코우즈의 논문 <The Problem of Social Cost>, 3 The Journal of Law and Economics (1960)의 도입부에서 짧게 정리되어 있는 것이고, 코우즈는 위 논문의 대부분을 거래비용이 존재하는 현실에서 법원이 외부효과의 상호성을 고려하여 어떤 판단을 하는 것이 타당한지를 실제 판례를 중심으로 논의하고 있고, 그 논의는 당시까지 그러한 외부효과의 문제에 대하여 정부의 개입을 당연하게 생각하고 있던 Pigou류의 사고방식을 비판하고, 권리관계가 분명하게 설정되어 있으면, 정부의 개입이 없더라도 시장의 기능에 의해 자원의 효율적인 배분이 달성하다는 것을 논증하고 있다. 거래비용이 존재하지 않는 상황에 대한 코우즈의 분석을 이른바 “코우즈 정리”라고 처음 이름 붙인 것은 George J. Stigler 교수가 The Theory of Price (1966)에서 코우즈의 논의를 정리하면서이다. R.H. Coase, Notes on the Problem of social Cost, in the Firm, the Market, and the Law(1988)
- 16) “Under perfect competition private and social costs will be equal,” George J. Stigler, The Theory of Price 113 (1966).
- 17) 만약 부(富)의 효과가 존재하는 경우에는 권리를 부여받은 당사자의 소득은 수요곡선 자체를 우상방으로 이동시키게 되고, 이는 균형가격에 영향을 미치게 되므로, 어느 당사자에게 권리를 부여할 것인지 여부가 장기적으로는 효율성 측면의 자원배분의 내용에도 영향을 미치게 되기 때문이다.
- 18) “In a world of zero transaction costs, the allocation of resources will be efficient. and invariant with respect to legal rules of liability, income effects aside,” Richard O. Zerbe. The Problem of Social Cost in Retrospect, in 2 Research in Law and Economics 83(Richard O. Zerbe ed., 1980).

과정에서 B가 P2라는 상품을 생산하는데 해로운 외부효과를 발생시키는 상황을 생각해 보자. 이 경우 A는 오염자(Polluter)가 될 것이고, B는 수용자(Recipient)¹⁹⁾의 지위에 있게 된다.

먼저 A가 자신의 오염행위로 인한 B의 피해를 배상해야 하는 법체계를 생각해 보자. 이 경우 B는 'A의 오염행위로부터 자유로울 수 있는 권리(entitlement²⁰⁾ to be free from A's pollution)'를 가지게 된다. A는 P1 한 단위 생산으로 인한 한계수입(marginal revenue)이 그 한 단위 추가 생산에 따른 한계비용(marginal cost)과 일치하는 생산량인 Q1*의 수준에서 P1을 생산하게 되는데, 이때의 한계비용은 P1 생산에 따라 B에게 발생하는 손해를 배상해주는 비용까지 포함된 것이다. Q1* 이하의 생산 수준에서는 P1 한 단위 생산으로 인한 한계수입이 그로 인한 한계비용을 초과하므로 A는 생산량을 늘리게 될 것이고, 반면에 Q1* 이상의 생산 수준에서는 그 반대이므로 A는 생산량을 줄이는 것이 합리적인 선택이 된다.²¹⁾

다음으로, A가 P1의 생산으로 인한 B의 손해를 배상하지 않아도 되지만, A와 B 사이의 자발적인 거래가 이루어 질 수 없는 상황을 생각해 보자. 이 경우 A는 B의 손해를 배상해주지 않아도 되므로 전적으로 P1의 생산에 소요되는 비용만을 자신의 비용으로 계산할 것이고, 그렇게 계산된 한계비용과 한계수입이 일치하는 생산수준은 Q1*보다 더 높게 된다. 이 경우 P1 생산에 있어서 A가 부담하는 개인적 비용과 그 사회 전체가 부담하는 사회적 비용은 불일치하게 된다.

그렇지만, A가 P1의 생산으로 인한 B의 손해를 배상하지 않아도 되기는 하지만, A와 B사이의 협상과 거래에 비용이 들지 않는다면 다른 결론에 이르게 된다. 코우즈에 따르면 이 경우에도 A와 B는 자발적인 협상과 거래를 통해서 효율적인 자원배분에 이르게 되는 것이다. 즉, P1의 추가생산으로 인하여 A가 얻게 되는 한계수입에서 한계비용을 뺀 가치의 크기가, 그 P1의 추가생산으로 인하여 B가 입게 되는 P2 생산의 감소로 인한 가치의 크기보다 더 작은 생산 수준단계에서는 언제나 B는 A에게 최종단계의 P1을 생산하지

19) B를 '피해자'라고 부르지 않는 이유는, 외부효과의 상호성 때문이다. 만약 A에게 '오염행위를 할 수 있는 권리'가 부여된다면 A가 B에게 피해를 가하고 있다는 표현은 적절치 않게 된다. 자세한 것은 코우즈, 전제논문.

20) 법경제학자들은 이러한 상황의 어느 일방에서 주어지는 권리를 Right로 표현하기보다는 entitlement라는 단어로 표현하기를 좋아한다. 전자는 사회계약에 의해 그 내용이 쉽게 변경될 수 없는 '천부적인' 성격의 권리를 표현하는 단어라면, 후자는 처음부터 그렇게 생래적으로 부여된 권리라기보다는 외부효과의 상호성을 인식하고, 그에 따른 사회적 비용의 합리적 배분을 위해 어느 일방 당사자에게 사회계약의 내용으로 부여된 권리를 표현하는 단어로 주로 사용된다.

21) 이는 미시경제학의 완전경쟁시장에서의 생산자 균형이론을 다르게 표현한 것에 다름 아니다.

않음으로 인하여 A가 입게 되는 순한계수입(한계수입 - 한계비용)을 보상하고, 그 최종 단계의 PI을 생산하지 않도록 하는 협상안을 제시할 것이고, A는 그 제안을 언제나 받아들일 것이기 때문이다. 따라서 이 상황에서 A가 PI 추가 생산으로 인하여 B에게 가하는 손해의 크기는 결국 A가 PI을 생산을 늘리는데 소요되는 한계비용으로 계산되므로, A는 PI의 생산으로 얻을 수 있는 한계수입의 크기가 그 생산으로 인해 자신이 부담하는 한계비용과 그로 인해 B에게 가해지는 손해의 합의 크기가 같아지는 수준에서 PI을 생산하게 되는데, 이는 결국 QI^* 이 된다.

결론적으로 말하면, 위 상황에서 A에게 권리가 부여되어 있는지, 아니면 B에게 권리가 부여되어 있는지 여부는, 거래비용이 존재하지 않는 상황에서는 자원배분의 효율성에 아무런 영향을 주지 못한다.²²⁾²³⁾

3) 코우즈 정리가 전제로 삼고 있는 가정들

코우즈가 자신의 논문에서 여러 차례 강조했다듯이, 코우즈 정리는 현실 세계를 설명하기 위해 만들어진 것이 아니다. 이는 현실에서는 달성되기 어려운 명시적 혹은 암묵적 가정들을 그 전제조건으로 삼고 있는데, 이러한 전제조건들에 대해 살펴보는 것이 코우즈 정리의 정확한 함의를 이해하는데 있어 필수적이다. 코우즈 정리가 전제로 삼고 있는 가정들은 다음과 같다.

- (1) 외부효과(externality)의 문제를 놓고 협상에 임하는 두 당사자
- (2) 서로가 서로의 생산, 이윤, 효용함수에 대하여 완전 정보를 가지고 있는 상황
- (3) 완전경쟁시장
- (4) 거래비용의 부존재
- (5) 비용이 소요되지 않는 사법(司法)시스템
- (6) 이윤극대화를 추구하는 기업가들, 기대효용의 극대화를 추구하는 소비자들
- (7) 부(富)의 효과의 부존재

위 가정들 중, (2), (4), (5)는 결국 거래비용의 부존재로 바꾸어 표현할 수 있다. 몇 가지 가정들에 대해 살펴보기로 한다.

22) 물론 어느 당사자에게 권리를 부여하는가는 소득분배의 문제에 대해서는 큰 영향을 미치게 된다.
23) 위 논의에 대한 좀 더 알기 쉬운 설명은 [부록] 참조. 더 자세한 논의는 코우즈, 전제논문 참조.

(1) 완전경쟁시장

코우즈 정리가 그 배경으로 삼고 있는 시장의 모습은 완전경쟁시장이다. 완전경쟁시장이란 시장에 무수히 많은 잠재적 수요자와 공급자가 존재하고 있고 시장에 대한 진입장벽이 존재하지 않아서 어느 누구도 동질의 상품의 가격에 대하여 독자적인 영향력을 미치지 못하고, 완전한 정보가 보장되는 시장을 말한다. 완전경쟁시장에서 가격은 수요곡선과 공급곡선이 교차하는 점에서 결정되며, 시장수요곡선은 개별 수요자들의 수요곡선의 수평합으로, 시장공급곡선은 개별 공급자들의 공급곡선의 수평합으로 각 표현된다. 개별 소비자들의 수요곡선은 소비자들의 한계효용체감의 법칙에 따라 우하향하는 곡선으로 표현되며, 개별 공급자들의 공급곡선은 한계생산체감의 법칙에 따라 한계비용곡선 중 우상향하는 부분으로 표시된다. 완전경쟁시장에서는 시장진입과 탈퇴가 자유롭고, 개별 경제주체는 가격에 영향을 미치지 못하는 가격수용자(price-taker)이기 때문에, 장기적으로는 생산품의 가격은 공급자의 장기평균곡선의 최하점에서 결정되고, 결국 경제적 이윤은 존재하지 않게 된다.²⁴⁾

(2) 거래비용의 부존재

거래비용의 부존재는 코우즈 정리에서 가장 중요하고, 가장 명시적으로 제시되고 있는 가정이다. 여기서 거래비용이란 당사자들이 만나서 상호이익이 되는 자발적 교환 및 거래 행위를 할 때 드는 일체의 비용, 즉 거래의 성립·유지·감독비용을 의미한다. 여기에는 당사자들의 현재의 상태, 가능한 선택수단, 그 선택에 따른 결과의 의미 등을 양당사자가 숙지하는데 드는 정보비용(information cost), 이를 기초로 하여 당사자들이 만나서 실제로 협상을 하고 교섭을 하는데 드는 교섭비용(negotiation cost) 및 계약 성립 후 계약의 이행을 감시·감독하는데 드는 계약집행비용(enforcing cost) 등이 포함된다.²⁵⁾ 거래비용은 어떤 상황에서는 거래 자체를 불가능하게 할 정도로 큰 반면, 어떤 상황에서는 무시할 정도로 작은 경우도 있다. 이러한 거래비용의 정도는 구체적인 상황에서 효율적인 자원배분을 위해 어떤 법원칙을 선택할 것인가에 대해 영향을 미치게 된다.²⁶⁾

24) 코우즈 정리와 관련하여 완전경쟁시장에 대한 보다 더 경제학적, 수학적 분석에 관심이 있는 분은 Allan C. DeSerpa, *The Pure Economics of the Coase Theorem*, 18 *E. Econ. J.* 287 (1992) 참조

25) 거래비용 개념의 정의에 관해서는 Pierre Schlag, "The Problem of Transaction Costs," 62 *S. Cal. L. Rev.* 1661, 1673-76 (1989).

26) Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral," 85 *Harv. L. Rev.* 1089 (1972)

拙稿, 「권리남용금지법리에 관한 법경제학적 고찰」, 『법조』 vol 591, 592, (2005. 12. -2006. 1)

(3) 부(富)의 효과(Wealth Effect)의 부존재

부(富)의 효과란, 소득의 증대가 특정 재화에 대한 수요의 크기에 영향을 미치는 효과를 말한다.²⁷⁾ 부의 효과가 존재하는 경우에는, 특정 재화에 대한 권리가 부여되는 당사자의 수요곡선을 변화시키기 때문에 균형가격의 변화를 가져오고, 결국 자원배분의 결과에 영향을 미치게 된다. 따라서 코우즈 정리는 부(富)의 효과가 존재하지 않는 상황에 대해서만 적용이 가능하다.

(4) 인간의 합리성(Rationality)에 대한 가정

거래에 참여하는 당사자들이 협상을 통해 서로 이익을 얻을 수 있는 경우에는 그와 같은 거래로 나아가게 된다는 코우즈 정리는, 거래에 참여하는 당사자들이 모두 각자의 후생의 극대화라는 점에서는 합리적인 선택(Rational Choice)을 한다는 것을 그 전체로 삼고 있다. 여기서 주의할 것은 ‘합리적’이라는 의미는 결코 금전적 혹은 경제적 이익의 극대화를 의미하는 것이 아니라는 점이다. 합리적 선택을 통한 극대화의 목표변수는 그 내용이 무엇이 되었건 간에 그 경제적 주체가 자신의 효용의 증대를 가져온다고 생각하는 그 대상이라는 점에서, 지극히 주관적인 개념이다.²⁸⁾ 거래에 참여하는 당사자들은 자신들의 후생의 증대를 가져올 수 있는 기회를 결코 그냥 포기하지 않는다.

4) 코우즈 정리의 정책적 함의²⁹⁾

코우즈 정리가 법, 제도 시스템 설계와 관련하여 우리에게 주는 정책적 함의는 다음과 같다.

첫째, 종래 외부효과라고 이해되어 왔던 사회구성원들이 공동체를 형성해서 생활하는데 있어 필연적으로 발생하는 유해한 효과(harmful effect)가 가지는 상호성(reciprocal nature of externalities)에 대한 지적이다. 사회가 복잡다단해짐에 따라 발생하는 여러 가지 종류의 유해한 외부효과들은 이를 사회 전체가 적절히 분담해야 하는 사회적 비용으로 이해해야 한다. 이를 일방이 타방에 대해 절대적으로 피해를 주고 있는 것으로 이해하고 이를

27) Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* (6th ed. 2003) 이하 Posner, *Economic Analysis of Law*라고 인용하기로 한다.

28) Gary Becker의 표현을 빌리면 다음과 같다. “individuals maximize welfare as they conceive it, whether they be selfish, altruistic, loyal, spiteful, or masochistic.” Gary S. Becker, “Nobel Lecture: The Economic Way of Looking at Behavior,” 101 *J. Pol. Econ.* 385 (1993)

29) 박세일, 『법경제학』(개정판), 2000, 80-85쪽.

발생시키는 사회적 활동들을 교정적 정의의 관점에서 금지시켜야 한다는 인식은 현실에서는 아무런 도움을 주지 못한다.

둘째, 코우즈 정리는 자발적 교환의 장인 시장을 통한 자원배분의 과정에서 발생하는 거래비용의 중요성을 지적하였다는 점에서 큰 의미가 있다. 거래비용이 존재하지 않는다는 가정하에서의 코우즈의 논의는, 코우즈 자신이 논문에서 여러 차례 밝히고 있는 바와 같이, 거래비용이 존재하는 현실에서의 법정책의 선택에 관한 유용한 통찰을 제시하기 위한 논의의 출발점으로 제시된 것이다. 코우즈가 그의 논문에서 진정으로 제시하고자 했던 주제는 거래비용이 존재하는 현실에서 자원배분의 효율성을 달성하기 위해서 어떠한 법원칙에 따라 권리관계를 설정할 것인가의 문제였다. 이러한 관점에서 보면 권리배분에 관한 법원이나 입법부의 결정은 단순한 법적 결정에 그치는 것이 아니라, 곧 경제적 결정이 되는 것이다.

셋째, 그 전까지 일반적으로 받아들여졌던, 외부효과가 발생하는 경우에는 언제나 정부가 개입함으로써 그 시장실패를 교정해야 한다는 Pigou류의 발상에 대해 코우즈는 근본적인 의문을 제기하고 있다. 정부의 개입은 그것 자체가 거래비용을 발생시키고, 정부의 실패의 가능성도 상존하고 있음에 비해, 외부효과 문제를 시장에 맡겨두는 경우에도 거래비용이 그다지 크지 않은 경우에는 당사자들의 자발적인 협상과 거래를 통하여 문제를 충분히 해결할 수 있다는 것이다. 주의할 점은 코우즈의 이러한 주장을 자유방임론으로 이해해서는 곤란하다는 점이다. 코우즈는 종래 정책결정자들 사이에서 정부개입의 장점을 과대평가하고, 그 비용을 과소평가하는 경향을 비판하고, 외부효과 문제와 관련된 진정한 정책과제는 어떠한 사회적 기구(social arrangement; 시장, 정부, 기업)를 통해서 문제를 해결하는 것이 가장 효율적인가를 고민하는 것이라는 점을 지적하였다.

넷째, 마지막으로 코우즈의 가장 큰 기여 중 하나는 종래 전혀 별개의 영역으로 이해되어 왔던 법과 경제를 하나의 통일된 시스템으로 이해하고, 이 전체 시스템을 설명할 수 있는 기본 이론을 제시하였다는 점에 있다. 코우즈의 논문에서는 법과 경제의 통합된 인식이 나타나 있다. 법·제도는 더 이상 외생변수가 아니라, 법-경제라는 단일시스템 속의 내생변수로 나타나고 있다. 코우즈의 논의에서 법적 권리(entitlement)는 경제시스템에서의 가격과 마찬가지로 이제 내생화되어 가변적이 되었고, 법-경제시스템이 봉사하려는 목적의 달성을 위한 정책변수로 전환되었다고 볼 수 있다. 코우즈의 위 논문이 나온 이후 법경제학은 대단한 발전에 발전을 거듭해왔고, 코우즈의 논문은 지금도 사회과학에서 가장 많이 인용되고 있는 논문이 되었으며, 법에 대한 경제적 분석은 현대의 법학 방법론 중에서 가장 영향력 있는 방법론이 되었다.

5) 코우즈의 논의의 한계

다만 법-경제시스템의 기본구성원리를 구축하려는 코우즈의 시도는 인간의 행동방식에 대한 만족스러운 설명을 하고 있다고 보기에는 어딘가 아쉬움이 남는데 그 이유는 그가 구상하는 시스템의 궁극 목표가 효율성 분석을 중심으로 하는 부의 극대화(wealth maximization)에 한정되어 있기 때문이다. 효율성 분석의 시도로서 그의 연구는 성공적이었으나 우리 사회가 추구하여야 할 또 하나의 가치로서의 정의인 소득분배문제를 둘러싼 형평성의 문제에 대한 법-경제의 통일 이론의 구축은 그의 연구에서 시도되지 않고 있다.³⁰⁾³¹⁾ 아래에서는 코우즈의 논의가 암묵적인 전제로 삼고 있는 합리적 선택이론에 대해서 다시 살펴보고 이를 보완함으로써 형평성의 문제를 고려한 새로운 모델의 가능성에 대해 살펴보기로 한다.

30) 박세일, 전제서, 84

31) 이를 에지워즈 상자의 그림을 통해 설명하면 다음과 같다.

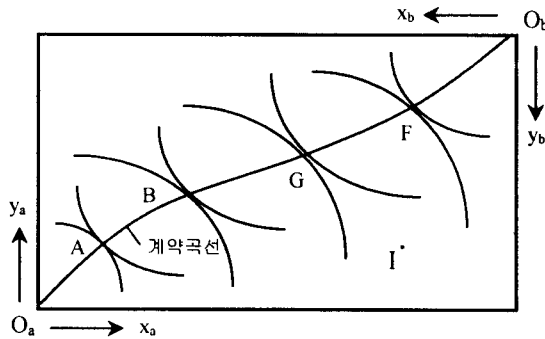


그림 에지워즈 상자

그림은 a, b 두 당사자의 무차별곡선에 따른 에지워즈 상자를 나타내고 있다. 위 그림에서 a와 b의 무차별 곡선이 서로 접하는 A, B, G, F의 각 점들은 모두 파레토 효율적인 점들을 나타내고 있다. 반면에 I의 점은 당사자들의 계약을 통해 양당사자 모두에게 이익을 줄 수 있는 다른 자원배분 상태로의 개선이 가능하므로 파레토효율적인 상태가 아니다. 시장이 제대로 기능하는 상황이라면 당사자들의 자발적인 거래를 통해 파레토효율적인 상태로 옮겨갈 수 있다. 에지워즈 상자에서 파레토 효율적인 자원배분 상태의 궤적을 나타내는 선을 계약곡선이라고 부른다. 계약곡선상의 모든 점들은 파레토효율적인 자원배분상태를 나타내고 있다. 따라서 효율성의 관점에서만 보면 당사자 a는 극히 일부의 재화만 가지고 나머지 대부분의 재화를 b가 가지는 A점이나 양당사자가 비슷하게 자원을 가지는 G의 점이나 차이가 없다. 그러나 형평성의 관점에서 보면 A, B, G, F 점들은 각각 다른 형평의 수준을 나타내고 있고, 그 점들 중 어느 점을 선택할 것인가의 문제가 중요하게 된다.

IV. 人間の合理性(rationality)에 관한 再考

1. 합리적 선택의 이론(rational choice theory)

1) 서설

아담스미스 이래로 근대 경제학은 인간의 합리성을 그 논의의 전제로 하고 있다. 인간은 적어도 무엇이 자신에게 이로운 것인지, 자신이 원하는 것이 무엇인지는 잘 알고 있으며 그에 따라서 행동을 하고 선택을 한다는 것이다. 이처럼 합리적인 이기심에 쫓아 행동하는 인간들의 욕구는 시장이라는 보이지 않는 손의 힘에 의해 가장 바람직한(효율적인) 방향으로 조절되어서 굳이 정부가 나서서 개입하지 않더라도 자생적 질서를 형성한다는 것이 아담 스미스의 주장의 요체이다.

이 중 정부개입의 역할에 대해서는 그 후 케인즈학과와 시카고학과를 중심으로 열띤 공방이 있지만, 적어도 인간이 합리적으로 사고하고 행동한다는 전제에 대해서는 별다른 의문이 제기되지 않았고 위 전제를 바탕으로 경제학, 법학, 법경제학 등의 사회과학은 발전에 발전을 거듭해왔다.

법경제학의 경우를 보자. 1960년의 코우즈의 위 논문을 시작으로 급속하게 발전하여 최근까지 거의 모든 법학의 영역에서 참신하고 획기적인 영향력을 미친 법경제학은 기본적으로 경제학에서 많은 전제와 분석기법을 차용해왔다. 그 중 대표적인 것이 이른바 ‘합리적 선택의 이론’(rational choice theory)인데 이는 인간은 기본적으로 합리적으로 사고하고 판단하며 자신에게 주어지는 유인(incentives)에 대해서 합리적이고 예측가능한 반응을 보인다는 것이다.

기본적으로 인간의 행위에 대한 학문(behavioral science)인 법학의 영역에 있어서 이러한 전제와 분석기법, 그리고 이를 통한 수학적인 예상결과의 도출은 대단히 매력적인 것이었다. 물권법과 계약법을 비롯해서 불법행위법, 형법, 환경법, 가족법등 거의 모든 영역에 있어서 법경제학적인 분석이 이루어졌고 법경제학은 전성기를 구가하였다.³²⁾

32) 심지어는 법경제학적인 분석방법에 대해 비판적인 시각을 가지고 있던 Yale Law School 학장인 Anthony T. Kronman 마저도 다음과 같이 말하고 있다.

“The law and economics movement was and continues to be an enormous enlivening force in American legal thought and, I would say, today continues and remains the single most influential jurisprudential school in this country.”

Anthony T. Kronman, The Second Driker Forum for Excellence in the Law. 42 Wayne Law Review 115, 160 (1995)

하지만 점차 법경제학의 비중이 높아가고 그에 대한 요구수준이 높아감에 따라서 심각한 문제가 대두되기 시작했다. 그것은 현실에서 인간이 합리적인 선택이론을 통해서 예측되는 결과와는 다른 선택을 하는 사례를 너무 쉽게 그리고 너무나 많이 찾아볼 수 있다는 것이다. 결국에는 인간이 모든 경우에 있어서 항상 합리적으로 생각하고 판단하는 것은 아니며, 설사 합리적으로 판단한다고 하더라도 그것을 그대로 행동에 옮기지는 않는다는 심각한 문제에 봉착하게 된 것이다(조금만 생각해보면 이런 사례는 쉽게 찾아볼 수 있다).

결국 법경제학이 앞으로 얼마나 지속적인 발전을 하고 지금과 같은 영향력을 누릴 수 있는지 여부는 인간의 행동양식에 대해서 좀 더 예측가능하고, 합리적 선택의 이론의 문제점을 해결할 수 있는 분석의 방법을 만들어낼 수 있는가에 달려 있다고 할 것이다. 이 문제에 대해서는 많은 법경제학자들이 문제의식을 가지고 연구를 진행하고 있으며 지속적인 개선이 이루어질 것으로 본다. 이 장에서는 합리적 선택의 이론의 구체적인 내용을 살펴보고 인간의 행위에 대한 좀 더 정확한 예측을 얻기 위해서 어떤 요소가 보충될 필요가 있는지에 대해서 살펴보기로 한다.

2) 합리적 선택이론의 개념³³⁾

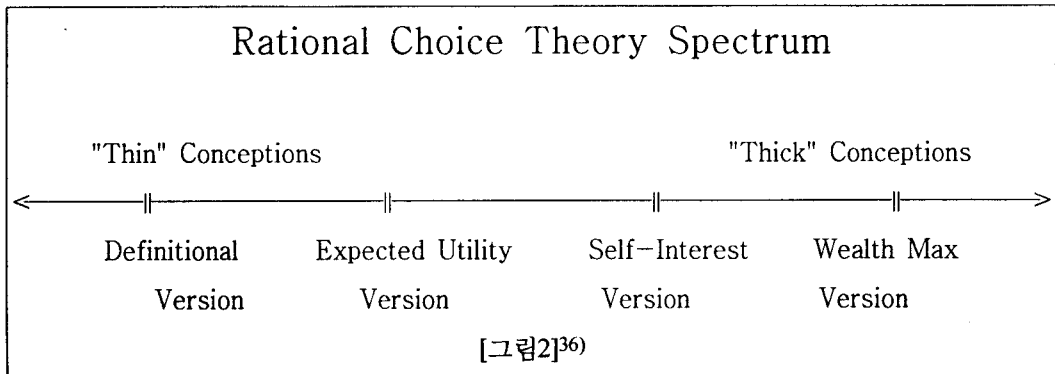
합리적 선택의 이론은 근대 미시경제학을 성립하게 하는 가장 기본이 되는 개념이라고 할 수 있지만³⁴⁾, 불행히도 막상 분석의 대상으로 삼기로 마음을 먹고서 합리적 선택의 이론을 들여다보면 그것의 확립된 정의는 없다고 할 수 있다. 다만, 대부분의 경제학 혹은 법경제학의 논문에서 전제로서 “인간이 합리적으로 판단하고 행동한다”는 명제를 바탕으로 두고 있으며 더욱이 대부분의 경우에 위의 전제는 암묵적 전제로 설정되어 있음을 알 수 있다. 그 결과 합리적 선택의 이론을 연구하는 학자들의 수만큼이나 많은 여러 가지 종류의 정의를 생각해볼 수 있고, 그에 대해서 비판을 하는 일은 마치 움직이는 타겟을 놓고 사격을 하는 것과 같은 느낌이 들게 한다.³⁵⁾

그러나 합리적인 선택의 이론의 가정의 정도에 따라서 다음의 스펙트럼과 같이 배열을 해서 일단 정리해 볼 수 있는데 아래에서는 그 각각의 내용을 살펴보기로 한다.

33) Russel B. Korobkin, Thomas S. Ulen, “Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics,” 88 Cal. L. Rev. 1051 (2000), 1060 - 1070 참조

34) Posner, Economic Analysis of Law, 3 “The task of economics, so defined, is to explore the implications of assuming that man is a rational maximizer of his ends in life, his satisfactions - what we shall call his ‘self-interest’.”

35) Korobkin, Ulen. 전제논문, 1060



(1) The Definitional Version

이는 가장 약한 단계의 합리적 선택의 이론이라고 할 수 있는데, 이를 표현하면 “인간은 그가 추구하는 바를 극대화하기 위해 합리적으로 행동한다.”는 명제로 표현할 수 있다.

위 명제에는 인간이 어떤 목표에 가치를 두고 있는지, 그의 달성을 위해 어떤 수단을 선택할 것인지에 대해서 아무런 전제를 두고 있지 않다. 또한 목표와 수단에 있어 어떠한 종류의 규범적인 가치기준(normative theory)도 설정하고 있지 않으므로 이론적으로만 놓고 보면 위 명제는 틀릴 수가 없는 것이 된다.

즉 인간이 어떤 행위를 하면 그것 자체를 그 자신이 원하는 바를 이루기 위해 선택한 합리적인 행동이라고 보기 때문에 상식적으로 납득이 가지 않는 행위: 가령 매일 저녁 8시만 되면 원숭이 흉내를 내는 것과 같은 행위도 그 인간 자신에게는 ‘합리적인 행동’이라고 보는 것이므로 이는 사실의 정의 내지는 개념의 동어반복에 불과한 것이라고 볼 수 있다.

(2) The Expected Utility Version(기대효용의 이론)

이는 근대 미시경제학에서 가장 일반적인 합리성에 대한 설명으로서 모든 인간은 주어진 제약조건하에서 자신의 기대효용의 극대화를 위해서 행동한다고 설명한다. 기대효용의 개념을 도입한 점에서 보면 위의 개념정의의 수준보다는 한 단계 높은 단계의 설명이라고 볼 수 있지만, 구체적으로 기대효용을 결정짓는 선호체계가 어떤 것인지에 대해서는 외생 변수로 남겨두고 있다는 점에서 아직은 약한 단계의 개념정의라고 볼 수 있다.

이 정의는 기본적으로 모든 인간은 자신의 기대효용의 극대화를 위해서 비용-효과분석을 한다는 것을 전제로 삼고 있다. 모든 인간은 어떤 행위 혹은 선택을 함에 있어 그로

인한 기대 이익과 그에 따르는 비용을 분석하고 그 결과에 따른다는 것이다. 따라서 이 정의에 의하면 어떤 인간이 자신의 기대효용을 극대화할 수 있는 선택을 버리고 다른 선택을 한다면 그것은 ‘비합리적’인 행동이라고 평가할 수 있다는 점에서 규범적 가치기준 (normative theory)이 도입되기 시작했다고 볼 수 있다.

(3) The Self-Interest Version(사익추구의 이론)

이 이론은 앞의 기대효용의 이론에서 한 걸음 나아가서 선택의 상황에 처한 인간이 추구하는 목적 혹은 선호체계에 대한 예측을 하기 시작했다는 점에서 강한 단계의 합리적 선택의 이론이라고 할 수 있다.

이 이론에서는 모든 인간은 기본적으로 ‘자신의 이익’을 극대화하기 위한 선택을 한다고 설명하고 있다. 인간의 행위에 대한 이러한 설명은 아담 스미스의 유명한 다음과 같은 말에서 그 기원을 찾아볼 수 있다.

“우리가 오늘 저녁식사로 맛있는 고기와 빵 그리고 맥주를 먹을 수 있게 된 것은 결코 정육점 주인, 빵가게 주인 혹은 맥주 공장 주인의 인류애 혹은 선행이 있었기 때문이 아니라, 오히려 그들 각자가 바로 자신들의 각자의 이익을 추구하는 과정에서 이루어지게 된 것이다. 따라서 우리가 내일 다시 맛있는 저녁식사를 하기를 원한다면 우리는 그들에게 우리의 필요에 대해 설명할 것이 아니라 그들의 이익에 대해서 설명을 해야 한다.”³⁷⁾

이 이론의 의미는 만약 어떤 행동의 방식이 의사결정자에게 가장 이익이 되는지를 알 수 있는 경우에는 그로부터 그의 미래의 행동방식과 선택을 추론하고 예상할 수 있다는 것이다. 약한 단계의 합리적 의사결정을 통해서는 의사결정자의 의사결정과정에 대한 예측만이 가능함에 비해 이 단계의 이론에서는 의사결정자의 구체적인 행동과 선택에 대한 예측이 가능하다는 점에서 한 단계 더 나아간 것이라고 볼 수 있다.

가령 길가에 쓰레기를 버리는 것에 대해 아무런 처벌규정이 없는 사회가 있다고 가정해 보자. 이 경우 의사결정자의 입장에서 보면 불편하게 쓰레기를 가지고 있다가 휴지통을 찾아내서 쓰레기를 버리는데 드는 노고에 비해서 그가 버린 쓰레기가 길에 떨어져 있는 것을 보는 것의 고통이 더 적기 때문에 일반적으로 의사결정자는 쓰레기를 길가에 버리는 선택을 하게 된다는 것이다. 이 이론에 따르면 의사결정자는 길에 쓰레기를 버림으로써 본인이 처벌받는 불이익(비효용), 애써 휴지통을 찾아내서 쓰레기를 버리는데 드는 시간과 정력, 자신이 버린 쓰레기를 보면서 느끼는 비효용 등 이런 것들만을 의사결정의 기준으로 삼을 뿐, 자신이 쓰레기를 버림으로 인해 다른 사람이 겪게 되는 불이익(비효용)

37) Adam Smith. An Inquiry Into The Nature and Causes of The Wealth of Nations. 7 (1776)

은 전혀 의사결정의 기준으로서 고려가 되지 않는다.

(4) The Wealth Maximization Version(부의 극대화이론)

가장 강한 단계의 합리적 선택의 이론은 다시 더 나아가 구체적으로 개인에게 ‘이익이 되는 것’의 내용까지 정하고 있다. 그 중 대표적인 것이 부의 극대화이론이라고 할 수 있는데, 그에 따르면 모든 인간은 의사결정과정에 있어서 금전적 부유함, 즉 재정적인 상태를 극대화하는 것을 최고의 목표와 기준으로 삼는다는 것이다. 회사법 영역 혹은 개인의 행위에 대한 거의 모든 법경제학 논문들은 명시적으로 혹은 묵시적으로 이 단계의 합리적 의사결정론을 그 전제로 하여 논의를 진행하고 있다.

3) 합리적 선택이론의 한계 및 보완책의 모색

인간이 합리적인 선택을 하고 자신의 부의 극대화를 위해서 행동한다는 전제를 바탕으로 근대 미시경제학과 법경제학이 논리적이고 정치한 이론의 답을 쏟아왔음은 전술한바와 같다 합리적 선택의 이론을 통해 사회 구성원들의 의사결정의 과정뿐만 아니라 그 결과까지도 예측가능한 모델이 만들어질 수 있었고 이를 통해서 가장 바람직한(효율적인) 법정책의 실현이 적어도 이론상으로는 가능하게 됨으로써 합리적 선택이론은 사회 과학의 발전에 지대한 공헌을 한 것은 누구도 부인할 수 없는 사실이다. 그러나 법경제학 혹은 합리적 선택의 이론에 대한 기대 수준이 점점 높아짐에 따라 합리적 선택이론이 제대로 설명할 수 없는 부분(대부분의 경우에 대해서는 잘 설명할 수 있다 하더라도)이 그에 비례하여 부각되기 시작했고 그것이 합리적 선택이론에 대한 주요 비판의 근거가 되고 있다. 따라서 합리적 선택이론이 인간의 행동 방식에 대한 의미 있는 설명 메커니즘으로서 계속 그 자리를 유지하고 발전해 나가기 위해서는 일견 비합리적인 것으로 보이지만 인간이 살아 가고 의사결정을 내림에 있어 항상 존재하는 합리적 선택의 이론이 설명하지 못하는 의사결정과 행동방식에 대한 설명이 가능하도록 보완될 필요가 있다.

우선 앞에서 본 여러 가지 합리적 선택에 관한 이론들 중에서 약한 단계의 합리적 선택이론들은 ‘사후적’ 관점에서 인간의 행위를 설명하고, 분류하며, 명명하는데는 그 의미가 있을지 몰라도 이는 여러 가지 법정책들 중에서 어떤 선택을 하여야 할 지 여부에 대해서는 아무런 해답을 제시해주지 못하는 문제점을 안고 있다는 점에서 실질적인 의미는 그다지 크지 않다.

반면에 강한 단계의 합리적 의사결정이론들은 그 실질이 있기는 하지만 구체적인 사례에 있어서 현실과는 부합하지 않는(Implausible) 결과를 제시하는 사례가 자주 발생한다는

문제점이 있다. 그 이유는 여러 가지 방향에서 찾아볼 수 있지만, 인간이 의사결정을 내리는 상황은 합리적 선택의 이론이 예정하고 있는 것보다 훨씬 복잡하고 정보가 제한적인 상황이기 때문에 합리적 선택이론이 예정하고 있는 것처럼 모든 정보를 바탕으로 하는 정확한 비용-편익 분석이 곤란하다는 점, 그리고 인간의 본성 속에는 단순히 금전적인 이익의 극대화를 추구하는 것 외에 다른 가치 있는 것을 추구하려는 마음이 본질적으로 내재되어 있다는 점에서 찾아볼 수 있다.

합리적 선택의 이론을 보다 현실적합성이 있도록 보완하는 연구는 여러 가지 방면에서 진행될 수 있고, 실제로도 많은 연구가 이루어지고 있으나 이 논문에서는 주제와의 관련성을 고려하여 인간의 마음속에는 실제로는 자기 자신의 이익에 대한 고려만 있는 것이 아니라 주위의 다른 사람에 대한 배려의 마음, 혹은 형평성에 대한 고려가 명백하게 존재하고 있음을 인식하고 그에 기초하여 합리적 선택의 이론을 보완해보기로 한다.

2. Empathy

이하에서는 인간의 합리성에 관한 전제에 약간의 수정을 가하기로 한다. 전통적인 합리적 선택의 이론이 자신의 이익에 대해서 잘 알고 있는 인간을 전제로 하고 있었다면 여기서는 자신뿐만 아니라 주위의 다른 사람에 대한 고려까지 하는 인간(그것이 결코 비합리적인 인간을 의미하지는 않는다)에 대해서 생각해보기로 하자.

이를 위해서 Empathy의 개념을 도입하기로 한다.

Empathy의 의미에 관해 일반적인 우리말 번역은 ‘감정이입’이지만 그것으로는 정확한 의미를 전달하는데 어려움이 있으므로 일단은 번역 없이 그대로 사용하기로 한다.

영미권에서 비평문학이나 페미니즘을 다루는 분야에서는 이 단어가 자주 사용되고 있지만 그 단어의 정확한 의미를 정의하거나 묘사하지는 못하고 있는 것으로 보이며 단지 ‘어떤 나쁘거나 바람직하지 못한 것’(something bad or undesirable)에 대조되는 의미로서의 ‘근사한’(nice) 단어로 사용되고 있는 경우가 많다.³⁸⁾

Cleveland-Marshall 대학의 Lynne N. Henderson 교수는 그녀가 나름대로 정의하고 있는 ‘Empathy’의 개념을 법의 영역에 결합시키는데 성공한 선도적인 학자인데 여기서는 그녀의 정의에 따라 위 단어를 사용하기로 한다.

그녀의 설명에 의하면 Empathy는 세 가지의 내용으로 구성되는데, 첫째 다른 사람의 감정을 느끼는 것(feeling the emotion of another), 둘째 다른 사람의 경험이나 그가 처한

38) Lynne N. Henderson, "Legality And Empathy," 85 Mich. L. Rev. 1574 (1987)

상황을 감정적으로나 사실적으로나 이해하는 것, 이는 주로 자신이 다른 사람의 입장에 있는 것처럼 상상함으로써 가능하게 된다.(understanding the experience or situation of another, both affectively and cognitively, often achieved by imagining oneself to be in the position of the other), 셋째 다른 사람의 고뇌를 스스로 경험함에 따른 어떤 행동으로의 나아가는 것(action brought about by experiencing the distress of another)³⁹⁾

생각해보면 인간의 본성 중에 위와 같은 내용의 감정 혹은 정서가 존재하며 의사결정이나 행동을 함에 있어서 이러한 감정이 어떤 영향을 미친다는 사실은 그다지 틀린 것으로 보이지 않는다. 그리고 이러한 감정을 Empathy라고 표현하는 것은 적절한 것으로 보인다. 주의할 것은 Empathy가 단순히 감정적이고 정서적인 작용은 아니라는 점이다. 그런 점에서 이 단어는 sympathy, love, altruistic feeling등과는 구별된다.

가령 건물건축에 관한 계약을 체결하려는 두 당사자를 생각해보자. 계약 내용을 협상함에 있어서 공사를 맡기는 사람은 단지 공사대금을 지급하고 시공업자가 완성된 건물을 인도해 줄 것만을 요구하는 것은 아니며 시공업자가 공사를 하는 과정에서 부닥칠 수 있는 여러 가지 문제들, 가령 필요한 물자와 노동력의 공급이 원활하게 이루어 질 것인지, 날씨는 어떨지, 그로 인해서 공사기간이 연장될 가능성은 얼마나 되는지, 시공단계에 따른 대금지급은 어떤 식으로 할 것인지 등의 문제에 관해서 시공업자의 입장에 서서 여러 가지 가능성을 생각하게 되며 그로부터 얻은 지식(empathetic knowledge)은 거래조건을 정하는데 반영된다. 이와 같이 Empathy는 협상과 거래의 과정에 필연적으로 개입하게 되고 이를 통해서 양당사자는 보다 더 만족스러운 결과를 얻게 된다.

또한 Empathy는 지속가능한 발전의 이념이 환경법의 기본원리로 받아들여질 수 있는 중요한 근거를 제시한다. 즉 현재 세대의 구성원들은 환경자원의 사용에 관한 사회계약을 함에 있어 자신들의 현재의 효용의 극대화만을 고려하는 것이 아니라, 현재 세대의 과도한 환경자원 소비가 미래 세대에 미칠 영향이 어떨 지에 대해 진지하게 고민하고 이를 사회계약의 내용에 반영시키려는 Empathy를 보이게 된다는 것이다.

이처럼 인간의 감정 속에 Empathy의 속성이 포함되어 있고 그에 따라 행동을 한다고 해서 그것이 비합리적이라고 볼 수는 없다. 오히려 인간의 합리성(rationality)을 보다 더 정확하고 현실에 부합하게 표현한 것으로 볼 수 있다. 그러므로 인간의 행위에 대한 학문인 법경제학에 관한 논의를 함에 있어 Empathy의 요소를 고려하는 것은 유익한 시도일 뿐 아니라 반드시 필요한 과정이다. 다만 여기서 주의할 것은 Empathy의 개념을 도입한 것이 전통적인 합리성에 관한 법경제학의 전체를 부정하는 것은 아니며 단지 그 의미를

39) Id., 1579

보충하여 보다 현실적합적인 논의를 가능하도록 한 것에 그친다는 점이다.

V. 衡平性에 關한 考察

1. 環境과 衡平

앞에서 環境資源의 配分에 있어서 효율성이 하나의 중요한 기준으로 작용하고 있음을 살펴보았다. 하지만 효율성의 기준에만 맡겨두게 되면 강한 협상력을 가진 사람이 거의 모든 자원을 가지고 약자는 아무것도 갖지 못하는 결과가 발생할 우려가 있다. 따라서 環境資源의 정의로운 분배를 위해서는 衡平성의 기준이 반드시 고려되어야 한다.

2. 무엇을 衡平이라고 볼 것인가

衡平성의 문제는 법학뿐만 아니라 경제학, 정치학을 비롯한 사회과학, 철학 등 거의 모든 학문영역에서 다루어지고 있지만 과연 무엇이 衡平에 부합하는 것인지에 관해서는 아직 정립된 이론이 없다.⁴⁰⁾ 시장의 힘에 의해 얻어진 효율적인 결과 그 자체가 衡平에 맞는 것이라는 견해부터 그 사회의 가장 가난한 계층이 가능한 가장 많은 몫을 가지게 되는 것이 衡平에 맞는 것이라는 롤즈의 정의론에 이르기까지 다양한 스펙트럼에 걸쳐서 衡平성이 정의될 수 있다. 결국 이 문제야말로 뚜렷한 답이 있다기보다는 그 사회의 일반적인 가치관이 어떤 태도를 취하고 있는지 여부에 따라서 다르게 결정될 문제라고 할 수 있다.⁴¹⁾

이 논문에서는 롤즈의 정의론에 나타난 衡平의 개념을 살펴보고 그것을 분석의 도구로 삼기로 한다.

40) 효율성으로서의 정의의 관념은 20세기 후반부터 주로 논의되기 시작했음에 비해, 衡平성으로서의 정의의 관념은 사실, 법학을 비롯한 사회과학이 그 논의를 시작한 초기부터 현재까지 주된 관심의 대상이었다. Charles M. Haar & Daniel William Fessler, *The Wrong Side of the Tracks: A Revolutionary Rediscovery of the Common Law Tradition of Fairness in the Struggle Against Inequality* 15 (1986)

41) 주지하듯이 Arrow는 사회적 합의를 통해 그 공동체가 이상적이라고 생각하는 衡平성의 수준을 찾아낼 수 있는 사회선호함수는 찾을 수 없다는 점을 입증한 바 있다. Kenneth. Arrow, *Social Choice and Individual Values*, (2nd ed., 1963)

3. 형평성에 관한 롤즈의 모델

1) 서설

롤즈의 정의론(A Theory of Justice)에 나타난 롤즈의 목표는 로크, 루소, 칸트의 사회계약이론을 기초로 해서 보다 높은 차원의 '정의'의 개념을 제시하는 것이다.⁴²⁾ 즉 단순히 정부형태를 제시하는 것을 넘어서서 그 바탕에 깔려있는 이념과 원칙들을 도출해내는 것을 목표로 하고 있다.

2) 합리성과 직관에 관한 가정(Assumption Regarding Rationality and Intuition)

롤즈는 우리 사회의 구성원들에게는 무엇이 정의로운 것인가를 결정하고 그것의 달성을 위해 노력하는 사회적 합의(consensus)를 도출할 수 있는 능력과 성향이 있다고 가정하고 있다. 인간은 자신이 원하는 것이 무엇인지를 알고 그것의 달성을 위해서는 어떤 수단을 사용해야 하는지를 각자의 선호체계에 따라서 판단하며 각자의 선호를 사회전체의 합의로 이끌어내려고 하는 합리성과 직관을 가지고 있다는 것이다.⁴³⁾

3) 합의에 도달할 수 있기 위한 조건(Conditions for Reaching Consensus)

롤즈는 인간이 사회를 구성하면서 사회적인 합의를 이끌어 낼 수 있기 위한 조건으로서 '다른 사람을 시기하지 않는 것'(not to be moved by envy)을 들고 있다. 다른 사람의 부와 행복을 시기하지 않음으로서 사람들은 종국적으로 그 사회전체의 가치를 극대화할 수 있는 사회적 합의를 이끌어낼 수 있다는 것이다. 이것을 롤즈는 '상호간에 사심이 없는 합리성의 가정'(assumption of mutually disinterested rationality)⁴⁴⁾이라고 부르고 있다. 이 가정을 현실화시키기 위해서 롤즈가 채택한 것은 적어도 사전적으로는 사회의 구성원들은 각자가 처할 구체적인 상황에 대해서 모르고 있다는 무지의 장막(The Veil of Ignorance)의 가정이다.

4) 무지의 장막(The Veil of Ignorance)

롤즈는 사회적 합의를 도출함에 있어 구성원들이 각자의 상황에 따라 서로 양립할 수 없는 다른 주장을 하고 서로의 몫에 대한 질투심으로 인해 최적의 합의를 도출해내지 못

42) John Rawls, A Theory of Justice, 4. (1971)

43) Rawls, 전제서, 11-12, 143-146, 242-245

44) Rawls, 전제서, 144

하는 것을 방지하기 위해 적어도 사전적으로 합의도출의 원점(the original position)에서는 모든 사람이 무지의 장막에 갇혀 있다고 전제한다.

롤즈의 표현에 따르면 ‘사람들은 우선 자신이 사회에서 차지하고 있는 위치, 계급, 지위 등에 대해서 알지 못하고, 자신의 지적 수준, 부의 정도에 대해서 알지 못하며, 자신의 개인적인 성향, 예를 들어서 위험 기피적인지 아닌지 여부, 긍정적인 가치관을 가지는지 아니면 비관적인 가치관을 가지는지 여부 등에 대해서도 전혀 알지 못하고 있고, 나아가 자신이 속하고 있는 사회가 처한 상황, 즉 그 사회의 경제적, 정치적 상황이나 문명수준, 누릴 수 있는 문화의 수준, 그리고 자신이 그 사회의 어느 세대에 속하게 될 것인지 등에 대해서 알지 못하는 상태’에 있게 된다.⁴⁵⁾

반면에 사회의 구성원들은 그 사회의 구성과 발전에 관한 일반적인 지식들은 충분히 알고 있는 상태이다. 그래서 정치적인 사건이 그 사회에 미치는 영향이나 경제가 운용되는 일반원리, 사회 조직이 구성되는 기본원리, 법의 의미와 그것이 인간의 행위에 미치는 영향, 정의의 실현을 위해서는 어떠한 노력을 해야 하는가 등의 일반적인 지식에 관해서는 제한 없이 알고 있는 것으로 가정하고 있다.⁴⁶⁾

이와 같이 제한된 의미에서의 무지의 장막을 가정함으로써 이성적이고 합리적인 구성원들은 개개인의 사적인 이익이나 편견, 전략적 행위예의 유혹 등에 사로잡히지 않고 사회 전체의 총후생의 극대화가 가능한 사회적합의의 도출을 위해서 모두가 같은 조건에서 노력하게 된다.

이때 Empathy는 절대적인 역할을 수행한다. 다른 사람이 처한 상황은 곧 구성원 각자가 언제라도 처할 수 있는 상황이므로 각 개인은 의사결정을 함에 있어서 자신의 입장만을 생각하고 판단하는 것이 아니라 주위의 다른 사람들의 입장도 고려해서 판단하고 행동하게 되는 것이다.

5) 롤즈의 정의론에 따른 형평

위와 같은 롤즈의 주장에 따르면 최종적인 자원배분은 그 사회에서 가장 적은 몫을 가지는 구성원이 가능한 많은 몫을 가지도록(maxmin) 이루어지는 것이 가장 바람직한 것이라는 결론에 이르게 된다. 후술하듯이 인간은 기본적으로 위험회피적인 성향을 가지고 있기 때문에, 각자가 그 사회에서 처하게 될 위치에 대해서 모르는 상황에서는 만에 하나 각자가 가장 나쁜 상황에 처하게 되었을 때에도 가능한 많은 양의 자원을 배분받기를 바

45) Rawls, 전계서, 137

46) Rawls, 전계서, 137-138

라는 마음을 누구나 가질 것이므로 이러한 결론은 롤즈의 가정 하에서는 일응 타당해 보인다. 물론 어느 정도의 극단적인 최소극대화 원칙이 적용될 것인지는 사회 구성원들의 위험회피적인 성향의 정도에 따라서 달라질 것이다.

VI. 效率性和 衡平性を 함께 考慮한 環境法 原理로서의 持續 가능한 發展의 原則의 定立

1. 서설

앞에서는 효율성과 형평성에 관해 각각 코우즈 정리와 롤즈의 정의론에 대해서 살펴보았다. 양자는 효율성과 정의라는 전혀 다른 분야에 대해서 이야기하고 있지만 그 방법론에 있어서는 사회적 합의의 도출과정에 대해서 이야기하고 있다는 점에서 유사점을 가지고 있다. 여기서는 Michael I. Swygert⁴⁷⁾와 Katherine Earle Yanes⁴⁸⁾의 논의⁴⁹⁾를 중심으로 코우즈의 협상과 거래의 과정에 롤즈의 정의론에서 사용된 가정을 반영하여 효율성과 형평성을 한꺼번에 고려할 수 있는 이론적 분석방법론의 가능성을 생각해보고 이를 환경법 원리로서의 지속가능한 발전의 원칙에 적용해보기로 한다.

2. 위험회피적인 성향(risk averse)과 'constructive Empathy'

경제학에서 '위험'이란 기대수익과 비교해서 현실수익의 편차의 정도를 의미한다. 가령 50%의 확률로 10만원의 수익을 볼 수 있는 사업(성공하면 10만원, 실패하면 0원)과 확률에 관계없이 고정적으로 5만원의 수익을 가져다주는 사업의 기대수익을 계산하면 양자는 모두 5만원이 되지만 위험의 측면에서 보면 양자는 전혀 다른 사업이 된다. 이 경우 전자의 경우를 선호하는 사람을 위험 애호적(risk loving), 어느 것이나 무차별한 사람을 위험 중립적(risk neutral), 후자의 사업을 더 선호하는 사람을 위험 기피적(risk averse)이라고 표현한다.

Posner 판사의 지적에 따르면 롤즈의 정의론에 따른 최소극대화의 결과가 실현되기 위

47) Stetson University 법과대학 교수

48) B.A., Williams College; J.D., Stetson University

49) Michael I. Swygert & Katherine Earle Yanes. 진계논문, 주 13)

해서는 기본적으로 original position에서의 사람들의 선호가 위험 기피적이라는 전제가 바탕이 되어야 한다.⁵⁰⁾

만약 그 사회의 구성원이 위험에 대해서 중립적이라면 그들의 사회적 합의에 의해 이루어진 경제구조는 전체사회의 총가치와 개개인의 기대수익을 극대화시키는 종류의 것이 될 것이다. 하지만 이 경우 기대수익의 극대화는 그 사회의 부의 대부분을 소수의 몇 명이 독차지하고 나머지는 절대적인 빈곤에 허덕이는 경제구조에 의해서 만들어질 수도 있다.

하지만 일반적으로 사람들은 위험기피적인 선호를 보이는 것으로 인정되고 있다. 그 이유는 여러 가지를 들 수 있겠지만 첫째는 Posner 판사의 지적과 같이 위험 기피적이라는 말은 돈에 대한 한계효용이 체감한다는 것과 같은 의미인데⁵¹⁾, 실제로 돈에 대한 한계효용은 체감한다고 볼 수 있기 때문이다. 거지에게 있어서 만원은 굶느냐 아니면 하루를 배불리 먹으면서 보낼 수 있느냐를 결정하는 금액임에 비해 백만장자에게 있어서 만원은 있어도 그만 없어도 그만인 금액이다. 둘째로 고정적인 수입을 통해서 미래에 대한 계획을 세우는 것이 가능하므로 위험기피적인 성향을 보인다는 것이다.

이처럼 original position에서의 합리적인 인간이 위험 기피적이라는 사실은 그의 행동을 상반되는 두 가지의 방식으로 나타나게 한다. 하나는 일단은 그 사회의 총생산물 가치가 극대화 될 수 있도록 최대한의 효율적인 자원배분을 위해서 노력한다. 그와 동시에 합리적인 인간은 자신이 그 사회에서 어느 지위에 있을지 모르기 때문에 현실소득의 편차를 가능한 줄이려는 노력, 즉 가장 나쁜 경우에도 어느 정도의 소득은 보장될 수 있는 사회적 합의를 위해서 노력하게 된다. 양자 사이에서 어떤 수준의 선택을 하느냐는 그가 어느 정도의 위험기피적인 선호를 가지고 있는가 여부에 따라서 결정되게 된다. 극단적으로 위험기피적인 경우에는 최소극대화(max-min)의 결과가 발생하게 될 것이다.

사회 구성원들이 무지의 장막(The Veil of Ignorance)속에서 위험기피적인 성향을 가지고 행동함으로써 인해서 그 사회에는 건설적인(constructive) Empathy가 형성되게 된다. 앞에서 정의한바 있듯이 Empathy는 단순히 어떤 감정의 흐름이 아니라, 다른 사람의 상황에 대한 이해를 바탕으로 한 합리적이고 이성적인 정신작용을 의미한다.

3. Empathy 개념을 통한 코우즈 정리의 수정

여기서는 Swygert 와 Yanes의 모델에 따라 롤즈의 무지의 장막에 관한 가정을 코우즈

50) Posner, Economic Analysis of Law, 474

51) Posner, Economic Analysis of Law, 10

의 이론에 도입함으로써 형평성의 요소를 고려한 효율성 달성의 모델을 만들고 이를 지속 가능한 발전의 이념에 적용시켜보기로 한다.

롤즈의 이론과 코우즈의 이론은 보다 더 나은 삶을 위해서 사회의 구성원들이 합의를 이루어가는 과정에 대한 고찰을 했다는 점에서 유사한 점이 있다. 롤즈가 분배의 문제를 중심으로 형평성과 정의에 관한 내용을 주제로 삼았음에 비해 코우즈는 협상과 거래의 과정을 통해 효율적인 자원배분을 이루어가는 과정에 초점을 맞추었다는 점에 차이가 있다. 논의를 진행함에 있어 롤즈는 사회의 구성원들이 각자의 상황에 대해 전혀 알지 못하는 무지의 장막 속에 있음으로 인해서 사심 없는 상태에서 사회전체의 후생을 증가시킬 수 있는 사회적 합의의 도출을 위해서 노력한다고 가정했다면, 코우즈는 협상과 거래에 참가하는 각 당사자들은 자신이 처한 상황은 물론이거니와 상대방에 관한 모든 정보를 아는 상황에서 협상에 임하고 최대한 자신의 이익을 추구한다는 점에서 큰 차이가 있다.

코우즈의 이론에서는 이처럼 양당사자가 자신과 상대방에 관한 모든 정보를 알고 있는 상황에서 협상에 임하게 되므로 협상의 결과는 각자의 협상력에 크게 의존하게 된다. 협상의 결과는 거래비용이 존재하지 않는 경우라면 효율적이기는 하지만 여기에 형평에 관한 고려는 반영되지 않는다. 각자는 오직 자신의 이익만을 추구하는 동기를 가지고 행동하며, 더욱이 법이 강자에게 권리를 부여한 경우에는 협상의 수익은 강자에게 귀속되며 약자의 입장에서는 강자가 요구하는 모든 대가를 지급하든지 아니면 그 거래관계에서 탈퇴하여 모든 손해를 스스로 부담하든지 하는 자유밖에는 없게 된다.

이는 기본적으로 이기적인 인간을 전제로 하고 있는 합리적인 인간의 모습을 가정하고 있기 때문이다. 일용 타당한 면이 있지만 우리 사회가 그렇게 약육강식의 논리로만 유지되고 있다고 보는 것은 또한 현실적합적이지 않다.

오늘도 신문의 한편에서는 평생 동안 모은 재산을 아무런 조건 없이 장학금으로 선뜻 내놓는 할머니에 관한 기사가 있으며, 택시에 두고 내린 현금봉투를 주인에게 찾아주었다는 택시기사의 이야기를 들을 수 있다. 최근의 기사에서는 황우석 교수의 연구와 관련하여, 난자채취과정에서 있을 수 있는 부작용에도 불구하고, 기꺼이 난자를 기증하겠다는 의사를 표시하는 많은 여성분들의 이야기도 읽을 수 있다. 만약 우리가 전적으로 이기적이고 그래서 오직 자신의 이익만을 좇아서 살아가는 사람들이라면 어떤 경우에도 위와 같은 선행사례는 일어날 수 없게 된다. 위와 같은 선행을 함으로써 얻는 경제적인 이익은 선행으로 인한 경제적인 지출보다 결코 크지 않은 것이 보통이기 때문이다.

위와 같은 선행이 가능한 것은 기본적으로 사람들의 마음속에는 남을 배려하는 마음이 어느 정도는 있기 마련이고, 장학금을 기부하는 할머니에게는 젊은 시절에 가난으로 인해

배우고 싶은 만큼 배우지 못한 아픔이 있고, 주운 돈을 주인에게 찾아주는 택시기사에게는 그 돈을 잃어버림으로 해서 돈의 주인이 얼마나 당황스럽고 망연자실할 것인가, 뇌물이 아닌 이상은 그 돈을 모으기 위해 돈 주인은 얼마나 고생을 했을까에 대한 염려하는 마음이 있으며, 난자를 기증하는 여성분들에게는 장애로 인하여 힘들게 사는 이웃들의 아픔을 남의 일로 여기지 않는 마음이 있기 때문이다. 물론 각각의 경우에 정반대로 생각하고 행동하는 사람들도 있기 마련이지만 그것이 일반적인 경우라고 보기는 어렵다.

또한 환경자원의 문제에 관하여 보면, 지금 전세계적으로 환경문제가 심각한 이슈가 되고 있는바, 이는 산업화로 인한 환경문제의 심각성을 반영하는 것이기도 하지만, 또 다른 면에서는 지구 공동체의 구성원들이 현재 세대의 후생만을 위해 환경자원을 고갈시켜서는 안 되고, 미래세대의 건강한 생존을 위해 환경자원을 적절히 보호해야 한다는 인식이 널리 퍼지고 있음을 반영하는 것이기도 하다.

Empathy가 가지는 이러한 형평성 효과(fairness effect)는 ultimatum game을 통해 실증적으로 입증된 바 있다.⁵²⁾

game 규칙은 다음과 같다.

경기에는 두 명의 player가 참여하는데, 경기운영자는 두 player 중의 한 명인 player1에게 일정한 금액을 지급한다. 이를 지급받은 player1은 그 금액 중 일정한 부분을 player2에게 제시한다. player2가 그 금액을 받아들이면 두 player는 각자가 가지고 있는 금액을 가지게 되지만, player2가 그 금액을 받아들이기를 거부하면 두 player는 모두 한 푼도 가지지 못하게 된다. 두 player는 모두 이러한 game의 규칙에 대해 알고 있으며, player 사이의 협상은 허용되지 않는다.

만약 기존의 합리적 선택의 이론에 따르면, 이 game에서 player1은 생각할 수 있는 가장 적은 금액을 player2에게 제시하고 player2는 이를 받아들이는 것이 합리적인 선택이 된다(player2 입장에서는 아무리 적은 금액이 제시되더라도 이를 거절해서 0원을 가지는 것보다는 그 적은 금액을 갖는 것이 경제적 이익의 극대화라는 점에서는 더 합리적인 선택이다). 그러나 놀랍게도 실험결과는 이러한 예측을 한참 벗어난 것이었다. 실제의 game에서 player1은 평균적으로 자신이 경기진행자로부터 받은 금액의 30~40%의 금액을 player2에게 제시하는 것으로 나타났고, 50%의 금액이 제시되는 경우도 상당히 많았다. 반면에 20~25%의 금액이 제시되는 경우에는 player2에 의해 거절되는 빈도가 상당히 높았으며, 20% 미만의 금액이 제시되는 경우에는 거의 대부분이 player2에 의해 거절되었다.

이 game에서 알 수 있는 것은 player2는 game의 대상인 금액 중 너무나 적은 금액이

52) Swygart, Yanes, 전계논문, 312, Korobkin, Ulen, 전계논문 1135

자신에게 제시되는 경우에는, 이를 택해서 현저히 형평에 반하는 대우를 받는 것보다는 차라리 아무것도 가지지 않는 선택을 하려는 경향이 있고, player1은 player2의 이러한 경향을 고려하고, 존중하면서 game에 임하는 경향이 있다는 것이다.

ultimatum game에서 확인할 수 있는 인간의 이러한 경향은 현실에서의 선택의 상황에서도 어렵지 않게 찾아볼 수 있다.

우리 사회의 구성원들에게 기본적으로 잠재하고 있는 위와 같은 사고와 행동의 방식이 바로 Empathy라고 볼 수 있다. 인간의 본성 속에 Empathy가 자리 잡고 있다고 가정하는 것은 크게 틀린 것으로 보이지는 않는다. 그리고 이러한 Empathy는 사회적 합의를 통해 경제적, 법적인 시스템을 만드는데 있어서 중요한 역할을 하게 된다.

그러면 코우즈의 논의를 진행함에 있어 Empathy의 요소를 반영해보기로 한다. 이를 위해서는 완전한 정보를 가정하고 있는 코우즈의 전제를 약간 수정할 필요가 있다. 코우즈는 거래에 임하는 양당사자가 각자 자신이 처한 상황에 대해서 완전히 알고 있다고 가정하고 있지만 현실에서는 그것이 쉬운 일이 아니다. 더욱이 사전적으로(ex ante) 사회적 합의를 통해서 권리배분의 구조를 만들어 나가는 단계에 있어서는 현실에 있어서 구체적으로 각자가 어느 입장에 처하게 될 것인지는 모르고 있다고 가정하는 것이 더 타당하다.

그러므로 여기서는 롤즈의 무지의 장막에 관한 가정을 조금 바꾸어서, 개개의 구성원은 협상에 임하는 각 당사자의 상황과 이해관계에 대해서는 잘 알고 있지만 구체적으로 자신이 어느 쪽 당사자로서 협상에 임하게 될지는 모르는 상태에 있다고 가정하자. ‘사전적으로(ex ante) 사회적 합의를 통해서 권리배분의 구조를 만들어 나가는’ 단계에서는 이렇게 가정하는 것이 전혀 터무니없는 것으로 보이지는 않는다. 이러한 가정을 제한된 의미에서의 무지의 장막(the limited veil of ignorance)이라고 부르기로 하자.

앞에서 코우즈 정리에 관해서 설명하면서 거래비용이 존재하는 현실에서는 법에 의한 권리부여가 내생변수가 되어서 어느 당사자에게 권리를 부여하느냐에 따라 그 사회의 총생산물 가치와 형평의 정도가 결정되게 됨을 지적한바 있다. 즉 그 사회의 구성원들이 이루어낸 사회적 합의의 내용에 따라서 권리구조가 결정되고 그것에 의해서 자원배분의 방식이 결정되는 것이다.

그렇다면 앞에서 본 제한된 의미에서의 무지의 장막의 가정 하에서 코우즈의 정리에서의 협상과 거래의 문제가 발생하는 경우에 그 협상과 거래의 결과를 좌우하는 권리구조는 이미 사전적으로(ex ante) 합리성과 Empathy에 의해서 영향을 받은 사회적 합의에 의해 결정되어 있을 것이고 그 합의의 과정에는 위험회피적인 성향을 가진 경제주체들이 있으므로 그에 따른 협상의 결과는 그 사회가 지향하는 수준만큼의 형평성을 이미 반영하고

있다고 볼 수 있다. 즉 위험회피적인 경제주체(합의의 주체)들이 사전적으로 그 사회의 어느 위치에 처하게 될지 모르는 제한된 의미에서의 무지의 장막에 처한 상황에서 사회적 합의를 이끌어 내기 위한 협상을 함에 있어서는 constructive Empathy의 작용에 의해 코우즈가 주장한 것처럼 전적으로 효율성만을 추구하는 것이 아니라 어느 정도의 형평성이 고려된 합의의 도출을 위해 모두가 노력하게 되고 실제로 그에 따른 결과물이 도출될 수밖에 없다는 것이다.

4. Empathy 그리고 사회후생함수

그 사회의 각 구성원들의 효용수준이 주어진 경우, 그러한 효용의 배분을 가져오는 자원의 배분에 대한 그 사회의 전체적인 평가를 나타내는 함수를 사회후생함수라고 부른다. 이러한 사회후생함수는 결국 그 사회의 구성원들이 어떤 형태의 자원배분을 가장 바람직한 것이라고 보는지 여부에 대한 사회적 합의의 내용이라고 볼 수 있고 앞에서 지금까지 효율성과 형평성의 관점에서 사회적 합의의 도출과정에 대해서 살펴본 것은 결국 공감할 수 있는 사회후생함수를 도출해내는 과정이었다고 볼 수 있다.

지금까지 형평성을 고려한 효율성 모델을 만들어내는 과정에서 Empathy가 중요한 역할을 할 수 있음에 대해서 살펴보았다. 그렇다면 구체적으로 Empathy가 사회후생함수에 대해서 어떤 관계에 있는지를 생각해보기로 한다. 논의의 편의상 사회의 구성원이 a, b 두 명만 있는 경우를 생각해 보면 그 사회의 사회후생함수는 다음과 같이 정의된다.

$$W = W(U_a, U_b) \quad (U_a, U_b \text{ 는 각각 } a \text{ 와 } b \text{ 의 효용수준})$$

이때 a와 b의 효용수준은 각각 그 사회가 이루고 있는 효율성으로부터 얻는 효용의 수준(e)과 형평성으로부터 얻을 수 있는 효용의 수준(f)에 의해 결정된다고 볼 수 있다.

$$U_a = U_a(e, f)$$

$$U_b = U_b(e, f)$$

그러면 사회후생함수는

$$W = W(e, f)$$

로 바꾸어 쓸 수 있다.

여기서는 논의의 편의를 위해 e와 f의 변화에 대한 W의 탄력성은 같은 크기를 가진다고 가정하기로 하자. 이 때 e와 f는 각각 여러 가지 요소에 의해 결정되겠지만 공통적으

로 그 사회 구성원들이 가지고 있는 Empathy의 수준(E)에 의해 영향을 받는다고 볼 수 있다. 그 외 다른 요소는 일정하다고 가정하면,

$$e = e(E)$$

$$f = f(E)$$

로 쓸 수 있다.

앞에서 보았듯이 Empathy는 자원배분에 있어서 효율성의 훼손이 있더라도 보다 형평성에 부합하는 선택을 가져오는 요소이므로 Empathy의 수준의 변화에 대해서 효율성으로부터 얻을 수 있는 효용은 반비례관계가, 형평성으로부터 얻을 수 있는 효용은 정비례의 관계가 있다고 볼 수 있다. 즉 $e'(E) < 0$, $f'(E) > 0$ 의 관계가 있다. 이 경우 일정한 정도의 E의 수준의 변화가 있는 경우 e의 변화의 크기와 f의 변화의 크기가 서로 어떤 관계에 있는지 여부는 변화 당시의 그 사회의 자원배분상태와 밀접한 관련이 있다고 볼 수 있다. 현재의 자원배분상태가 극도의 부의 불균형상태를 보이고 있는 상태라면 E의 증가는 e의 상대적 적은 감소와 f의 상대적 큰 증가를 가져올 것(즉 사회의 구성원들은 어느 정도의 효율성의 감소를 감수하고서도 형평에 맞는 자원배분을 원하게 될 것이다.)임에 비해서, 비교적 균형 잡힌 자원배분상태를 보이고 있다면 그 반대(형평성의 개선을 위해서 효율성을 희생하는 선택은 하지 않을 것)이 될 것이다.

그렇다면 앞에서 가정한 바와 같이 e와 f의 변화에 대한 W의 변화의 탄력성이 같으므로 현재 그 사회의 자원배분의 구조가 심한 불균형을 보이고 있는 상태라면 E의 증가는 사회후생(W)의 증가를 가져올 것임에 비해(즉 $W'(E) > 0$), 비교적 그 사회가 균형적인 자원배분상태를 유지하고 있다면 E의 증가는 사회후생의 감소를 가져올 것(즉 $W'(E) < 0$)이라고 볼 수 있다.

5. 지속가능한 발전의 원칙과 효율성 및 형평성

우리는 앞에서 지속가능한 발전의 원리를 자원의 활용, 투자의 방향, 기술발전 및 제도의 설계 등의 모든 영역에서 인간의 필요와 소망을 충족시킴에 있어서 효율성의 증대를 통한 성장잠재력의 제고와 세대간, 계급간 및 국가간 형평성을 함께 고려하는 개념이라고 이해한 바 있다.

그렇다면 사회 계약의 일종으로서 지속가능한 발전의 원리에 대한 합의에 이르는 과정에 대해서는 지금까지 코우즈 정리와 롤즈의 정의론의 결합을 통한 효율성과 형평성을 함께 고려하는 자원배분의 이론이 그대로 적용될 수 있다. 국가별, 세대별, 계급별로 사회계

약에 임하는 당사자들은 적어도 사전적(ex ante)으로는 자신이 어느 국가, 세대, 계급에 속하게 될 것인지 알지 못하는 상황에서 환경 자원의 적절한 배분 방식에 관한 사회 계약에 임한다고 볼 수 있고, 그 상황에서 constructive Empathy의 작용에 의해 효율성과 함께 형평성을 고려하는 원리로서의 지속가능한 발전의 원리에 부합하는 사회 계약의 결과물에 이를 수 있다.

VII. 結 論

지속가능한 발전의 원칙이 환경법의 일반원리로서의 지위를 가지기 위해서는 그 원칙이 가지고 있는 내용이, 우리 공동체가 사회 계약의 과정을 통해 합의에 이를 수 있는 내용이 되어야 한다. 막연히 당위적으로만 지속가능한 발전을 위해 인류가 노력해야 한다고 강변하는 것은, 오늘날과 같이 모든 국가와 개인들이 자신들의 이익을 좇아서 수단과 방법을 가리지 않는 상황에서는, 허구의 슬로건에 그칠 우려가 있다.

이 논문에서는 지속가능한 발전의 원칙이 가지고 있는 효율성과 형평성의 통합원리로서의 성격을 지적하고, 코우즈 정리와 롤즈의 정의론의 결합을 통해 이를 논리적으로 뒷받침하려는 시도를 해 보았다.

코우즈는 자원의 효율적인 사용을 통한 국부의 극대화를 이룰 수 있으면 그것이 곧 정의에 부합하는 것이라고 생각한 듯하다. 합리적으로 사고하고 행동하는 개인들에게 같은 기회를 부여하고 그들 사이의 자발적인 협상과 거래를 통해서 이루어진 결과는 그것 자체로 정의로운 것이며, 거래비용으로 인해 당사자들 간의 협상과 거래가 완전히 이루어질 수 없는 경우에는 법이 효율성을 보장할 수 있는 방식으로 권리를 선언해주면 역시 정의를 달성할 수 있다는 코우즈의 주장은 대단히 완결적이고 우리가 살아가는 방식의 한 단면에 대한 깊은 통찰력을 보여주는 것이다. 하지만 코우즈는 대등하지 못한 협상력을 가진 당사자들의 협상에 의해 이루어진 거래는 그것을 효율적이라고는 볼 수 있을지언정 그것을 정의롭다고는 반드시 볼 수 없다는 사실을 간과한 듯하다. 이는 환경자원의 사용문제에 있어서 더욱 심각한 문제를 야기한다. 효율성 못지않게 형평성은 정의를 구성하는 중요한 내용이며 우리 사회는 형평성을 고려하여 사회적 합의의 내용을 정하고 법을 만들지 않으면 안 된다. 그리고 실제로도 형평성에 대한 고려는 우리 사회의 모든 부문과 제도에 어느 정도는 반영되어 있다고 볼 수 있다. 그것은 사회의 구성원들이 가지고 있는

Empathy에 의해서 가능한 것이다. 롤즈의 무지의 장막에 대한 가정을 약간 수정해서 코우즈의 정리에 반영함으로써 우리는 효율성과 형평성을 한꺼번에 고려할 수 있는 이론적인 모델을 얻을 수 있었다. 물론 이 모델은 완벽한 것이 아니며, 전제조건 설정과 이론의 전개과정에서 비판의 소지가 많이 있을 것이다. 하지만 거래비용이 존재하지 않는다는 가정이 비현실적이라고 해서 코우즈의 주장이 전혀 무가치한 것은 아니었던 것처럼 위의 모델이 전제한 가정에 비판의 소지가 있었다고 해서 모델 자체가 전혀 무용한 것은 아닐 것이다. 인간의 합리성의 한 내용으로서 분명히 존재하고 있는 Empathy의 실체를 법적, 경제적 이론의 한 부분으로 반영한 시도와 그를 통해서 효율성과 형평성을 같이 고려할 수 있는 모델에 대한 아이디어를 제공하였다는 점에서 이러한 시도는 분명 가치 있는 일이라고 본다.

주제어 : 지속가능한 발전의 원칙, 효율성, 형평성, 코우즈 정리, 롤즈의 정의론, 감정이입, 합리적 선택의 이론, 거래비용, 무지의 장막

【참고자료】

코우즈 정리 - 당사자들의 자발적인 협상을 통한 효율적인 자원배분의 달성

1. 거래비용이 존재하지 않는 경우

가. 손해에 대한 배상책임을 인정하는 가격체계

우선 유해한 효과를 발생시키는 사업체가 그로 인한 손해를 배상해야 하고 또한 가격 기구가 원활하게(엄밀히 말하면, 이는 가격체계가 유지되는데 별도의 비용이 필요하지 않다는 것을 의미한다.) 작동하는 경우를 중심으로 분석해보기로 하자. 아마 이 경우는 대부분의 경제학자들이 당연히 그러해야 한다고 생각하며, 이를 통해 문제가 완전히 만족스럽게 해결될 수 있다고 믿는 경우가 될 것이다.

이에 해당하는 적당한 예는 아마, 코우즈가 자신의 논문에서 들고 있는 바와 같이 소의 방목으로 인해 인근 경지의 농작물이 훼손되는 경우를 들 수 있을 것이다.⁵³⁾ 인접한 두 토지에서 농장주와 목장주가 각각 자신의 직업을 수행하고 있다고 하자. 나아가서 이 두 토지 사이에 아무런 담장을 설치하지 않는 경우라면, 목장주가 방목하는 소의 수를 증대시키는 것은 바로 농부의 농작물의 총피해의 증가로 귀결된다고 하자. 소의 증가로 인한 농작물의 한계피해의 증가가 얼마나 하는 것은 별개의 문제이다. 즉 이것은 소들이 서로 뭉쳐서 다니는 것을 좋아하는지, 한 줄로 다니는 것을 좋아하는지, 아니면 쪽 옆으로 늘어 서서 다니는 것을 좋아하는지, 혹은 소의 수의 증가에 따라 소들이 얼마나 불안정해지는 지 등에 의해 결정되는 것이다. 하지만 우선 아래의 설명을 위해서는 소의 수의 증가에 따른 한계피해에 대해 어떤 가정을 하는가는 중요하지 않다.

논의를 단순화하기 위해 산술적인 예를 하나 들어 보자. 우선 농장주의 땅에 담장을 두르는 비용이 연간 9달러이고, 생산된 농작물의 가치가 톤당 1달러라고 하자. 그리고 소의 수의 증가와 그로 인한 연간 농작물의 피해의 증가 간에는 다음과 같은 관계가 있다고 가정한다.

53) 이는 공장주와 어부, 혹은 의사와 과자장수 어느 예를 중심으로 설명하더라도 마찬가지이다. 이러한 문제들이 우리가 사회를 이루어서 살아가는 여러 가지 상황에서 발생할 수 있음을 상기시키기 위해 여러 가지 다른 주체를 들어서 설명하기로 한다.

소의 마릿수	연간 농작물피해(톤)	소1마리증가에 따른 추가적인 농작물피해(톤)
1	1	1
2	3	2
3	6	3
4	10	4

제목에서 보았듯이, 목장주는 소의 방목으로 인한 농작물의 피해를 배상할 책임이 있기 때문에 그가 소의 마릿수를 증가시키는데 따른 추가비용은, 가령 두 마리에서 세 마리로 증가시키는 경우 3달러가 된다. 그는 이를 다른 비용과 함께 소의 사육에 필요한 비용으로 계산하게 될 것이다. 이는 곧 목장주는 소의 증가로 인한 추가적인 육우 생산의 증가로 인한 가치가 그에 소요되는 비용(여기에는 앞에서 본 농작물 피해의 증가분도 포함됨)보다 큰 경우가 아니라면 사육하는 소의 수를 증가시키지 않을 것이다. 물론 사육건이나, 목동, 감시비행기 등을 사용함으로써 피해의 크기를 줄일 수는 있을 것이다. 하지만 이러한 수단들은 이것들을 사용함으로써 얻을 수 있는 이익(농작물피해의 감소)이 그에 소요되는 비용보다 큰 경우에만 채택될 것이다.

담장을 설치하는데 드는 비용이 연간 9달러라고 한다면, 적어도 네 마리 혹은 그 이상을 키우려던 생각을 갖고 있는 목장주는 기꺼이 이 담장을 설치하고 이를 유지하는데 비용을 지불할 것이다. 물론 이는 담장외의 다른 수단을 사용하여 같은 결과를 얻는데는 더 많은 비용이 드는 경우를 전제로 한 것이다. 이렇게 담장이 설치되는 경우에는 농작물 피해의 배상으로 인한 한계비용은, 소의 마릿수가 늘어감에 따라 더 튼튼한, 그래서 더 비싼 담장의 설치가 필요하게 되는 경우를 제외하고는, 영(zero)이 될 것이다. 반면에 우리가 앞에서 본 산술적인 예에 따르면 세 마리 혹은 그 이하의 소만을 키우려는 목장주에게는 담장을 설치하지 않고 그냥 농작물의 피해를 배상해주는 것이 더 유리한 선택이 된다.

그렇다면 이처럼 목장주가 농작물의 피해를 배상해 준다는 사실로 인해 농장주는, 만일 자신의 농장 옆에 소를 키우려는 사람이 옮겨오기만 하면, 더 많은 양의 농작물을 심으려고 하게 되는 것이 아닌가 하는 생각을 할 수 있게 된다. 하지만 이는 실제로는 그렇지 않다. 왜냐하면 만일 농작물이 그 전까지 완전경쟁시장에서 거래되고 있었고, 한계비용이 실제로 파종된 농작물의 가치와 같다고 한다면, 농작물의 재배를 늘리는 것은 결국 농부의 이익의 감소로 귀결되었을 것이기 때문이다. 새로운 상황에서, 농작물의 피해가 발생한다는 것은 곧 농부가 시장에 내다 팔 수 있는 농작물의 양이 감소함을 의미하지만, 그가 주어진 생산활동에 대한 대가로서 받게 되는 수령액은 종전과 동일하게 되는데, 이는 목장주가 손상된 농작물에 대한 시장가격을 배상해 줄 것이기 때문이다. 물론 만일 목장이

들어서는 경우에는 인근 농장의 농작물의 피해가 초래된다는 사실이 일반적으로 알려져 있는 경우라면, 목장이 인근에 들어서게 될 즈음에는 피해의 대상인 농작물의 가격이 올라가게 되고 이에 따라 농부들이 더 많은 양의 농작물을 심게 될 가능성이 있기는 하다. 하지만 여기서는 산업전체가 아닌 개개의 농부의 경우만을 중심으로 살펴보기로 한다.

우리는 앞에서 인접한 토지에 목장이 들어선다는 사실이 농작물 생산의 증가를 가져오는 것은 아니라는 것을 보았다. 오히려 목장이 들어선다는 사실이 어떤 영향을 미칠 수 있다면 이는 농작물 생산을 감소시키는 것이 될 것이다. 왜냐하면 어떤 토지에 대하여 소로 인한 피해가 너무 큰 것이어서 온전한 농작물을 파는 것으로는 경작하는데 드는 비용조차 충당하지 못하게 되는 경우에는 농부와 목장주의 협상을 통해 그 땅을 경작하지 않고 내버려두는 것이 서로 간에 더 이익이 되는 경우가 있을 수 있기 때문이다.

이 부분은 산술적인 예를 통해 명백히 설명될 수 있다. 우선 어떤 땅을 경작함으로써 얻을 수 있는 농작물의 가치가 12달러이고, 그에 드는 비용이 10달러라고 가정해 보자. 그러면 그 땅을 경작함으로써 얻을 수 있는 순이익은 2달러가 될 것이다. 논의를 단순화하기 위해 이때 농부는 그 땅을 자신이 소유하고 있는 것으로 한다. 자 이제 목장주가 인접한 토지에서 자신의 사업(소 키우기)을 시작하고 이로 인해 손상된 농작물의 가치는 1달러가 되는 경우를 보면, 이 경우 11달러는 농부가 자신의 수확물을 시장에 내다 팔아서, 그리고 1달러는 목장주로부터의 손해배상을 받아서 획득된다. 이 경우 농부의 순이익은 여전히 2달러가 된다. 조금 더 나아가서, 이번에는 목장주의 입장에서 소의 마릿수를 늘리는 것이 이로 인해 피해의 배상액이 3달러로 늘어남에도 불구하고 더 이익이 된다고 하자. (이는 곧 추가적인 육우생산의 가치의 증가가 농부에게 주어야 하는 2달러의 비용을 포함한 추가비용의 증가보다 더 크다는 것을 의미한다.) 하지만 손해배상의 총액은 이제 3달러가 된다. 그리고 농부의 순이익은 여전히 2달러이다. 목장주는 만일 농부가 최대한 3달러 이하의 금액을 받고 그 땅의 경작을 포기한다면 이익을 볼 수 있고, 농부는 적어도 목장주가 2달러 이상의 금액만 지불한다면 기꺼이 그 땅의 경작을 포기할 용의가 있을 것이다.

이처럼 그 땅의 경작포기에 관해서 충분히 양당사자 모두에게 만족을 줄 수 있는 협상의 여지가 생긴 것이다. 이러한 논의는 농부가 경작하는 전체토지에 대해서 뿐만 아니라 그 중의 어느 일부분에 대해서도 마찬가지로 적용될 수 있다. 예를 들어 소들이 주로 잘 다니는 경로(가령 개울가나 그늘진 곳)가 있다고 가정해 보자. 이런 경우라면 당연히 그 경로 상에 있는 토지의 피해는 훨씬 크게 될 것이고 농부와 목장주는 서로간의 협상을 통해 그 경로상의 토지를 경작하지 않는 것이 자신에게 이익이 된다는 사실을 발견할 수 있을 것이다.

여기서 우리는 또 다른 가능성을 생각해 볼 수 있다. 앞서와 같이 소들이 아주 잘 다니는 경로가 있고 또한 이러한 경로상의 토지를 경작함으로써 얻을 수 있는 이익은 10달러인 반면에 그에 드는 비용은 11달러라고 가정해보자. 만일 옆에 목장이 없다면, 이 토지는 아마 경작되지 않을 것이다. 하지만 목장이 들어섬으로 인해 경작되지 아니하였을 이 토지가 경작될 수 있고 또한 그 토지의 농작물 전체가 소에 의해 파괴될 수 있는 것이다. 이 경우 목장주는 농부에게 10달러를 지불해야 한다. 물론 농부가 1달러의 손해를 보기는 하지만 목장주는 10달러의 손실을 입게 된다. 분명히 이 상황은 그리 오래 지속될 수 없는 상황이다. 왜냐하면, 관계된 어느 당사자도 이러한 결과가 일어나기를 바라지는 않을 것이기 때문이다. 농부가 의도하는 바는 목장주로 하여금, 자신이 이 토지를 경작하지 않는 것에 대한 보상으로, 대가를 지불하도록 하는 것이다. 농부가 받을 수 있는 대가에는 상한선이 있는데, 그것은 그 토지에 대한 담장을 치는데 드는 비용을 초과할 수는 없으며, 또한 목장주로 하여금 옆 토지를 목장사업에 사용하는 것을 포기하게 할 정도의 높은 금액일 수도 없다. 실제로 어느 정도의 금액이 지불되는가는 협상가로서의 농부와 목장주의 자질에 의해 결정될 것이다. 하지만 이 때 결정되는 금액은 목장주로 하여금 그 토지를 포기하게 할 정도로 높을 수도 없으며 또한 소의 마릿에 따라 변하는 것도 아니므로 그러한 협상의 결과는 자원의 배분에는 아무런 영향을 미치지 못하고, 단지 목장주와 농부간의 소득과 부의 배분에만 영향을 미치게 된다.

만일 목장주가 피해에 대한 배상책임을 지고, 또 가격체계가 원활하게 기능하고 있는 경우라면, 다른 곳에서의 생산물가치의 감소는 소의 마릿수를 증가시키는데 소요되는 추가비용을 계산하는데 있어 고려될 것이 분명하다. 이러한 비용은 추가적인 육우의 생산물 가치와의 관련에서 평가될 것이고 이러한 과정에서 목우사업에서의 자원배분의 적정성은 달성될 수 있을 것이다. 여기서 중요한 것은, 목장주가 비용을 계산함에 있어서 고려되는 다른 곳에서의 생산물가치의 감소는, 목우사업으로 인해 발생하는 인접토지의 농작물의 피해보다는 당연히 적다는 것이다. 이는 왜냐하면, 시장거래의 결과로 인해 토지의 경작을 그만두는 것이 가능하기 때문이다. 이는 또한 소들이 발생시키고, 목장주가 기꺼이 지불하고자 하는 손해배상 금액이, 농부가 그 토지의 사용의 대가로 지불하고자 하는 금액을 초과하는 경우에는 언제나 바람직한 것이 된다.

완전경쟁의 상황에서는 농부가 토지사용의 대가로 지불하고자 하는 금액은 그 토지에서 생산요소를 사용하여 생산했을 때의 총생산물의 가치와 그 요소들을 그보다 한 단계 높은 용도에 사용했을 때의 추가적인 생산물의 가치(이는 농부가 그 생산요소에 대해 지불했어야 할 것이다)와의 차액만큼이 될 것이다. 만일 손해액이 농부가 그 토지의 사용의 대가로

지불하고자 했던 금액을 초과하면, 다른 부분에서의 생산요소로부터의 추가적인 생산물의 가치가 이 요소들을 이 토지에 사용했을 때의 생산물가치(손해배상이 포함된 것임)보다 더 크게 될 것이다. 따라서 이 경우 이 토지의 경작을 포기하고 그에 투입되었던 생산요소들을 다른 곳에 사용할 수 있도록 하는 것이 바람직할 것이다. 목우로 인한 피해의 배상만 인정하고 농지의 경작이 포기되는 경우를 상정하지 않은 경우에는 목우사업에 너무나 적은 양의 생산요소만이 사용되고 농작물 재배에는 과다한 요소의 투입이라는 결과를 가져왔다. 하지만 시장의 거래가 가능한 경우를 생각하면, 농작물의 피해배상액이 그 토지의 지대를 초과하는 상황은 그리 오래 지속될 수가 없게 된다.

목장주가 농부에게 그 토지의 경작을 포기하는 대가로 금전을 지급하든지 아니면, 그 자신이 직접 지주에게 농부가 지급하고 있는 지대보다 약간 더 많은 지대를 주고 경작을 하지 못하게 하든지(농부가 그 토지를 임차해서 사용하고 있는 경우) 결국 최종적인 결과는 마찬가지가 되고 이는 산출물의 가치를 극대화시킬 것이다. 일시적으로 농부가 비용과 수익의 측면에서 수익성이 없는 농작물을 심는 경우도 있을 수 있겠지만 이는 어디까지나 일시적인 현상으로서 결국에는 경작을 포기하는 함의로 귀결될 것이다. 목장주는 여전히 그 장소에서 소를 키울 것이고 육우생산에 드는 한계비용은 그 전과 마찬가지여서 결국 장기적으로는 자원의 배분에 아무런 영향을 미치지 못하게 될 것이다.

나. 손해에 대한 배상책임을 인정하지 않는 가격체계

이번에는 경우를 바꾸어서, 가격체계가 원활하게 작동(별도의 비용이 없이도)하는 것은 마찬가지이지만 해를 가하는 경제주체가 그에 대한 손해배상책임을 지지 않는 경우를 살펴보기로 한다. 여기서 코우즈가 주장하고자 하는 바는 이 경우에도 앞에서 본 가해기업이 손해배상책임을 지는 경우와 자원배분의 면에서는 차이가 없다는 것이다.

다시 농부와 목장주의 예로 돌아가서, 농부는 소의 마릿수가 늘어남에 따라 더 많은 농작물피해를 입게 될 것이다. 가령 목장주가 키우고 있는 소가 세 마리라고 하고 이는 만약 농작물피해가 고려되지 않은 경우에 유지되었을 소의 마릿수라고 가정해보자. 이 때 농부는 만약 목장주가 소를 두 마리로 줄여준다면 기꺼이 3달러까지 지불할 용의가 있을 것이다. 마찬가지로 한 마리로 줄이는 데는 5달러를, 그리고 만일 소를 전혀 키우지 않는다면 6달러까지 지불할 것이다. 목장주의 입장에서는 만일 소를 세 마리에서 두 마리로 줄인다면 농부로부터 3달러를 받게 된다. 따라서 만약 목장주가 소를 세 마리 키우기로 고집한다면 3달러를 놓치게 되고 이는 세 마리의 소를 키우는데 따르는 비용의 일부가 된다. 이러한 3달러가 소를 세 마리로 늘림에 따라 농부에게 지급해야 되는 금액(목장주가 손해배상책임을 지는 경우)인지 아니면 만일 소를 세 마리로 늘리지 않았다면 받았을 금액

(목장주가 손해배상책임을 지지 않는 경우)인가는 최종적인 결과(결국 비용의 일부가 된다는 것)에는 아무런 영향을 미치지 못하게 된다. 소의 수를 세 마리로 증가시킴으로 인한 육우생산물의 가치의 증가가 그에 따르는 비용(농작물 피해분인 3달러를 포함하여)보다 큰 경우에는 소의 수가 증가하게 될 것이다. 물론 반대의 경우에는 그렇지 않게 된다. 결국 소의 수가 몇 마리가 되는가는 목장주의 손해배상책임을 유무와는 무관하게 되는 것이다.

이러한 설명에 대해서는 처음에 소의 마릿수를 세 마리로 정한 것이 자의적인 것이 아닌가 하는 비판이 가능하다. 물론 이것은 사실이다. 하지만 농부의 입장에서는 목장주에게 지불할 용의가 있는 금액은 목장주가 그에게 가할 수 있는 피해액을 넘어설 수 없다. 예를 들면 연간 농부가 최대한으로 지불할 수 있는 금액은 9달러, 즉 담장을 설치하는데 드는 비용을 넘어설 수는 없는 것이다. 그리고 농부가 이러한 금액을 지불하는 것도 이를 통해 자신의 토지를 경작함으로써 최소한의 이익도 볼 수 없는 경우에는 불가능하게 된다. 나아가서 농부가 이러한 금액을 지급하는 것도, 만일 그렇지 않다면 목장주가 키우는 소가 네 마리 혹은 그 이상으로 늘어날 것이라는 생각이 들 때에만 일어나게 된다. 이러한 모든 것이 사실에 부합한다고 한다면, 농부는 목장주가 소를 세 마리까지 줄인다면 3달러까지 지불할 것이고, 두 마리까지 줄인다면 6달러를, 한 마리인 경우에는 8달러를, 그리고 마침내 목장주가 목우를 포기한다면 9달러를 지불할 용의가 있게 된다.

여기서 우리는 소의 마릿수를 몇 마리부터로 하는가는 이러한 분석에서 아무런 영향을 미치지 않는다는 사실을 알 수 있다. 이때에도 목장주가 소의 수를 세 마리에서 두 마리로 줄인다면 농부로부터 추가적인 3달러를 받을 수 있다는 사실에는 변화가 없고 이러한 3달러는 소의 마릿수가 세 마리로 느는 경우에 농작물에 발생하게 될 피해의 가치를 나타내는 것이다. 물론 농부는 자신이 대가를 지급하지 않는 경우에 목장주가 소의 마릿수를 얼마로 할 것인가에 대하여 다른 믿음(이것은 옳을 수도, 틀릴 수도 있다.)을 가질 수 있다. 이러한 믿음은 그가 지불하고자 하는 금액의 총액에는 영향을 미칠 수 있을지 모르지만, 이것이 목장주가 실제로 키우게 될 수의 마릿수에는 영향을 미치지 못하게 된다. 이는 목장주가 배상책임을 지는 경우와 동일하게 되는데, 왜냐하면 일정한 소의 마릿수에 따른 일실소득은 그와 같은 수의 소를 키우는데 따른 배상금액과 같은 것이기 때문이다.

한편 목장주의 입장에서는 일단 협상이 시작되면 그가 실제로 생각했던 소의 규모보다 더 많은 소를 키우려고 하여 농부로부터 더 많은 금액을 받아내려고 할 가능성이 있다. 이는 앞에서 본 농부의 경우와 같다. 하지만 장기에 있어서는 타당하지 않게 되는데 이에 관해서는 목장주가 배상책임을 지는 경우에서 살펴본 바 있다.

유해한 영향을 가져오는 경제주체가 피해에 대한 배상책임을 지는가 그렇지 않은가를

아는 것은 필요한 것이다. 왜냐하면 이렇게 처음의 권리관계를 설정해 두지 않으면 시장 거래가 일어날 수 없고 권리의 이전이나 재결합이 있을 수 없기 때문이다. 하지만 궁극적인 결과(이는 생산물의 가치를 극대화시키는 것임)는, 만일 가격체계가 별도의 비용이 없이도 작동하기만 하면 (거래비용이 들지 않는다면) 법이 어느 쪽에 권리를 부여하는가와 무관하게 된다.

즉 거래비용이 존재하지 않는 상황에서는 당사자들의 자발적인 협상에 의해 충분히 효율적인 결과를 얻을 수 있고 이러한 결과는 법이 어느 당사자에게 권리를 부여했는지와 무관하다는 것이다.

2. 거래비용이 존재하는 경우

하지만 현실에서는 어김없이 거래비용이 존재한다. 거래비용은 거래의 상대방을 알아내는데 드는 비용을 비롯해서 상대방에 대한 정보를 알아내고 계약을 체결하는데 드는 비용, 그리고 체결된 계약이 제대로 지켜지도록 감시하는데 드는 비용 등을 모두 포함하는 개념이다. 그러므로 현실에서는 항상 거래비용이 존재하기 마련이다.

이처럼 거래비용이 엄연히 존재하는 현실에서는 당사자들의 자발적인 협상에 의해서 효율적인 결론을 이끌어 낼 수는 없으며, 최선의 선택을 위해서 다각도로 노력하게 된다. 거래비용의 문제를 해결하고 경감하기 위해서 사람들은 기업이라는 형태의 조직을 만들어 냈고 국가를 만들어냈다고 볼 수 있다. 기업의 경우를 보면 원료의 구매, 기술을 가진 사람의 확보, 그들과의 협상, 복잡한 제조과정, 완성된 물건의 판매 등의 복잡다단한 과정에서 각각 소요되는 거래비용을 없애기 위해서 하나의 조직을 만들어서 그 내부에서 이러한 활동이 이루어지도록 하려는 목적에서 기업이 만들어졌다고 볼 수 있다.

거래비용이 존재하는 현실에서는 수많은 이해관계인들이 서로를 찾아다니고 탐색하면서 협상을 하고 거래를 할 수는 없다. 그래서 그러한 협상과 거래의 과정을 생략하고 협상과 거래의 결과를 미리 일정한 규칙으로 정해둘 필요가 있다. 그리고 그 규칙은 그 사회의 구성원들의 사회적 합의를 통해서 가장 바람직하다고 생각하는 것을 그 내용으로 하게 된다. 그 규칙이 바로 그 사회의 법이라고 할 수 있다. 즉 법은 거래비용이 존재하지 않았다면 당사자들의 자발적인 협상과 거래를 통해서 달성할 수 있었던 결과를 미리 정해놓은 것이라고 볼 수 있다.

이 때 법은 처음부터 선형적으로 어떤 내용으로 정해진 것이 아니라 그 사회 구성원들의 합의의 결과물로서 시장에서의 가격과 같이 내생변수로서의 성질을 갖게 된다.

【참 고 문 헌】

1. 국내 문헌

- 김영덕, 지속가능한 성장 : 세대 간 형평과 환경, 에너지경제연구원 2001-01 Working paper (2001. 6.)
- 김일중, 법과 경제의 접목: 경제학도가 본 진화과정, 미국사회의 지적 흐름: 법 188, 미국학연구소편
- 김진현, 국제환경법상 지속가능한 개발원칙에 관한 연구, 한국의국어대학교 박사학위 논문 (2000)
- 박세일, 『법경제학』(개정판), 박영사 (2000)
- _____, 「법적 정의와 경제적 효율」, 서울대학교 법학 39권 제1호, 1998.
- _____, 「코-스 정리의 법정정책학적 의의」, 서울대학교 법학 제27권.
- 신의순, 「지속가능발전을 실현하기 위한 환경정책의 방향」, 입법조사월보 201호(1991. 7. 8.), 국회사무처.
- 윤진수, 「환경권 침해를 원인으로 하는 유지청구의 허용 여부」, 판례월보 제315호, 1996.
- 이만우, 『공공경제학』, 1993.
- 이상돈, 「지속가능한 발전과 환경법」, 『지속가능한 사회와 환경』, 박영사, 1995.
- _____, 「지속가능한 개발을 위한 환경법 발전방향」, 『법제연구』 제17호.
- 이선룡, 「지속가능한 성장」, 『환경법 연구』 제12권 (1991)
- 이정전, 「시장기기와 지속가능발전」, 『지속가능한 사회와 환경』, 박영사, 1995.
- _____, 「지속가능발전의 개념과 시장의 원리」, 『지속가능한 사회와 환경』, 박영사, 1995.
- _____, 『환경경제학』, 박영사 (2000)
- 이준구, 『미시경제학』, 제2판 (1993)
- 정희성, 「지속가능한 사회를 위한 환경규제정책의 발전방향」, 한국환경정책·평가연구원 정책보고서, 2002년 6월.
- 조홍식, 「분산이익소송에서의 당사자적격 -3권분립과 당사자적격, 그리고 사실상의 손해의 함수관계-」, 판례실무연구 IV (2000. 9)
- _____, 「유지청구 허용여부에 관한 소고」, 『민사판례연구』 22권 (2000. 2.)
- _____, 「행정소송에서의 소익과 헌법 -사법권과 소익, 그리고 개인적 이해관계의 함수관계-」, 법학 41권 4호 (2001)
- _____, 「환경법 소모 -환경법의 원리, 실제, 방법론에 관한 실험적 고찰-」, 서울대학교 법학 제40권 제2호 (1999)

- 최용전, 「환경법의 기본이념으로서의 지속가능한 발전」, 『현대법학의 과제와 전망』, 1998, 신양사.
- 허성욱, 「권리남용금지법리에 관한 법경제학적 고찰」, 법조 vol 591, 592, (2005.12.-2006.1)
- 홍준형, 「지속가능한 삶의 권리로서의 환경권」, 법조 2000. 12. vol. 531
- _____, 『환경법(제2판)』, 박영사, 2005.
- _____, 「환경법의 기본원리로서 지속가능한 발전의 원칙」, 『공법연구』 제25집 제2호.

2. 외국 문헌

- A. Dan Tarlock, “Environmental Protection : The Potential Misfit Between Equity and Efficiency,” 63 U. Colo. L. Rev. 871 (1992)
- Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (1776)
- Allan C. DeSerpa, “The Pure Economics of the Coase Theorem,” 18 E. Econ. J. 287 (1992)
- Calabresi & Melamed, “Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral,” 85 Harv. L. Rev. 1089, 1972
- Charles M. Haar & Daniel William Fessler, *The Wrong Side of the Tracks: A Revolutionary Rediscovery of the Common Law Tradition of Fairness in the Struggle Against Inequality* (1986)
- Christopher D. Stone, “Deciphering ‘Sustainable Development’,” 69 Chi.-Kent L. Rev. 977 (1994)
- Daniel A. Farber, “What (if anything) can economics say about equity,” 101 Mich. L. Rev. 1791 (2003)
- Frank H. Easterbrook, *The Supreme Court 1983 term, foreword: The Court and the Economic System*, Harv. L. Rev. Vol. 98:4, 1984
- Garrett Hardin, “The Tragedy of the Commons,” *Science, New Series*, Vol. 162, No. 3859 (1968)
- Gary S. Becker, “Nobel Lecture: The Economic Way of Looking at Behavior,” 101 J. Pol. Econ. 385 (1993)
- George J. Stigler, *The Theory of Price* 113 (1966)
- Hong Sik Cho, “An Overview of Korean Environmental Law,” *Environmental Law*, 2000. 3.

- Howard Chang, A Liberal Theory of Social Welfare: Fairness, Utility, and the Pareto Principle, 110 Yale L. J. 173 (2000)
- John C. Dernbach, "Toward a National Sustainable Development Strategy," 10 Buff. Envtl. L.J. 69 (2003)
- John Rawls, A THEORY OF JUSTICE, 1971
- Kenneth. Arrow, Social Choice and Individual Values, (2nd ed., 1963)
- Louis Kaplow & Steven Shavell, "Why the Legal System is less efficient than the Income tax in redistributing income," 23 J. Legal Stud. 667 (1994)
- Luis Kaplow and Steven Shavell, "Fairness versus Welfare : Notes on the Pareto Principle, Preferences, and Distributive Justice," 32 J. Legal Stud. 331 (2003)
- Luis Kaplow and Steven Shavell, "Notions of Fairness versus the Pareto Principle: On the Role of Logical Consistency," 110 Yale L. J. 237 (2000)
- Luis Kaplow and Steven Shavell, "Property Rules versus Liability Rules : An Economic Analysis," 109 Harv. L. Rev. 713 (1996)
- Lynne N. Henderson, "Legality and Empathy," 85 Mich. L. Rev. 1574 (1987)
- Michael I. Swygart, Katherine Earle Yanes, "A Unified Theory of Justice: The Integration of Fairness into Efficiency," 73 Wash. L. Rev. 249 (1998)
- Nicholas Mercuro, Timothy P. Ryan, LAW, ECONOMICS AND PUBLIC POLICY, 1984
- Pierre Schlag, "The Problem of Transaction Costs," 62 S. Cal. L. Rev. 1661, (1989)
- R.H. Coase, Notes on the Problem of social Cost, in the Firm, the Market, and the Law (1988)
- Reuven S. Avi-Yonah, "Why Tax the Rich? Efficiency, Equity, and Progressive Taxation, 111 Yale L. J. 1391 (2002)
- Richard A. Epstein, "Transaction Costs and Property Rights: Or Do Good Fences Make Good Neighbors?," Chicago Lectures in Law and Economics (Eric A. Posner ed., 2000)
- Richard A. Posner, Economic Analysis of Law (6th ed. 2003)
- Richard A. Posner, "Values and Consequences: An Introduction to Economic Analysis of Law," Chicago Working Paper In Law & Economics, 1998. 3.
- Richard J. Lazarus, Stephanie Tai, "Integrating Environmental Justice into EPA Permitting Authority," Ecology Law Quarterly Vol. 26 617, 1999

Richard O. Zerbe Jr., "An Integration of Equity and Efficiency," 73 Wash. L. REV. 349 (1998)

Richard O. Zerbe, "The Problem of Social Cost in Retrospect," Research in Law and Economics 83 (Richard O. Zerbe ed., 1980)

Robert Cooter, Thomas Ulen, LAW AND ECONOMICS (1998)

Ronald H. Coase, "The Problem of Social Cost," 3 J. L. & Econ. 1 (1960)

Russell B. Korobkin, "Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics," 88 Cal. L. Rev. 2000. 7.

Russell B. Korobkin, Thomas S. Ulen, "Efficiency and Equity: What Can be Gained by Combining Coase and Rawls?," Wash. L. REV. Vol 73:329 (1998)

Ugo Mattei, "Efficiency as Equity : Insights from Comparative Law and Economics," 18 Hastings Int'l & Comp. L. Rev. 157 (1994)

WCED, Our Common Future, Oxford : Oxford University Press, 1987.

【Abstract】

An Economic Analysis on the Principle of Sustainable Development

Heo, Seong Wook

The principle of "sustainable development" has diverse meanings depending upon the specific contexts in which the term is used. Thus, it is not easy to define the exact meaning of the principle. For the purpose of this paper, I used the definition of the principle as follows: the human being's efforts to harmonize both the rules of efficiency and fairness in the use and preservation of environmental resources.

In this regard, I endeavored to harmonize both rules of resource allocation (i.e., efficiency and fairness) by combining the Coase Theorem and the theory of Justice of John Rawls.

First of all, it is possible to explain the way resources are efficiently used and distributed by many participants in the market by applying the Coase Theorem. According to the Coase Theorem, in a world of zero transaction costs, the allocation of resources will be efficient, and invariant with respect to legal rules of liability. Although the Coase theorem provided us with deep insight on resource allocation from the perspective of efficiency, it did not deal with equity or fairness. It is true that in a world of scarce resources, efficiency is one of the most important value factors we should pursue. However, efficiency alone is not sufficient to define the rules of resource allocation in view of the principle of "sustainable development".

In this respect, we also need to take into account the fairness factor in considering the just allocation of resources. For this fairness aspect of resources allocation, John Rawls's explanation of justice can be a good criterion. Rawls believed that in making social contracts, people, who are at the original position under the veil of ignorance, would choose the rule of resource allocation that could maximize the portion of the least favored participants in the contracts. In this regard, the essential minimum element of fairness can

be taken into account.

However, it is not easy to combine the efficiency rule of the Coase theorem and the fairness rule of Rawls Justice theory. We can achieve the successful combination of the two theories by modifying the rational choice theory of modern economics. I took the notion of "empathy" as a useful factor to better explain the behaviors of human beings.

By understanding and utilizing the human nature of "empathy", I was able to combine the Coase theorem and the Rawls Justice theory, and make a social contract model that could explain both rules of efficiency and fairness. And through this, I showed that the principle of sustainable development, which involves both aspects of efficiency and fairness, can be established and acknowledged through social consensus, and as a result, become the leading principle of environmental law.

Key Words : The principle of sustainable development, efficiency, fairness,
Coase Theorem, John Rawls's theory of Justice, Empathy,
the rational choice theory, transaction cost, the veil of ignorance