

애덤 스미스의 법과 경제: 정의와 효율성간의 관계를 중심으로*

김 광 수**

논문 초록

현대 법경제학에서 정의와 효율간의 관계에 대한 논의는 오랜 논쟁 중인 하나의 현안을 구성한다. 본 연구는 스미스의 학문체계 중 영역은 상이하지만 상호연관성이 있는 법과 경제의 관계, 또는 정의와 경제적 효율성의 관계를 조명하고자 시도한다. 그 주요내용은 다음과 같다. 첫째, 스미스는 법의 기초가 되는 정의론을 윤리학의 동감의 이론으로부터 마련하였다. 둘째, 정의의 원리는 국가에 의한 법과 통치, 즉 국가의 법률체계의 근간이 된다. 셋째, 국가의 실정법 중 정의의 법률체계는 사람들의 내면적인 정의감정에 입각하여 권리를 보호하기 위해 입법되고 집행된다. 넷째, 정의와 그 법률체계는 경제활동의 배후에서 직접적인 동기가 되는 사람들의 생활개선 본능과 교환성향을 자극하고 촉진함으로써 효율성을 배가시키고, 반대로 불의는 그와 같은 사람들의 성향을 제약·억제함으로써 효율을 낮추는 것으로 나타난다. 다섯째, 『법학강의』와 『국부론』에서 거론되는, 사법, 가 족법, 공법을 구성하는 다양한 법률에 대한 비판은 정의와 효율성간의 관계를 매우 잘 입증한다. 본 연구를 통해 다음과 같은 기존의 연구성과가 더욱 강화됨을 확인할 수 있다. 첫째, 스미스의 사상(思想)에서 정의와 효율성간의 상호 연관관계를 살펴볼 수 있다. 스미스에게 있어서 정의와 효율의 미시적 또는 사회심리적 토대는 각각 상이함에도 불구하고, 정의와 효율성은 직접적인 연관성을 지닌 것으로 나타난다. 둘째, 이러한 관점의 연장선상에서 스미스의 사회과학체계에서 나타나는 법과 경제, 또는 더 나아가 윤리와 경제의 긴밀한 관계에 주목할 수 있다. 법과 정치의 영역은 내면적 윤리영역에 근거를 두면서도 시장과 경제활동에 불가결한 토대로서 기능하며 주요한 제도적 환경을 구성하고 있는 것으로 나타난다.

핵심 주제어: 애덤 스미스, 법과 경제, 정의, 효율성

경제학문헌목록 주제분류: B12, B31, K10

투고 일자: 2008. 10. 6. 게재 확정 일자: 2008. 12. 17.

* 소중한 논평을 주신 익명의 심사자들에게 감사의 마음을 드린다.

** 성균관대학교 경제학부 부교수, e-mail: glaskim@skku.edu

I. 머리말

현대 법경제학 (또는 일반적으로 국가정책학의 영역)에서 법적정의와 효율성 간의 관계에 대한 논의는 하나의 주요한 현안을 구성한다.¹⁾ 정의와 효율성의 상호관계에 대한 현대적 이슈와 관련하여 애덤 스미스(Adam Smith)의 관점은 무엇인가를 탐구하는 것은 매우 흥미로운 주제가 될 것이다. 이는 스미스 스스로가 오늘날 사회과학의 하나의 체계라고 불릴 수 있는 도덕철학을 중심으로 사회분석을 수행하고 국가정책학의 영역을 다루었음에도 불구하고, 그 같은 이슈를 공식화하지는 않은 점에서 비롯된다.

스미스의 도덕철학체계는 윤리학, 법학, 경제학의 주요 세 부문으로 구성되었다. 이 같은 스미스의 체계 내에서 법학(jurisprudence)은 시민정부가 법과 통치의 근간으로 삼아야 할 일반원리를 탐구하고 이를 바탕으로 공정하고 정의로운 사회질서를 창출하는 방안을 찾는 영역이고, 경제학은 국민 소득의 향상 및 국력 증진의 메커니즘을 탐구하고 그 정책방안을 제시하는 것을 목적으로 하는 영역이다. 스미스의 체계 내에서 외형상 상호 독립성을 지닌 것처럼 보이지만 실상 법학과 경제학은 불가분의 통일적 관계를 지니고 있다.²⁾ 이는 다음의 사실에 의해 분명하다. 첫째, 경제학은 '입법가(立法家)의 학문'(Smith, 1776: 428)의 한 부분으로서 정의된다. 경제활동과 경제질서는 사회의 물적 토대를 구성하는 영역으로 경제적 번영을 위해서는 협력과 통합이 요구되는 반면, 사회적 갈등과 분쟁에 의해 정체가 쇠퇴의 경로

1) 법적 정의와 효율성간의 관계에 대한 법경제학적 논의는 꾸준히 이루어져 왔다. 법적정의의 개념이 다양하고 포괄적인만큼 정의와 효율성이 이론적 또는 실증적으로 항상 일치하는 것은 아니다. 법경제학에서 두 개념간의 관계에 대한 선행연구를 제시하는 다음의 문헌들은 보통법(common law)의 정의가 효율성과 부합하는 경향을 보이고 있음을 지적한다. 예컨대, Posner (1981)는 부의 극대화가 바로 법적 정의이며 법의 토대여야 함을 역설한바 있고, Cooter (2005)는 모든 법의 근본원리인 교정적(corrective) 정의가 통상적으로 효율성과 합치되는 이유는 (자신에 대해서만큼) 타인에 대한 동일한 배려를 강조하는 사회윤리 규범에 대한 중시에서 비롯된다고 한다. 또한 Zerbe (2006)는 보통법에서 정의와 효율성은 실질적으로 중복되는 개념이며, 도덕감정(형평)을 효율성에 대한 정의(定義)에 확대·포함시킬 때 그 일치 정도가 크다고 주장한다.

2) Winch (1978)와 Haakonssen (1981)은 법학, 정치학, 경제학간의 긴밀한 관계를 스미스의 관점에서 진지하게 논의한 초기 연구에 속한다. 최근 Haakonssen (2006)에 의해 편집된, 스미스의 다양한 관심영역을 고찰한 여러 논문들도 그의 도덕철학체계를 구성하는 학문영역들이 독립적으로 존재하는 것이 아니라 상호 깊은 연관성을 지니고 있음을 제시한다.

를 밝게 될 가능성이 매우 높기도 하다. 이러한 관점에서 스미스는 경제활동과 경제질서가 강제 권력을 지닌 국가의 “법과 통치”의 핵심적 원리에 의해 적정한 정도로 규제되어야 하는 대상으로 본다. 둘째, 국부증대와 국가재정 확충의 메커니즘을 고찰하기 위해 『국부론』에서 다뤄지는 논의의 주요 부분이 법과 통치의 일반원리를 탐구하는 『법학강의』의 후편, 즉 내정(행정)일반의 법률의 틀 속에서 이루어지고 있다는 점이다. 이처럼 경제질서의 운용에 관한 논의가 법학강의의 내정일반의 법률 하에서 전개되는 것은 국가통치의 원리의 하나인 사회적 효용의 추구하고 직접적으로 관련된다. 스미스는 편의 또는 효용의 측면에서 경제적 번영을 촉진시키기 위한 국가의 일반적 역할은 무엇이며 이에 따른 입법 및 공공정책의 과제가 무엇인가를 제시하고자 했다.

사회의 운영원리를 조명하고자 한 스미스의 학문체계 내에서 법학과 경제학이 보다 큰 틀 속에서 통일된 체계로서 인식되고 있음에도 불구하고 두 학문분야의 내용은 물론이고 그 목적이 상이하다는 것은 명백하다. 법학에서는 법적 정의(法的正義)의 구현이 사회 운용에 불가결한 실정법의 이념적 토대로 제시되고 있으며, 경제학을 통해서는 사회의 물적 기반인 부의 축적과 경제성과의 달성이 경제적 효율성(效率性)의 제고에 의해 보다 수월해지는 것으로 본다. 즉 스미스의 체계 내에서 정의와 효율성은 지속적 사회발전을 위해 법학과 경제학이 각각 해명과제로 다루는 법과 경제활동이 그 기반으로 삼아 지향해야 하는 별개의 가치기준으로 나타난다. 이처럼 정의와 효율성은 각각 다른 영역의 핵심적 개념 및 규범적 가치임에도 불구하고, 스미스는 정의의 실현과 효율성의 달성은 이론적으로 그리고 법과 경제의 역사적 공간에서 매우 직접적인 연관성을 지닌 것으로 본다.³⁾

본 연구는 스미스의 학문세계에서 통일된 단일 체계의 상이한 영역을 구성하고 있는 법과 경제의 관계를 정의와 효율의 연관성을 중심으로 조명하고자 한다. 본 연구는 결과적으로 선행연구의 성과를 지지하는 것으로 나타나지만, 정의와 효율성간의 이론적 관계 이외에도 특정의 법률과 관련하여 법학적 그리고 경제학적 분석이 동시에 이루어지는 (즉 『법학강의』와 『국부론』 두 저작에 모두 거론되어 비교가 가

3) 스미스의 체계에서 정의와 경제적 번영·효율성의 상관관계는 Fitzgibbons(1995), 박세일(2000), 김광수(2003), Lieberman(2006) 등에서 간략하게 거론되고 있다. 이와는 조금 다르지만 Young(2007)은 스미스의 동감이론에 근거한 재산권의 기원과 진화에 관한 이론을 효율성의 가치를 배경으로 하는 현대 신제도주의 재산권학파의 이론과 비교한다.

능한) 사례를 중심으로 법과 경제 또는 정의와 효율성의 연관관계를 구체적으로 고찰한다는 점에서 선행연구와 대비되는 차이점을 지닌다. 이를 위해서 먼저 제 2절에서는 스미스의 체계에서 정의론의 윤리적 기초를 탐구한 후, 법의 근본원리로서 작용하는 정의와 국가의 실정법체계와의 관계를 고찰한다. 제 3절에서는 법과 경제의 분석을 위한 기초로서 스미스 사상에서 정의와 효율성 간의 긴밀한 연계성, 즉 이론적 상관관계를 살펴볼 것이다. 제 4절에서는 이상의 이론적 논의를 중심으로 하여 『법학강의』와 『국부론』에서 동시에 논의되는 법과 경제의 연관성에 관한 다양한 사례분석을 시도함으로써 스미스가 그리는 정의와 효율성의 관계를 밝히고자 시도할 것이다. 마지막으로 제 5절에서는 본 연구의 내용을 요약하고 결론을 맺을 것이다.

II. 정의와 실정법 체계

1. 도덕감정과 정의

스미스에 따르면, 경제활동의 활성화와 물질적 풍요의 향상은 직접적으로 사람들의 천성(天性)인 생활개선의 본능을 포함한 자애심(self-love)으로부터 비롯된다. 『국부론』에서 이는 많은 경우 자기이익을 자유롭게 추구하는 개인들의 행위가 전혀 의도하지 않고도 사회적 차원의 이익을 낳는다는 소위 “보이지 않는 손”의 논리로 이어진다. 하지만, 자애심의 추구하고 보이지 않는 손의 작용에 관한 스미스의 사상에서 그 전제조건으로 상정되고 있는 부분은 사회적 정의(正義)의 구현 여부는 점이 간과되어서는 안 된다. 스미스는 무조건적인 자기보존과 강렬한 자기이익의 추구는 사회 속에서 타인의 신체, 명예, 재산에 대한 침해를 가져오고, 이는 공정한 경쟁을 훼손하고 사회적 갈등과 무질서를 낳게 되며 최종적으로 사회의 붕괴를 유발할 수 있다고 인식한다. 스미스가 정의를 사회라는 건축물의 기초를 이루는 대들보로서 파악하는 이유다(cf. Smith, 1759: 86).

그렇다면 스미스의 사회과학 체계에서 정의는 무엇이고 어디에 그 기초를 두고 있는가? 스미스의 정의론(theory of justice)은 사람들의 일상적인 도덕판단의 배후에 존재하는 사회심리적 동기의 작용을 다루는 『도덕감정론』에서 나타난다. 스미스에 있어서 정의는 신체, 명예, 재산 등과 관련한 타인의 권리를 존중할 때 성립한

다. 스미스의 정의의 개념은 자연이 부여한 인간 본성, 즉 모든 사람이 지닌 분개심과 관찰자의 동감의 원리에 기초하고 있다.⁴⁾ 타인에게 피해를 가하는 가해자의 행동은 자연적으로 피해자의 분개심을 유발하고, 공정한 관찰자는 피해자에 대해 동감을 하거나 또는 가해자에게 반감(antipathy)의 감정을 가지게 된다. 그러므로 정의는 개인, 가족, 국민으로서 관련당사자가 입은 침해에 대해 피해자가 느끼는 분개심에 대한 공정한 관찰자의 동감으로부터 비롯된다. 이러한 내용은 정의와 자혜의 미덕을 기술하는 『도덕감정론』의 제2부 2편에 잘 요약되어 나타나고 있다.

“그 준수 여부가 우리 자신의 자유의지에 맡겨져 있지 않고 권력에 의해 강제될 수 있으며, 그것을 위반할 때에는 분개심을 유발시켜서 결국은 처벌의 대상이 되는 다른 종류의 미덕이 정의이다. 정의의 위반은 권리의 침해이다. 정의의 덕에 대한 위반은 본래 승인 받을 수 없는 동기로부터 나온 것이기 때문에 어느 특정인에게 실질적이고 적극적인 가해를 입힌다. 그러므로 그것은 분개심의 적절한 대상이며 또한 분개심의 자연적 귀결인 처벌의 적절한 대상이기도 하다. 사람들이 불의에 의하여 입은 침해를 보복하는데 사용되는 폭력에는 공감하고 승인하는 바와 마찬가지로, 사람들은 권리 침해를 예방하고 격퇴하며, 가해자가 이웃들을 해치지 못하도록 하는데 사용되는 폭력에는 훨씬 더 공감하고 승인한다.”(Smith, 1759: 79)

이상과 같은 정의에 대한 논의에서 몇 가지 사항이 주목할 만하다. 첫째, 정의는 소극적 미덕(negative virtue)이라는 점이다. 가해자에 의한 신체상·재산상 침해가 발생한 이후 공정한 관찰자의 피해자에 대한 동감과 가해자에 대한 반감이 표출되는 경우 정의감은 성립한다. 이는 정의가 타인에게 피해를 가하지 않으면 성립하지 않는 소극적 덕목임을 보여준다. 따라서 정의는 타인에게 이익을 베푸는 경우 성립하는 자혜(慈惠)와 같은 적극적 덕목과는 구분·대비된다. 둘째, 정의는 여타의 덕목과는 달리 행위자의 처벌에 대한 동감에 근거하고 있다. 그러므로 정의의 준수

4) 스미스는 다음처럼 기술한다. “분개심은 방어를 위해서 그리고 오직 방어를 위해서 자연이 우리에게 부여한 듯하다. 그것은 정의를 지키는 보호장치이며 죄없는 사람을 지키는 안전장치이다. 그것은 우리로 하여금 우리에게 가해지는 해악을 물리치고 이미 가해진 것에 대해서는 보복을 하도록 촉구한다.”(Smith, 1759: 79) 스미스의 정의론은 윤리학의 동감이론에 근거를 둔 동감정의론으로 사회질서의 유지가 마음의 내면적 작용에서 비롯됨을 강조한다. 이에 대한 주요 연구는 Campbell(1971), Haakonssen(1981)이다.

및 구현은 사람들의 자유의지에 맡겨져 있지 않고 구속력과 강제력을 지닐 수밖에 없다. 또한 이러한 특성 때문에 정의의 준수라고 하는 과제는 어떤 예외도 없이 엄격하고 정확하게 집행되어야 한다.⁵⁾ 셋째, 사람들이 느끼는 정의감은 강제력으로 구현하되 정확성과 엄격성을 지녀야 하는 관계로, 정의를 집행하고 불의를 예방할 제3자적 집단으로서의 국가의 존재 및 활동은 불가피하다. 스미스에게 있어서 정의가 국가의 법률과 정책에 의해 고도의 정확성과 엄밀성을 가지고 실행되어야 하는 문제, 즉 국가에 의한 “법과 통치(laws and government)”의 문제는 이러한 연유에 의해 성립한다.

2. 정의와 국가의 법률체계

위에서 지적한 정의의 속성으로 인하여, 스미스의 사상체계에서 사람들의 도덕감정에 그 기원을 갖는 정의감과 이 같은 윤리적 덕목의 실제적 구현 문제는 국가에 의한 “법과 통치”의 문제와 직접적으로 연관된다. 스미스는 “결코 뿌리지 않은 곳에서 거두기를 좋아하는”(Smith, 1776: 67) 인간의 탐욕(avarice)이 심성의 주요 부분이며, 이러한 탐욕으로 인하여 타인의 권리(생명, 자유, 인격, 재산)를 침해하는 범죄와 사회적 무질서가 초래될 가능성이 농후하다고 본다. 스미스는 『도덕감정론』의 마지막 두 문단에서 정의의 집행이 개개인에 의해 독립적으로 수행되는 경우 발생할 사회적 혼란을 방지하기 위하여 통상적으로 국가는 실정법 체계를 정립하여 사법정책을 펴고 있다고 지적한다. “정의의 침해는 사람들이 상호간에 결코 수용하지 않으려고 하는 사안이기 때문에, 국가 관리는 이 덕성의 실천을 강제하기 위하여 국가권력을 사용할 필요에 놓이게 된다. ... 사람들 각자가 자기 힘으로 정의를 집행하는 것에 수반될 혼란을 방지하기 위하여 이미 상당한 권위를 획득한 국가들의 관리들은 정의를 집행하는 것을 국가의 과제로 삼아, 위법행위에 대한 모든 불평을 듣고 그것을 시정할 것을 약속한다.”(Smith, 1759: 340)

이처럼 스미스의 국가이론에 의하면, 국가의 법률체계는 기본적으로 사람들의 내면적인 도덕감정의 작용에 바탕을 둔 정의의 원리에 근거하여 입법되고 그 실현을 목적으로 집행되며 사회질서의 안정을 도모한다.⁶⁾ 국가의 가장 중요한 임무는 사

5) “정의의 원칙은 가장 엄격하고 정확해야 하며 조금이라도 예외나 수정이 허용되어서는 안 된다. ... 정의의 원칙은 마치 문법의 원칙과 유사하다.”(Smith, 1759: 175)

람들의 정의감정에 입각하여 생명과 신체, 재산과 소유물, 계약 등 권리를 보호하고 자유로운 교환을 보장하는 적절한 법률체도를 유지하는 것이다. 따라서 윤리학과 연관되지만 이와는 구분되는 법학의 영역, 즉 국가의 실정법 체계를 다루는 분야의 문제가 제기된다. 여기서 지적해야 하는 사항은 스미스에게 있어서 법학은 단순히 법의 해석을 다루는 협의의 법학이 아니라는 점이다. 스미스에 따르면, 법학은 “모든 국가의 법들에 일관적으로 적용되어야 하고 또한 그 법들의 기초가 되는 일반원리에 대한 이론”(Smith, 1759: 341) 또는 “시민 정부가 지침으로 삼아야 하는 원칙에 관한 이론”(Smith, 1978: 5) 이라고 기술된다. 이는 법학의 대상과 과제가 자연법(自然法)적인 차원에서 국가의 법과 통치를 지배하는 원리를 토대로 하여 국가 실정법의 체계를 역사적으로 고찰하거나 또는 비판적으로 검토한 후, 궁극적으로 국가정책의 관점에서 대안을 제시하는 것임을 의미한다.

국가의 실정법 체계를 “법과 통치의 일반원리”에 따라 역사적·규범적으로 검토하는 법학 관련 저서의 출간 계획에 대해 스미스는 이미 『도덕감정론』 초판(1759)의 마지막 문단에서 기술한 바 있고, 사망 직전에 개정된 제 6판(1790)의 일러두기 광고에서 재확인한 바 있다.⁷⁾ 물론 스미스는 저서의 일러두기 부분에서 『국부론』을 통해 부분적으로 그 약속을 지켰다고 언급하지만, 법학의 다른 부분, 즉 정의의 법률에 관한 부분은 완성되지 못한 채 사망 직전 그 원고는 소각되었다. 하지만 다행히도 1895년 캐넌(Edwin Cannan) 교수와 1958년 로디언(John Lothian) 교수에 의해 각각 1763-64학기와 1762-63학기에 행해진 법학강의에 대한 수강노트가 발견됨으로써, 도덕철학체계의 한 영역으로서 평생 계획되어 왔던 스미스의 법에 대한 분석의 틀과 내용을 오늘날 대강 파악할 수 있게 되었다.

6) 스미스는 실정 법률체계의 이상적 형태는 사회의 집단적 동감에 부응하는 것이라고 본다. Haakonssen (1982; 1988)은 정의감에 기원을 두고 있는 법과 통치의 문제를 국가이론의 관점에서 파악한다. 또한 Werhane (1991), 박세일 (1989), Cairns (1993)를 보라. 한편, 스미스는 역사적 현실 속에서 실정법은 이해관계가 다양한 국가경영 집단, 이익단체, 관습 및 편견 등의 이유로 인해 자연적 정의를 그대로 구현하는 것보다는 왜곡되는 경우가 많다고 지적한다 (cf. Smith, 1759: 340-1). 이러한 스미스의 법과 정치학적 관점에 대해서는 Winch (1978; 1982)를 보라.

7) 일러두기 광고는 다음과 같다. “나는 다른 저서를 통하여 법과 통치의 일반원리에 관한 설명 뿐 아니라, 그들 원리가 정의에 관한 분야에서만이 아니고 행정, 국가수입, 군비 및 법의 대상이 되는 모든 분야에서 각기 다른 시대 및 시기에서 겪은 다양한 변혁을 설명하도록 시도할 것이다.” (Smith, 1759: 342)

『법학강의』는 국가의 법률체계를 크게 다섯 개의 영역으로 구분하고 있다. 이는 국가의 실정법 체계를 세분하여 열거한 것으로서 정의, 내정(행정), 국가세입, 군비, 국제법 등 5개의 영역이 거론된다. 이상의 영역을 스미스가 거론하는 법과 통치의 두 가지 일반원리에 따라 두 개의 범주로 구분할 수 있다. 첫 번째는 정의의 원리에 기초한 법률체계(laws of justice) 하에 분류할 수 있는 것으로, 공법(公法), 사법(私法), 가족법 등 정의의 국내법, 그리고 그 이외의 전시 및 평화시 국가 간의 관계를 다루는 국제법을 포괄하는 법체계로서 대체로 국가의 사법(司法) 정책과 활동을 다루는 영역이다. 법과 통치와 관련된 두 번째의 일반원리는 국가권력이(정의의 제약조건 하에서) 편의(expedience) 또는 사회적 효용을 추구하기 위해, 즉 사회가 요구하는 특정 목적의 정책을 수행하기 위해 입법화한 내정일반(內政一般)의 법률체계(laws of police)이다. 이 같은 법률체계에는 “저렴과 풍부, 안녕과 청결” 등의 경제·사회문제를 취급하는 내정(행정), 재산세, 소비세, 공채 문제를 거론하는 국가세입(재정), 민병대와 상비군의 문제를 다루는 군비(국방)의 법률에 대한 부분 등 다수의 국정과제가 포함된다.

정의와 경제적 효율성 간의 연관성에 대한 고찰의 문제로 본 연구의 탐구대상이 되는 정의의 법률체계 중 국내법은 사람들이 지니는 권리(또는 정의의 확보)의 차원에 따라 세 가지로 구분된다. 즉, 정의의 법률체계에서 권리는 한 인간(개인)으로서, 가족의 일원으로서, 국가의 구성원으로서 논의할 수 있기 때문에 사법(private law), 가족법(domestic law), 공법(public law)의 영역으로 나뉜다. 한편 개인적 차원의 권리를 다루는 사법은 신체, 명예, 재산상의 권리로 구분하여 다루고 있다. 『법학강의』에서는 이러한 유형의 권리들이 미개사회로부터 근대 문명사회가 성립될 때까지 국가의 실정법 체계에 어떻게 반영되고 변화되어 왔는가를 역사적으로 검토하고 있다.

사법(私法) 부분에서는, 예컨대, 선점, 첨부, 시효취득, 상속, 임의양도 등 재산권의 취득형태를 구분하고, 그 같은 권리 성립의 계기가 역사발전단계에서의 당사자의 합리적 기대와 이에 대한 공정한 관찰자의 동감(정의감)에 기초하거나 또는 처벌(불법행위)의 경우에는 권리침해와 분개심에 대한 반감(불의)에서 비롯되었음을 지적한다. 가족법의 영역에서는 부부, 부자, 주인과 하인, 후견인과 피후견인, 가족 내에서의 권리침해와 처벌의 문제를 역사적으로 거론한다. 공법(公法) 부분에서는 국가의 구성원으로서의 권리 및 그 침해와 관련하여 정치적·공공의 자유

및 권리의 전개·확대의 과정을 역사적으로 고찰한다. 즉, 고대로부터 근대 시민사회에 이르는 역사적 과정 속에서 각종 국가 통치형태(군주정치, 귀족정치, 민주정치, 절대왕정 등)의 성립과 이러한 통치형태 속에서의 정치적 자유 및 권리의 실현 여부를 고찰한다.

Ⅲ. 법과 경제: 정의와 경제적 효율성

1. 경제활동과 효율

전절에서 살펴본 바대로, 스미스에게 있어서 정의는 사람들의 도덕감정, 즉 특정한 침해로부터 느끼는 분개심에 대한 공정한 관찰자의 동감에 그 기원을 두고 형성되는 덕목으로서 윤리학을 통해 논의된다. 그렇다면 경제활동의 효율성에 관해서는 어떠한가? 효율성은 경제성과와 후생을 평가하는 기준으로서 오늘날 경제학에서 중시하는 개념이다. 경제적 효율성(economic efficiency)의 개념을 규정하는데 조금씩 상이한 관점이 존재하고 있다.⁸⁾ 본 연구에서는 경제학계에서 널리 통용되는 파레토 효율성의 생산적 측면을 고려한다. 즉 주어진 투입요소로부터 추가적인 생산 증대가 어려울 정도로 산출물이 극대화된 상태에서 경제적 효율성이 달성된 것으로 본다. 스미스는 경제적 효율성의 개념에 대해서는 정의론(正義論)처럼 직접적으로 거론한 바 없지만, 『국부론』에서 생산 및 성장과 관련된 논의를 살펴보면 오늘날 통상적으로 거론되는 생산에서의 파레토 효율성의 개념에 부합하고 있음을 알 수 있다.

스미스에게 있어서 경제활동을 지배하는 인간의 본성(本性)은 생활여건 개선의 본능과 교환성향이라고 할 수 있다. 스미스는 이기심의 하위 유형인 “자신의 상태를 개선하려는 욕망”(Smith, 1776: 341)은 어머니의 자궁에서부터 나와 무덤에 이르기까지 사라지지 않는 인간의 본능적 성향이며, “하나의 물건을 다른 물건과 거

8) 경제적 효율성의 대표적 개념은 파레토(Pareto) 효율성과 칼도-히스(Kaldor-Hicks) 효율성이다. 파레토 효율성은 적어도 어떤 사람의 후생을 악화시키지 않고는 다른 사람의 후생을 개선할 수 없는 상태를 의미한다. 한편, 칼도-히스 효율성은 이익을 보는 사람이 손해를 보는 사람의 손해를 보상하고도 이익이 남는 경우에 달성된다. 법경제학 교재에서 소개되는 경제적 효율성의 개념과 그 응용에 대해서는 예컨대, 박세일(2000), 포즈너(2004)를 참고하라.

래하고 교환하는 성향”(Smith, 1776: 25)은 분업, 시장 거래 및 기예(arts)를 전개시키는 원천이라고 지적한다.

먼저, 사람들의 생활개선 본능과 교환성향은 시장과정을 통해 자원배분의 효율성 또는 정태적 효율성을 촉진시킨다. 자신의 생활 상태를 개선하려는 태생적 본능과 교환성향은 사회의 구성원인 사람들로 하여금 분업과 교환에 나서게 하고, 시장거래를 통해 경쟁을 촉진함으로써 자원의 효율적 배분에 기여한다. 스미스는 경쟁이 사회적인 차원에서 시장가격을 결정하는 규제원리로서 작용하여 생산물의 시장가격을 자연가격 수준으로 수렴하게 하는 경향이 있다고 보았다. 자유로운 경쟁은 모든 생산물의 시장가격을 경제학적 이윤이 최소화되는 가격수준으로 수렴하게 만든다는 것이다.⁹⁾ 경쟁에 의한 시장가격의 자연가격으로의 수렴 및 산업간 이윤을 균등화는 사회적인 관점에서 자원배분의 효율성을 이루었다는 것을 의미한다.¹⁰⁾

다른 한편, 개별 경제 주체들의 생활개선 심리와 교환성향은 장기적인 경제성장을 유인한다. 자신의 생활개선 성향은 개인적 차원에서 낭비를 자제하고 절약을 자극하며 나태를 개선함으로써 사회적 차원에서는 자본축적을 이루어낸다.¹¹⁾ 그리고

-
- 9) 스미스는 자연가격을 “자유경쟁의 가격(price of free competition)”이며, “판매자가 통상적으로 수용할 수 있으며 동시에 자기의 사업을 지속할 수 있는 최저가격”(Smith, 1776: 78-9)으로 지칭한다. 또한 “상인들의 경쟁 때문에 그들 모두는 이 가격[자연가격]을 받아들여야 하며 그 이하를 받아들일 필요는 없다. 시장에 나오는 상품량은 자연히 유효수요에 적응한다. 왜냐하면 그 양이 결코 유효수요를 초과해서는 안 된다는 것은 상품을 시장에 출하하는데 자기의 토지, 노동, 자본을 사용하는 사람들의 이익이 되기 때문이며, 그 공급량이 결코 유효수요보다 적어서는 안 된다는 것은 여타 사람들 모두의 이익이 되기 때문이다. ... 이리하여 시장에 나오는 양은 곧 유효수요를 충족시키는데 매우 적합하게 될 것이다. 상품가격의 각종 부분들 모두는 자기의 자연적인 수준으로 상승할 것이고, 가격전체는 자연가격으로 상승할 것이다. ... 자연가격은 모든 상품들의 가격이 끊임없이 수렴되는 말하자면 중심가격이다.”(Smith, 1776: 74-5)
- 10) 경쟁을 통한 이윤율의 균등화에 대해서는 다음처럼 언급한다. “새로운 제조업, 상업영역, 농경방법의 개척은 언제나 일종의 투기며 창업자는 이것으로부터 특별한 이윤을 꿈꾼다. 이 이윤은 때로는 매우 크고 때로는 매우 작는데, 일반적으로 그 지역의 오래된 사업의 이윤과는 어떤 규칙적인 비례관계를 가지지 않는다. 그 계획사업이 성공하면 처음에는 이윤이 일반적으로 높다. 그 사업 또는 방법이 완전히 확립되어 잘 알려지면 경쟁에 의해 그 이윤은 다른 사업의 수준으로 저하한다.”(Smith, 1776: 131-2)
- 11) 스미스는 다음처럼 지적한다. “자본과 수입의 비율은 어디에서나 근면과 나태의 비율을 규정하는 것처럼 보인다. 자본이 많은 곳에서는 근면이 지배적이고, 수입이 많은 곳에서는 나태가 지배적이다. 그러므로 자본의 증가와 감소에 따라 실제 노동량, 생산적 노동자의 수, 한 나라의 토지 및 노동의 연간생산물의 교환가치, 국민들의 실제 부와 수입이 증가되고 감소되는 경

이처럼 축적된 자본은 노동의 고용량을 늘리고, 다른 한편으로 고정자본에도 확대 투자되어 생산성을 높임으로써 국민소득을 증가시키는데 기여하게 된다.¹²⁾ 스미스는 생활개선의 본능이 경제활동을 좌우하는 근본 동기로써 작용하여 시장에 경쟁을 만들어내고, 자본축적, 분업의 심화와 시장규모의 확대, 생산력 발전과 기술진보 등을 통해 장기적으로 부의 진보와 경제성장, 즉 동태적 효율성을 일궈낸다고 기술하고 있다.¹³⁾

2. 정의와 효율성간의 관계

앞서 고찰한 바대로, 스미스의 사회과학체계에서 핵심적 가치기준인 정의와 효율성의 미시적 또는 사회심리적 기초는 전혀 다르다. 그럼에도 불구하고 스미스의 사상에서 정의와 효율성은 극히 밀접한 관계를 형성하고 있다. 스미스에 의하면, 사회적 덕목으로서의 정의의 유지는 사회 존립의 토대일 뿐만 아니라 경제적 효율성을 담보하는 핵심적 요소가 된다.¹⁴⁾ 『국부론』의 제 5편에 기술되고 있는 다음의 발

향이 있다.”(Smith, 1776: 337)

- 12) 스미스는 『국부론』에서 “고정자본의 목적은 노동생산력을 증가시키거나 동일한 수의 노동자로 하여금 훨씬 더 많은 작업량을 수행하도록 하는 것이다. ... 이 때문에 기계공업에서의 모든 발전은 ... 항상 사회에 유익한 것으로 간주된다.”(Smith, 1776: 287) 라고 주장한다.
- 13) 다음의 기술을 보라. “자본은 절약에 의해 증가하고 낭비와 잘못된 행동에 의해 감소한다. ... 절약은 생산적 노동자를 고용할 기금을 증가시킴으로써 노동을 통해 노동이 가해지는 대상의 가치를 증가시키는 생산적 노동자의 수를 증가시키는 경향이 있다. 그러므로 절약은 한 나라의 토지와 노동의 연간 생산물의 교환가치를 증가시키는 경향이 있다.”(Smith, 1776: 337) 또한 “수요증가는 생산을 자극함으로써 생산자들의 경쟁을 강화시키고 생산자들은 남보다 싼 값으로 팔기 위해 그렇지 않았으면 결코 생각도 못할 새로운 분업과 새로운 기술개발을 도모하게 된다.”(Smith, 1776: 748) 한편 스미스의 경제성장론에서 분업, 수요(교역) 확대, 규모의 경제 효과와 관련된 최근의 논의는 Krugman (1981), Romer (1987), Lucas (1988), Negishi (2004) 에서 구할 수 있다.
- 14) 본 연구에서의 정의와 효율성의 관계에 대한 논의는 경제학에서 종종 활용되는 정태(stasis) 분석에 가깝다. 만일 스미스의 도덕철학체계를 사회(도덕), 국가, 경제의 상호작용을 고려하는 사회설명모형으로서 상정하면, ‘역사적’ 시간상에서 정의와 효율성은 상호 영향을 미치는 변수가 될 수 있다. 스미스의 법경제 모형에서 사회, 국가, 경제의 상호작용에 대한 간략한 지적에 대해서는 예컨대, Evensky (1994; 2005) 를 보라. 반면 스미스의 법경제학과 관련하여, Malloy (1988; 1994) 는 개인적 자유와 인간의 존엄성 등과 같은 사회윤리적 가치가 무엇보다도 법적 판단에서 우위를 차지하는 기준이라고 보고 있으며, 이와 대조적으로 Posner (1994) 는 부의 극대화 내지는 효율성이 다른 무엇보다도 우선시되는 가치규범이라고

언은 정의와 효율성간의 이 같은 연관성을 압축적으로 표현하고 있다.

“정의(正義)의 조직적 집행이 시행되지 않는 어떠한 국가에서도, 국민들이 재산의 소유에서 불안함을 느끼는 어떠한 국가에서도, 계약이 법률에 의하여 보호받지 못하는 어떠한 국가에서도, 국가의 공권력이 지불할 능력을 지닌 사람들로 하여금 채무를 변제하도록 강제할 수 없는 어떠한 국가에서도 상업과 제조업이 장기적으로 번성한다는 일은 거의 발생할 수 없다.”(Smith, 1776, 910)

그렇다면 정의는 어떤 메커니즘에 의해 경제적 효율성에 직접적인 영향을 미치는가?¹⁵⁾ 스미스가 거론하는 내용은 다음의 몇 가지 사항으로 정리해 볼 수 있다.

첫째, 교환적 정의(commutative justice)가 존재하지 않는 경우에 초래되는 사회적 무질서와 혼란은 경제활동의 존립 기반 자체를 빼앗는다. 최소한의 교환적 정의가 준수되지 않을 때의 사회 혼란과 생명의 위협은 분업과 교환·거래 등 상호 협력과 신뢰의 토대 위에서 성립하는 경제활동을 전적으로 가로막는다. 스미스에 따르면, “사회는 항상 서로를 해치고 상처를 주려고 하는 사람들 사이에서는 존립할 수 없다. 서로에 대한 가해행위가 시작되는 순간, 서로에 대한 분개와 증오가 나타나는 순간에는 사회의 모든 연대관계는 산산이 부서지고 그 사회의 모든 구성원들은 그들의 상호 모순되는 감정의 폭력성과 대립성에 의하여 말하자면 밖으로 흩어지고 분산되기 마련이다.”(Smith, 1759: 86)

둘째, 교환적 정의 가운데 재산권 보호에 의해 안전(security)이 보장되면 경제활동의 효율성이 증진된다. 이는 경제활동을 영위하고자 하는 생활개선 심리를 강하게 자극하는데서 비롯된다. “자유와 안전이 보장될 경우 자신의 생활여건을 개선시키려는 모든 개인의 자연적 노력은 매우 강력한 추진원리로서 작용하기 때문에, 어떠한 다른 도움 없이도 사회의 부와 번영을 가져올 뿐만 아니라, 인정법(human

강조한다.

- 15) 스미스에 있어서 정의의 범주는 아리스토텔레스와 스킨라철학의 전통을 계승하여 교환적, 일반적, 분배적 정의를 포괄하고 있는 것으로 평가된다. 스미스는 국가적 차원에서 정의의 강제는 교환적 정의가 핵심이 되어야 한다고 거론하고 있다. 그러나 일반적 정의를 질서정책적 차원에서 강조하고 있으며, 분배적 정의의 경우에는 “선량한 규율을 함양하고 모든 종류의 악덕과 도덕적 부정을 억제하여 국가의 번영을 도모하는”(Smith, 1759: 155) 정도로 강제할 수 있다고 하여, 발전단계와 사회적 특수성을 고려하여 결정하기를 권고하고 있다. Young and Gordon(1996), Witztum(1997), 김광수(2003)를 참고하라.

laws)이 어리석게도 너무 빈번히 만들어 내는 수많은 장애물을 극복할 수 있다.”(Smith, 1776: 540)¹⁶⁾ 즉 재산권에 대한 안전이 보장될 때, 사람들은 생존의 유지에 적합한 단순재생산 수준에 머무르지 않고 확대재생산을 위해 경제활동에 더욱 의욕적으로 종사하게 된다. 또한 생산물의 분배분은 절약과 자본축적을 통해 재투자되고 생산성과 수요를 증대시켜 계기적으로 경제성장을 유인한다(cf. Smith, 1776, 335-6; 341-3).¹⁷⁾

셋째, 교환적 정의를 구성하는 개인의 신체적 자유(liberty)에 대한 보장은 경제적 효율성을 높이는 극히 중요한 토대로 작용한다. 사법(私法)의 신체에 관한 권리인 자유는 인간행위와 제도에 우선하는 자연권(natural rights)으로서 “남에게 피해를 주지 않는 경우 자신이 하고자 하는 바대로 자신의 신체를 자유로이 사용할 수 있는 권리”(Smith, 1978: 8)라고 기술된다. 교환적 정의로서의 자유의 보장은 경제의 영역에서 경제활동의 자유를 부여하고 소유재산의 자발적인 교환을 허용한다는 것을 의미한다. 이는 스미스가 『국부론』에서 강조한 자유경쟁의 제도적 원천이다. 자유경쟁은 상품의 가격을 “자유경쟁의 가격”(Smith, 1776: 78)인 자연가격으로 수렴케 함으로써, 자원이 시장가치가 가장 큰 용도로 사용되도록 하여 정태적 효율성을 가져온다.¹⁸⁾ 더불어 자유경쟁은 경쟁기업보다 비교우위를 가지기 위해 생산자들간에 혁신(분업과 기술진보)을 촉진시키고 장기적·동태적으로 경제성장을 촉진한다(cf. Smith, 1776: 748).¹⁹⁾

-
- 16) 또한 “자신의 근로의 과실을 안전하게 향유할 수 있을 때, 사람들은 자연히 자신의 생활상태를 개선하려고 전력을 다하며, 생활의 필수품만이 아니라 편의품·사치품을 획득하려고 노력한다.”(Smith, 1776, 405)
- 17) 반대로 재산권에 대한 침해로 인해 안전이 보장될 수 없을 때 사람들은 경제활동을 영위하고자 하는 의욕을 상실한다. “[부의 진보가 지체되는] 또 다른 원인은 시민정부의 속성에 있다. 자주 지적되는 것처럼 사회의 초기에는 명백히도 정부가 약하고 무력했으며, 오랜 시간이 경과해서야 정부의 권위가 이웃들의 약탈로부터 개인의 근면을 보호해줄 수 있었다. 사람들은 자신이 소유하고 있는 모든 것을 빼앗길 위험에 처할 때마다 근면의 의지를 상실한다. ... 부의 진보를 저해하는 요인 중 이보다 더한 장애물은 없다.”(Smith, 1978, 522)
- 18) “한 상품의 시장가격은 오랫동안 자연가격 이상을 유지할 수 있지만 그 이하를 유지할 수는 없다. ... 시장가격은 곧 자연가격으로 상승하게 된다. 이것은 적어도 완전한 자유(perfect liberty)가 있는 경우에 발생한다.”(Smith, 1776: 79)
- 19) 자유경쟁에 의한 장기적·동태적 경제성장의 메커니즘은 Lowe(1954), Richardson(1975), Eltis(1975), Reid(1987) 등에 의해 낙관적 모습으로 그려진다. 한편 Negishi(2004), Rothschild and Sen(2006)은 스미스의 분업과 교역에 관한 이론적 견해가 현대경제에 있어서의 기술진보, 규모의 경제, 산업내무역, 성장의 현상과 잘 부합한다고 지적한다.

IV. 법과 경제의 관계: 스미스 저서의 사례 분석

본 절에서는 앞 절에서 이루어진 정의와 효율성간의 긴밀한 이론적 연계성이 스미스가 거론하는 구체적·경험적인 사례에 대한 분석에서도 그대로 반영되고 있음을 밝히고자 한다. 이를 보기 위해서는 스미스가 법과 경제 분석의 두 측면에서 동시에 거론하는 특정 사례를 중심으로 분석할 필요가 있다. 대체로 『법학강의』와 『국부론』에서 동시에 언급되는 내용을 비교하되, 그 법률적 범주(사법, 가족법, 공법)를 중심으로 사례분석을 하고자 한다.

1. 사법(private law)의 사례: 자유, 재산권, 효율성

가. 장자상속법

법률적으로 상속(succession)은 사법(私法)의 대상인 물권 중 재산권을 취득하는 다섯 가지 방법의 하나에 해당한다. 상속은 유언에 의해서 또는 법적 절차에 의해 조상이나 타인으로부터 재산을 계승하는 방법이다. 스미스는 재산 상속과 관련된 서구의 역사적인 제도를 다루는 과정에서 장자상속법을 언급한다. 로마의 붕괴 이후 중세의 봉건제도 하에서 등장했던 유럽의 장자상속법은 스미스에 있어서 정의와 효율과의 관계를 잘 보여준다.

장자상속법(law of primogeniture)은 토지재산의 상속에서 장남에게 상속받을 우선적 권리를 인정하는 유럽의 법제도이다. 로마시대에는 토지재산의 균등상속제도가 시행되었다. 하지만 로마제국의 붕괴 이후 무질서와 혼돈의 시대가 지속되었고, 소유지의 분할은 결과적으로 거주자의 보호와 안전보장을 파괴하는 것이었다. 따라서 생존권 보장(정의)의 목적으로 토지분할과 권력분점을 방지하기 위해서 장자상속법이 점진적으로 도입되었다. 스미스에 따르면, 나라 또는 대륙 전체 차원에서 법과 질서가 거의 준수되지 않는 환경에서 장자상속법은 제3자의 동감을 얻을 수 있었다고 언급한다. “토지가 생존수단으로서 뿐만 아니라 힘과 보호(power and protection)의 수단으로 간주될 경우에는 토지를 분할하지 않고 한 사람에게 물려주어야 한다는 것이 더욱 바람직하다고 생각되었다.”(Smith, 1776: 383) 한편 한사상속제(entails)는 장자상속법의 연장선상에서 자연스럽게 도입되었다. 이 제도는 최초의 토지 재산이 후계의 소유자에 의하여 유증, 증여, 양도가 되지 않도록, 즉 특

정의 직계상속과 일정한 혈통을 벗어나서는 소유될 수 없도록 규정한 것이다.

하지만 스미스는 18세기 유럽사회의 맥락에서 볼 때, 장자상속법 및 한사상속제의 법제도가 이를 규율하는 정의의 원리를 위배하고 있다고 비판한다. 앞서 고찰한 바대로 스미스의 윤리학과 법학에 의하면, 정의의 법률의 기초는 공정한 관찰자의 초역사적 집단적 동감의 원리에서 나온다. 그런데 장자상속법은 이미 법의 질서 있는 지배하에 사람들의 안전이 상당히 보장되고 있던 18세기 서유럽의 공간상에서 볼 때, “자연, 이성, 정의에 반하는”(Smith, 1978: 49) 법제도로서 지칭된다. 이는 첫째, 제3자의 관점에서 질서와 평가가 지배적인 환경을 고려할 때, 아버지에게 있어서 모든 자녀들의 생존과 후생에 대한 배려는 동일한 비중을 차지할 것이다. 둘째, 자녀 한 명을 위해 여타의 모든 자녀를 빈곤 상태로 방치하는 것은 가족의 이익과 사람들의 상식에 부합되지 않는다.²⁰⁾ 그러므로 토지 상속의 자연법은 토지를 자녀들에게 균등 분할하여 상속하는 것이다. “토지가 동산과 같이 생존 및 향유의 수단으로만 간주될 때는, 상속의 자연법은 토지를 가족의 모든 자녀들 사이에 분할한다. 이는 자녀 모두의 생존 및 향유가 아버지에게 동일하게 중요한 것으로 간주되기 때문이다.”(Smith, 1776: 382)

한사상속제의 경우에도 초역사적 집단적 동감의 원리에 의한 비판이 적용된다. 과거 수 백년 전에 사망한 사람들의 기호에 의해 후세대의 소유권이 규제되는 한사상속제 역시 자연적 정의에 반하는 제도이다. “전반적으로 영구적인 한사상속보다 더 불합리한 제도는 있을 수 없다. 한사상속에서는 유언에 의한 상속의 원리가 결코 발생할 수 없다. 고인에 대한 경건심은 사람들의 마음속에 그들에 대한 기억이 선명할 때에만 일어날 수 있다. 따라서 영구적으로 재산을 처분할 수 있는 권한이라는 것은 명백히 불합리하다. 토지와 토지의 부속물 전체는 모든 세대에 속하며, 이전 세대가 후세대를 구속할 어떤 권리도 없다. 소유권의 이 같은 확대는 지극히 부자연스럽다(quite unnatural).”(Smith, 1978: 468; cf. Smith, 1776: 384)

한편, 스미스의 논의는 장자상속법과 한사상속제가 사회의 집단적 동감과 정의의 원리를 위배한 법률적 측면에 제한되지 않는다. 상속제도와 관련된 스미스의 경제적 관점의 논의의 요점은 법제도가 정의의 원리에 반하게 되면 경제적 효율성을 저하시키게 된다는 것이다. 장자상속법과 한사상속제에 의한 상속 및 소유권 제도는

20) “한 사람을 부자로 만들기 위해 나머지 모든 자녀를 거지로 만드는 이러한 권리보다 수많은 가족 전체의 진정한 이익에 반하는 제도는 없다.”(Smith, 1776: 384)

중세부터 근대에 이르기까지 상당히 오랜 기간 동안 유럽 농업의 억압과 부의 정체를 가져왔다고 한다. 스미스가 거론하는 발전의 저해 메커니즘은 다음과 같다.

첫째, 상기 법제도는 토지소유의 집중화를 초래하여 사회적 낭비를 초래했다. 토지의 상당 부분이 분할이 영구히 배제된 상태로 계승되었고, 대토지는 소유자의 개량의 의지와 능력의 결여로 인하여 상당 부분 미경작지로 남는 경우가 많았다. 스미스에 따르면, 이는 대토지 소유자가 대재산가로서 도락(道樂)을 만족시키고 허세를 부리는데 몰두하지만, 토지 개량과 이윤추구에 있어서는 경제인의 성향과 능력을 결여한데서 비롯되었다.²¹⁾ 반대로, 소토지 소유자에게는 생활개선 심리가 강하게 작용하여 토지개량의 유인이 크기 때문에 자연적 정의감에 따라 상속이 이루어졌다면 사회적 효율성은 제고되었을 것이라고 한다.²²⁾

둘째, 장자상속법에 따른 토지 독점으로 인해 자유로운 분할양도와 시장거래가 억제됨으로써 비효율성이 초래되었다. 거래를 위해 시장에 나온 토지의 양이 적었기 때문에, 토지 가격이 상승하였으며 이에 따라 상대적으로 농업개량을 위한 투자에 적은 자본이 투자되었다. “뿐만 아니라 동일한 규제는 토지를 시장으로부터 구축함으로써 판매하려는 토지보다는 구매하려는 자본이 항상 많기 때문에, 판매되는 토지는 언제나 독점가격으로 팔린다. ... 그러므로 시장에 나오는 토지량이 적고 매물로 나온 토지 가격이 높다는 것은 많은 자본이 토지의 경작 개량에 투자되는 것을 방해한다.”(Smith, 1776: 423) 이는 농업부문 개량의 저해요인으로 작용하여 경제성장에 부정적 영향을 미쳤다고 한다.²³⁾

21) 스미스에 따르면, “잉글랜드와 스코틀랜드에는 중세의 부정부상태 이후로 동일한 가문의 손에 지속적으로 유지된 약간의 대토지가 아직도 남아 있다. 그들 소유지의 현재 상태와 그 영지의 인근 소토지 소유자들의 소유상태를 비교해 보면, 그러한 광대한 소유가 토지개량에 얼마나 불리한지 확신할 수 있을 것이다.”(Smith, 1776: 386)

22) 스미스는 『국부론』에서 다음처럼 기술한다. “유럽에서는 장자상속법과 다양한 유형의 영대소유권(perpetuities)이 대토지의 분할을 저지함으로써 소토지 소유자의 증가를 방해하고 있다. 소지주는 자기가 소유한 작은 토지의 모든 부분을 알고 있고, 재산 특히 작은 재산이 자연적으로 고취하는 모든 애착을 가지고 그것을 바라보며, 그것을 경작하고 장식하는 데에서 기쁨을 얻는 관계로, 소소유자는 모든 개량가 중에서도 가장 근면하고 영민하며 가장 성공적이다.”(Smith, 1776: 423) 『법학강의』에서는 “장자상속의 권리가 농업을 저해한다는 점을 주목해야 한다. 만약 전체의 소유자가 아들들에게 분할되었다면 각각의 아들들은 한 사람이 전체를 개선시킬 수 있는 것보다는 더욱 탁월하게 자신의 소유지를 개선시켰을 것이다.”(Smith, 1978: 466)

23) Smith(1776: 383-5)를 보라. 스미스는 당시 유럽의 여러 나라들의 농업생산성과 투자수익률

나. 독점권 및 개인적 자유

스미스의 법학에서 독점권(exclusive rights)은 물권을 구성하는 권리 중의 하나로써, 특정 재산에 대해 다른 어떤 사람보다 우선적으로 실질적 소유권을 주장할 수 있는 배타적 특권이다. 스미스에 따르면, 사업의 성공가능성이 불투명한 신규 사업 진출에 소요되는 투입비용과 사업위험을 감당한 사업가에게 제한된 기간 동안 “일시적인 독점”(Smith, 1776: 754)을 허용하여 그 업종을 보호할 때 독점권은 성립한다. 이러한 근거로 스미스는 당시 동인도회사처럼 원거리 무역개설에 필연적인 큰 위험과 비용을 부담하는 투자그룹에 대해 제한된 기간 동안 배타적 특권을 부여하는 것이 합당하다고 본다. 이러한 독점권은 새로운 책의 저자 및 기계발명가에게 영국의 법률이 일정 기간 동안 부여하는 배타적 특권에도 적용되는 논리라고 한다. 일종의 벤처적 특성을 지닌 사업에 일시적인 독점권을 부여하는 정부의 보호정책이 없다면 장기적으로 사회에 유용한 사업에 대한 투자를 기대하기 어렵다는 이유에서다.²⁴⁾ 스미스에 의하면, “14년 동안 새로운 책 또는 새로운 기계를 독점 판매하는 특권은 그리 나쁜 경향을 갖지 않는다. 그것은 공로에 대한 적절하고 충분한 보상이다.”(Smith, 1978: 472)

하지만 이와는 달리 동업조합에게 독점권 또는 배타적 특권을 보장한 법제도의 경우에 대해 스미스는 강하게 비판한다. 물론 역사적으로 볼 때 동업조합의 배타적 특권을 규정한 법률(corporation laws)도 도입될 당시에는 동업조합에게 독점권을 부여할 합리적인 근거가 존재했다고 한다. 이는 중세에 이르기까지도 목수나 직조공 등의 수공업자가 농업을 겸영하지 않으면 생존할 수 없을 정도로 사회의 발전단계가 낮은데서 비롯되었다. 지역사회의 번영과 안전이 유지되기 위해서는 다양한 직업으로의 분화가 이루어져야 하는데도, 사회의 실제 발전단계가 그에 미치지 못하는 국면에서 특정 사업에 대한 불확실성을 줄이고 직업 분화를 촉진하기 위한 제도가 동업조합에 대한 독점권 보장이었다. 스미스에 따르면, “사회의 발전이 자연히 가져오는 것보다 더 빠르게 직업의 분화를 도모하고 한 가지 직업에 종사하고 있는 사람들의 불확실성을 막기 위해서 ... 의회는 경쟁자들의 증가에 의해 생계가 단절되는 두려움 없이 그들이 분화된 직업에 종사할 수 있는 특권을 갖도록 결정하

이 정해진 반면 미국의 농업부문 성장률이 탁월한 이유를 이 같은 요인에서 찾는다 (cf. Smith, 1776: 422-4).

24) Smith(1776: 733, 754) 및 Smith(1978: 83) 참조.

였다. 따라서 기술발전의 초기 단계에서 직업의 분화가 완성되도록 이런 조치가 필요하다는 것은 합리적(reasonable)으로 보이며, 이 제도가 유럽의 모든 나라에서 일반적인 관행이 되어 왔다는 점에 의해 이는 입증된다.”(Smith, 1978: 86)

이처럼 독점권은 대부분 도입 초기에는 지역사회의 안전과 번영을 도모하기 위한 목적을 지니고 민법의 산물로서 도입되었다. 하지만 사회의 안전과 번영이 이루어지는 시점과 단계에서 나타나는 독점권의 효과는 “온갖 필수품의 획득을 보다 어렵게 하기 때문에 지역사회에 매우 큰 손해임이 확실하다”(Smith, 1978: 84)고 한다. 무엇보다도 스미스에 의한 법률적 비판의 핵심은 동업조합의 배타적 특권이 사회의 동감적 정의에 부합되지 못한다는 것을 의미한다. 이는 동업조합법이 자연권인 개인의 자유 및 재산권의 정의를 위반하는 점에 있다고 한다. (도제법에 대한 비판과 동시에 결부된) 스미스의 지적에 따르면, “사람이 자기 자신의 노동을 통해 소유하게 되는 것은 모든 여타 소유의 근본적인 토대며 따라서 가장 신성불가침한 것이다. 가난한 사람의 세습재산은 그의 손의 힘과 기교에 있는데, 그가 이 힘과 기교를 이웃사람에게 해를 끼치지 않고 적당하다고 생각하는 어떤 방법으로 사용하는 것을 방해하면, 이것은 가장 신성한 소유에 대한 분명한 침해다. 이것은 노동자와 그를 고용하려고 하는 사람들의 정당한 자유에 대한 명백한 잠식이다.”(Smith, 1776: 138)

다른 한편, 동업조합의 독점권은 법률적으로 정의에 어긋날 뿐만 아니라, 경제적 관점에서 볼 경우에도 그 효율성에도 부정적 효과를 지닌다. 동업조합의 배타적 특권은 특정 업종 사업자의 독점적 지위를 계속 보장함으로써 시민사회의 경제 운용의 효율성을 떨어뜨리고 있다는 것이다. (Smith, 1776: 138, 151, 469-71) 첫째, 동업조합은 독점적 지위를 이용하여 자신들이 만드는 상품의 수량을 줄이고 가격을 비싸게 책정한다. “모든 독점권은 지극히 해롭다. 한 국가의 부는 식량, 다른 모든 필수품 및 편의품을 저렴하게 제공하는데 있다. ... 예컨대, 만일 어떤 사람이 국가에서 비단을 매매하는 독점적 특권을 얻었다면, 그는 혼자 비단을 만들기 때문에 가격을 크게 올릴 것이다. 그는 아마 현재 소비량의 10분의 1로 생산량을 줄이고자 할 것이며, 이와 비례해서 가격을 올릴 것이다.”(Smith, 1978: 83-4; cf. Smith, 1776: 78-9) 둘째, 특정 동업조합이 담합하여 가격을 인상하는 방식대로 여타의 동업조합들도 동일한 행동을 취하므로 결국 사회 전체적으로 필수품과 편의품의 공급량은 줄고 비효율은 증가한다.²⁵⁾ 셋째, 동업조합의 배타적 특권은 경쟁과 개인적

자유를 규제함으로써 사회의 자원배분의 비효율성을 증대시키는 동시에, 자본축적과 동태적 효율성을 방해한다. 동업조합법은 “일종의 확대된 독점”(Smith, 1776: 79)으로서 노동의 자유로운 이동을 구속하며,²⁶⁾ 장기적으로는 국가 전체의 고용량을 줄이고 임금과 국민소득 수준을 낮추며 결과적으로 자본축적을 방해한다.²⁷⁾

2. 가족법(domestic law): 정의, 노예제도와 효율성

법률상 한 가족 구성원으로서 사람들이 가진 권리에 대한 논의는 가족법(家族法)의 틀 내에서 이루어진다. 가족법은 부부, 부자관계, 주인과 하인, 가족 내의 범죄와 처벌 등을 다루는 법률을 지칭한다. 노예제도에 관한 부분은 가족법 중 주인과 하인의 관계를 규율하는 법제도와 관련된다. 스미스에 따르면, 노예제도는 기본적으로 자연적 정의에 부합할 수 없는 법제도이다. 스미스의 법학에서 사람의 생명(life)과 자유(liberty)에 대한 권리는 자연권으로서 합당한 이유가 없는 경우 다른 권리(취득권)보다도 우선적으로 보호되어야 하는 권리이기 때문이다.²⁸⁾

25) “어느 지역에 동업조합이 하나에 불과하다면, 값싸게 사서 비싸게 파는 행위의 어떤 것보다도 가장 큰 이익이 되는 상황에 있기 때문에 그 업종의 이윤은 거대할 것이다. 그러나 어느 지역이든 이 같은 동업조합은 항상 많이 존재하므로 그 특권은 가치가 없게 된다. 그들은 자신의 상품을 비싸게 팔지만, 다른 모든 상품 역시 비싸게 구입한다.”(Smith, 1978: 84; cf. Smith, 1776: 144)

26) 다음의 기술을 보라. “동업조합법이 노동의 자유로운 이동을 방해하는 것은 모든 유럽에서 공통적이라고 나는 믿는다.”(Smith, 1776: 152)

27) 독점의 시장성과에 대한 언급은 다음과 같다. “독점으로 인해 해당국의 자본은 그 크기야 어떻게든 독점이 없다면 유지할 수 있는 정도의 생산적 노동량을 유지할 수 없으며, 독점이 없다면 주민에게 줄 수 있는 소득을 줄 수 없게 된다. 자본은 소득의 저축에 의해서만 증식되기 때문에, 독점은 자본으로 하여금 독점이 없다면 제공할 수 있는 정도의 소득을 제공할 수 없게 함으로써 독점이 없는 경우와 같은 빠른 증식을 반드시 방해하고, 따라서 자본이 더욱 많은 생산적 노동을 고용하는 것을, 더욱 많은 소득을 주민에게 주는 것을 방해한다. 그러므로 독점은 소득의 큰 원천 중 하나인 임금을 독점이 없었을 경우보다 항상 필연적으로 감소시키게 된다.”(Smith, 1776: 611)

28) 이러한 이유로 『도덕감정론』에서 생명과 신체에 대한 권리침해는 여타 권리에 대한 침해보다도 실정법에 의해 가장 중대한 처벌을 받는 경향이 있다고 기술한다. “정의의 가장 신성한 법, 즉 그것을 위반했을 때 가장 강한 보복과 처벌이 가해지는 법은 이웃의 생명과 신체를 보호하는 법이다. 그 다음은 그의 재산권과 소유물을 보호하는 법이고, 마지막으로 이른바 그의 개인적 권리, 바꾸어 말하면 다른 사람과의 계약으로부터 그가 기대하는 것을 보호하는 법이다.”(Smith, 1759: 159-60)

노예제도는 취득권에 해당하는 재산권을 앞세워 개인의 신체와 자유를 침해하고 있기 때문에 공정한 관찰자의 초역사적 동감을 받기 어렵다. 그러므로 『도덕감정론』에서 유럽인의 아프리카 서해안 지대에서의 흑인 노예사냥과 노예무역은 인류사에서 자행된 가장 잔인한 행위로서 비판된다. 스미스는 당시 노예 사냥 및 무역 행위 종사자들이 어떠한 덕성도 지니지 않은 사람들로서, 그들의 행동 이면에 작용하고 있는 심성을 “경솔함, 잔혹성, 천박성”으로서 기술하고 있다. 이는 공정한 관찰자의 동감을 결코 받을 수 없는 행위임을 간접적으로 시사하는 것이다.²⁹⁾

노예제도가 공정한 관찰자의 초역사적 동감과 자연적 정의에 반하는데도 불구하고 역사적으로 지속되었던 이유가 있다. 노예제도는 역사적으로 전쟁포로나 범죄자에게 노예의 중벌을 내렸던 것이 그 도입의 기원이 되지만, 채무의 불이행 내지는 자발적인 인신매도에 의해 노예가 되기도 했다. (cf. Smith, 1978: 198-99) 스미스에 따르면, 자신들이 거주하고 있는 사회 내에서 노예가 충당된 후자의 두 가지 방법은 로마시대 공화정 중기에 법률적으로 금지된 바 있다고 기술한다. (cf. Smith, 1978: 455)

신체와 자유에 대한 침해, 즉 자연적 정의에 위배되기 때문에 노예제도는 폐지되어야 하지만, 역사적 공간상에서 실제로 그렇지 못한 이유는 노예 소유권자에 의한 동감의 능력이 제한되는 역사적 단계 및 환경과 관련된다. (cf. Smith, 1978: 182-5) 즉 부의 진보 정도가 낮은 빈곤의 단계에서는 노예 주인도 농민으로서 노예와 함께 거주하고 생산 활동에 종사하였기 때문에 노예의 입장에 공감하는 것이 더욱 수월하였다. 하지만, 부의 진보가 발생하였을 때 노예를 재산으로 소유한 사람과 노예의 생활공간은 분리되었기 때문에, 노예생활에 공감하기 어렵게 되었고 노예를 더욱 가혹하게 다루며 그 제도 폐지에 반대한다는 것이다.³⁰⁾ 그러므로 스미스는 “우

29) 다음의 표현을 보라. “이런 측면에서 아프리카의 해안에서 끌려 온 흑인 누구도 탐욕스런 주인의 영혼은 도저히 상상할 수 없을 정도의 아랑은 가지고 있다. 운명의 여신이 영웅적인 저 국민들을 유럽에서의 수감생활로부터 도피한 자들의 노예(slave)로 삼았을 때보다 더 잔혹하게 인류에 대한 그녀의 지배를 행사한 적은 결코 없었다. 이 불한당들은 자신들 고국의 덕성도, 또한 그들이 수탈하러 갔던 나라의 덕성도 전혀 지니지 않은 사람들이었으며, 그리고 그들의 경솔함, 잔혹성, 천박성으로 인하여 피정복자들의 경멸을 받는 것이 아주 정당한 철폐피들이었다.”(Smith, 1759: 206-7)

30) “우리 자신과 닮은 사람들은 대부분 우리의 동정심을 자극하고 우리의 동감에 영향을 미치기 쉽지만, 그 차이가 클수록 그들에 대해 느끼는 동감이 적어진다. 동일한 법칙이 노예에게도 적용된다.”(Smith, 1978: 184)

리는 노예제도가 사회의 개화 정도에 비례하여 더욱 가혹했음을 보아 왔다. 자유와 부는 노예들을 비참하게 만드는데 기여한다. 자유의 완성이 노예에게는 최대의 속박이 된다. 하지만 그들이 인류의 다수이기 때문에, 인간애를 지닌 사람은 그 누구도 이 제도가 확립되어 있는 나라에서 자유가 확대되는 것을 원하지 않을 것이다”(Smith, 1978: 453) 라고 지적한다.

노예제도는 공정한 관찰자의 동감과 자연적 정의에 반하는 것뿐만이 아니다. 다른 한편, 노예제도는 정의에 반함으로써 실상 사회의 효율에도 악영향을 미친다고 본다. 노예제도 하에서는 노예가 수행한 어떠한 노동의 결실과 유산마저도 모두 주인의 소유 재산이 되었다. (cf. Smith, 1978: 177) 이처럼 노예는 재산을 전혀 소유할 수 없었기 때문에 그들의 생활개선 심리는 작동하지 않았고 노동의욕은 상실될 수밖에 없었다. 스미스는 『국부론』에서 노예노동이 수반하는 사회적 비효율을 다음처럼 적고 있다. “모든 시대와 모든 민족의 경험은 노예에 의한 작업이 외관상 그들의 생활비만 드는 것처럼 보이지만 결국 모든 노동 중에서 가장 비싸다는 것을 증명한다고 믿는다. 아무런 재산도 획득할 수 없는 사람은 가능한 한 많이 먹고 가능한 한 적게 노동하는 것 이외에는 관심을 가질 수 없다. 노예가 자신의 생활비를 벌기에 충분한 정도를 넘는 일을 하는 것은 그 무엇이든지 그 자신의 어떤 이익에 의해서가 아니라 오직 폭력에 의해서만 그로부터 짜낼 수 있다.”(Smith, 1776: 387-8)

3. 공법(public law): 정치적 자유 보장과 효율성

가. 잉글랜드의 자유의 체계

국가의 법률체계 하에서 공법(公法)은 국가의 일원으로서의 권리를 다루는 영역이다. 스미스의 법학체계에서 이 같은 공법에서 다루어지는 국민의 권리가 법과 경제에 대한 관계에서 차지하는 비중은 상당히 크다. 이는 공법상 국민의 권리가 존중되거나 또는 침해되고 있다는 점은 정치적 권력 행사가 정당했는지 또는 부당했는지에 대한 판단과 관련되기 때문이다. 그리고 더 나아가 이는 궁극적으로 정의의 법률체계의 주요 부분을 구성하는 사법이나 가족법의 내용 및 그 집행에서 정의의 원칙이 관철·준수되는가 또는 무시되는가 하는 상황을 직접적으로 낳기 때문이다. 이로 인해 공법의 진보와 법적 합리성은 국가 경제의 발전과 무척이나 긴밀한 연관성을 지닌다고 한다.

스미스에 의하면, 공법에서 취급하는 두 가지의 권리침해는 첫째, 주권자에 대한 권리침해와, 둘째, 국민에 대한 주권자의 권리침해가 있다. 주권자에 대한 권리 침해는 군주정(군주와 그의 행동에 대한 권리침해 여부) 인지 또는 공화정(통수권자의 책무에 대한 권리침해)인지에 따라 별개의 논의가 가능하지만 결국 민법과 형법처럼 공정한 관찰자의 동감원리를 적용할 수 있고, 권리침해의 경우 반역죄(treason)로 처벌되는 경향이 있다.

반면에, 주권자의 압제로 인해 발생하는 국민에 대한 권리침해에 대해서는 동일한 원리를 그대로 적용하기에는 불분명한 부분이 적지 않다고 한다. 그 이유는 이와 관련해 발생했던 역사적 분쟁사례를 고찰하면, 국민에 대한 주권자의 권리침해 여부가 공정한 관찰자의 관점을 지닌 판결과 선례에 의해서 결정되었던 것이 아니라, “힘과 폭력(force and violence)”(Smith, 1978: 311)에 의해서 성공적으로 권력을 쟁탈한 당사자가 내린 결정에 전적으로 의존한 사실에 기인한다.

그렇다면 국민에 대한 주권자의 권리침해를 판단할 명확한 원리와 선례가 존재하는 않는 상황에서 정치적 권력 행사의 정의 또는 불의가 보다 명확하고 중립적으로 판단될 수 있는 조건은 무엇인가? 이 같은 문제에 대한 답을 위해 스미스는 공법에 대한 논의를 통해 고대로부터 중세를 거쳐 명예혁명 이후 근대 시민사회에 이르는 역사적 과정 속에서 각종 통치형태(군주정치, 귀족정치, 민주정치, 절대왕정 등)의 성립과 이러한 통치형태 속에서의 개인적 자유의 전개와 실현 여부를 고찰한다. 그리고 공법사(公法史)의 후반 부분에서 영국은 비로소 17세기의 명예혁명을 통해 “자유의 합리적 체계(rational system of liberty)”(cf. Smith, 1978: 421)를 도입하였으며, 다른 국가들보다는 자유의 자연권에 가장 접근하는 이상적 시민정부로서 기능하고 있다고 지적된다.³¹⁾ 이처럼 잉글랜드에서 특유의 자유의 체계가 정립되고 그 권리가 보장되는 이유에 대해 모든 판사들이 왕으로부터 독립된 종신직을 보유한 점, 실정에 대한 책임을 물어 왕의 장관을 탄핵할 수 있었던 점, 40일 이내에 웨스트민스터에서 재판을 받을 수 있도록 허용한 인신보호법(Habeas Corpus Act)의 시행, 국회의원 선거가 자주 시행되어 공익에 관심이 모아진 점, 법정의 다양한 형태 등이 언급된다. 그런데 무엇보다도 자연적 자유의 체계의 성립과 자유보장장치를 확대해 갈 수 있게 된 보다 근원적인 요인은 잉글랜드에서 권력분립의 혼합정

31) 따라서 “여기[잉글랜드]에서 적절히 상호 견제되는, 멋진 형태의 혼합정부가 성립함으로써 자유와 재산에 대한 완전한 안전이 이루어지고 있다.”(Smith, 1978: 421-2)

부(mixed government) 체계가 성립된 점에 있다고 지적된다(cf. Smith, 1978: 269-75). 스미스에 의하면, “사회 구성원간에 정의를 분배하는 직무와 행정사무와 국방을 수행하는 직무의 분리는 근대가 고대에 비해서 가지고 있는 커다란 우위이며, 자유, 재산, 생명의 측면에서 우리가 향유하고 있는 보다 큰 안전의 초석이다.”(Smith, 1983: 176)

이렇듯이 스미스는 주권자 권력의 분립이라는 제도적 장치가 다른 무엇보다도 국민들의 정치적 권리가 보다 잘 존중받을 수 있도록 만드는 조건이라고 본다. 다시 말해서, 국가를 구성하는 입법, 사법, 행정 간의 3권이 적절히 분립되어 견제 기능을 수행할 때, 국민에 대한 주권자의 권리침해가 가장 적게 발생한다는 것이다.³²⁾ 철저한 권력분립의 상황이 공법상 정의와 자유의 자연권이 가장 잘 구현될 수 있는 제도적 여건이며, 국민들의 동감정의(同感正義)에 의해 지지받을 수 있다는 것이다.³³⁾

한편, 국가가 정의론의 관점에서 국민의 공법상 권리와 자유를 보장하도록 체계를 갖추고 있다는 점과 사회의 경제적 효율성과는 어떤 관계에 있을까? 스미스는 국가가 정의론적 관점에서 정치적 권리를 보장하는 것은 사회적 효용 실현 및 공공복리 증진의 가장 기초적인 토대임을 주장한다. 스미스에 의하면, “완전한 정의, 완전한 자유, 완전한 평등을 확립하는 것이 모든 계층의 최고도의 번영을 가장 효과적으로 보증하는 매우 단순한 비밀이다.”(Smith, 1776: 669)

예를 들어, 사법(司法) 서비스의 공정성이 확보되는 상황에서 사법(私法)상 권리인 개인적 자유가 경제활동에 적용된다면, 경제주체는 생활개선 심리에 기초하여 소유재산의 자발적 교환활동에 부단히 종사한다. 이는 자유로운 경쟁을 낳고 자원

32) 다음의 주장은 대표적이다. “사법권이 행정권과 통합되어 있을 때에는 정의(正義)가 속류적으로 정치라고 불리는 것에 자주 희생되는 일은 거의 피할 수 없다. ... 그러나 모든 개인의 자유, 자신의 안전에 대해 느끼는 판단은 공정한 정의의 집행에 달려있다. 모든 개인들이 자기의 권리를 누리는데 극히 안전하다고 느끼게 하기 위해서는 사법권은 행정권으로부터 분리되어야 할 뿐만 아니라 가능한 한 행정권으로부터 독립되어야 한다. ... 재판관이 받는 정규적인 급료가 행정권의 호의 내지는 심지어 그 경제적 여유에 달려 있어서는 안 된다.”(Smith, 1776: 722-3)

33) 글래스고 대학 재직 시절 초기에 해당하는 1750년대에 스미스의 당시 동료 교수였던 앤더슨(John Anderson)이 스미스가 행하던 법학강의의 수강학생 노트를 참조하여 옮겨 쓴 것으로 추정되는 잡문에 “몽테스키외의 국가 권력 분립론은 매우 공정(very just)하다”라고 기록되어 있다. 이에 대한 해설을 위해 Meek(1976: 198) 참조.

은 그 시장가치가 가장 큰 용도로 이동되며, 궁극적으로 자원배분의 효율성이 달성되고 지속적인 경제성장이 이루어질 것이다. 이런 맥락에서 스미스는 영국의 경제 발전에 대해 다음과 같이 기술한다. “[잉글랜드] 정부의 강제징수 가운데서도 자본은 개인들의 절약과 좋은 행동에 의해, 그리고 자신의 생활을 개선시키려는 보편적이고 지속적이며 중단 없는 노력에 의해 조용하고도 점진적으로 축적되었다. 각자에게 가장 유리한 방식으로 전력을 다하도록 법률에 의해 보호되고 자유에 의해 허용된 이 같은 노력은 이전의 거의 모든 시기에 풍요와 개선을 향한 잉글랜드의 진보를 유지해 왔으며, 향후에도 그러할 것이라고 희망된다.”(Smith, 1776: 345) 공정한 법률의 지배에 의한 자유의 확보와 사법권의 확립은 개인적 자유와 안전을 보장함으로써 생산 활동과 자본축적에 박차를 가하는 계기로 작용한다는 것이다.

다른 한편, 공법상 정의 구현이 수반하는 경제적 성과는 다른 어떤 요인보다도 매우 강력하여 이를 상쇄하는 경향이 있는 국가의 다른 정책상의 오류(예컨대, 과도한 개입주의와 중상주의정책)에도 불구하고 실현된다고 한다. 스미스에 의하면, “영국의 법률에 의해 모든 사람이 자신의 노동성과를 향유할 수 있음을 보장하는 안전은 온갖 불합리한 상입규제들에도 불구하고 한 나라를 번영시키기에 충분하다. ... 영국에서 노동은 완전히 안전할 뿐만 아니라, 또 비록 완전히 자유롭지는 않더라도 유럽의 여타 지역만큼 자유롭거나 그보다 더욱 자유롭다. ... 그러나 무엇보다도 훨씬 더 중요한 원인은 가장 비천한 영국 시민이라도 자기 권리를 권력자로부터 존중받을 수 있었음과 동시에 각 개인에게 노동의 결실을 안전하게 보장함으로써 모든 유형의 근로를 최대로 가장 유효하게 장려했던, 평등하고 공평한 정의의 집행이었다.”(Smith, 1776: 540, 610)

나. 영국과 스페인의 대비: 편파적 사법과 부의 정체

기술한 바대로, 근대의 영국이 유럽의 후진국에서 시작해서 빠른 경제성장을 도모할 수 있었던 가장 큰 이유는 지위, 권력, 재산의 과소 여부에 관계없이 정의의 법률 체계 하에서 자유를 허용하고 평등하게 재산권 집행을 엄격하게 시행한 점에 있다. 이는 경제적 측면에서 경제주체들에 의한 생활개선 심리를 자극하고 근면과 생산적 자원개발 노력을 촉진하여 중상주의적 규제라는 장애물을 극복하고 유럽 국가 중에서 가장 빠르게 성장하는 계기로 작용했다.³⁴⁾

반면에, 정의와 관련된 공법과 사법상의 권리를 존중하는 체계를 지닌 영국과 대

조되는 사례는 스페인이다. 스미스에 따르면, 스페인은 16세기까지 대체로 선진공업국이며 강력한 해상세력이었으나 그 후 경제의 정체 국면을 맞는다. 스페인 경제가 정체하게 된 원인으로 스미스가 거론하는 바는 당시 많은 유럽 국가들이 시행했던 정책들, 즉 포괄적으로 거래의 자유를 제한한 중상주의적 정책, 그리고 이것이 수반한 국내 농업과 제조업의 침체 및 시장규모의 축소이다(cf. Smith, 1776: 541, 609-10). 그러나 그 어떤 원인보다도 스페인의 경제성장을 가로막은 가장 핵심적 원인은 정의의 제도를 정착시키지 못한 정부의 책임에 있다고 지적된다. “그 다른 무엇보다도, 불규칙하고 편파적인 사법(司法)이 그 원인이 되었다. 즉 이 사법적 관행은 침해당한 채권자의 고발로부터 부유하고 권력을 지닌 채무자를 종종 보호했으며, 근면한 국민들로 하여금 이들 거만하고 권력 있는 사람들의 소비를 위해 상품을 만들기를 두려워하게 했다. 이는 그들에게 감히 외상판매를 거절할 수가 없었지만, 그 환수 여부가 거의 불확실한 상황에 기인했다.”(Smith, 1776, 610)³⁵⁾ 또한 스페인의 전제정치와 자의적 권력행사, 불의하고 편파적인 사법제도 운용은 라틴아메리카의 식민지에까지 계승되어 생산활동에 적극적으로 참여하려는 의지를 꺾고 경제성장을 억압하는 제도적 장치로 작용하였다고 한다.³⁶⁾

V. 요약 및 결론

18세기 사상가인 애덤 스미스는 경제학을 “입법가의 학문”, 즉 법학의 한 지류로서 정의한 바 있다. 이는 경제활동과 경제질서는 사회의 다른 영역과 구분되는 독립성을 지니면서도 기본적으로는 법질서의 틀 내에서 운용되고, 동시에 사회의 경

34) 정의로운 사법제도의 집행과 경제성장과의 연관성에 대해서는 Smith(1776: 284-5, 345, 540)를 참고하라.

35) 스미스는 13세기 중반 이후 18세기까지의 중국도 스페인과 마찬가지로 정의의 법률의 집행에서 공정성과 일관성을 상실하여 성장 잠재력을 잃고 정체되는 유형으로 비판한다. “부자나 거대자본의 소유자는 상당한 안전을 누리는 반면, 가난한 사람이나 소자본의 소유자는 거의 안전하지 못하고 언제나 하급관리에 의해 정의의 미명 하에 약탈당하는 나라에서 각종 사업 분야에 고용되는 자본의 양은 그 사업의 성질과 규모가 허용하는 최대한도에 도달할 수 없다.”(Smith, 1776: 111)

36) 예를 들면, “스페인의 ... 전제정부(absolute governments)는 식민지에서도 계승되고 있다. 그러한 정부가 매우 먼 거리 때문에 하급관리들에게 위임한 자의적 권력은 자연스럽게 일상적 수준을 넘어 상당히 폭력적으로 행사된다.”(Smith, 1776, 586)

제후생을 증진시키고자 하는 정책은 목적(이론)에 따라 설계된 입법과 이에 근거한 행정 집행을 통해 이루어진다는 점을 반영하고 있다. 또한 이러한 인식은 스미스에게 있어서 법과 경제가 오늘날 극히 분화된 학문체계처럼 상호 독립된 영역으로 보다는 통합적으로 이해되어야 할 단일의 체계로서 파악하고 있음을 보여준다.

본 연구는 스미스의 학문적 관점, 즉 법학과 경제학을 보다 큰 단일의 체계 내에서 수용하면서도 두 학문분야가 지향하는 핵심적 가치가 상이하다고 보는 구상을 염두에 두면서 법과 경제의 관계, 정의와 경제적 효율성의 관계에 대한 분석을 시도하였다. 그 연구 내용을 요약하면 다음과 같다.

첫째, 스미스는 법의 기초가 되는 정의론을 윤리학의 동감의 이론으로부터 마련하였다. 즉 정의감은 사회의 구성원인 타인에게 침해를 가하는 행위와 관련하여 공정한 관찰자가 가해자에게 내면적으로 느끼는 분개심 및 처벌에 관한 동감에 의해 성립한다고 본다. 둘째, 정의의 원리는 국가에 의한 법과 통치, 즉 국가의 법률체계의 근간이 된다. 이는 정의가 윤리적으로는 타인에게 피해를 주지 않는 경우 성립하는 소극적 윤리 덕목에 불과하지만, 반대로 가해자에 의한 침해가 존재하는 경우에는 이러한 행위에 대해 강제력을 가지고 정확하고 엄격하게 처벌해야 하는 필연성으로 인해 발생한다. 셋째, 따라서 국가의 실정법 중 정의의 법률체계는 사람들의 내면적인 정의감정에 입각하여 권리를 보호하기 위해 입법되고 집행된다. 이 같은 정의의 법률체계는 개인으로서, 가족의 일원으로서, 국가의 구성원으로서의 권리를 다루는 세부 영역, 즉 사법, 가족법, 공법의 영역으로 구분된다. 넷째, 정의와 그 법률체계는 경제활동의 배후에서 직접적인 동기가 되는 사람들의 생활개선 본능과 교환성향을 자극하고 촉진함으로써 효율성을 배가시키고, 반대로 불의는 그와 같은 사람들의 성향을 제약·억제함으로써 효율을 낮추는 것으로 나타난다. 다섯째, 『법학강의』와 『국부론』에서 거론되는 다양한 법률에 대한 비판은 정의와 효율성간의 관계를 매우 잘 입증한다. 사법상 상속 및 독점권과 각각 관련되는 장자상속법 및 동업조합법에 대한 비판, 가족법상 주인-노예관계에 해당하는 노예법에 대한 비판, 그리고 공법상 주권자에 대한 시민의 권리인 자유의 체계에 대한 기술헌을 사례로서 분석해 보면, 사회적 정의가 보장되지 않을 때 경제적 효율성도 낮아지며, 반대로 자연적 정의에 부합할 때 효율성이 제고되는 것으로 나타난다.

마지막으로, 법학적 그리고 경제학적 분석이 동시에 이루어진 구체적인 사례를 중심으로 정의와 효율성의 관계를 고찰한 본 연구를 통해 다음과 같은 기존 연구성

과가 더욱 강화됨을 확인할 수 있었다. 첫째, 스미스의 사상(思想)에서 정의와 효율성간의 상호 긴밀한 연관관계를 살펴볼 수 있다. 스미스에게 있어서 정의와 효율의 미시적 또는 사회심리적 토대는 각각 상이함에도 불구하고, 정의와 효율성은 직접적인 연관성을 지닌 것으로 나타난다. 정의감은 사람들의 내면적 동감 성향에 근거하고 있고, 효율성은 경제활동을 좌우하는 생활개선 심리의 영향을 받고 있다. 그러나 사람들의 정의감은 실정법체계에 반영되어 국가의 통치와 사법정책을 통해 관철된다. 국가의 통치와 사법정책이 자연적 정의에 부합한다는 것은 안전과 자유가 보장되고 있음을 의미하며, 합리적 제도의 도입과 변화는 사람들의 생활개선 심리를 자극하고 경쟁을 통해 경제활동을 촉진시켜 사회적 효율은 증가한다.

둘째, 이러한 관점의 연장선상에서 스미스의 사회과학체계에서 나타나는 법과 경제, 또는 더 나아가 윤리와 경제의 긴밀한 관계에 주목할 수 있다. 사람의 탐욕이 심성의 주요 부분을 구성하고 자원의 희소성에 의해 선택의 제약이 존재하는 현실에서 분쟁과 무질서는 언제나 존재 가능한 사안이지만, 다른 한편으로 사람들의 내면적 동감과 정의감, 그리고 이에 바탕을 둔 국가의 법률체계와 통치에 의해 사회구성원들이 타인이 침해로부터 보호받는 것이 경제 진보의 진정한 초석이라고 스미스는 파악한다. 이는 스미스의 사상 속에서 물질적 기반을 마련하는 경제적 영역은 법과 정치의 세계와 불가분의 분업관계를 형성하고 있음을 제시하는 것이다. 법과 정치의 영역은 내면적 윤리영역에 근거를 두면서도 시장과 경제활동에 불가결한 토대로서 기능하며 지속가능한 사회를 위한 제도적 환경을 구성하고 있는 것으로 나타난다.

■ 참 고 문 헌

1. 김광수, “정치영역과 경제발전과의 상관관계,” 『경제학연구』, 제51집, 2003, pp.191-222.
(Translated in English) Kim, Kwangsu, “Adam Smith on the State and Economic Development,” *Kyong Je Hak Yongu*, Vol. 51, No. 4, 2003, pp.191-221.
2. 박세일, “아담 스미스의 도덕철학체계,” 『아담 스미스 연구』, 민음사, 1989, pp.29-62.

- (Translated in English) Park, Se-il, "Adam Smith's System of Moral Philosophy," *A Study on Adam Smith*, Mineum Publisher, 1989, pp.29-62.
3. 박세일, 『법경제학』, 박영사, 2000.
(Translated in English) Park, Se-il, *Law and Economics*, Bakyoungh Publisher, 2000.
4. 포즈너, 『법경제학』, 정기화 역, 자유기업원, 2004.
(Translated in English) Posner, R. A., *Economic Analysis of Law*, Translation in Korean by Gee-hwa Jeong, Free Enterprise Center, 2004.
5. Cairns, J. W., "Adam Smith's Lectures on Jurisprudence," Mizuta and Sugiyama(eds.), *Adam Smith: International Perspectives*, 1993, pp.63-84, St. Martin's Press.
6. Cairns, J. W., "Adam Smith and the Role of the Courts in Securing Justice and Liberty," Malloy and Evensky(eds.), *Adam Smith and the Philosophy of Law and Economics*, 1994, pp.31-61, Kluwer Academic Publisher.
7. Campbell, T. D., *Adam Smith's Science of Morals*, London, Allen & Unwin, 1971.
8. Cooter, R., "The Confluence of Justice and Efficiency in the Economic Analysis of Law," Francesco Parisi & Charles Rowley (eds), *The Origins of Law and Economics: Essays by the Founding Fathers*, 2005, pp.222-40, Cheltenham, Edward Elgar.
9. Eltis, W. A., "Adam Smith's Theory of Economic Growth," A. S. Skinner and T. Wilson(eds.), *Essays on Adam Smith*, 1975, pp.426-54, Oxford: Clarendon Press.
10. Evensky, J., "Setting the Scene: Adam Smith's Moral Philosophy," Malloy and Evensky(eds.), *Adam Smith and the Philosophy of Law and Economics*, 1994, pp.7-29, Kluwer Academic Publisher.
11. Evensky, J., *Adam Smith's Moral Philosophy*, Cambridge University Press, 2005.
12. Fitzgibbons, A., *Adam Smith's System of Liberty, Wealth and Virtue*, Oxford: Clarendon Press, 1995.
13. Haakonssen, K., *The Science of a Legislator: The Natural Jurisprudence of David Hume and Adam Smith*, Cambridge University Press, 1981.
14. Haakonssen, K., "What Might Properly Be Called Natural Jurisprudence?" Campbell and Skinner(eds.), *The Origin and Nature of the Scottish Enlightenment*, 1982, pp.205-25, John Donald.
15. Haakonssen, K., "Jurisprudence and Politics in Adam Smith," K. Haakonssen(ed.), *Traditions of Liberalism*, 1988, pp.107-15, Centre for Independent Studies.
16. Haakonssen, K., *The Cambridge Companion to Adam Smith*, Cambridge University Press, 2006.
17. Krugman, P., "Scale Economics, Product Differentiation, and the Pattern of Trade," *American Economic Review*, Vol. 70, 1980, pp.950-959.
18. Lieberman, D., "Adam Smith on Justice, Rights, and Law," K. Haakonssen(ed.), *The Cambridge Companion to Adam Smith*, Cambridge University Press, 2006.
19. Lowe, A., "The Classical Theory of Economic Growth," *Social Research*, Vol. 21, 1954, pp.132-41.
20. Lucas, R. E., Jr., "On the Mechanics of Economic Development," *Journal of Monetary*

- Economics*, Vol. 22, 1988, pp.3-42.
21. Malloy, R.P., "Invisible Hand or Sleight of Hand? Adam Smith, Richard Posner, and the Philosophy of Law and Economics," *The University of Kansas Law Review*, Vol. 36, 1988, pp.209-59.
 22. Malloy, R.P., "Adam Smith and the Modern Discourse of Law and Economics," Malloy and Evensky(eds.), *Adam Smith and the Philosophy of Law and Economics*, 1994, pp.113-50, Kluwer Academic Publisher.
 23. Meek, R., "New Light on Adam Smith's Glasgow Lectures on. Jurisprudence," J.C. Wood(ed.), *Adam Smith: Critical Assessments*(1984), Vol. 4, 1976, pp.173-203.
 24. Negishi, T., "Adam Smith and Disequilibrium Economic Theory," Vivienne Brown(ed.), *Adam Smith Review*, Vol. 1, 2004, pp.30-9, Routledge.
 25. Posner, R.A., *Economics of Justice*, Cambridge: Harvard University Press, 1981.
 26. Posner, R.A., "Law and Economics is Moral," Malloy and Evensky(eds.), *Adam Smith and the Philosophy of Law and Economics*, 1994, pp.167-77, Kluwer Academic Publisher.
 27. Reid, G.C., "Disequilibrium and Increasing Returns in Adam Smith's Analysis of Growth and Accumulation," *History of Political Economy*, Vol. 19, 1987, pp.87-106.
 28. Richardson, G.B., "Adam Smith on Competition and Increasing Returns," A.S. Skinner and T. Wilson(eds.), *Essays on Adam Smith*, 1975, pp.350-60.
 29. Romer, P.M., "Growth Based on Increasing Returns Due to Specialization," *American Economic Review*, Vol. 77, 1987, pp.56-62.
 30. Rothschild, E. and A. Sen, "Adam Smith's Economics," K. Haakonssen(ed.), *The Cambridge Companion to Adam Smith*, 2006, pp.319-65.
 31. Smith, A., *The Theory of Moral Sentiments*, edited by D.D. Raphael and A.L. Macfie (Glasgow Edition; 1976), Clarendon Press, 1759.
 32. Smith, A., *Lectures on Jurisprudence*, edited by R.L. Meek, D.D. Raphael, and P.G. Stein (Glasgow Edition), Clarendon Press, 1978.
 33. Smith, A., *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, edited by Campbell and Skinner (Glasgow Edition, 1976), Clarendon Press, 1776.
 34. Smith, A., *Lectures on Rhetoric and Belles Lettres*, edited by J.C. Bryce, Oxford: Clarendon Press, 1983.
 35. Werhane, P.H., *Adam Smith and His Legacy for Modern Capitalism*, Oxford: Oxford University Press, 1991.
 36. Winch, D., *Adam Smith's Politics*, Cambridge University Press, 1978.
 37. Winch, D., "Science and the Legislator: Adam Smith and After," *Economic Journal*, Vol. 93, 1983, pp.501-20.
 38. Witzum, A., "Distributive Considerations in Smith's Conception of Economic Justice," *Economics and Philosophy*, Vol. 13, 1999, pp.241-59.
 39. Young, J. and B. Gordon, "Distributive Justice as a Normative Criterion in Adam Smith's Political Economy," *History of Political Economy*, Vol. 28, 1996, pp.1-25.

40. Young, J., "Adam Smith and New Institutional Theories of Property Rights," Vivienne Brown(ed.), *Adam Smith Review*, Vol. 3, 2007, pp.48-68, Routledge.
41. Zerbe, R.O., "Justice and the Evolution of the Common Law," The Berkeley Electronic Press Legal Series, Working Paper 947, 2006.

Adam Smith's Law and Economics with Reference to Justice and Economic Efficiency

Kwangsue Kim*

Abstract

Recently a relationship between justice and economic efficiency has been one of interesting issues in law and economics. It has also been noted that in Adam Smith's law and economics, economic efficiency is achieved when justice is sought. This paper tries to shed light upon the close linkage between justice and economic efficiency, in terms of examining some specific cases of private law, family law and public law in the *Lectures on Jurisprudence* and the *Wealth of Nations*. The representative cases made in this paper constitute empirical evidence for the theme that a matter of justice ultimately reinforces economic efficiency in Smith's system of moral philosophy.

Key Words: Adam Smith, law and economics, justice, economic efficiency

* Associate Professor, Department of Economics, Sungkyunkwan University, Myongryundong 3-ga, Jongno-gu, Seoul 110-745, Korea, Phone: +82-2-760-0437, e-mail: glaskim@skku.edu