

학봉상 공모 논문

법학논문부문

새로운 운 평등주의 :
‘선택의 장막(Veil of Choice) 이론’ 과
‘운 평등주의적 능력주의’
Luck Egalitarianism Revisited:
Theory of Veil of Choice
and Luck Egalitarian Meritocracy

이석준 · 이재익

목 차

I. 제1부 : 선택의 장막 이론

II. 드워킨의 ‘자원의 평등’ 이론과 그것의 맹점 : ‘불가피한 운’과 ‘선택적 운’의 경계

1. 드워킨의 ‘자원의 평등’ 이론
2. ‘불가피한 운’과 ‘선택적 운’의 경계 : ‘악마의 도로’ 사고실험

III. 새로운 운 평등주의 : ‘선택의 장막(Veil of Choice)’

1. ‘선택의 장막’ 이론
2. ‘선택의 장막’ 이론의 의의 및 함의

IV. 운 평등주의 비판에 대한 반론

1. ‘값비싼 취향의 문제’ 비판에 대한 반론
2. ‘아널드와 베릴의 사례’ 비판에 대한 반론
3. ‘모욕’ 비판에 대한 반론

V. ‘아널드 사례’에 관한 대법원 및 헌법재판소 판례 검토

1. 대법원 2007. 9. 28. 선고 2005두12572 전원합의체 판결
2. 헌법재판소 2013. 9. 26. 선고 2012헌가16 전원재판부
3. 헌법재판소 2016. 9. 29. 선고 2014헌바254 결정

I. 제2부 : 운 평등주의적 능력주의

II. 두 원칙에 대한 논증

1. 개념과 특징
2. 제1원칙 논증
3. 제2원칙 논증

III. 이론적 위치 짓기

1. 운 평등주의
2. 존 로머의 ‘기울어진 운동장의 평탄화’ 이론

IV. 숙고된 판단을 통한 구체화

1. 헌법재판소 2000. 4. 27. 98헌가16, 98헌마429(병합)
2. 제2원칙의 구체화
3. 직관으로부터의 반론

본 논문에서는 법철학 이론인 운 평등주의를 발전시키는 것을 목표로 한다. 한 사람의 경제적, 경제적, 법적인 기회가 평등하게 주어져야 한다는 ‘운 평등주의’를 두 가지 차원에서 발전시키고 이를 우리의 법현실에 접목해보고자 한다.

I. 제1부 : 선택의 장막 이론

“운 평등주의(luck egalitarianism)”는 롤스의 『정의론』 출간 이후 등장한 분배적 정의(distributive justice)에 관한 가장 중요한 이론들 중 하나로서, 엘리자베스 앤더슨이 그의 논문 *What is the Point of Equality?*(1999)에서 이름붙였다.¹⁾ 이 이론에는 제럴드 코엔, 토마스 네이글, 존 뢰머 등 다양한 변용이 있으나, 그 핵심 주장은 동일하다. 공통적인 주장은 ‘불평등이 개인의 자발적 선택(option)에 의해 발생한 것이라면 정당화될 수 있지만, 개인이 선택할 수 없는 여건이나 운(luck)에 의해 발생한 것이라면 정당화될 수 없다’는 것이다.²⁾

운 평등주의의 시초이자 정수는 로널드 드워킨의 ‘자원의 평등’ 이론이다. 이후의 운 평등주의 이론은 드워킨을 보완 또는 반박하는 형태로 전개되어 왔다고 해도 과언이 아니다. 드워킨의 이론은 위와 같은 운 평등주의의 핵심 주장을 제시하고, 사고 실험을 통해 분배 정의를 도모했다는 점에서 그 의의가 크다. 그런데 동시에 동료 학자들로부터 많은 비판에 직면하기도 한다.

본고에서는 우선 드워킨의 ‘자원의 평등’ 이론을 살피고, 그것이 갖는 맹점을 검토한다. 나아가 드워킨의 핵심 개념을 수용하되, 이러한 맹점으로부터 자유로울 수 있는 운 평등주의의 한 유형으로서 ‘선택의 장막(Veil of Choice)’ 이론을 주창한다. 여기서 그치지 않고 이 이론이 드워킨에 대한 주요 비판들에 효과적으로 대처할 수 있음을 보임으로써 우월성을 밝힌다. 마지막으로 출퇴근 시 산업재해 문제와 관련한 우리나라 대법원 및 헌법재판소 결정례를 통해 현실에서의 적용 가능성을 모색한다.

II. 드워킨의 ‘자원의 평등’ 이론과 그것의 맹점 : ‘불가피한 운’과 ‘선택적 운’의 경계

1. 드워킨의 ‘자원의 평등’ 이론³⁾

드워킨의 ‘자원의 평등(equality of resources)’ 이론의 핵심 개념은 공정한 분배의 요건 두 가지이다. 그리고 그는 이 요건을 뒷받침하는 상위의 원리로서 각각의 기본 전제를 제시하는바 다음과 같다.

1) Scheffler, S. (2003). What Is Egalitarianism?. *Philosophy & Public Affairs*, 31(1), 5면.

2) 김주현, 김현철, 「드워킨의 운 평등주의에 대한 비판적 고찰」, 『이화여자대학교 법학논집』 제23권 제4호, 2019, 154면.

3) 스투어트 화이트, 『평등이란 무엇인가』, 강정인, 권도혁 옮김, 까치, 2007, 135~142면.

[공정한 분배의 요건을 뒷받침하는 상위의 원리]

P_1 : 각 개인은 자신의 인생의 성공에 대한 특별한 책임을 져야 한다.

P_2 : 정치적 공동체는 그 구성원을 평등한 관심과 존중으로 대우하여야 한다.

(P_{2-1} : 어느 누구도 스스로의 존엄성에 대한 확고한 이해를 가지고 있는 한, 의도적으로 또는 예측 가능하게 자신을 타인보다 더 열등한 삶의 기회에 처하도록 배치하는 규칙 아래에 사는 것을 용인할 수 없다.) ($P_2 \leftrightarrow P_{2-1}$)

각 상위의 원리로부터 그의 핵심 개념인 공정한 분배의 요건 두 가지가 도출된다.

[공정한 분배의 요건]

Q_1 : 각 개인은 자신의 선택으로 인한 분배적 결과를 존중받아야 한다.

Q_2 : 각 개인은 자신의 잘못 없이 타인보다 더 적은 자원을 가지지 않도록 보장받아야 한다.

즉 논리적으로 환원하면 $P_1 \rightarrow Q_1$, $P_2 \rightarrow Q_2$ 형태의 논변이다. 드워킨은 Q_1 을 포부-민감성(ambition-sensitive) 요건, Q_2 를 소질-둔감성(endowment-insensitive) 요건이라고 명명한다.

그에 따르면 공정한 경제적 분배는 두 요건을 모두 갖추어야 한다. 다시 말해, A가 B보다 더 오래 일하기로 선택하여 더 많은 소득을 얻는 경우, 우리는 이러한 분배적 결과를 존중해야 하며 재분배를 해서는 안 된다(Q_1). 반면 갑자기 폭우가 내려 C의 집이 수몰된 경우 갑작스러운 자연재해에는 C의 잘못이 없으므로, 우리는 C가 더 적은 자원을 가지지 않도록 재분배를 통해 C의 자원을 보장해주어야 한다(Q_2).

나아가 이 구분은 드워킨의 또다른 구분으로 이어진다. 바로 불가피한 운(brute luck)⁴⁾과 선택적 운(option luck)이다. 선택적 운이란 자신이 선택한 행위에 뒤따르는 운이다. 여기서 선택(option)이란 합리적으로 대안적 행동이 가능한 경우 결과에 대한 예측가능성, 회피가능성, 위험 수용가능성을 숙고하고 계산하여 실행한 행위를 의미한다.⁵⁾ 이에 반해 불가피한 운은 자신이 선택하지 않은 행위에 뒤따르는 운이다.

각 운은 다시 좋은(good) 운과 나쁜(bad) 운으로 구분될 수 있다. 『평등이란 무엇인가』 136면에서 제시하는 각각의 운이 작용한 사례는 다음과 같다.

- ① 나쁜 불가피한 운 : 길을 걸어가고 있는데 별뿔별에 부딪힌 경우, 장애
- ② 좋은 불가피한 운 : 타고난 천부적 소질, 재능
- ③ 나쁜 선택적 운 : 평생 모은 저축을 경마 내기에 모두 걸어서 진 경우
- ④ 좋은 선택적 운 : 평생 모은 저축을 경마 내기에 모두 걸어서 이긴 경우

4) brute luck과 관련하여, 눈먼 운, 야성적 운, 비선택운 등 다양한 번역이 존재하나, 본고에서는 『평등이란 무엇인가』에서 사용된 ‘불가피한 운’이라는 용어를 사용하기로 한다.

5) 김주현, 김현철, 앞의 논문, 160면.

이중 ‘나쁜’ 운의 개념을 앞서 살핀 공정한 분배의 요건과 연결하면 다음과 같다.⁶⁾

R_1 : 포부-민감성 요건에 따라, 나쁜 선택적 운이 작용한 경우, 발생한 자원상의 불리함으로부터 사람들을 보장해주지 않아도 된다(=그 불평등을 존중하여야 한다).

R_2 : 소질-둔감성 요건에 따라, 나쁜 불가피한 운이 작용한 경우, 발생한 자원상의 불리함으로부터 사람들을 보장해주어야 한다.

최종적으로 ‘가상적 보험 시장’까지 고려한 ‘자원의 평등’ 이론의 핵심을 선해하여 구조화하면 다음과 같다.

[드워킨의 ‘자원의 평등’ 이론]

S_1 : 인생의 모든 사건(event)은 선택과 비선택에 의한 것이다.⁷⁾

S_2 : 선택으로 인해 발생한 사건은 ‘선택적 운’이 작용한 결과이다.

S_{2-1} : (포부-민감성은 ‘선택적 운’으로부터 발생한 불평등을 존중할 것을 요구하므로) 선택으로 인해 발생한 사건의 경우 경제적 재분배가 일어나지 않는다.

S_3 : 선택하지 않았는데(비선택으로 인해) 발생한 사건은 ‘불가피한 운’이 작용한 결과이다.

S_{3-1} : (소질-둔감성은 ‘불가피한 운’으로부터 발생한 불평등으로부터 사람들을 보호해줄 것을 요구하므로) 선택하지 않았는데 발생한 사건의 경우 경제적 재분배가 일어난다.

‘사건(event)’은 이하에서 제시할 ‘선택의 장막’ 이론과 연결짓기 위해 사용한 용어이다. 드워킨의 표현에 따르면, ‘자원(resource)⁸⁾의 분배가 일어나는 것’으로 이해하면 정확하다.

2. ‘불가피한 운’과 ‘선택적 운’의 경계 : ‘악마의 도로’ 사고실험

1) ‘악마의 도로’ 사고실험

문제는 불가피한 운과 선택적 운의 경계, 나아가 포부-민감성 요건과 소질-둔감성 요건의 경계가 모호하다는 점이다. 이것이 본고에서 주장하는 드워킨의 ‘자원의 평등’ 이론의 맹점이다. 필자가 고안한 ‘악마의 도로’ 사고실험에서 자세히 살펴보자.

철수는 직장인이다. 집이 직장과 가까워 걸어 다닌다. 직장에 가는 길은 C길과 D길이 있다. C길로 걸어갈 때 교통사고가 일어날 확률은 1%이다. 이에 반해 ‘악마의 도로’인 D길로 걸어갈 때

6) 드워킨은 가상적 보험 시장(hypothetical insurance market)의 개념을 도입하여 좋은 불가피한 운(재능)을 타고난 사람들로부터 나쁜 불가피한 운(장애)을 타고난 사람들에게로의 정의로운 이전을 기획하기를 하였다. 그러나 여기서는 위에서 정의한 각 개념에 부합하게 하기 위해 ‘좋은’ 운의 경우를 생략하였다.

7) 이하 III.에서 살펴보겠지만, ‘선택은 자유의지에 의한 것이다’라는 숨겨진 전제가 있다.

8) 드워킨의 자원(resource)은 힘, 재능, 성격, 소망, 법적 기회와 다른 기회들까지 포함하는 개념으로 이해할 수 있다. 김주현, 김현철, 앞의 논문, 157면.

교통사고가 일어날 확률은 80%이다. C길로 걸어갈 때보다 D길로 걸어갈 때 교통사고 확률은 무려 79%p 높아진다. 그리고 이것은 ‘주지의 사실’이다.

항상 C길로 다니던 철수는 어느 날 일상에 무료함을 느끼고 위험을 무릅쓰고 D길로 가기로 결심한다. ‘에이, 설마 사고가 나겠어?’라고 경솔하게 생각하고 출발했던 철수는 그만 교통사고를 당하게 되고 하반신이 마비되었다.

이 사건은 철수가 D길로 걸어가는 것을 선택한 뒤 가다가 사고를 당한 것이다. (자신을 일종의 모험과 도박 속으로 넣은 결과) ‘나쁜 선택적 운’이 작용하고 만 것이다. “선택적 운은 잘될 수도 있고 나빠질 수도 있는 특정한 모험에 스스로를 노출시키는 선택에 관련된 문제”⁹⁾라는 대목에 부합하는 사례이다. 드워킨에 따르면, 선택으로 인해 발생한 사건의 경우 경제적 재분배가 일어나지 않으므로(s_{2-1}), 철수는 ‘하반신 마비’라는 발생한 자원상의 불리함으로부터 보호받지 못한다. 철수는 어떤 보상도 받지 못한다. 여기까지는 익스트림 스포츠를 즐기는 사람들에게 그다지 관대하지 않은 우리의 직관에 부합한다. 하지만 다음의 사례는 조금 다르다.

영희는 직장인이다. 집이 직장과 가까워 걸어 다닌다. 직장에 가는 길은 E길과 F길이 있다. E길로 걸어갈 때 교통사고가 일어날 확률은 1%이다. 이에 반해 F길로 걸어갈 때 교통사고가 일어날 확률은 2%이다. E길로 걸어갈 때보다 F길로 걸어갈 때 교통사고 확률은 1%p 높아진다. 그리고 이것은 ‘주지의 사실’이다.

항상 E길로 다니던 영희는 어느 날 다른 거리의 풍경이 궁금해서 F길로 가기로 결심한다. 영희는 가던 중 그만 교통사고를 당하게 되고 하반신이 마비되었다.

이 사건 또한 앞의 사건처럼 영희가 F길로 걸어가는 것을 선택한 뒤 가다가 사고를 당한 것이다. 드워킨의 관점에서 철수나 영희가 각각 D길과 F길을 스스로 ‘선택’한 것에는 차이가 없다. 달라진 것이라고는 확률뿐이다. 이제 드워킨은 영희에게 말한다. “너의 선택으로 인해 발생한 사건에 나쁜 선택적 운이 작용되기는 했는데(s_2), 포부-민감성에 따르면 선택적 운으로부터 발생한 불평등은 존중되어야 하고 그 결과는 정의로워(s_{2-1}).” 과연 정의로운가? 뭔가 직관에 어긋나는 것처럼 보인다.¹⁰⁾ 이쯤 되면 다음과 같은 의문이 자연스레 떠오른다. 인생의 모든 일을 불가피한 일과 내가 자초한(선택한) 일로 명확히 구분할 수 있을까?

2) 트워킨의 논증

앞서 나쁜 불가피한 운의 한 사례로 ‘길을 걸어가고 있는데 별똥별에 부딪힌 경우’를 들었다. 여기 트워킨(Tworkin)이라는 가상의 인물이 있다. 트워킨은 드워킨의 열렬한 신봉자인 동시에, 세상만사가 인간의 자유의지로 이루어진다고 믿는 인물이다.

9) 스투어트 화이트, 앞의 책, 136면.

10) 철수의 D길과 영희의 F길에 대해 보다 직관적인 이해는 다음과 같다. C길은 인도지만, D길은 인도가 아니라 고속도로와 같은 차도인 경우이다. F길은 E길과 다른 없는 인도이긴 하지만, 주변 차도에 약간 더 차량 통행량이 많은 경우이다.

그는 이렇게 말한다. “따지고 보면 ‘차를 타고 갔으면’ 벌써 피했을 텐데, 굳이 ‘걸어가는’ 선택을 했기 때문에 별똥별에 부딪힌 것 아냐?” 이런 극단적인 시각은, 모든 사건은 개개인의 ‘선택’ 이후 작용한 ‘선택적 운’이 발현된 결과이므로(S_2) 경제적 재분배의 대상이 되지 않아야 한다는 결론으로 이어진다(S_{2-1}).

[트위킨의 논증]

T_1 : 인생의 모든 사건(event)은 선택에 의한 것이다.

T_2 : 선택으로 인해 발생한 사건은 ‘선택적 운’이 작용한 결과이다.

T_{2-1} : (포부-민감성은 ‘선택적 운’으로부터 발생한 불평등을 존중할 것을 요구하므로) 선택으로 인해 발생한 사건의 경우 경제적 재분배가 일어나지 않는다.

즉 트위킨은 위와 같은 논리 구조를 가진다. 드워킨의 이론에서 S_1 이 T_1 으로 바뀌었을 뿐 $S_2=T_2$, $S_{2-1}=T_{2-1}$ 이다. 트위킨에 따르면 비선택은 존재하지 않기 때문에, 불가피한 운이 작용할 여지가 없어 S_3 와 S_{3-1} 는 무용한 명제이다.

운 평등주의자들을 비롯하여, (굳이 운 평등주의자가 아니더라도) 평등의 가치를 믿는 사람들은 이 논증이 다소 과하다고 느낄 것이다. 트위킨에 따르면 그 어떤 경우에도 경제적 재분배가 일어날 수 없기 때문이다. 사회적 약자는 어떤 경우에도 물질적 보상을 받을 수 없게 된다는 점에서, 그의 결론은 극단적인 자유지상주의의 시각과 통하게 된다. 하지만 재밌는 점은, 트위킨이 운 평등주의의 사건, 선택, 운과 같은 기본 개념들과 논리 구조를 그대로 원용한다는 것이다. 유일한 차이는 그가 모든 비선택을 선택으로 환원하였다는 점뿐이다. 그럼에도 그는 운 평등주의의 이상과 극단으로 대치되는 결론에 다다르고 만다.

이하 III.에서는 운 평등주의의 ‘불가피한 운’과 ‘선택적 운’의 이분법적 구도를 스펙트럼(spectrum)으로 이해함으로써, 드워킨의 이상을 도모하면서 동시에 트위킨의 날선 비판에 효과적으로 대처하는 방법을 모색한다. 즉 비선택을 선택으로 환원하면서도, 운 평등주의의 기본 이상인 ‘분배 정의 목표’를 추구할 수 있는 새로운 유형의 운 평등주의 이론을 정립하고자 한다.

3) ‘불가피한 운’과 ‘선택적 운’의 경계

앞서 ‘악마의 도로’ 사고실험과 트위킨의 논증을 통해, ‘자원의 평등’ 이론이 갖는 맹점을 살폈다. 둘 다 결론이 우리의 직관과 상당히 괴리되는 모습을 보였다.

그렇다면 나아가 각각의 확률이 ‘주지의 사실’이 아닌 경우에는 어떠한가? 만약 영희가 E길로 걸어갈 때보다 F길로 걸어갈 때 교통사고 확률이 1%p 높아진다는 것을 몰랐다고 하자. 영희에게는 E길이나 F길이나 똑같은, 그러나 가면서 보게 되는 풍경만 다른 인도에 불과할 것이다. 더더욱 우리는 영희의 교통사고에 단순히 ‘너의 선택’이라고 치부할 수만은 없다는 결론에 다다른다.

2005년 미국, 마을 사람들 모두가 하길래 덩달아 주택담보대출을 받은 저소득층 재

익(Jake)이 있다. 재익은 호기롭게 ‘내집 마련’의 꿈에 부풀어 있었다. 바야흐로 2007년, 어떤 전문가도 예기치 못한 서브프라임 모기지 사태가 터지고 말았다. 재익은 순식간에 길거리에 나앉게 되었다. 드워킨은 이 경우 불가피한 운과 소질-둔감성이 적용되어야 한다고 할까, 아니면 선택적 운과 포부-민감성이 적용되어야 한다고 할까? 1929년 대공황으로 전재산을 날려버린 수많은 주식 개미들의 경우에는 어떠한가?

이처럼 내 선택에 ‘나의 통제를 넘어서는’ 요소가 개입될 여지는 수도 없이 많다. 트워킨처럼 인생만사가 100% 개인의 선택이라고 보는 것은 너무 과하다. 나아가 드워킨처럼 나의 선택에는 ‘선택적 운’만 작용하고(s_2), 비선택에는 ‘불가피한 운’만 작용한다(s_3)고 보는 것 또한 직관에 거스르는 결과를 낳는다. 즉 드워킨의 단순한 이분법적 구도는 타당하지 않다. 선택적 운과 불가피한 운은 하나의 ‘스펙트럼’으로 이해되어야 한다.

Ⅲ. 새로운 운 평등주의 : ‘선택의 장막(Veil of Choice)’

1. ‘선택의 장막’ 이론

본고에서는 앞서 살핀 드워킨의 ‘자원의 평등’ 이론의 맹점을 자각하고 그것을 극복하기 위해 새로운 유형의 운 평등주의를 고안했다. 바로 ‘선택의 장막(Veil of Choice)’ 이론이다. ‘선택의 장막’ 이론의 핵심을 구조화하면 다음과 같다.

['선택의 장막' 이론]

V_1 : 인생의 모든 사건(event)은 선택(choice)¹¹⁾에 의한 것이다.

V_2 : 선택(choice)은 자유의지와 ‘불가피한 운’이 복합적으로 작용한 결과이다.

V_3 : 선택(choice)으로 인해 발생한 사건(event)은 ‘불가피한 운’과 ‘선택적 운’이 복합적으로 작용한 결과이다.

V_{3-1} : (포부-민감성은 ‘선택적 운’으로부터 발생한 불평등을 존중할 것을 요구하고, 소질-둔감성은 ‘불가피한 운’으로부터 발생한 불평등으로부터 사람들을 보호해줄 것을 요구하므로) 발생한 사건 중 ‘불가피한 운’이 작용한 부분에 한해 발생한 불평등을 보정해주어야 한다.

우선 대전제 V_1 부터 살펴보자. 이는 드워킨의 s_1 이 아닌 트워킨의 T_1 과 동일하다. 즉 모든 비선택을 선택으로 환원하는 것에 동의한다. 가령 집에서 자고 있는데 지진이 나서 집이 무너져 다친 경우, 운 평등주의자들은 선택하지 않았는데(비선택으로 인해) 발생한 사건으로 보아 어떤 선택도 개입되지 않았다고 할 것이다. 그러나 이 이론에 따르면 ‘그 시간에 산책하러 나가지 않고 집에서 잔 것’을 곧 선택으로 볼 수 있고, 이후 지진이라는 ‘나쁜 불가피한 운’이 개입된 것으로 해석한다. 이처럼 인생만

11) 선택적 운인 option luck의 option과 구분하기 위한 용어로 choice를 선택하였다.

사를 선택의 연속이자 총합으로 본 것에는, 앞서 II.에서 살폈듯 선택과 비선택을 명확히 구분하기도 쉽지 않을뿐더러, 굳이 구분하지 않는 것이 앞선 맹점들을 극복하면서 동시에 운 평등주의의 이상을 실현하는 데 적합하기 때문이다.

다음 전제는 V_2 이다.¹²⁾ 드워킨 역시 선택에 개인의 인성(personality)이 반영됨을 주장하며 선택 이전의 개념들로 소망(ambition), 성품(character) 등을 제시하였다.¹³⁾ 그는 선택을 자유의지에 의한 것으로 보았다. 그러나 이 이론은 개인의 선택 이면에 자유의지뿐만 아니라 ‘불가피한 운’이 복합적으로 작용하고 있다는 점에서 차이가 있다. 가령 앞서 제시한 선택적 운의 사례로서, 평생 모은 저축을 경마 내기에 모두 걸어서 이긴[진] 경우를 보자. A-B-C 도식을 활용해 보겠다.

A → B : 평생 모은 저축을 경마 내기에 건 것 → C : 이기는 결과(또는 지는 결과)

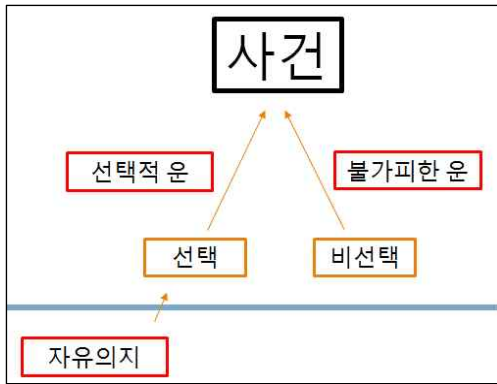
드워킨에 따르면 A는 인성(personality)이라는 자유의지이고, B는 선택이며, C는 사건이고, B에서 C로 갈 때 작용한 것이 선택적 운이다. 그러나 이 이론에서는 A에 자유의지뿐만 아니라 ‘불가피한 운’도 있다. 가령 위험 선호적인 유전자, 타고난 성향으로서 도박 중독에의 취약성 등이 이에 해당한다. 인간의 정신이나 사고 현상이 타고난 유전자의 영향을 받는다는 것은 굳이 증명하지 않아도 될 것으로 보인다.

세 번째 전제 V_3 는 S_2 의 수정으로, 이 이론의 핵심 전제이다. 앞서 ‘악마의 도로’ 사고실험, 서브프라임 모기지 사태, 대공황 등 선택으로 인해 발생한 사건에 단순히 선택적 운만을 적용할 경우 나타나는 문제점을 살폈다. 내 선택이라 할지라도 그것이 사건으로 이어지는 과정에서 내 통제를 넘어서는 요소가 개입될 여지는 무궁무진하다. 평생 모은 저축을 모두 경마 내기에 걸었고(B), 실제로 내가 베팅한 말이 결승선을 10m 남겨 두고 압도적으로 1등을 하고 있었다고 하자. 어떤 외부적인 요소가 개입되지 않는 이상 100% 우승을 할 수 밖에 없는 상황(C)이었다. 그때 갑자기 어떤 관중이 난입하여 내가 베팅한 말을 총으로 쏘 죽였다. 이것 또한 ‘선택적 운’에 의한 결과라고 할 수 있을까? 이 이론은 드워킨의 운 구분을 그대로 차용하면서 동시에 각각의 위치를 달리 정립하였다. 즉 V_1 에서 비선택을 선택으로 환원하였고, V_3 에 이르러 종전 비선택에 작용한 불가피한 운을 선택에도 작용하는 것으로 수정하였다.

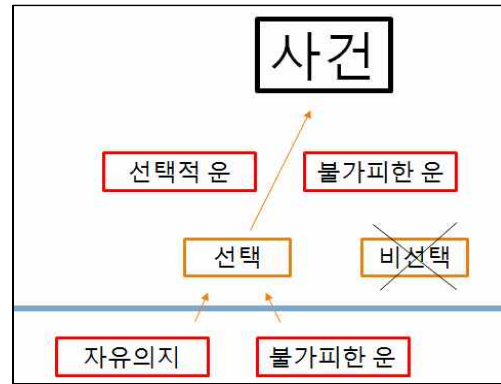
그렇다면 마침내 V_{3-1} 의 결론에 도달한다. 전제 V_1 , V_2 , V_3 에 드워킨의 기본 논증이 적용된 결과이다. 각 이론을 도식화하면 다음과 같다.

12) 이 명제가 바로 이 이론을 ‘선택의 장막’ 이론으로 명명한 이유이다.

13) 김주현, 김현철, 앞의 논문, 161면.



[그림1] '자원의 평등' 이론



[그림2] '선택의 장막' 이론

2. '선택의 장막' 이론의 의미 및 함의

“발생한 사건 중 ‘불가피한 운’이 작용한 부분에 한해 발생한 불평등을 보정해주어야 한다.”(V_{3-1})는 ‘선택의 장막’ 이론의 결론은 다음과 같은 의미 및 함의를 갖는다.

우선, [그림2]에서 보듯 ‘이중의 불가피한 운(double brutal luck)’ 개념을 고안하였다. ‘1단계 불가피한 운’은 선택 이전 단계, 즉 장막 이전의 요소(타고난 성향, 재능 내지 장애, 유전자)로서 개인의 선택에 영향을 준다. ‘2단계 불가피한 운’은 선택 이후 단계에 작동하여 사건의 최종적인 발생에 영향을 준다. ‘이중의 불가피한 운’의 직관적인 사례로서, 마라톤을 떠올려볼 수 있다. 인생을 마라톤에 비유할 때¹⁴⁾, 출발선상에 크고 강한 발, 유연한 무릎관절과 긴 다리를 갖고 서 있는 것은 ‘1단계의 좋은 불가피한 운’에, 평발 또는 절름발이로 서 있는 것은 ‘1단계의 나쁜 불가피한 운’에 비유할 수 있다. 이후 장막을 벗어나 선택(choice)을 하기 시작하는 것이 출발을 알리는 총격이 있었을 때이다. 처음부터 스피트를 높일지, 천천히 걸어갈지, 잠시 쉬었다 갈지 하는 것은 모두 개인의 선택이다. 이 과정에서 등 뒤에서 바람이 불어오는 것은 ‘2단계의 좋은 불가피한 운’이고, 갑자기 비바람이 몰아치고 벼락이 떨어지는 것은 ‘2단계의 나쁜 불가피한 운’에 해당할 것이다.

또한, 각각의 ‘불가피한 운’은 결코 혼자 작동하지 않는다.¹⁵⁾ 1단계의 경우 ‘자유의지’와 복합적으로(V_2), 2단계의 경우 ‘선택적 운’과 복합적으로 작용한다(V_3). 이는 드워킨이 선택과 비선택을 구분함으로써 전자의 경우 ‘선택적 운 100, 불가피한 운 0’, 후자의 경우 ‘선택적 운 0, 불가피한 운 100’의 이분법적 구도를 따른 것과 명백히 차이를 보인다. 여기서 ‘선택적 운’과 ‘불가피한 운’을 스펙트럼으로 이해해야 한다는 점이 명백해진다. 최종적으로 ‘선택적 운 50, 불가피한 운 50’이 될 수도 있고, ‘선택

14) 보다 정확히는 인생에서 경제적 재분배가 일어나는 모든 개개의 사건을 각각의 마라톤에 비유해야 할 것이다.

15) 특히 드워킨의 자유의지 개념을 가져옴으로써, 인간은 그 어떤 결과에도 책임질 수 없다는 강한 결정론(hard determinism)으로 빠지게 되어 포부 민감성 요건(Q_1)을 포기하게 되는 상황을 막았다. 이 이론은 그런 점에서 온건한 결정론(soft determinism)에 가깝다.

적 운 30, 불가피한 운 70'이 될 수도 있으나, 그 어느 것도 0이 될 수는 없다. 즉 다음과 같이 일반화해볼 수 있다.

선택적 운 x , 불가피한 운 y (단, $x > 0, y > 0, x + y = 100\%$)

결국, 사건에 관여한 '불가피한 운'의 최종적인 가중치는 결코 0이 될 수 없고, 소질-둔감성에 따라 V_{3-1} 의 결론으로 이어진다. 이 말인즉슨, 어느 누구도 경제적 재분배로부터 여유로울 수 없다는 의미이다.

그렇다면, 경제적 재분배에 있어 각각의 불가피한 운이 각 단계에서 작용한 가중치를 세밀하게 고려해야 함은 분명하다. 이 사회가 요구하는 재능을 어마어마하게 타고난 사람의 경우, 각 사건에 있어 '1단계의 좋은 불가피한 운'의 가중치가 높기 때문에 보다 높은 과세의 대상이 되거나 보다 낮은 보조의 대상이 될 수 있다. 반면 일을 하기 힘들 정도로 심한 장애를 가지고 태어난 사람의 경우, 각 사건에 있어 '1단계의 나쁜 불가피한 운'의 가중치가 높기 때문에 보다 낮은 과세의 대상이 되거나 보다 높은 보조의 대상이 될 수 있다. 출퇴근길에 우연히 땅에 떨어진 거액의 현금을 발견한 사람의 경우, 당해 사건에 있어 '2단계의 좋은 불가피한 운'의 가중치가 높기 때문에 보다 높은 과세의 대상이 된다. 출퇴근길에 앞차의 졸음운전으로 심각한 교통사고를 겪은 사람의 경우, 당해 사건에 있어 '2단계의 나쁜 불가피한 운'의 가중치가 높기 때문에 보다 높은 보조의 대상이 된다. 가중치 및 재분배 액수와 관련하여서는 각 문화권 내에서 각각의 '불가피한 운'을 바라보는 관점 및 최저소득에 관한 사회적 합의에 따라 달라질 수 있다. 즉 입법 재량의 영역에 해당한다. 다만 언제나 중요한 것은 그 어떤 사건에서도 '불가피한 운'은 작용하기 마련이고, 그에 따라 경제적 재분배는 반드시 일어나고야 만다는 것이다.

IV. 운 평등주의 비판에 대한 반론

지금부터 드워킨의 '자원의 평등' 이론에 대해 가해지는 여러 비판을 소개한다. 그리고 드워킨의 이론이 이러한 비판들에 다소 취약할 수 있음을 보이고, '선택의 장막' 이론으로 재반박함으로써 이 이론의 우월성을 밝힌다.¹⁶⁾

1. '값비싼 취향의 문제' 비판에 대한 반론

드워킨은 비싼 취향을 가진 사람은 덜 비싼 취향을 가진 사람들에게 보상을 요구할 수 없으며, 취향과 선호가 반영된 선택으로 발생한 불평등은 정당하다고 주장한다. 그에 따르면 취향과 선호는 자발적으로 선택하여 형성하거나 기를 수 있는 것으로서,

16) '자유에 대한 위협' 반론은 드워킨 또한 쉽게 반박할 수 있고 '선택의 장막' 이론으로도 동일하므로 따로 다루지 않았다.

비싼 취향을 가진 사람들에게 더 많은 자원을 제공할 필요가 없다.¹⁷⁾ 드워킨은 “물떼새” 알과 “프리-필록세라 적포도주”와 같이 만족시키기 위해 비싼 비용을 지불해야 하는 새로운 취향은 각 개인의 취향 계발 결정, 즉 선택에 의해 이루어진다고 보는 것이다.¹⁸⁾

하지만 코엔(G. Cohen)은 비싼 취향의 문제가 모두 개인 선택의 책임이 될 수는 없다고 본다. 개인의 취향이나 선호에는 합리적으로 책임질 수 없는 경우가 있기 때문에, 그는 취향이나 선호에 책임을 지우려면 그 선택이 진정한지에 대해 조사해야 한다고 주장한다.¹⁹⁾ 여기 월 소득이 100만 원으로 동일한 저소득층 A와 B가 있다. A는 어릴 때 우연히 할머니를 따라 간 마을 회관에서 틀어준 TV 프로그램 <세계의 아름다운 미술>을 보고, 해외의 유명 미술관들에 찾아가 그곳의 회화들을 직접 감상하고 자신도 미술가가 되는 꿈을 갖게 되었다. 그는 심심하면 서점에 가서 회화가 실린 책들을 찾아보는 것으로 그 취향을 부분적으로 충족하고는 있으나 여전히 부족할 뿐이다. 돈을 많이 벌어서 해외여행을 가고 미술도구를 사고 싶지만 사정이 여의치 못하고 앞으로도 그럴 가능성이 보이지 않는다. 어촌에서 자란 B는 어릴 때 돌아가신 아버지를 따라 노을 진 바다를 구경하곤 하였고, 그것은 지금까지도 고단한 B의 인생에 가장 큰 행복이다. 그는 일주일에도 몇 번씩 집에 돌아오는 길에 바닷가에 앉아 석양을 바라보곤 한다.

드워킨에 따르면 A의 비싼 취향은 본인이 자발적으로 선택하여 형성한 것으로서 포부-민감성에 따라 그에게 어떠한 보조도 해줄 수 없다. 결국 A는 죽을 때까지 해외여행을 못 가게 된다. 그러나 과연 A의 취향이 본인이 자발적으로 선택하여 기른 것인가? B의 취향은 어떠한가? 취향이나 선호의 ‘발전 단계’에는 분명히 선택이 개입되곤 하지만, 그것의 ‘형성 단계’에서는 가정환경, 교우 관계 등 외적인 요소가 개입되었을 가능성이 높다. 온전히 개인의 자유의지가 작용하였다고 보기는 어려운 것이다. 당장 A만 해도 할머니의 손을 잡고 간 마을회관에서 우연한 기회에 미술가의 꿈을 품게 되었으며, B는 돌아가신 아버지의 영향으로 늦은 오후 바다를 거니는 취향을 갖게 된 것이다.

‘선택의 장막’ 이론에 의하면, 이러한 드워킨에 대한 비판을 쉽게 극복할 수 있다. 가정환경을 ‘2단계 불가피한 운’²⁰⁾의 하나로 고려하는 이 이론에서는 V_{3-1} 에 의해 A의 취향을 존중해줄 수 있는 길이 열린다. 나아가 코엔은 ‘자연적 성향(natural inclinations)을 가지고 있다면 지역 사회의 여가 시설을 통해 도움을 받아야 한다’고 주장하였는데²¹⁾, 코엔의 자연적 성향은 곧 ‘1단계 불가피한 운’으로 환원될 수 있다. A는 지역 사회의 여가 시설로부터 미술 도구를 지급받을 수 있다. 즉 ‘값비싼 취향의

17) 김주현, 김현철, 앞의 논문, 165면.

18) 스튜어트 화이트, 앞의 책, 140면.

19) 김주현, 김현철, 앞의 논문, 165면.

20) 가정환경은 장막 이후, 즉 재능과 장애 등 요소를 타고난 이후에 매분매초 각각의 선택과 사건의 인과과정에서 작용하는 것으로 ‘2단계 불가피한 운’에 해당한다. 아버지와 어머니의 유전자로 인해 타고난 재능과 장애가 자유의지와 동일 차원에 있는 ‘1단계 불가피한 운’에 해당한다고 하겠다.

21) 김주현, 김현철, 앞의 논문, 165면.

문제' 비판은 '선택의 장막' 이론에 있어 더 이상 유효하지 않다.

2. '아널드와 베릴의 사례' 비판에 대한 반론

“아널드(Arnold)라는 젊은이는 사업상의 회의에 늦지 않으려고 빠른 속도로 차를 몰고 모퉁이를 돌다가 그만 자동차 충돌 사고를 일으킨다. 그 결과 아널드는 불구가 되고 생계를 유지하기 힘들게 된다. 그러나 정부는 그가 겪고 있는 불리함이 상당 부분 나쁜 선택적 운에 따른 것이라고 주장하면서, 그에게 많은 자원을 제공하는 것을 거부한다. 다른 한편 베릴(Beryl)의 경우를 생각해 보자. 베릴은 매우 게으르고 진취성이 결여된 개인이지만 하루는 그녀가 술집에서 귀가하던 중 구매한 복권이 당첨되어서 수백만 파운드를 상금으로 받는다. 정부는 그녀의 부에 과세하지 않는데 왜냐하면 그것이 그녀의 좋은 선택적 운의 결과이기 때문이다.”²²⁾

엘리자베스 앤더슨은 위와 같은 사례를 통해 드워킨을 위시한 운 평등주의자들이 '나쁜 선택적 운'에 대해 무관심하다는 점을 비판한다. 위 사례가 누적되면 사회는 높은 수준의 경제적 불평등을 용인하게 될 것이고 결국 권력과 사회적 지위에서의 불평등으로 이어지게 될 것임을 지적한다. 즉 그에 따르면 운 평등주의는 '올바른 방식으로' 평등주의적이지 않다.²³⁾

하지만 이 사례야말로, 상술했던 드워킨의 맹점을 극복하는 '선택의 장막' 이론으로 쉽게 방어할 수 있다. 아널드의 사례를 문자 그대로 해석하여 반박해보도록 하겠다. [그림2]에 기반한 A-B-C 도식은 다음과 같다.

A : 회의에 늦지 않으려는 자유의지 → B : 과속 → C : 자동차 충돌 사고로 불구가 됨

우선 A에 자유의지가 개입되었다. 위 사례에서 아널드가 과속을 즐기는 성향을 타고났는지에 대한 설명은 없으므로 '1단계 불가피한 운'에 대해서는 생략하도록 한다. B는 아널드의 선택이다. C는 아널드의 선택으로 인해 발생한 사건이다. 이때 정부는 아널드가 나쁜 선택적 운에 의해 자원의 불리함을 겪게 되었으므로 자원 제공을 거부한다.

하지만 B에서 C로 가는 경로에 '선택적 운'만이 있지 않다는 것이 '선택의 장막' 이론의 핵심이다. 아널드가 빠르게 달렸다고 해도 그날따라 도로에 차가 많았을 수도 있다. 다른 차가 없었더라면 사고가 나지 않았을 것이다. 가는 길에 비둘기 떼를 보지 않았더라면 과속을 하지 않았을 수도 있다. 앉은 시트가 조금만 더 따뜻했다면 노곤한 마음에 속도를 줄였을 수 있으나 시트가 그날따라 차가웠다. 가장 극단적인 경우를 상정하더라도 어쨌든 아널드의 선택과 사건의 발생 간에는 사소한 정도일지라도 '2단계 불가피한 운'의 작용이 개입되기 마련이다. 특히 이것은 앞서 살폈듯 가중치로 작용하기 때문에, 불구가 된 아널드의 일실수입(逸失收入)이 상당히 높다면 '불

22) 스투어트 화이트, 앞의 책, 156면.

23) 스투어트 화이트, 위의 책, 157면.

가피한 운'의 가중치가 작더라도 아널드는 사회적으로 상당한 수준의 보상을 받을 수 있다(일실수입 × '나쁜 불가피한 운'의 가중치).

다음으로 베릴의 사례이다.

A : 매우 게으르고 진취성이 결여됨 → B : 복권 구입 → C : 수백만 파운드 상금 당첨

이는 앞선 사례보다 명백하다. 우선 A에 포함된 매우 게으른 성향, 진취성이 부족한 점은 베릴의 '1단계 불가피한 운'이다. 베릴의 자유의지를 가로막는 타고난 성향에 해당하는 것이다. B는 베릴의 선택이고, C는 베릴의 선택으로 인해 발생한 사건이다. 즉 C의 발생에 결과적으로 '좋은 불가피한 운'²⁴⁾이 작용했으니 베릴은 과세의 대상이 된다. 만약 '불가피한 운'의 가중치가 작다고 하더라도 베릴이 한번에 수백만 파운드의 상금을 받았으므로 베릴은 상당한 수준의 과세에 직면할 수 있다(복권수익 × '좋은 불가피한 운'의 가중치).

이처럼 수정된 운 평등주의의 기획으로서 '선택의 장막' 이론으로 모두 포섭이 가능하기 때문에, '아널드와 베릴의 사례' 비판 또한 더 이상 유효하지 않다.

3. '모욕' 비판에 대한 반론

이 단계를 넘는다고 해도 이른바 '모욕' 비판이 남아 있다. 앤더슨이 주장하는 또 다른 비판은 운 평등주의가 "덜 유능한 사람"과 "장애를 가진 사람"을 모욕적인 방식으로 다룬다는 것이다. 운 평등주의는 내부적 자원의 빈곤함을 가진 사람들에게 보상 해주려 하나, 보상해주려는 태도에서 업신여기는 동정심의 메시지를 쉽게 드러내게 된다. 앤더슨은 빈곤한 내부적 자원을 가진 사람들에게 그들이 왜 보상을 받아야 하는지를 설명하는 "국가 평등 위원회"의 서면을 제시한다.

"못나고 사회적으로 궁색한 이들에게. 당신 주위의 사람들 그 누구도 친구나 일생의 동반자가 되기를 꺼려할 만큼 역겨운 당신은 얼마나 슬플까요? 우리는 친구나 배우자가 되어서 당신에게 그 점을 보상해줄 수는 없습니다. 우리에게는 우리만의 친교의 자유가 있으니까요. 그러나 당신은 아름답고 매력적인 우리가 제공하는 이 물질적 재화들을 소비함으로써, 당신의 비참한 외로움을 스스로 달랠 수 있을 것입니다."²⁵⁾

앤더슨은 풍족한 내부적 자원을 타고난 사람들이 빈곤한 내부적 자원을 타고난 사

24) 베릴의 '1단계 불가피한 운'은 게으르고 진취성이 결여된 것으로서, 이것이 '나쁜 불가피한 운'에 해당하지 않냐는 비판이 제기될 수 있다. 그러나 각 단계의 운은 모두 당해 '사건'의 결과와 관련지어 생각하여야 한다. 이 경우 베릴이 복권을 산 '선택'으로 인한 '사건'의 결과로 최저소득 수준에 비하여 양(+의 자원 배분을 얻게 되었으므로, 이때의 게으름은 '좋은 불가피한 운'에 해당한다. 그렇지만 이러한 성향 때문에 취직을 못하는 결과가 발생하였다면 이때의 '사건' 결과는 최저소득 수준에 비하여 음(-)의 자원 배분에 해당하므로, 이때의 게으름은 '나쁜 불가피한 운'에 해당한다.

25) 스투어트 화이트, 앞의 책, 157~158면.

람들에게 보상해주는 운 평등주의가 전자에게는 우월감, 후자에게는 열등감의 태도를 발생시키고, 그 결과 지위의 불평등이 야기될 것이라고 본다. 이러한 비판은 실제로 드워킨의 이론에 상당히 치명적으로 보인다.

그러나 그것은 드워킨의 이론이 선택 이전 단계에서, 즉 장막 이전 요소로 자유의 지만을 고려하기 때문이다. 드워킨이 고려하는 ‘나쁜 불가피한 운’은 비선택 이후 작용할 뿐이다. 그렇다면 인생의 매 선택에서 성공가도를 달려온 사람들, 특히 그중에서도 (운 좋게도) 비선택²⁶⁾으로 인한 ‘나쁜 불가피한 운’을 경험하지 못한 사람들의 경우에는 타인의 인생의 불운에 공감하지 못할 수 있다. 이들은 “못나고 사회적으로 궁색한 이들”의 자유의지 내지 선택을 싸잡아 비난할 것이다. 자신이 피땀흘려 번 돈으로 그저 의지박약에 멍청한 선택을 했을 뿐인 자들을 보조해준다는 것에서 혐오감을 느끼고 그들에게 경멸의 시선을 보낼 것이다. 이렇다면 과연 앤더슨이 우려하는 사회적·정치적 불평등이 발생하게 됨은 명약관화(明若觀火)라 하겠다.

하지만 ‘선택의 장막’ 이론은 이러한 비판에 효과적으로 대처할 수 있다. 그것은 바로 ‘1단계 불가피한 운’의 존재 때문이다. 재능을 타고났다는 것은 무엇을 의미하는가? 그것은 바로 ‘이 사회에서 인정받는’ 재능을 타고났다는 말에 다름 아니다. 마침이 사회에서 그 재능을 요구하고, 그 재능이 돈을 버는 데 유리한 사회구조 및 제도가 정착되어 있기 때문에 ‘타고난 재능’이라는 표현이 가능해진다. 즉 재능이라는 개념은 사회와 독립하여 존재할 수 없고, 반드시 공동체의 인정을 필요로 할 뿐이다.

메시는 세상에서 가장 성공한 축구 선수 중 한 명이며, 르브론 제임스는 가장 성공한 농구 선수 중 한 명이다. 이들은 전 세계 인구 중 단연 가장 뛰어난 재능을 갖추었다. 하지만 축구와 농구라는 운동이 없었다면 어떨까? 농구의 역사는 100년이 넘는 것으로 알려져 있다. 르브론 제임스가 만약 100년 더 이전에 태어난 사람이라면 이렇게 사회적으로 큰 성공을 거둘 수 있었을까? 메시가 축구가 존재하는 다른 시기에 태어났어도 마찬가지이다. 전세계적으로 프로 축구 리그가 그 어느 때보다 활성화되어 있고, 유명 리그에서는 프로선수 개개인에게 완벽한 의료진이 달라붙는다. 메시가 1950년대에 태어났다면 이만큼 사회적으로 성공할 수 있었을까? 현재 전세계로 메시의 개인기가 방송되고, 그의 광고가 송출되며, 팀 닥터는 그가 조금만 아파도 최상의 컨디션으로 만들어줄 수 있다. 즉 재능으로 성공한 사람들은 그 재능이 빛을 발할 수 있는 시대와 공간, 제도적 조건을 ‘운 좋게’ 타고나서 그러한 사건(event)의 결과를 얻을 수 있었던 것이다.

이는 최근 대두되고 있는 ‘제도적 운 평등주의(institutional luck egalitarianism)’의 기본 발상과도 통한다. 제도적 운 평등주의는 자연적 사실인 불가피한 운의 차이를 사회적 유·불리로 전환시키는 사회제도의 부정의에 주목한다. 투자 위험을 즐기고 기업가적 혁신의 성향을 타고난 엘론 머스크가 ‘사농공상’이 강조되던 조선에 태어났더라면 어떻게 되었을까? 제도적 운 평등주의에 따르면, 그가 성공한 기업가로 평가받는 것은 그의 타고난 기업가적 정신을 사회적 유리로 전환시키는 자본주의 제도 덕

26) 드워킨의 이론의 입장에서 서술하므로 비선택이라는 표현을 사용하였다.

분이라 할 것이다.

그렇다면 우리는 타고난 재능이 오로지 시대, 공간, 사회의 제도 내에서만 인정받을 수 있다는 점에 주목함으로써 ‘모욕’ 비판으로부터 벗어날 수 있다. 이 사회가 필요로 하는 재능을 타고나 성공한 사람들과 그렇지 않은 사람들에게 ‘1단계 불가피한 운’의 존재를 역설함으로써 가능하다. 사회 구성원들에게 재능 내지 장애는 곧 ‘1단계 불가피한 운’에 해당하는 것이며, 이것이 시대가 바뀌거나 제도가 변화하면 얼마든지 사회적으로 무의미한 요소가 될 수 있다는 것을 교육해야 한다. ‘모욕’ 논변에서 제시하는 지위의 불평등 문제는 우월감과 열등감을 느끼는 것으로부터 비롯된다. 애초에 그러한 감정이 들지 않게 어린 시절부터 ‘1단계 불가피한 운’과 그것이 사회 내에서 갖는 위치에 대한 심도 높은 교육이 필요하다. 이를 위해서는 우월감 또는 열등감을 느끼는 기성세대의 인식을 변화시키는 형태의 캠페인 또한 병행되어야 함은 물론이다.²⁷⁾ 즉 오히려 운 평등주의의 이상을 사회적 관계 및 지평 내에서 실천함으로써, 역으로 앤더슨의 비판을 극복할 수 있는 것이다.

V. ‘아널드 사례’에 관한 대법원 및 헌법재판소 판례 검토

앞서 출퇴근 시 발생한 재해의 사례로서 ‘아널드 사례’를 다룬바 있다. 우리나라에서도 ‘아널드 사례’와 관련하여 여러 판결들이 있었는데, 이하에서는 이를 검토함으로써 운 평등주의의 현실에서의 적용 가능성을 가볍게 살펴본다.

1. 대법원 2007. 9. 28. 선고 2005두12572 전원합의체 판결

사건의 시작은 2007년 대법원 판결이다. 구 산업재해보상보험법(2007. 4. 11. 법률 제8373호로 전문 개정되기 전의 것) 제4조 제1호에 정한 ‘업무상 재해’의 의미 및 근로자의 출·퇴근 중에 발생한 재해를 업무상 재해로 인정하기 위한 요건과 관련하여 다수의견과 반대의견이 나뉘었다. 다수의견은 다음과 같다.

“... 출·퇴근 중에 발생한 재해가 업무상의 재해로 되기 위하여는 사업주가 제공한 교통수단을 근로자가 이용하거나 또는 사업주가 이에 준하는 교통수단을 이용하도록 하는 등 근로자의 출·퇴근 과정이 사업주의 지배·관리하에 있다고 볼 수 있는 경우라야 한다.”

반대의견은 다음과 같다.

“... 근로자의 출·퇴근 행위는 업무와 밀접불가분의 관계에 있는 것으로, 출·퇴근을 위한 합리적인 방법과 경로는 사업주가 정한 근무지와 출·퇴근시각에 의해 정해지므로, 합리적인 방법과 경로에 의한 출·퇴근 행위라면 이는 사업주의 지배·관리하에 있다고 보아야 하고, 그러한 출·퇴근

27) 나아가 단순히 교육과 계몽의 차원에서 머물지 않고, ‘1단계 불가피한 운’의 작용을 조정 및 최소화 하는 제도 및 정책을 시행한다면 인식 변화에 더 효과적일 것이다.

과정에서 발생한 재해는 업무상 재해에 해당한다.”

2007년의 아널드는, 반대의견에 따르면 합리적인 방법과 경로에 의한 출·퇴근 행위를 하였으므로 교통사고가 업무상 재해에 해당하여 산업재해보상보험 급여를 받을 수 있으나, 결국 다수의견에 따라 출근 과정이 사업주의 지배·관리하에 있었다고 보기 어려우므로 보험 급여를 받을 수 없다.

2. 헌법재판소 2013. 9. 26. 선고 2012헌가16 전원재판부

이어 2013년 헌법재판소 결정이 있었다. 산업재해보상보험법(2007. 12. 14. 법률 제8694호로 개정된 것) 제37조 제1항 제1호 다목이 공무원과는 달리 산재보험에 가입한 근로자에 대하여 통상적인 경로와 방법으로 출·퇴근을 하던 중 발생한 재해를 업무상 재해로 인정하지 아니하는 것이 평등원칙에 위배되는지 여부에 관하여 합헌의견과 헌법불합치의견이 나뉘었다. 재판관 4인이 합헌의견, 재판관 5인이 헌법불합치의견을 표시하여 위헌의견이 다수이기는 하였으나, 법률의 위헌선언에 필요한 정족수 6인에 미달하여, 최종적으로 합헌결정이 내려졌다. 합헌의견(4인)은 다음과 같다.

“근로자의 업무상 재해에 대한 사업주의 무과실책임을 전보하기 위한 산재보험제도의 법적 성질, 공무원과 근로자의 신분 및 지위 등의 차이, ... 통상의 출·퇴근 재해를 업무상 재해로 인정함으로써 초래될 산재보험 재정지출의 증가 및 산재보험에 관한 광범위한 입법형성권 등을 고려하면, 심판대상조항이 공무원과는 달리 산재보험에 가입한 근로자의 통상의 출·퇴근 재해를 업무상 재해로 인정하고 있지 아니하더라도 그것이 현저히 불합리하여 입법자의 입법형성의 한계를 벗어난 자의적인 차별이라고 볼 수 없다.”

헌법불합치의견(5인)은 다음과 같다.

“... 통상의 출·퇴근 행위 중 발생한 재해를 업무상 재해로 인정하여 근로자를 보호해 주는 것이 산재보험의 생활보장적 성격에 부합함에도, 심판대상조항이 똑같이 산재보험에 가입하였더라도 혜택 근로자만을 보호하고 비혜택 근로자를 제외하는 것은 합리적 근거를 찾을 수 없다. ... 산재보험의 재정 악화 문제는 국가가 가해자를 상대로 적극적으로 구상하는 방안 등으로 어느 정도 해결이 가능한 반면, 출·퇴근 재해를 입은 비혜택 근로자의 정신적·신체적·경제적 불이익은 매우 중대한 점 등을 고려하면, 심판대상조항은 합리적 이유 없이 비혜택 근로자를 자의적으로 차별하는 것이므로, 헌법상 평등원칙에 위배된다.”

즉 위헌의견이 합헌의견보다 많기는 했으나, 공무원이 아닌 2013년의 아널드는 여전히 산업재해보상보험 급여를 받을 수 없다.

3. 헌법재판소 2016. 9. 29. 선고 2014헌바254 결정

이윽고 2016년 헌법재판소 결정은 2013년의 결정을 3년 만에 뒤집고, 근로자가 사업주의 지배관리 아래 출퇴근하던 중 발생한 사고로 부상 등이 발생한 경우만 업무상 재해로 인정하는 산업재해보상보험법 제37조 제1항 제1호 다목이 평등원칙에 위배된다고 판시하였다.

“산재보험제도는 사업주의 무과실배상책임을 전보하는 기능도 있지만, 오늘날 산업재해로부터 피재근로자와 그 가족의 생활을 보장하는 기능의 중요성이 더 커지고 있다. 그런데 근로자의 출퇴근 행위는 업무의 전 단계로서 업무와 밀접·불가분의 관계에 있고, 사실상 사업주가 정한 출퇴근 시각과 근무지에 기속된다. 대법원은 출장행위 중 발생한 재해를 사업주의 지배관리 아래 발생한 업무상 재해로 인정하는데, 이러한 출장행위도 이동방법이나 경로선택이 근로자에게 맡겨져 있다는 점에서 통상의 출퇴근행위와 다를 바 없다. 따라서 통상의 출퇴근 재해를 업무상 재해로 인정하여 근로자를 보호해 주는 것이 산재보험의 생활보장적 성격에 부합한다. ...

따라서 심판대상조항은 합리적 이유 없이 비혜택근로자를 자의적으로 차별하는 것이므로, 헌법상 평등원칙에 위배된다.”

특히 보충의견이 눈여겨볼만 하다.

“현대산업사회에서 산업재해 위험으로부터 근로자의 안전과 생존의 보장은 국가의무의 중요한 부분 중 하나가 되었음을 부인할 수 없다. 헌법 제32조와 제34조는, 사회보장수급권이 국가재정 및 사회적 부담능력의 한계라는 가능성의 유보 아래 법률에 의해 보장된다고 하더라도 산업재해로 ‘인간의 존엄에 상응하는 생활에 필요한 최소한의 물질적인 생활’에 위협을 받거나 이와 밀접하게 연관된 국민에게는 보다 적극적으로 보호조치가 이루어져야 함을 요청하는 것으로 보아야 할 것이다. 그렇다면 산재보험수급권과 관련된 영역에서의 평등심사에 있어 그 심사강도를 강화된 수준으로 높일 필요가 있다. ...

근로자의 출퇴근 재해에 대해서는 국가와 사용자의 강화된 책임과 배려가 필요하다고 할 것이고(보호영역의 특성), 출퇴근 사고로 피해를 본 비혜택근로자에 대한 급부는 긴절하다고 할 수 있다(보호의 긴절성). 그런데 심판대상조항은 비혜택근로자에 대하여 적절하고 효과적인 보호를 위한 충분한 조치를 한 것이라고 할 수 없으며, 사회보장제도로서 산재보험제도의 본질에도 반하는 측면이 있다(보호수준의 적절성). 결국, 심판대상조항이 혜택근로자와 비혜택근로자를 차별하는 것에 헌법상 허용될 만한 정당하고 충분한 이유가 없다고 할 것이다.”

이 판결 이후 산업재해보상보험법이 개정되었고, 비로소 자가용, 대중교통 등으로 출퇴근 중 발생한 사고도 산업재해로 처리하는 제도로써 ‘출퇴근재해 보상제도’가 2018년 1월 1일부터 시행되게 되었다. 그 결과 2018년의 아널드는 비로소 산업재해보상보험 급여를 받을 수 있게 되었다.

물론 이 판결이 명시적으로 운 평등주의 이론을 따르고 있지는 않다. 출퇴근 재해가 ‘불가피한 운’에 의해 발생한 것이기 때문에 보장되어야 한다는 논리를 면전에 내세우고 있지는 않기 때문이다. 그럼에도 보충의견에서 제시하는 보호영역의 특성, 보호의 긴절성 등은 분명히 주목할 만하다. 그리고 그것의 철학적 논거로서, ‘자원의 평

등’ 이론에서 제시하는 ‘소질-둔감성’과 ‘선택의 장막’ 이론에서 제시하는 ‘2단계 불가피한 운’이 함께 적용된다면, 보다 탄탄한 논리가 구성되지 않을까하는 자그마한 희망을 품어본다.

I. 제2부 : 운 평등주의적 능력주의

제1원칙 : 자신의 노동 가능 역량(capacity)에서 얼마나(%)를 실제 노동에 투여하는지에 따라 소득이 분배되어야 한다.

제2원칙 : 소득의 분배에 따른 차이는 수인불가능한 사회적·정치적 불평등을 야기하는 것이어서는 안 된다.

본고는 위의 운 평등주의적 능력주의의 두 원칙을 논증하는 것을 목적으로 한다. 운 평등주의적 능력주의의 두 원칙은, 개인의 소득이 운이 아니라 순수한 노동 투입량에 의해서 결정되도록 하며, 이러한 소득의 차이가 경제적 영역 외의 다른 영역에서 불평등을 야기하지 않도록 하는 분배정의이론이다. 또한, 운 평등주의적 능력주의는 능력주의와 운 평등주의 양자의 장점은 유지하면서도 그 단점은 보완하는 분배정의이론이다. 능력주의에 따르면 개인의 능력에 따른 분배가 이루어지지만 자연적 재능에 영향을 받는 형태의 소득 분배를 막을 수 없다. 일반적인 운 평등주의에 따르면 운적 요소에 의한 분배가 배제되지만 제거하지 않아야 할 운적 요소의 영향력조차 제거해 불공정한 분배를 초래한다. 그에 반해 운 평등주의적 능력주의는 운의 종류를 분류하고 그 중 특정한 운의 영향만을 배제하여 두 이론의 장점을 취한다.

II. 두 원칙에 대한 논증

1. 개념과 특징

이 절에서는 본격적인 논증에 앞서 운 평등주의적 능력주의의 두 원칙이 어떠한 개념이고 그 특징은 무엇인지 논하겠다. 이를 이후 논의의 기초로 삼겠다.

제1원칙은 “자신의 노동 가능 역량(capacity)에서 얼마나(%)를 실제 노동에 투여하는지에 따라 소득이 분배되어야 한다”는 것이다. 제1원칙은 구체적으로 어떠한 의미일까? “노동 가능 역량”이란 한 사람이 노동에 투여할 수 있는 1) 시간 2) 체력 3) 정신적 에너지의 총합을 의미한다. 간단히 말해 노동 가능 역량을 100% 투여한다는 것은 개인이 온 힘을 다해서 일을 한다는 것이다. 이러한 노동 가능 역량은 사람마다 다를 수밖에 없다. 자연적 재능을 포함한 운적 요소에 의하여 역량이 달라지기 때문이다. 그러나 각자의 한정된 역량에서 어느 정도를 발휘하느냐는 선택의 영역에 해당한다. 모든 사람은 자신의 역량 내에서 원하는 만큼 일할 수 있는 것이다. 그렇기 때

문에 제1원칙은 소득이 개인의 선택에 의해서 결정되도록 한다.

제2원칙은 “소득의 분배에 따른 차이는 수인불가능한 사회적·정치적 불평등을 야기하는 것이어서는 안 된다”는 것이다. 제2원칙은 구체적으로 어떠한 의미일까? 제2원칙은 제1원칙에 따른 소득 분배의 범위를 규정하는 것으로, 경제적 영역에서의 불평등이 그 외의 영역으로 전이되는 것을 막기 위한 것이다. 이러한 전이는 두 가지 양상으로 나타날 수 있다. 첫째, 경제적 불평등에 의해서 ‘직접적으로’ 사회적·정치적 불평등이 나타날 수 있다. 예를 들어, 좋은 차를 타고 좋은 옷을 입는 부자들은 가난한 사람들과 사회적으로 구분된다. 둘째, 재산의 경제적 불평등에 의해서 ‘세습에 의해’ 사회적·정치적 불평등이 나타날 수 있다. 예컨대, 부잣집 자제는 부모의 재산을 통해 수준 높은 교육이라는 일종의 문화자본을 얻는데, 이러한 교육의 차이가 사회적·정치적 불평등으로 연결될 수 있는 것이다. 이러한 양상은 향후의 논의를 더 생생하게 이해하기 위해 염두에 두어야 한다.

이러한 제2원칙의 의미가 더 구체화되기 위해서는 결국 “수인불가능”하다는 것이 어떤 의미인지 파악되어야 한다. 그러나 수인불가능성은 결국 현실의 사안에 따라 규정되어야 할 것이다. 예를 들어, ‘어떤’ 유형의 고액과외를 막지 않으면 ‘어떤’ 불평등이 야기될 것인가 등을 규명하는 과정을 거쳐야만 “수인불가능한” 사회적·정치적 불평등이 무슨 의미인지 알 수 있게 된다. 이 구체화 과정은 IV장에서 이루어진다.

2. 제1원칙 논증

이 절에서는 운 평등주의적 능력주의의 제1원칙을 논증하겠다. 제1원칙을 도출하는 과정은 능력주의에 대한 비판에서부터 시작된다. 즉, 자연적 재능을 포함하는 여러 운적 요소에 의해 영향을 받아 나타나는 소득 분배는 정의롭지 않다는 것이다.

병수	상익	정민
뛰어난 재능	보통의 재능	형편없는 재능
노력 30	노력 50	노력 70
소득 70	소득 50	소득 30

[표1] 능력주의의 분배(우연적 요소에 의해 영향을 받는 분배)

[표1]과 같은 분배를 상상해보자. 병수, 상익, 정민은 문서를 처리하는 사무직으로 일하고 있다. 병수는 글을 굉장히 빨리 읽는 재능이 있고, 상익은 평균적인 속도로 글을 읽으며, 정민은 그러한 재능이 전혀 없어 느릿느릿 글을 읽는다. 그렇기에 병수는 자신의 뛰어난 재능으로 정민보다도 훨씬 적은 노력으로 더 많은 소득을 올릴 수 있다. 반면 정민은 거의 하루 종일 일하지만 타고난 재능이 거의 없어 자신의 열악한 처지를 결코 극복할 수 없다. 능력주의의 이러한 분배는 불공정한 면이 있는 것으로 보인다.

병수	상익	정민
노력 30	노력 50	노력 70
“귀차니즘 유전자” 0	“귀차니즘 유전자” △	“귀차니즘 유전자” X
소득 보정값 +20	소득 보정값 0	소득 보정값 -20
소득 50	소득 50	소득 50

[표2] 운 평등주의의 분배(우연적 요소에 의한 영향을 제거한 분배)

이러한 비판을 받아들여 [표2]와 같은 분배를 상정해보자. 우연적 요소에 의한 영향을 제거해버린 분배이다. 다만, 그 과정에서 특정한 운의 영향까지 모두 배제되었다는 것을 강조하여 표현한 것이다. 운의 영향을 제거하는 과정에서 ‘자리에 앉아 일을 시작할 마음을 먹는 것을 귀찮아하는 성향’을 발현시키는 “귀차니즘 유전자”의 영향까지 제거하였다고 하자. 그리고 귀차니즘 유전자의 영향을 제거하기 위해서는, 이 유전자가 강하게 발현된 병수에게는 20의 소득을 더 주어야 하고, 이 유전자가 전혀 발현하지 않은 정민에게서는 20의 소득을 제해야 한다고 하자. 정민에게서는 불만이 나을 법하다. “내가 가장 열심히 많은 일을 했는데 왜 이것밖에 못 받지?” “왜 그 시간에 놀았던 병수, 상익과 같은 대접을 받아야 하지?”라는 것이다. 이러한 불공정한 대접의 이유가 단순히 자신이 ‘귀찮아하는 성향’을 가지지 않은 것이기 때문이라는 걸 안다면, 정민은 더욱 강하게 불만을 느낄 것이다.

[표1]에서처럼 ‘우연적 요소에 의해 영향을 받은’ 분배도 정당하지 않고, [표2]에서처럼 ‘우연적 요소에 의한 영향을 제거한’ 분배도 완전히 정당하지는 않다. 사실 운에 의한 영향을 모두 제거한다고 하면 노력이나 투입에 비례하는 분배가 산출될 것 같지만, 실제로는 그러한 통념과는 조금 다른 분배가 산출되기 때문이다. 운의 영향을 제거하든 안하든 문제가 있기에 이러한 상황을 잠정적으로 딜레마로 규정하겠다. 이러한 딜레마를 돌파하기 위해 다음의 분배를 떠올려보자.

병수	상익	정민
투입 30%	투입 50%	투입 70%
소득 30	소득 50	소득 70

[표3] 운 평등주의적 능력주의의 분배

[표3]의 분배는 운 평등주의적 능력주의에 따른 분배이다. 오로지 경제 활동에 얼마나 시간, 체력, 에너지의 총체를 투입했느냐에 비례하여 소득이 결정된다. 이러한 분배는 [표1]의 능력주의에 따른 분배처럼 노력과 재능이 아닌 개인 외적인 요소의 영향을 제거했을 뿐만 아니라, [표2]의 운 평등주의적인 분배처럼 자연적 재능에 의한 영향을 제거하되, 일부 운의 영향은 남겨둔 것이다. 즉, 운 평등주의적 능력주의는 운

평등주의의 분배와 한 가지 차이점을 가지는데, 바로 “불가피한 운(brute luck)”의 영향을 어떻게 제거하느냐는 것이다. 운 평등주의자들은 선택적 운(option luck)과 불가피한 운을 구별한다. 선택적 운은 자신이 스스로 운의 영향을 감수한 경우를 말한다. 예컨대, 복권을 사는데 돈을 들여서 그 결과 당첨이 되지 않는 경우이다. 운 평등주의자들은 선택적 운에 의한 결과는 온전히 그 개인의 몫이라고 말한다. 반대로 불가피한 운은 개인의 통제를 벗어나 나타나는 운이다. 예를 들어, 교통사고로 몸이 불편해지는 경우이다. 운 평등주의자들은 불가피한 운에 의해서 누군가 열악한 처지에 놓여서는 안 된다고 한다.²⁸⁾ 그래서 불가피한 운의 영향을 제거한다.

‘글을 빨리 읽는 재능의 유무’, ‘귀차니즘 유전자의 발현 정도’ 모두 이 불가피한 운에 해당한다. 그런데 이러한 불가피한 운의 영향을 ‘전부’ 제거하여 도출된 [표2]의 분배는 무언가 불공정한 것으로 나타나 우리의 직관에서 벗어난다. 그래서 이러한 난점을 벗어나기 위해, 운 평등주의적 능력주의는 모든 불가피한 운의 영향을 제거하고자 하지 않는다. ‘약한 불가피한 운’과 ‘강한 불가피한 운’을 구분하고, 후자의 영향만을 제거한다.

- ① 약한 불가피한 운 : 선택만으로 그 영향을 극복할 수 있는 불가피한 운 (귀차니즘 유전자)
- ② 강한 불가피한 운 : 선택만으로 그 영향을 극복할 수 없는 불가피한 운 (독해 재능)

운 평등주의적 능력주의에서는 약한 불가피한 운의 영향은 제거하지 않는다. 예를 들어, 귀차니즘 유전자는 사람이 경제 활동에 시간, 체력, 정신적 에너지를 얼마나(%) 투자하느냐에 분명히 영향을 준다. 그러나 그러한 영향에 의해 개인 간에 나타나는 차이는 각자의 선택에 의해서 쉽게 극복될 수 있는 것이기에, 굳이 그 영향을 제거하지 않는다. 그 영향을 제거하는 것이 오히려 더 불공정한 분배를 야기하기 때문이다. 예를 들어, 병수는 약한 불가피한 운인 귀차니즘 유전자에 의해 강하게 영향을 받지만, 한편으로 그 영향에서 비교적 쉽게 벗어날 수 있다. 일을 하고 싶으면 귀찮지만 그저 책상에 앉으면 된다. 병수가 단지 귀찮다는 이유로 일을 하지 않는다 하여 이를 재분배로 보정해서는 안 된다. 예시로는 귀차니즘 유전자만을 들었지만, 약한 불가피한 운의 범위는 노력을 하지 않게 만드는 여러 우연적 영향을 포괄한다.

두 가지 불가피한 운을 구분 짓는 기준이 ‘노력’이 아니라 ‘선택’에 의한 것이라는 점이 중요하다. 강한 불가피한 운인 자연적 재능에 의한 영향도 오랜 노력에 의해서 그 격차를 극복하는 것이 가능하다. 예컨대, 빠르게 글을 읽기 위해서는 속독 훈련이나 오랜 독해의 과정이 필요할 것이다. 그러나 선택만으로 그 영향이 극복될 수 있다는 것은 개인이 별도의 시간, 체력, 에너지를 소비하지 않더라도 이러한 차이를 없앨 수 있다는 것을 의미한다.²⁹⁾ 만약 불가피한 운을 극복하기 위해 별도의 시간, 체력, 에너지를 소비하게 된다면 그 자체로 인하여 타인보다 열악한 처지에 놓이게 되는 것

28) 스투어트 화이트. 위의 책, 136. 이에 동의하지 않는 운 평등주의자도 있을 수 있다.

29) 물론, 만약 선택의 과정에서 정신적인 에너지가 소요되는 부분이 있다면 이는 노동 투여 정도(%)의 계산에 미량이나마 포함되어야 할 것이다.

이기 때문이다. 그러한 영향을 주는 운은 강한 불가피한 운에 해당하여 제거해야 마땅한 것이다.

이에 대해 다음과 같은 즉각적인 의문이 제기될 수 있을 것이다. ‘불가피한’ 운이라면 선택에 의해서 ‘극복’될 수 없어야 하는 것 아니냐는 것이다. 즉, 약한 불가피한 운이라는 것 자체가 모순인 성립불가능한 개념이 아니냐는 것이다. 그러나 앞서 언급했듯이, 불가피한 운은 ‘누군가 스스로 통제할 수 없는 과정을 거쳐 주어진 운’을 의미할 뿐이다. 통제할 수 없는 과정으로 주어지더라도, 결과의 측면에서 그 영향력은 극복될 수 있다. 예를 들어, 귀차니즘 유전자는 부모에 의해서 일방적으로 전달되어 개인에게서 발현된다. 그러나 우리는 선택에 의해서 이러한 귀차니즘 유전자의 영향을 벗어날 수 있다. 책상에 앉기로 결정할 수 있는 것이다.

3. 제2원칙 논증

제2원칙의 필요성은 제1원칙의 한계로부터 도출된다. 제1원칙을 따르도록 한다면 그로 인하여 경제적 격차가 생겨날 것이고 이로 인하여 사회적·정치적 불평등이 야기될 수 있기 때문이다. 그렇기 때문에 제1원칙에 따른 경제적 격차를 한계 지을 이론적 장치가 필요한 것이다.

먼저, 작은 경제적 불평등도 사회적·정치적 불평등으로 연결될 수 있다는 점을 고려해야 한다. 300만원을 버는 사람과 320만원을 버는 사람이 있다고 하자. 그 20만원의 격차 때문에, 320만원을 버는 사람은 300만원을 버는 사람에 비해 어학학원을 하나라도 더 다닐 수 있다. 그 20만원의 격차 때문에, 300만원을 버는 사람에게는 ‘대선 당일에도 투표를 하지 않고 일을 할 유인’이 조금이나마 더 주어질 수 있다. 결국 경제적 불평등 자체를 없애지 않는 이상 작은 사회적·정치적 불평등조차 발생하지 않도록 하는 것은 어렵다. 따라서 경제적 불평등으로부터 사회적·정치적 불평등이 전혀 야기되지 않거나 아주 미세한 수준으로만 야기되도록 제2원칙을 구성할 수는 없다. 이는 소득 격차를 전제하는 제1원칙 자체를 거의 불가능하게 만들기 때문이다. 결국 일정한 정도의 사회적·정치적 불평등이 발생할 수 있다는 점은 받아들여야 한다.

오히려 정도의 차원에서 제2원칙은 “수인불가능한” 수준의 사회적·정치적 불평등을 야기하는 경제적 격차가 발생하는 것을 막는 이론적 장치로 기능해야 한다. 사회적·정치적 불평등이 일정 수준 이상으로 심화될 경우 우리의 기본적인 자유나 권리를 침해하는 형태로 나타날 수 있기 때문이다. 토머스 스캔론은 경제적 불평등으로 인하여 사회적·정치적 불평등이 수인불가능할 정도로 심화되는 경우를 다음과 같이 분류한다.³⁰⁾³¹⁾

30) Scanlon, T. (2018). *Why does inequality matter?*. Oxford University Press.

31) IDEAS.TED.COM, The 4 biggest reasons why inequality is bad for society[Website]. (2020, May 31). <https://ideas.ted.com/the-4-biggest-reasons-why-inequality-is-bad-for-society/> 참조.

- ① 경제적 불평등은 새로운 형태의 사회적 신분질서를 발생시킨다. 예를 들어, 비싼 동네에 사는 사람들과 가난한 동네에 사는 사람들 사이에 강한 신분질서가 나타날 수 있다.
- ② 경제적 불평등으로 인하여 사회적 출발선이 달라질 수 있다. 예를 들어, 누군가는 막대한 비용을 들여 대입 컨설팅을 받아 남들보다 훨씬 좋은 대학에 입학할 수 있다.
- ③ 재산을 축적하여 타인을 부당하게 통제할 수 있을 정도의 권력을 획득할 수 있다. 예를 들어, 매스미디어에 광고를 하거나 하지 않음으로써 이를 통제할 수 있다.
- ④ 경제적 불평등으로 인하여 정치 제도가 공정하게 운용되지 않을 가능성이 있다. 예를 들어, 미국에서는 로비가 문제가 될 것이며, 한국에서는 정치 후원금이 문제가 될 수 있다.

이러한 스캔론의 논의에 따라 수인불가능성을 유형화해 볼 수 있다. 즉, 수인불가능성이란 경제적 격차에 의해 ① ‘확고한’ 사회적 신분질서가 생기거나 ② ‘따라잡을 수 없는’ 기회의 불평등이 야기되거나 ③ 누군가 타인이 ‘쉽게 벗어날 수 없는’ 통제력을 발휘할 수 있게 되거나 ④ 정치적 ‘주권이 침해될 정도’로 제도가 불공정하게 운용되는 경우를 의미한다고 재구성하는 것이다. 물론, 이 네 가지 경우의 수로 모든 형태의 사회적·정치적 불평등이 포괄되었다고는 할 수 없다. 또한 ①-④에 따르는 수인불가능성의 의미가 명확하게 확정되려면, 시간의 흐름에 따라 변화하는 현실 속 사안들을 고려해야만 한다. 이처럼 제2원칙은 거시적인 적용 범위를 가지기 때문에 오히려 미시적인 사안들과 밀접한 연계를 통해 구체적으로 그 기준을 수립해야 한다. 앞서 언급했듯이 이 작업은 IV장에서 이루어진다.³²⁾

III. 이론적 위치 짓기

1. 운 평등주의: 노력-고삐 채우기 문제

본 절에서는 운 평등주의적 능력주의가 운 평등주의에 비해서 가지는 장점이 무엇인지 논하여 그 이론적 타당성을 입증한다. 이를 위해, 운 평등주의에 대해 제기되었지만 운 평등주의적 능력주의에 대해서도 마찬가지로 제기될 수 있는 비판을 검토한다. 한편, 능력주의와 운 평등주의적 능력주의를 비교하지는 않는다. 두 원칙은 능력주의에 비해 강점을 가지기는 하지만, 이는 그 이론적 정의(定義)로부터 직접적으로

32) 그렇다면 이렇게 구성된 제2원칙을 포함하는 운 평등주의적 능력주의의 두 원칙은 역으로 “사회적·정치적 불평등이 경제적 불평등으로 전이되는 문제”를 막을 수 있을까? 여러 영역의 불평등이 서로 간에 전이되도록 하지 않는 것은 평등주의적 원칙이 갖추어야 할 조건이기에, 운 평등주의적 능력주의의 두 원칙은 이 문제에도 답을 할 수 있어야 한다. 이를 스캔론의 ‘스포츠 스타와 CEO의 예시’를 통해 살펴볼 수 있다. 스캔론은 같은 고소득자라도 스포츠스타의 소득이 CEO의 소득보다 더 정당하다고 주장한다. 왜냐하면 스포츠스타의 소득은 그들의 재능과 노력에 대한 시장경제적인 판단을 통해서 결정되지만, CEO의 소득은 이사회에 대한 영향력이나 회사의 위계적 구조 등 사회적 영역의 불평등에 의해서 영향을 받기 때문이다. 즉, 사회적 불평등이 경제적 불평등으로 연결되는 문제를 지적한 것이다. 다행히도 두 원칙에 따르면 이러한 문제가 발생하지 않는다. 제1원칙과 제2원칙이 동시에 적용되기 때문에, 역으로 제2원칙에 대해 제1원칙이 보조적 역할을 수행할 수 있다. 제1원칙에 따르면 소득은 사회적·정치적 영향력이 아니라 노동 역량을 얼마나 투여했느냐에 의해 결정된다. CEO에게도 이 원칙이 마찬가지로 적용되는 것이다. 따라서 그의 경제적 소득은 그의 사회적 지위에 의해 영향을 받아 결정되지 않는다. Scanlon, T. M. (2014). Plural Equality, 19-21.

도출되는 특성에 불과하기 때문이다. 즉, 운 평등주의적 능력주의는 재능에 영향을 받는 소득 분배를 대부분 용인하지 않는다는 것이다.

운 평등주의에 대한 강한 비판으로서, “노력-고삐 채우기(effort-harnessing)의 문제”가 있다. 노력-고삐 채우기의 문제란, 운 평등주의에 따르면 무능한 자들이 소득 재분배를 받아야 하므로, 유능한 자들이 덜 유능한 자들을 위해서 일하도록 강제된다는 주장이다. 즉, 운 평등주의가 개인의 자유를 침해한다는 비판의 일종이다. 이를 구체화하면 다음과 같다.

[운 평등주의의 노력-고삐 채우기 문제]

P1 : 운 평등주의는 불가피한 운에 의해서 누군가가 열악한 처지에 놓이게 되는 것을 부당하다고 본다.

P2 : 따라서, 운 평등주의에 따르면 비교적 재능이 결여된 사람들(무능한 자들)은 소득을 재분배를 받는다.

P3 : 한편, 유능한 자들은 무능한 자들에 비해서 더 많은 경제적 부를 생산한다.

P4 : 그러므로, 무능한 자들에 대한 보상은 유능한 자들이 생산한 부의 이전을 통해 이루어진다. ($\leftarrow P2+P3$)

P5 : 이에 따라, 유능한 자들의 노동 활동 중 일부는 무능한 자들에게 이전될 경제적 부를 생산하기 위한 것이 된다.

P6 : 그러나, 사람의 능력과 노력은 온전히 그 사람의 것이기에, 이로부터 발생한 생산물도 그 사람이 온전히 소유해야 한다. (자기 소유(self-ownership) 논제)³³⁾

C : 운 평등주의는 유능한 자들이 무능한 자들의 이익을 위해서 노동하도록 만든다. ($\leftarrow P5+P6$)

운 평등주의적 능력주의에서도 이러한 노력-고삐 채우기의 문제가 발생할 수 있다. 유능한 자들이 무능한 자들에 비해서 경제적 생산력이 더 높다는 사실은 변하지 않으며, 그렇기 때문에 유능한 자들의 잉여 생산을 무능한 자들에게 이전하는 방식의 분배 제도를 취하게 될 것이기 때문이다. 그러나 운 평등주의적 능력주의는 운 평등주의의 특수한 형태로서, 노력-고삐 채우기의 문제를 벗어날 수 있다. 그렇기에 운 평등주의적 능력주의가 지니는 강점이 부각될 수 있다.

운 평등주의적인 능력주의는 그 제1원칙에 대한 윤리적 정당화 기제를 추가함으로써 위의 ‘자기 소유 논제 P6’를 부정할 수 있다. 운 평등주의적 능력주의가 ‘거대한 경제적 협동체제로서의 사회에 각자가 얼마나 노동을 통해 기여하느냐에 따라서 그에 비례하는 소득을 얻어야 한다’는 이상을 제1원칙으로 표현했다고 상정하는 것이다. 이렇게 구성된 운 평등주의적 능력주의의 입장에서는, 자기 소유 논제에 따라 우리가 능력을 온전히 소유한다는 점까지는 인정할 수 있다. 반대 입장의 이론적 직관을 어느 정도 받아들이는 장점이 있는 것이다. 그러나 운 평등주의적 능력주의의 입장에서, 개인은 결국 사회의 협동체제에 참여함으로써 사회적 산출물인 경제적 부를 획득할

33) 스투어트 화이트. 위의 책, 153.

수 있다는 점이 강조된다. 경제적 부의 획득은 사회적 협동체제 덕분에 가능한 것이기에 노동의 결실이 오로지 자기 덕분이라고 고집하며 이에 대한 전적인 소유권을 주장할 수 없게 되는 것이다. 즉, 위 논변의 명제 P6가 부정되는 것이다. 오히려 운 평등주의적 능력주의는, 개별 인간의 능력이 여타 모든 인간의 능력과 사회구조의 총합에 비해 미약함을 들어, 사회적 협동체제의 역할을 크게 본다. 특히, 이러한 직관은 현대 사회와 같은 복잡한 경제 구조에서는 여러 생산단계와 유통과정을 거쳐야만 개인의 수익이 발생할 수 있다는 점을 지적하면서 더 큰 타당성을 얻을 수 있다.³⁴⁾

즉, 운 평등주의적 능력주의의 구상에 따르면 사회 협동체제에서 우리는 각자 역할을 맡아 나름의 기여를 한다. 물론 그 기여의 절대적 크기는 자연적 재능에 의하여 영향을 받아 결정된다. 그러나 이는 운에 의해 영향을 받아 결정된 것이기에, 중요한 것은 각자가 자신의 역량이 지닌 한계치 아래에서 얼마나 노동을 하느냐이다. 이러한 정당화에 따르면 개인은 사회의 협동체제에 복무하기에, 그리고 이러한 협동체제 자체가 존재하기에 소득을 올릴 수 있는 것이 된다. 협동체제는 나만이 아니라 남에 의해서 가능한 것이기 때문에 자기가 소유하는 것은 자신의 신체와 능력일 뿐이며, 이를 활용해 무언가를 만들어내어도 그것을 '시장' 내지 '사회'에 내다 파는 순간 그 가치를 독점적으로 자기의 것이라고 주장할 수는 없다는 것이다.

2. 존 로머의 '기울어진 운동장의 평탄화' 이론

비교적 최신의 운 평등주의 이론과 운 평등주의적 능력주의를 비교하겠다. 이를 통해 운 평등주의적 능력주의의 장점을 논하겠다. 비교대상은 존 로머의 기울어진 운동장 평탄화(leveling the playing field) 이론이다.³⁵⁾ 이는 운 평등주의적 능력주의와 동일하게 기회의 평등을 핵심으로 하는 이론이다. 존 로머에 따르면 사람은 그 자신의 선택과 노력에 대해서만 온전히 책임을 진다. 그렇기 때문에 사람은 자신의 선택과 노력에 따르는 경제적 몫에 대한 응분의 자격을 지닌다. 따라서 순수한 선택과 노력에 비례해 소득이 주어져야 한다.

존 로머는 정치철학자이자 경제학자로서 자신의 이론을 사회과학적으로 구체화하였다. 그는 우연한 요소에 의한 영향을 배제한 후, 순수한 선택과 노력의 정도를 측정하고자 하였다. 이를 위해, 로머는 먼저 각 개인을 여러 층위의 사회적 집단으로 분류했다. 각 집단은 동등한 수준의 사회적 배경과 자연적 재능을 가진 사람들의 집합이다. 각 집단 내에 각각 특정한 숫자의 사람이 있다고 하자. 그렇다면, 한 사람이 시간의 흐름에 따라 한 집단에서 몇 번째 순위에 위치하느냐에 따라 그 사람의 노력 정도를 측정할 수 있다. 다시 말해, 동등한 재능과 환경에 처해있는 사람들 간에는 출

34) 운 평등주의도 그 형태나 정당화 방식에 따라서, 혹은 이를 수정함에 따라서 노력-고삐 채우기의 문제에 대해 동일한 반박을 할 수 있을 것이다. 어찌 되었든 운 평등주의적 능력주의는 그러한 이점을 선점하여 일반적인 운 평등주의에 비해서는 이점을 가진다고 할 수 있다.

35) Roemer, J. E., & Trannoy, A. (2015). Equality of opportunity. *In Handbook of income distribution* (Vol. 2, pp. 217-300). Elsevier. Roemer, J. E. (1998). *Theories of distributive justice*. Harvard University Press. 참조.

발점이 같게 되기 때문에, 이러한 같은 출발선에서 얼마나 나아갔느냐를 상대적 순위를 통해 측정하면 그 사람의 순수한 선택과 노력을 알 수 있다는 것이다. 이렇게 되면 서로 다른 집단에 소속되더라도, 집단 내에서의 순위가 동일한 사람들은 동등한 소득을 얻게 된다. 예를 들어, 3억의 재산을 가진 집안에서 태어나, 비슷한 지능을 지니고, 서울대학교 법학전문대학원을 졸업하고, 남성이며, 군대를 다녀온 경험이 있는 등의 여러 동일한 특성을 공유하는 사람들의 집단을 구성해보자. 누군가 그 집단의 100명 중에서 20등을 했다면, 그에게는 그 순위에 따르는 소득이 주어진다. 즉, 모든 ‘100명 중의 20등’들에게 주어질 것과 동일한 소득이 주어지는 것이다.

로머의 이론은 운 평등주의를 사회과학적으로 실현 가능한 방식으로 설계했다는 점에서 큰 장점을 지닌다. 이러한 장점은 운 평등주의적 능력주의에 의해서도 유사한 방식으로 받아들여질 수 있다. 그러나 로머의 이론과 운 평등주의적 능력주의는 한 가지 중요한 차이점을 지니는데, 이는 바로 로머의 이론은 앞서 제1원칙에 대한 논증에서의 딜레마를 다루지 않았다는 것이다. 로머의 이론은 개인의 순수한 선택과 노력에 의한 것이 아닌 모든 우연적 요소에 의한 영향을 배제한다. 이 과정에서 ‘약한 불가피한 운’의 영향도 배제된다. 따라서 로머의 이론에 따르면, “귀차니즘 유전자” 등을 가지고 있으면 덜 노력한 자가 더 노력한 자에 비해서 더 나은 처지에 놓이게 된다는 문제가 나타날 수 있다.³⁶⁾

한편, 로머의 이론에 대해 치명적인 비판이 존재하는데, 운 평등주의적 능력주의에도 동일하게 적용될 수 있다. 이는 ‘로머의 이론에 따르면 각 개인이 사회에 필요한 직업에 종사할 유인이 떨어지게 된다’는 비판이다. 로머의 이론에 따르면 각 개인은 자신의 위치에서 열심히 일하면 충분한 소득을 올릴 수 있기 때문에 굳이 원하지 않는 직업을 선택할 유인이 없다. 예를 들어, 많은 숫자의 사람들은, 연예인이 되거나 프로그래머가 되어서 즐겁게 일상을 보내려고 할 수 있다. 반대로 아주 적은 숫자의 사람들만이 단순 반복적인 서류작업을 하려고 할 수 있다. 경제 체제에 더 많이 필요로 하는 것은 후자임에도 말이다. 그러나 일반적인 시장원리에 따라 소득을 분배하면 이러한 문제는 발생하지 않는다. 특정한 직업에 대한 수요와, 그러한 특정 직업에 종사하고자 하는 사람들의 공급에 의해서 그 직업의 급여가 정해지기 때문에, 업무가 힘들어 공급이 적은 직업, 고된 교육과 훈련이 필요하여 공급이 적은 직업 등에서는 수요-공급의 원리에 따라 급여가 상승해 그 직업에 종사할 추가적인 인센티브가 주어지기 마련이다. 따라서 이러한 비판은 로머의 이론에 대해서 특유하게 가해지는 비판인 것이다.

운 평등주의적 능력주의에서도 마찬가지이다. 사회적 협동체제에 각자가 기여하도록 이론을 구성하였지만, 사람들은 꼭 사회가 원하는 방식으로 기여를 하지 않을 수

36) 그 외에도 로머의 이론은 응분과 책임의 개념을 무의식적으로 결부하여 그 이론적 정합성에 문제가 있다는 비판도 존재한다. 이는 로머가 경제학자로서 더 큰 정체성을 가지고 철학적인 논변을 구체화하지 않기 때문에 발생하는 문제인 것으로 보인다. Hurley, S. (2002). Roemer on responsibility and equality. *Law and Philosophy*, 39-64. Dekker, T. J. (2009). Choices, consequences and desert. *Inquiry*, 52(2), 109-126 등 참조.

있다. 개인은 그저 자신의 노동 역량 투여분에 비례하여 소득을 올리면 그만이기 때문이다. 그러나 사회적 협동체제는 필요 역할들이 수행되어야만 기능할 수 있다. 누군가는 지루한 서류 작업을 해야만 하는 것이다. 심지어 이러한 문제는 운 평등주의적인 능력주의가 분배정의이론으로서 실제 제도화되기 위해서는 사회주의 내지 공산주의를 채택해야 한다는 비판으로 연결될 수 있다. 국가가 개인이 경제 체제에서 특정한 역할을 하도록 직접 배치할 수밖에 없다는 것이다. 이러한 비판에 따르면 운 평등주의적 능력주의는 제도적 차원에서 특정한 방식을 상정할 수밖에 없어 그 이론적 함의를 큰 폭으로 줄여야 한다. 따라서 이 문제는 운 평등주의적 능력주의자의 입장에서 중대한 것이다.

그러나 운 평등주의적 능력주의는 정신적 에너지를 노동 역량에 포함시켜, 그 투여 정도에 비례해 소득이 분배되도록 하기에 이러한 문제를 해결할 수 있다. 즉, ‘사회적으로 기피되는 일’을 하는 사람들은 일을 함에 있어서 많은 정신적 에너지를 투여하게 된다는 점을 이론적으로 고려하는 것이다. 흥미가 느껴지지 않는 일이나 흔히들 하기 싫어하는 일을 하는 사람은 그 일을 함에 있어서 더 많은 정신적 에너지를 들여야 한다. 단순 서류작업을 끊임없이 해나가기 위해서는 인고의 순간들을 견뎌내야 하며, 더러운 오수 처리장을 정화하는 일을 하는 사람은 액취로 인하여 강한 스트레스를 받게 된다. 제도화 과정에서도 운 평등주의적 능력주의는 이러한 고려를 반영할 수 있다. 기피 노동을 하게 됨으로써 들어가는 정신적 에너지를 높게 책정하고 이를 감안해 소득을 분배할 수 있을 것이다. 그렇게 되면 사회적으로 기피되는 일을 할 유인이 각 개인에게 현실적으로 주어지게 된다.

IV. 숙고된 판단을 통한 구체화

본 장에서는 반성적 평형의 일환이자 그 마지막 단계로서 ‘숙고된 판단과의 연계를 통한 이론적 구체화의 과정’을 거치도록 하겠다. 이를 위해 헌법재판소의 전면적 과외교습 금지에 대한 위헌 결정례를 살펴보고 이에 따라 운 평등주의적 능력주의의 제2원칙을 구체화하겠다. 즉, 앞서 I장에서는 제2원칙을 “소득의 분배에 따른 차이는 수인불가능한 사회적·정치적 불평등을 야기하는 것이어서는 안 된다”는 것으로 정의하였고, II장에서는 그 “수인불가능성”에 대해 네 가지 유형화를 하였다. 그러나 수인불가능성의 각 유형이 실제 사안에 적용될 만큼 구체화되기 위해서는, 숙고된 판단을 통해 그 기준을 확정해야 한다. 여기서는 두 번째 유형인 “② 경제적 불평등으로 인하여 사회적 출발선이 ‘따라잡을 수 없을 정도로’ 달라져서는 안 된다”를 구체화해 보겠다. 이를 예시로 수인불가능성이 구체화될 양상을 보이는 것이다.

숙고된 판단이란 사회적 통념과 구분되는 개념으로, 문제의 복잡성(complexity)을 고려하고, 문제 해결을 위한 상반된 선택지들이 어떠한 결과를 초래할 지 감안하여, 최종적인 판단을 내리는 것이다. 주의할 점은, 본고에서 단순히 헌법재판소 결정례의 권위를 인정하여 이를 숙고된 판단으로 받아들이는 것은 아니라는 점이다. 오히려 숙

고된 판단은 헌법재판소의 결정례에서 주된 의견과 그와 반대되는 의견 사이에서 나타나는 ‘공통적으로 논리 및 그 독자적 발전 형태’를 의미한다. 숙고된 판단은 ‘정의에 대한 직관들’로부터 시작하지만, 본고에서는 단순히 직관을 그대로 차용하는 것이 아니라 그 직관 간의 균형을 찾아 발전시키려 하였다.

1. 헌법재판소 2000. 4. 27. 98헌가16, 98헌마429(병합)

헌법재판소의 전면적 과외교습금지 결정례는 <학원의 설립·운영에 관한 법률>(이하, “법”) 제3조, 제22조 제1항 제1호에 대해 위헌을 선고하였다. 심판대상조문은 다음과 같다.

학원의설립·운영에관한법률 제3조(과외교습) 누구든지 과외교습을 하여서는 아니 된다. 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 학원 또는 교습소에서 기술·예능 또는 대통령령이 정하는 과목에 관한 지식을 교습하는 경우
2. 학원에서 고등학교·대학 또는 이에 준하는 학교에의 입학이나 이를 위한 학력인정에 관한 검정을 받을 목적으로 학습하는 수험준비생에게 교습하는 경우
3. 대학·교육대학·사범대학·전문대학·방송통신대학·개방대학·기술대학 또는 개별 법률에 의하여 설립된 대학 및 이에 준하는 학교에 재적중인 학생(대학원생을 포함한다)이 교습하는 경우

학원의설립·운영에관한법률 제22조(벌칙) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 300만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제3조의 규정에 위반하여 과외교습을 한 자

헌법재판소에 따르면 법 제3조의 입법목적은 비정상적인 과외교습경쟁을 막고 지나친 고액과외교습을 억제하는 것이다. 그러나 입법자는 고액과외교습을 억제하기 위해 실효성이 있는 방법을 택하고자 했다. 입시 과외와 대학생 과외 등 비공개적인 방식으로 진행될 수 있는 개인교습의 경우에는, 국가가 그 실상을 파악하는 것이 어려워 전면적으로 금지한 것이다.³⁷⁾ 그러나 법 제3조는 오로지 입법과 행정의 편의성을 위하여 너무 광범위한 규제 대상을 규정하였다. 이웃집 가정주부가 짬짬에 과외를 하는 것도 처벌되고, 학습지 판매 등의 저액의 개인교습도 처벌되었다. 이에 따라 헌법재판소는 “입법자가 선택한 규제수단은 입법목적의 달성을 위한 최소한의 불가피한 수단이라고 볼 수 없어” 위헌 결정을 내렸다.

운 평등주의적 능력주의의 논의와 관련하여 특히 주목할 만한 부분은, 헌법재판소가 고액과외교습을 금지하는 것 자체가 위헌은 아니라고 밝혔다는 점이다. 오히려 헌법재판소는 국가가 운 평등주의적 능력주의의 제2원칙과 동일한 목표를 추구한다는 점을 명확하게 밝혔다. 경제적 불평등이 사회적 불평등으로 전이되어서는 안 된다는 것이다. 즉, ‘사람은 그의 열악한 경제적 처지로 인하여 너무 열악한 교육을 받게 되어선 안 되고, 이로 인해 남들보다 현저히 뒤처지는 사회적 출발선에 위치되어서도

37) 법 제22조는 법 제3조의 위반에 따른 형사처벌을 규정하므로, 법 제3조가 위헌이 되면 법 제22조도 위헌이 된다.

안 된다’는 것이다. 헌법재판소는 이를 다음과 같이 표현하였다.

“헌법 31조 제1항은 “모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다”고 규정하여 국민의 교육을 받을 권리를 보장하고 있다. ‘교육을 받을 권리’란, 모든 국민에게 저마다의 능력에 따른 교육이 가능하도록 그에 필요한 설비와 제도를 마련해야 할 국가의 과제와 아울러 이를 넘어 사회적·경제적 약자도 능력에 따른 실질적 평등교육을 받을 수 있도록 적극적인 정책을 실현해야 할 국가의 의무를 뜻한다.“

이처럼 헌법재판소는 “실질적 평등교육”을 받을 수 있도록 적극적인 정책을 실현해야 한다고 하여, 사회적 불평등의 정도에 일정한 한계선을 설정한다. 즉, 사회적 출발선이 “따라잡을 수 없을 만큼” 차이가 나서는 안 된다는 제2원칙의 ②유형에 대응하는 내용을 실시하고 있다. 더불어, 헌법재판소는 고액과외가 이러한 의무의 실현에 대한 현저한 방해라는 점을 인식하고 다음과 같이 상술하였다. 이에 따라 헌법재판소의 전면적 과외교습 금지의 위헌 결정례가, 제2원칙을 구체화하기에 적합한 숙고된 판단의 **시작점**으로서 기능할 수 있다는 점이 나타난다.

“고액과외교습을 방지하여 사교육에서의 과열경쟁으로 인한 학부모의 경제적 부담을 덜어주고 나아가 국민이 되도록 균등한 정도의 사교육을 받도록 하려는 법 제3조의 입법목적은 입법자가 ‘잠정적으로’³⁸⁾ 추구할 수 있는 정당한 공익이라고 하겠다.”

2. 제2원칙의 구체화

그렇다면 “수인불가능”한 사회적·정치적 불평등을 야기하는 소득의 차이는 구체적으로 어떻게 규정되는 것일까? 전면적 과외교습금지 결정례에서 헌법재판소는 지나치게 고액인 과외의 경우 “반사회적인 과외교습”에 해당하여 이를 규제할 수 있는 입법 조치를 취할 수 있다고 언급한다. 우리는 이러한 숙고된 판단을 독자적으로 발전시켜 2유형을 구체화시켜야 한다. 물론 “지나친 고액”의 기준이 얼마인지 결정하기 위해서는 사회적인 합의나 별도의 논증이 필요할 것이다. 여기서는 그 기준을 찾아가기 위한 한 방편으로서 사고실험을 제시한다.

[사고실험 : 스카이크슬 고액 과외]

김주영 선생님은 대입 합격을 보장해주는 명품과외를 한다. 즉, 김주영 선생님은 막대한 재산을 축적한 최상류층의 자녀를 대상으로, ‘서울대 의대’ 합격을 100% 보장하는 고액의 과외를 한다. 이 과외를 받기 위해서는 연간 10억의 비용이 든다. 김주영 선생님은 각 과목에서 최고의 실력을 갖춘 선생님들을 채용해 이들을 통해 학생에게 밀착형-맞춤형 과외를 제공한다. 또한, 각 학교의 시험 출제 경향을 통계적으로 분석해 아주 높은 문제 적중 확률을 확보하고, 이를 통해

38) 여기서 ‘잠정적으로’라는 표현은, 균등한 사교육을 받도록 하려는 공익의 정당성이 약하다는 것이 아니라, 이러한 공익보다 더 중요한 다른 공익이 있거나, 이러한 공익을 추구함에 있어서 다른 더 중요한 공익이 훼손되는 경우, 그 다른 공익을 우선할 수 있다는 뜻이다.

학생이 내신 성적을 최상위권으로 유지할 수 있도록 한다. 즉, 많은 부를 축적한 자들의 자녀가 높은 사회적 지위를 획득할 수 있도록 하는 것이다.

이는 경제적 불평등이 사회적 불평등으로 전이되는 하나의 양상을 보여준다. 이 과외를 받을 수 있는 학생과 이를 받지 못하는 학생 사이에서는 실질적으로 평등한 교육이 이루어지지 않는 것으로 보인다. 다시 말해, 이러한 지나친 고액과외는 사회적 출발선을 완전히 다르게 만들어 열악한 처지에 있는 학생들에게 이 과외를 받는 학생을 따라잡기 매우 힘들게 만든다. 그렇기에 이러한 고액과외는 공정한 것으로 여겨질 수 없는 것으로 보인다. 이에 따라, 우리는 지나치게 고액인 과외에 필요한 돈을 댈 수 있거나(afford) 그러한 고액 과외 풍토를 야기할 '정도'의 경제적 격차는 수인불가능하다고 할 수 있을 것이다.

그렇다면 우리는 고소득자의 연간 소득과 저소득자의 연간 소득의 격차가 10억이 되지 못하도록 해야 한다고 일응 제2원칙의 내용을 구체화할 수 있을 것이다. 혹은 생활의 유지에 필수적인 지출이 있을 것이라 예상하고, 고소득의 연간 소득과 저소득자의 연간 소득에서 그 필수적 지출을 제한 나머지 부분 간의 격차가 10억 미만이어야 한다고 규정할 수도 있다. 무엇보다 이러한 '10억'이라는 숫자도 물가, 시장 상황을 비롯한 기타 사회적·경제적 요소에 의해서 달리 규정될 것이다. 즉, 기준은 '객관적으로 변화하는 상태'로 존재하게 된다. 문제는 연간 수입의 격차가 작더라도 이러한 차이가 누적되면 시간의 흐름에 따라 그 격차가 커질 수 있다는 점이다. 작은 차이라도 쌓이고 쌓이면 10억을 넘어서는 부의 격차를 초래할 수 있다.

이에 대한 제2원칙의 대응은 두 가지로 이루어질 수 있다. 하나는 작은 차이가 쌓이고 쌓여도 큰 차이가 되지 못하도록 제1원칙에 따른 소득의 격차를 작게 하는 것이다. 그러나 이렇게 노동에 따른 격차를 줄이게 되면 노동의 가치가 작아지게 되어 노동에 대한 유인이 줄어들게 될 위험이 있다. 그래서 다른 대응도 고려해야 한다. 이는 제2원칙이 단순히 소득 분배에 대한 제도만이 아니라, 여타의 다른 국가적 제도에 적용되도록 하는 것이다. 제2원칙은 '이중적 역할'을 해야 하는데, 한편으로는 제1원칙에 의한 소득의 격차를 줄여야 하지만, 다른 한편으로는 그렇게 규제된 소득 격차에 의해서 획득할 수 있는 사회적 지위나 정치적 권력의 유형도 한정해야 하는 것이다. 이러한 직관은 헌법재판소의 판단과도 부합하여 그 제도적 현실화 가능성을 보여준다. 전면적 교습 금지 위헌 결정례에서, 헌법재판소는 지나치게 고액인 과외 교습에 의해 사회적 출발선이 다르게 되는 경우 이를 '제도적으로' 규제할 수 있다고 언급하는 것이다. 이러한 '제도적' 규제는 소득 격차에 대한 직접적인 규제가 아니라, <학원의 설립·운영에 관한 법률>처럼 소득 외적인 법률에 대한 입법을 통해서 나타나는 규제를 의미하는 것이다.

“입법자는 반사회적인 과외교습에 한정하여 이를테면, 지나치게 고액인 과외교습, 또는 입시준비생을 대상으로 하는 대학교수 등 입시관련자의 과외교습, 학생부나 내신성적 등에 영향을 미칠 수 있는 위치에 있는 교사가 해당학생을 대상으로 하는 과외교습 등과 같이, 입시의 공정성을

저해할 위험이 있는 등 중대한 사회적 폐단이 우려되는 경우에는 이를 규제할 수 있는 입법조치를 취할 수 있다."

3. 직관으로부터의 반론

이러한 운 평등주의적 능력주의의 두 원칙에 대한 구체화 과정에 따르면, 고소득자와 저소득자의 임금격차는 지금보다 급격하게 줄어들 것으로 보인다. 사람은 자신의 노동 가능 역량을 얼마나 투여했느냐에 비례해서 소득을 얻게 될 뿐이며, 그 소득 간의 격차마저 제2원칙에 의해서 범위가 조정되기 때문이다. 이 지점에서 누군가는 다음과 같은 반론을 제기할 수 있을 것이다. “제2원칙에 따르면 고소득자와 저소득자의 소득 격차가 10억보다도 훨씬 적게 될 가능성도 있는 것 아닌가?” “고소득자와 저소득자의 노동 대가가 이렇게 줄어드는 게 말이 되는가?” “내가 이 사회에 만들어낸 가치가 얼마인데 이 돈을 받는 것인가?” 등이다. 우리는 이미 임금격차가 100억을 훨씬 웃도는 사회에 살고 있다. 이 사회에서 형성된 직관에 따르면 임금격차에 대한 두 원칙의 함축은 받아들이기 힘들 수 있다.

그러나 이러한 직관으로부터의 반론은 기존 분배 체계에서의 경험에 크게 의지하고 있는 것으로 보인다. 현재의 분배 제도 하에서, 소득 격차를 초래하는 것은 보통 자연적 재능이다.³⁹⁾ 마이클 조던의 점프력, 뛰어난 변호사의 화술은 대부분 그의 선천적 재능이나 우연한 삶의 경로 등에서 기인한다. 그러나 이처럼 운에 의해서 주어진 요소들은 우리의 의지로 획득된 것이 아니다. 이는 사람들이 임의로 불균등하게 지닌 것일 뿐이다. 그러한 불균등한 요소들 덕분에 누군가는 잘살고 누군가는 못산다는 것이 오히려 받아들이기 힘든 함축이 아닐까?

더욱이 일정한 운적 요소들의 영향을 제외하면, 우리는 각자 역량의 한계 내에서 시간, 체력, 정신적 에너지를 투여하여 노동에 임할 수 있을 뿐이다. 그런데 인간이 시간, 체력, 에너지를 얼마나 투여하느냐는 얼마나 큰 소득의 차이로 연결되어야 하는 것일까? 모두가 동등한 수준의 소득-여가 총합을 누릴 수 있다는 결과적 평등의 요소를 고려하고, 우리가 사회의 협동체제에 복무하는 일원으로서 타인 덕분에 경제적 활동을 해 나갈 수 있다는 점을 감안한다면, 그 소득 격차가 어느 정도 자기 노력으로 인한 것이라고 하더라도 큰 차이로 귀결되어야 할까? 그렇지 않다는 것이 운 평등주의적 능력주의의 직관이 될 것이다.

39) 이러한 의미에서 이 반론은 운 평등주의자들에게도 똑같이 제기될 수 있는 반론이다.

초 록

본 논문에서는 법철학 이론인 운 평등주의를 발전시키는 것을 목표로 한다. 한 사람의 경제적, 경제적, 법적인 기회가 평등하게 주어져야 한다는 '운 평등주의'를 두 가지 차원에서 발전시키고 이를 우리의 법현실에 접목해보고자 한다. 하나는 선택의 장막 이론이고, 다른 하나는 운 평등주의적 능력주의이다. 각각은 드워킨의 이론과 능력주의 이론을 운 평등주의와 접목하고자 하였다. 그리고 이러한 각 이론을 통해서 헌법재판소의 판례를 분석하였다.

참고문헌

도서

- 스튜어트 화이트. (2007). *평등이란 무엇인가*. 강정인, 권도혁 옮김. 까치.
- 존 롤스. (2003). *정의론*. 황경식 옮김. 이학사.
- Scanlon, T. (2018). *Why does inequality matter?*. Oxford University Press.
- Kymlicka, W. (2002). *Contemporary political philosophy: An introduction*. oxford: oxford University Press.
- Young, M. D. (1994). *The rise of the meritocracy*. Transaction Publishers.

논문

- Anderson, E. S. (1999). What is the Point of Equality?. *Ethics*, 109(2), 287-337.
- Brighouse, H., & Swift, A. (2009). Educational equality versus educational adequacy: A critique of Anderson and Satz. *Journal of applied philosophy*, 26(2), 117-128.
- Cummins, R. C. (1998). Reflection on reflective equilibrium.
- Daniels, N. (1979). Wide reflective equilibrium and theory acceptance in ethics. *The journal of philosophy*, 76(5), 256-282.
- Dekker, T. J. (2009). Choices, consequences and desert. *Inquiry*, 52(2), 109-126.
- Hurley, S. (2002). Roemer on responsibility and equality. *Law and Philosophy*, 39-64.
- Kok-Chor Tan. (2014). Luck and institutions: a defense of institutional luck egalitarianism. *Journal of Philosophy*, 105(11), 513-522.
- Roemer, J. E. (1998). *Theories of distributive justice*. Harvard University Press.
- Roemer, J. E., & Trannoy, A. (2015). Equality of opportunity. In *Handbook of income distribution* (Vol. 2, pp. 217-300). Elsevier.
- Scanlon, T. M. (2014). Plural Equality, 1-21.
- Scheffler, S. (2003). What Is Egalitarianism?. *Philosophy & Public Affairs*, 31(1), 5-39.
- Singer, P. (1974). Sidgwick and reflective equilibrium. *The Monist*, 490-517.
- 김주현, 김현철, 「드워킨의 운 평등주의에 대한 비판적 고찰」, 『이화여자대학교 법학논집』 제23권 제4호, 2019, 151-173.

대법원 판결

대법원 2007. 9. 28. 선고 2005두12572 전원합의체 판결

헌법재판소 결정

헌법재판소 2000. 4. 27. 98헌가16, 98헌마429(병합) 결정

헌법재판소 2013. 9. 26. 선고 2012헌가16 전원재판부

헌법재판소 2016. 9. 29. 선고 2014헌바254 결정

웹사이트

IDEAS.TED.COM, The 4 biggest reasons why inequality is bad for society[Website]. (2020, May 31). <https://ideas.ted.com/the-4-biggest-reasons-why-inequality-is-bad-for-society/> 참조.